

A-333-94

A-333-94

Byers Transport Limited (Appellant)**Byers Transport Limited (appelante)**

v.

c.

Dorothy Kosanovich and Clint S. Mellors (Respondents)

a

Dorothy Kosanovich et Clint S. Mellors (intimés)*INDEXED AS: BYERS TRANSPORT LTD. v. KOSANOVICH (C.A.)*

b

RÉPERTORIÉ: BYERS TRANSPORT LTD. c. KOSANOVICH (C.A.)

Court of Appeal, Marceau, Strayer and Linden J.J.A. — Edmonton, June 20; Ottawa, July 18, 1995.

Cour d'appel, juges Marceau, Strayer et Linden, J.C.A.—Edmonton, 20 juin; Ottawa, 18 juillet 1995.

Labour relations — Respondent fired ostensibly to reduce costs, but believed due to perceived support of unionization of office staff — Filing unjust dismissal complaint under Canada Labour Code, s. 240, unfair labour practices claim under s. 97, but discontinuing latter — S. 242(3.1)(a) prohibiting consideration of complaint where lay-off due to discontinuance of function — S. 242(3.1)(b) prohibiting consideration where procedure for redress provided elsewhere — Adjudicator finding no discontinuance of function as redistribution of work made in bad faith — Finding of unjust dismissal based on jurisdictional finding — Trial Judge holding Adjudicator's decision not "patently unreasonable" — Disagreeing s. 242(3.1)(b) applied — Although Judge applied wrong standard of review of jurisdictional decision, no reviewable error as to application of s. 242(3.1)(a) — Redistribution of work discontinuance of function only if done in good faith — Evidence supporting finding improper motive for redistribution — As limitation on jurisdiction, s. 242(3.1)(b) had to be considered — S. 97 alternative procedure for redress even if remedies not same — Part III procedure residual — Should be pursued only if unable to establish unfair labour practice.

c

d

e

f

g

h

Practice — Costs — Adjudicator finding unjust dismissal, awarding reinstatement, costs against employer — Trial Judge dismissing judicial review application, upholding award of costs, awarding solicitor-client costs on judicial review application — Employer reversing position before Court of Appeal re: reason for termination — Greatly contributing to costs, necessity for judicial review — Solicitor-client costs on judicial review, appeal awarded employee though unsuccessful in F.C.A.

i

j

Relations du travail — Congédiée apparemment parce que l'employeur désirait réduire ses frais, l'intimée croyait plutôt qu'il la soupçonnait d'appuyer la campagne de syndicalisation du personnel de bureau — Dépôt d'une plainte de congédiement injuste fondée sur l'art. 240 du Code canadien du travail ainsi que d'une plainte relative à une pratique déloyale aux termes de l'art. 97, laquelle a été abandonnée plus tard — L'art. 242(3.1)a interdit l'examen d'une plainte lorsque le licenciement a été causé par la suppression d'un poste — L'art. 242(3.1)b interdit l'examen d'une plainte lorsque la loi prévoit un autre recours — L'arbitre a conclu qu'il n'y avait pas eu suppression d'un poste, étant donné que la redistribution des tâches avait été faite de mauvaise foi — La conclusion touchant le congédiement injuste est fondée sur la conclusion relative à la compétence — Le juge de première instance a conclu que la décision de l'arbitre n'était pas «manifestement déraisonnable» — Il n'était pas d'accord quant à l'application de l'art. 242(3.1)b — Même si le juge a appliqué un critère erroné quant à l'examen de la décision relative à la compétence, aucune erreur susceptible de révision n'a été commise en ce qui a trait à l'application de l'art. 242(3.1)a — La redistribution des tâches sera considérée comme une suppression de poste uniquement si elle est faite de bonne foi — Il y avait des éléments de preuve permettant de conclure que la redistribution était fondée sur un motif inapproprié — Étant donné qu'il a pour effet de restreindre la compétence, l'art. 242(3.1)b devait être examiné — L'art. 97 prévoit une autre procédure de recours, même si les réparations ne sont pas les mêmes — La procédure prévue à la partie III est résiduelle et devrait être utilisée uniquement dans les cas où la partie plaignante ne peut établir l'existence d'une pratique déloyale.

Pratique — Frais et dépens — Ayant conclu que l'intimée avait été congédiée injustement, l'arbitre a ordonné la réintégration de celle-ci et condamné l'employeur à payer les frais — Le juge de première instance a rejeté la demande de contrôle judiciaire, confirmé l'octroi des dépens et accordé des dépens procureur-client dans la demande de contrôle judiciaire — L'employeur a modifié sa position devant la Cour d'appel au sujet du motif de congédiement — Sa conduite a eu pour effet d'accroître considérablement les frais et a forcé la présentation d'une demande de contrôle judiciaire — Même si l'employée n'a pas eu gain de cause devant la Cour d'appel fédérale, des dépens procureur-client lui sont accordés tant

This was an appeal from the dismissal of an application to set aside the Adjudicator's finding of unjust dismissal. The respondent, Kosanovich, was fired when the Teamsters Union was trying to unionize the office staff where she worked. Management's position was that her job had been eliminated to "reduce costs", but the respondent believed that she was fired because of perceived union sympathy. She filed a complaint of unjust dismissal under *Canada Labour Code*, section 240 (in Part III of the Code). She also filed a complaint under section 97 (in Part I) that the appellant had committed an unfair labour practice in dismissing her for perceived union activities. The employer and the union agreed on a settlement of the latter complaint, but Kosanovich rejected it and eventually withdrew the section 97 complaint. At the section 240 hearing the employer took the position that the dismissal was part of a cost-cutting, down-sizing process. This gave rise to a question as to whether the Adjudicator had jurisdiction to deal with the complaint in view of subsection 242(3.1) which prohibits an adjudicator from considering a complaint if the lay-off was due to a lack of work or discontinuance of a function. Paragraph 242(3.1)(b) prohibits consideration of a complaint where a procedure for redress has been provided elsewhere under an Act of Parliament. The employer did not raise any issue based on paragraph 242(3.1)(b) before the Adjudicator and the Adjudicator made no mention of it in his decision. The Adjudicator found that there had been neither "lay-off" nor discontinuance of the respondent's function because the redistribution of her work was made in bad faith, namely for perceived union activity. The Adjudicator ordered reinstatement, payment of outstanding wages and benefits, and costs. He treated the determination of the jurisdictional issue as determinative of the fact of unjust dismissal. Thus the ground for the unjust dismissal finding was that the respondent had been fired for perceived union activity. The Trial Judge held that the Adjudicator's decision was not "patently unreasonable", confirming that the Adjudicator had applied the correct test as to "lay-off" and "discontinuance of a function". His Lordship disagreed with the employer's argument that paragraph 242(3.1)(b) ousted the Adjudicator's jurisdiction. He upheld the award of costs and awarded costs on a solicitor-client basis on the judicial review.

The issues were: whether patent unreasonability or correctness is the test for review of jurisdictional decisions; whether the Adjudicator lacked jurisdiction by virtue of paragraph 242(3.1)(a) or (b); and whether the respondent was entitled to the award of costs before the Adjudicator and solicitor-client costs before the Trial Judge.

pour la demande de contrôle judiciaire présentée en première instance que pour l'appel.

Il s'agit d'un appel du rejet d'une demande visant à infirmer la conclusion de l'arbitre selon laquelle l'intimée avait été congédiée injustement. L'intimée Kosanovich a été congédiée lorsque le syndicat des Teamsters tentait de syndiquer le personnel du bureau où elle travaillait. La direction a soutenu qu'elle avait aboli le poste de l'intimée afin de [TRADUCTION] «réduire nos frais d'exploitation», mais l'intimée estimait avoir été congédiée parce que l'employeur la soupçonnait d'appuyer le syndicat. Elle a déposé une plainte de congédiement injuste sous le régime de l'article 240 du *Code canadien du travail* (partie III du Code) ainsi qu'une plainte fondée sur l'article 97 (partie I), selon laquelle l'employeur avait poursuivi une pratique déloyale en la congédiant parce qu'il la soupçonnait de participer à des activités syndicales. L'employeur et le syndicat se sont entendus pour régler cette dernière plainte, mais l'intimée a rejeté le règlement et a retiré sa plainte fondée sur l'article 97. Au cours de l'audition de la plainte fondée sur l'article 240, l'employeur a soutenu que l'intimée avait été renvoyée dans le cadre de mesures de compression visant à éliminer les coûts. Cet argument a donné lieu à la question de savoir si l'arbitre avait la compétence voulue pour examiner la plainte en vertu du paragraphe 242(3.1), qui interdit à un arbitre d'examiner la plainte lorsque le licenciement a été causé par un manque de travail ou par la suppression d'un poste. L'alinéa 242(3.1)b interdit l'examen d'une plainte lorsqu'une loi fédérale prévoit un autre recours. L'employeur n'a soulevé aucune question liée à l'alinéa 242(3.1)b devant l'arbitre et celui-ci n'a pas fait allusion à une question de cette nature dans sa décision. L'arbitre a conclu qu'il n'y avait pas eu de licenciement ni de suppression du poste de l'intimée, étant donné que l'employeur a confié les fonctions de celle-ci à d'autres personnes de mauvaise foi, parce qu'il la soupçonnait de participer à des activités syndicales. L'arbitre a ordonné la réintégration de l'intimée et le paiement du salaire et des avantages qui lui étaient dus ainsi que des frais. Selon l'arbitre, la décision relative à la question de la compétence était également déterminante quant à celle du congédiement injuste. Le motif de la conclusion relative au congédiement injuste était donc le fait que l'appelante soupçonnait l'intimée de participer à des activités syndicales. Le juge de première instance a statué que la décision de l'arbitre n'était pas «manifestement déraisonnable» et confirmé que l'arbitre avait appliqué le critère approprié en ce qui a trait au «licenciement» et à la «suppression d'un poste». Le juge n'a pas retenu l'argument de l'employeur selon lequel l'alinéa 242(3.1)b avait pour effet d'éliminer la compétence de l'arbitre. Il a confirmé l'octroi des dépens et accordé à l'intimée des dépens sur la base procureur-client dans la demande de contrôle judiciaire.

Les questions en litige étaient celles de savoir si le critère d'examen des décisions relatives à la compétence est celui du caractère manifestement déraisonnable ou celui de l'absence d'erreur, si l'arbitre n'avait pas la compétence voulue en vertu des alinéas 242(3.1)a ou b) et si l'intimée avait droit à l'octroi des frais engagés devant l'arbitre ainsi que des dépens procureur-client engagés devant le juge de première instance.

Held (Marceau J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

Per Strayer J.A. (Linden J.A. concurring): The standard of review of a finding as to the existence of jurisdiction is that of correctness, notwithstanding the privative clause in section 243.

There was no reviewable error as to the application of paragraph 242(3.1)(a) even when the proper standard of review, correctness, was applied. The Trial Judge correctly concluded that the Adjudicator's conclusion that there was no "discontinuance of a function" disclosed no reviewable error. Redistribution of the former work of a person laid off is a discontinuance of function only if done in good faith for proper purposes such as down-sizing and economy. There was substantial evidence supporting the Adjudicator's finding that the motive for the redistribution was to get rid of the respondent because of her perceived support for the unionization of office workers. He applied the correct legal principles to that proper finding of fact and found that there was no discontinuance of a function within paragraph 242(3.1)(a).

Paragraph 242(3.1)(b) constitutes a limit on the Adjudicator's jurisdiction. The Adjudicator had an obligation to consider whether he was barred by paragraph 242(3.1)(b) from considering the complaint. He was not excused from considering that question by the silence or consent, expressed or implied, of the parties. The fact that he did not consider it did not preclude, or excuse, this Court from determining whether he was acting within his jurisdiction.

The Trial Judge erred in denying the paragraph 242(3.1)(b) objection. Section 97 provides a "procedure for redress" of a complaint of dismissal for perceived union activity under subsection 94(3) which prohibits prejudicial treatment of employees "because" of their union activity. The complaint (i.e. the factual situation complained of) must be essentially the same in the other "procedure for redress", but the remedies do not have to be as good or better under the other provision to oust the jurisdiction of the adjudicator under paragraph 242(3.1)(b). That paragraph does not require that the same redress be available under another provision of the *Canada Labour Code* or some other federal Act, but that there be another procedure for redress. That procedure must be capable of producing some real redress which could be of personal benefit to the same complainant.

Where Parliament has established specialist tribunals, whether under the *Canada Labour Code* or elsewhere, to deal with certain aspects of employer-employee relationships, it should not be taken to have conferred concurrent jurisdiction on *ad hoc* adjudicators to deal with the same matter. The procedure in Part III for the filing of complaints by non-unionized employees for unjust dismissal, for hearing by an adjudicator,

Arrêt (le juge Marceau, J.C.A. dissident): l'appel doit être accueilli.

Le juge Strayer, J.C.A. (à l'avis duquel a souscrit le juge Linden, J.C.A.): Le critère d'examen d'une conclusion relative à la compétence est celui de l'absence d'erreur, malgré la clause privative de l'article 243.

L'application de l'alinéa 242(3.1)a ne comportait aucune erreur susceptible de révision, même lorsque le critère d'examen approprié, soit celui d'absence d'erreur, est appliqué. Le juge de première instance a eu raison de conclure que la décision de l'arbitre quant au fait qu'il n'y avait pas eu «suppression d'un poste» ne renfermait aucune erreur susceptible de révision. La redistribution des tâches d'une personne licenciée peut constituer une suppression des fonctions de celle-ci uniquement lorsqu'elle est faite de bonne foi et pour des motifs appropriés, comme les compressions budgétaires et les problèmes économiques. Il y avait une preuve substantielle qui permettait à l'arbitre de conclure que l'employeur avait procédé à la réaffectation de mauvaise foi, dans le but ultérieur de se débarrasser de l'intimée, parce qu'il croyait que celle-ci appuyait la syndicalisation des employés de bureau. L'arbitre a appliqué les principes de droit appropriés à cette conclusion de fait bien fondée et a jugé qu'il n'y avait pas eu de suppression d'un poste au sens de l'alinéa 242(3.1)a.

L'alinéa 242(3.1)b restreint la compétence de l'arbitre et celui-ci devait, d'abord et avant tout, déterminer si cette disposition l'empêchait d'examiner la plainte. Le silence ou le consentement explicite ou tacite des parties à ce sujet ne l'excuse pas de son omission. Le fait qu'il n'a pas examiné cette question n'empêche pas la Cour d'appel fédérale de déterminer s'il a outrepassé ou non sa compétence.

Le juge de première instance a commis une erreur en rejetant l'objection fondée sur l'alinéa 242(3.1)b). L'article 97 prévoit «un recours» à l'égard des plaintes relatives à un congédiement motivé par la participation de l'employé à des activités syndicales aux termes du paragraphe 94(3), qui interdit à l'employeur de faire des distinctions injustes à l'égard des employés en raison de leurs activités syndicales. La plainte (c.-à-d. les faits reprochés) doit être essentiellement la même dans l'autre «recours», mais il n'est pas nécessaire que les réparations prévues dans l'autre disposition soient égales ou supérieures pour que l'arbitre perde la compétence dont il est investi en vertu de l'alinéa 242(3.1)b). Cette disposition n'exige pas que le *Code canadien du travail* ou une autre loi fédérale prévoit le même recours; elle exige simplement qu'un autre recours existe à l'égard de la même plainte. Cette procédure doit permettre à la même partie plaignante d'obtenir une véritable réparation.

Lorsque le Parlement a créé, que ce soit dans le *Code canadien du travail* ou ailleurs, des tribunaux spécialisés chargés d'examiner certains aspects des relations de travail, il ne saurait avoir conféré une compétence concurrente permettant aux arbitres spéciaux d'examiner la même question. La procédure prévue à la partie III aux fins du dépôt des plaintes de congédiement injuste par des employés non syndiqués et de l'audi-

is a residual procedure intended to provide some redress where such redress was not otherwise available. As the Part III remedy is residual, the Part I complaint should be prosecuted first. Only if unable to establish an unfair labour practice as the cause for dismissal should the Part III complaint be pursued. The respondents herein failed to pursue the Part I complaint to its conclusion.

Costs on the judicial review and this appeal should be awarded against the employer on a solicitor-client basis. The appellant's reversal of its position since the beginning of the adjudication, which greatly contributed to the respondent's costs and the necessity for judicial review, warranted this award.

Per Marceau J.A. (dissenting): The Trial Judge correctly found that the Adjudicator's jurisdiction to deal with the respondent's complaint of unjust dismissal was not ousted by either paragraph 242(3.1)(a) or (b). As to the former, the Adjudicator's findings of fact were decisive. It is the interpretation given to a provision of law by the tribunal which is subject either to the "patent unreasonability" or "correctness" test, depending upon whether the provision is determinative of jurisdiction. On pure questions of fact, the deference due by a reviewing court to the finder of fact below remains, regardless of the nature of the proceedings, and it can only be made more compelling by the presence of a privative clause protecting the decision of the lower tribunal. Mere findings of fact were under attack before the Trial Judge on the branch of the Adjudicator's decision dealing with paragraph 242(3.1)(a), i.e. that there had been no lay-off for economic or administrative reasons, but termination for the employee's perceived sympathy for the union. Such findings were unimpeachable if there was some evidence to support them.

The limitation contained in paragraph 242(3.1)(b) was not applicable since there was no other available procedure for redress considering the complaint as it was presented and sustained.

The application of the interdiction contained in paragraph 242(3.1)(b) is dependent on an allegation of unfair labour practice made at the outset or apparent from the initial allegations. The revelation by the employee of a mere suspicion to that effect, flatly denied by the employer, does not have the same effect. The provision prevents a hearing from taking place. If the adjudicator is to be prevented from hearing the complaint, the determination regarding his jurisdiction must be made at the outset. The Code does not require the adjudicator to make a finding regarding the employer's motives. Section 240 is meant to protect non-unionized employees against dismissal for no valid reason. That is all that is required to be alleged and proved in order to find the complaint justified. A finding that

tion de ces plaintes par un arbitre est une procédure résiduelle visant à offrir une réparation dans les cas où ce recours n'est pas disponible autrement. Comme le recours prévu à la partie III est un recours résiduel, la plainte fondée sur la partie I devrait être traitée en premier lieu. Ce n'est que si la partie plaignante n'est pas en mesure de prouver que son congédiement a été causé par une pratique déloyale qu'elle devrait aller plus loin avec la plainte fondée sur la partie III. L'intimée en l'espèce a omis d'aller plus loin avec sa plainte fondée sur la partie I.

Les frais relatifs à la demande de contrôle judiciaire et au présent appel devraient être accordés à l'intimée sur une base procureur-client. Cette décision est justifiée par le fait que l'appelante a modifié sa position depuis le début des procédures, ce qui a eu pour effet d'accroître considérablement les frais de l'intimée et forcé la présentation d'une demande de contrôle judiciaire.

Le juge Marceau, J.C.A. (dissent): Le juge de première instance a eu raison de conclure que la compétence de l'arbitre aux fins de l'examen de la plainte de congédiement injuste de l'intimée n'a pas été éliminée par les alinéas 242(3.1)a) ou b). Quant à l'alinéa a), les conclusions de fait de l'arbitre étaient déterminantes. C'est l'interprétation donnée à une règle de droit par le tribunal qui est assujettie au critère du caractère «manifestement déraisonnable» ou de «l'absence d'erreur», selon que la règle permet ou non de trancher la compétence. Dans le cas des questions qui concernent uniquement les faits, la retenue dont un tribunal de révision doit faire montre à l'égard des conclusions de fait tirées par l'instance inférieure demeure la même, quelle que soit la nature des procédures, et cette obligation de retenue peut être encore plus forte lorsqu'il existe une clause privative protégeant la décision du tribunal inférieur. Les conclusions qui étaient contestées devant le juge de première instance et qui portaient sur l'alinéa 242(3.1)a) du Code étaient de simples conclusions de fait, soit l'absence de licenciement pour des raisons économiques ou administratives, l'intimée ayant été congédiée parce que l'employeur la soupçonnait d'être favorable à l'action du syndicat. Ces conclusions étaient inattaquables, dans la mesure où elles étaient appuyées par certains éléments de la preuve.

La restriction énoncée à l'alinéa 242(3.1)b) ne s'appliquait pas, puisqu'aucun autre recours n'existait, compte tenu de la plainte présentée et accueillie.

L'interdiction énoncée à l'alinéa 242(3.1)b) s'appliquera si une allégation de pratique déloyale est formulée en termes clairs dès le début des procédures ou ressort nettement des arguments initiaux. La révélation par l'employée d'un simple doute en ce sens, révélation que nie carrément l'employeur, n'a pas le même effet. La disposition a pour effet d'empêcher la tenue d'une instruction. S'il est interdit à l'arbitre d'entendre la plainte, la décision concernant sa compétence doit être prise dès le début. Le Code n'oblige pas l'arbitre à tirer une conclusion au sujet des motifs de l'employeur. L'article 240 vise à protéger les employés non syndiqués d'un congédiement injuste, c'est-à-dire d'un congédiement sans motif valable. C'est tout ce qui doit être allégué et prouvé pour que la plainte

the only reason given by the employer is not to be believed is complete and final and puts an end to the inquiry.

Section 94 did not offer the respondent another "procedure for redress". Subparagraph 94(3)(a)(i) prevents an employer from punishing an employee because that employee proposes to join a trade union or participate in its activities. It does not say "have mere sympathy for a trade union", as was the case here. Punishment for a "platonic" sympathy for anything is wrong. The labour oriented Part I of the Code was not meant to sanction wrongful punishment of an employee. The Canada Labour Relations Board was specifically assigned jurisdiction to deal with unfair labour practices because these were matters thought to be appropriate for determination by a specialized tribunal. Its expertise in labour legislation and activities is not required to determine that the firing of an employee because of his or her intellectual sympathy for the union is unacceptable.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to amend the Canada Labour Code, S.C. 1972, c. 18, s. 1.

An Act to amend the Canada Labour Code, S.C. 1977-78, c. 27, s. 21.

Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 8, 94, 97 (as am. by S.C. 1991, c. 39, s. 2), 98(1), 99(1) (as am. *idem*, s. 3), 240 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15), 241(2), 242(3.1) (as enacted *idem*, s. 16), (4), 243, 246.

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6.

Civil Service Act, S.N.B. 1984, c. C-5.1, s. 26(1).

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1618 (as am. by SOR/92-43, s. 19).

Industrial Relations and Disputes Investigation Act (The), S.C. 1948, c. 54, s. 4.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED:

APPLIED:

Canada Post Corp. v. Pollard, [1994] 1 F.C. 652; (1993), 161 N.R. 66 (C.A.); affg [1992] 2 F.C. 697; (1992), 53 F.T.R. 113 (T.D.); *Fleiger v. New Brunswick*, [1993] 2 S.C.R. 651; (1993), 104 D.L.R. (4th) 292.

CONSIDERED:

Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. v. Abraham, [1994] 3 F.C. 449; (1994), 79 F.T.R. 53 (T.D.).

soit jugée bien fondée. Une conclusion selon laquelle le seul motif allégué par l'employeur n'est pas retenu est complète et définitive et met fin à l'enquête.

L'article 94 n'offrait pas un autre «recours» à l'intimé. Le sous-alinéa 94(3)a(i) interdit à l'employeur de punir un employé parce que celui-ci se propose d'adhérer à un syndicat ou de participer à ses activités. Il ne fait pas mention de l'employé qui «est favorable à l'action d'un syndicat», comme c'était le cas en l'espèce. Il n'y a pas lieu de punir une personne qui a éprouvé une sorte de solidarité «platonic» pour quelque chose. La partie I du Code, qui est axée sur le mouvement ouvrier, ne visait pas à autoriser la punition injuste d'un employé. Le Conseil canadien des relations du travail a été spécifiquement investi du pouvoir d'examiner les pratiques déloyales en matière de travail parce que le législateur croyait que ces questions devaient être tranchées par un tribunal spécialisé. Il n'est pas nécessaire de posséder la compétence spécialisée du Conseil dans le domaine de la législation et des pratiques liées au travail pour conclure que le congédiement d'un employé en raison de sa solidarité intellectuelle est inacceptable.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 8, 94, 97 (mod. par L.C. (1991), ch. 39, art. 2), 98(1), 99(1) (mod. *idem*, art. 3), 240 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 15), 241(2), 242(3.1) (édicte *idem*, art. 16), (4), 243, 246.

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6.

Loi modifiant le Code canadien du travail, S.C. 1972, ch. 18, art. 1.

Loi modifiant le Code canadien du travail, S.C. 1977-78, ch. 27, art. 21.

Loi sur la Fonction publique, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, art. 26(1).

Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail, S.C. 1948, ch. 54, art. 4.

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1618 (mod. par DORS/92-43, art. 19).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Société canadienne des postes c. Pollard, [1994] 1 C.F. 652; (1993), 161 N.R. 66 (C.A.); conf. [1992] 2 C.F. 697; (1992), 53 F.T.R. 113 (1^{re} inst.); *Fleiger c. Nouveau-Brunswick*, [1993] 2 R.C.S. 651; (1993), 104 D.L.R. (4th) 292.

DÉCISION EXAMINÉE:

Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. c. Abraham, [1994] 3 C.F. 449; (1994), 79 F.T.R. 53 (1^{re} inst.).

REFERRED TO:

Sedpex, Inc. v. Canada (Adjudicator appointed under the Canada Labour Code), [1989] 2 F.C. 289; (1988), 34 Admin. L.R. 23; 25 F.T.R. 3 (T.D.).

APPEAL from the dismissal of an application to set aside an Adjudicator's finding of unjust dismissal ((1994), 81 F.T.R. 110 (F.C.T.D.)). Appeal allowed.

COUNSEL:

Michael W. Hunter for appellant.
Wendy A. Danson for respondents.

SOLICITORS:

Russell & DuMoulin, Vancouver, for appellant.
McCuaig Desrochers, Edmonton, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MARCEAU J.A. (*dissenting*): I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared by my brother Strayer. Unfortunately, I cannot agree with him. With respect, I see no error in the judgment of the Trial Division [(1994), 81 F.T.R. 110] and I would uphold it. Here, briefly, are my reasons for taking that view.

It would serve no purpose to go through the facts again. The recital in my colleague's reasons is adequate and I simply refer to it. It could be useful, however, in order to give a complete picture of the context, to note that the respondent filed her complaint under Part I of the *Canada Labour Code*¹ (the Code) more than two months after she had filed her first one under Part III, and that she did so at the instigation of the union which then, without her participation, negotiated a settlement with the employer that she promptly refused, obviously because she felt her personal predicament was not properly addressed. To review the two decisions below, the impugned Trial Division order dismissing the application for judicial review and the Adjudicator's determination, would also be useless; my colleague has properly identified their main aspects and it should be sufficient for me

¹ R.S.C., 1985, c. L-2.

DÉCISION CITÉE:

Sedpex, Inc. c. Canada (Arbitre nommé sous le régime du Code canadien du travail), [1989] 2 C.F. 289; (1988), 34 Admin. L.R. 23; 25 F.T.R. 3 (1^{re} inst.).

^a APPEL du rejet d'une demande visant à infirmer la conclusion d'un arbitre quant à l'existence d'un congédiement injuste ((1994), 81 F.T.R. 110 (C.F. 1^{re} inst.)). Appel accueilli.

^b AVOCATS:

Michael W. Hunter, pour l'appelante.
Wendy A. Danson, pour les intimés.

^c PROCUREURS:

Russell & DuMoulin, Vancouver, pour l'appelante.
McCuaig Desrochers, Edmonton, pour les intimés.

^d

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

^e LE JUGE MARCEAU, J.C.A. (*dissident*): J'ai eu l'avantage de lire les motifs du jugement de mon confrère, le juge Strayer. Malheureusement, je ne puis souscrire à son opinion. À mon avis, le jugement de la Section de première instance [(1994), 81 F.T.R. 110] ne renferme aucune erreur et je le confirmerais.
^f Voici, brièvement, les raisons pour lesquelles j'en suis arrivé à cette conclusion.

Il ne serait pas utile de résumer à nouveau les faits. La description qu'en fait mon collègue est satisfaisante et je me contenterai de l'utiliser. Cependant, afin de présenter un tableau complet de la situation, il convient de souligner que l'intimée a déposé sa plainte fondée sous le régime de la partie I du *Code canadien du travail*¹ (le Code) plus de deux mois après avoir déposé sa première plainte fondée sur la partie III, et elle l'a fait sur les conseils du syndicat qui a alors, sans sa participation, négocié avec l'employeur un règlement qu'elle a refusé, manifestement parce qu'elle croyait que la réparation offerte était insuffisante. Il serait également inutile de passer en revue les décisions des deux instances inférieures, soit l'ordonnance par laquelle la Section de première instance a rejeté la demande de contrôle judiciaire et la décision de l'arbitre; mon collègue a bien résumé

¹ L.R.C. (1985), ch. L-2.

to underscore some of them in the course of my analysis. As to the relevant legislation in the Code, only subsection 242(3.1) [as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 16] need be reproduced immediately, it being the provision central to the litigation:

242. . . .

(3.1) No complaint shall be considered by an adjudicator under subsection (3) in respect of a person where

(a) that person has been laid off because of lack of work or because of the discontinuance of a function; or

(b) a procedure for redress has been provided elsewhere in or under this or any other Act of Parliament.

So, I take for granted that the factual, judicial and legislative context in which the issues to be determined arise is established, and I will proceed immediately to set forth my personal views on them.

The first issue is whether the learned Motions Judge erred in law in approving the Adjudicator's conclusion that he was not denied jurisdiction by virtue of paragraph 242(3.1)(a) of the Code. In giving his approval, the Motions Judge simply stated [at page 114] that it was not "patently unreasonable" for the Adjudicator to conclude as he did, having found that the claimant-respondent had not been laid off following a discontinuance of her function as alleged by the employer, but had been terminated for no apparent reason other than her perceived sympathy for the union. That was, in the appellant's submission, the wrong test since the standard of review of an inferior tribunal's conclusion relative to its own jurisdiction is not the "patent unreasonableness" of his finding but the "correctness" thereof. My colleague concedes that the Trial Judge was wrong as to the standard of review but he does not believe that the application of the "correctness" test would have yielded any different result.

I readily agree with my colleague that the Trial Judge's approval of the Adjudicator's conclusion with respect to the possible application of paragraph 242(3.1)(a) of the Code was wholly justified. My approach, however, is different from his. The test openly applied by the Motions Judge was not too

les aspects essentiels de ces décisions et il me suffira de revenir sur quelques-uns de ceux-ci au cours de mon analyse. Quant aux dispositions législatives pertinentes du Code, seul le paragraphe 242(3.1) [édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 16] doit être reproduit immédiatement, parce qu'il constitue la principale disposition sur laquelle porte le litige:

242. . . .

(3.1) L'arbitre ne peut procéder à l'instruction de la plainte dans l'un ou l'autre des cas suivants:

a) le plaignant a été licencié en raison du manque de travail ou de la suppression d'un poste;

b) la présente loi ou une autre loi fédérale prévoit un autre recours.

Je présume donc que le contexte factuel, judiciaire et législatif dans lequel les questions en litige sont soulevées est bien établi et j'exprime immédiatement mes opinions personnelles sur ces questions.

La première est celle de savoir si le juge des requêtes a commis une erreur de droit en approuvant la conclusion de l'arbitre selon laquelle l'alinéa 242(3.1)a) du Code ne lui niait pas sa compétence. Approuvant la décision de l'arbitre, le juge des requêtes a simplement dit [à la page 114] que celui-ci n'avait pas agi de façon «manifestement déraisonnable» en concluant que l'intimée n'avait pas été licenciée en raison de la suppression d'un poste, comme l'employeur le soutenait, mais plutôt qu'elle avait été congédiée sans motif apparent, si ce n'est le fait que l'employeur la soupçonnait d'être favorable à l'action du syndicat. L'appelante a soutenu que ce critère était inapproprié, étant donné que la norme d'examen d'une conclusion d'un tribunal inférieur quant à sa propre compétence n'est pas celui du caractère «manifestement déraisonnable» de la conclusion en question, mais plutôt celui de «l'absence d'erreur». Mon collègue admet que le juge de première instance a commis une erreur au sujet de la norme d'examen, mais il ne croit pas que l'application du critère de «l'absence d'erreur» aurait donné lieu à un résultat différent.

À l'instar de mon collègue, j'admets volontiers que le juge de première instance était tout à fait justifié d'approuver la conclusion de l'arbitre quant à l'application possible de l'alinéa 242(3.1)a) du Code. Cependant, mon raisonnement est différent de celui de mon collègue. Le critère que le juge des requêtes a

lenient. In my view, it was not deferential enough. As I understand it, the jurisprudential pronouncements as to the standard of review of an inferior tribunal's disposition of a preliminary or incidental question arising in the course of exercising its duties are concerned with the legal component of the question, not the factual one. In other words, it is the interpretation given to a provision of law by the tribunal which is subject either to the "patent unreasonability" test or to the "correctness" test according to whether the provision is or is not one which is determinative of jurisdiction.

On pure questions of fact, the deference due by a reviewing court to the finder of fact below remains irrespective of the nature of the proceedings, and it can only be made more compelling by the presence of a privative clause protecting the decision of the lower tribunal. What was under attack before the Motions Judge on that branch of the Adjudicator's decision dealing with paragraph 242(3.1)(a) of the Code was merely findings of fact, i.e. that there had been no lay-off for economic or administrative reasons, but termination for no apparent reason other than the employee's perceived sympathy for the union. Such findings were unimpeachable as soon as there was some evidence to support them.

The second issue is the one on which I depart substantially from my colleague's position. Was the Motions Judge wrong in dismissing, as he did, the appellant's contention that paragraph 242(3.1)(b) precluded the Adjudicator from dealing with the complaint since the facts, as the Adjudicator himself found them, could form the basis of the "procedure for redress" provided in section 97 [as am. by S.C. 1991, c. 39, s. 2] of the Code?

It is clear that a lack of jurisdiction cannot be cured by the decision maker's failure to realize that he is acting beyond his powers nor can it be covered by the parties' silence in regard to it. There is no doubt that the issue had to be dealt with by the Motions Judge. Still, it is important to note that before the Adjudicator there was more than mere silence but a forceful

appliqué n'était pas trop faible. À mon avis, il se caractérise plutôt par un manque de retenue. Si je comprends bien, les jugements rendus au sujet de la norme d'examen d'une conclusion d'un tribunal inférieur quant à une question préliminaire ou accessoire soulevée au cours de l'exercice de ses fonctions concernent l'aspect juridique de la question et non l'aspect factuel. En d'autres termes, c'est l'interprétation donnée à une règle de droit par le tribunal qui est assujettie au critère du «caractère manifestement déraisonnable» ou de «l'absence d'erreur», selon que la règle permet ou non de trancher la question de la compétence.

Dans le cas des questions qui concernent uniquement les faits, la retenue dont un tribunal de révision doit faire montre à l'égard des conclusions de fait tirées par l'instance inférieure demeure la même, quelle que soit la nature des procédures, et cette obligation de retenue peut être encore plus forte lorsqu'il existe une clause privative protégeant la décision du tribunal inférieur. Les conclusions qui étaient contestées devant le juge des requêtes et qui portaient sur l'alinéa 242(3.1)a) du Code étaient de simples conclusions de fait, soit l'absence de licenciement pour des raisons économiques ou administratives, l'intimée ayant été congédiée sans raison apparente, hormis le fait que l'employeur la soupçonnait d'être favorable à l'action du syndicat. Ces conclusions étaient inattaquables, dans la mesure où elles étaient appuyées par certains éléments de la preuve.

La deuxième question en litige est celle au sujet de laquelle je suis sensiblement en désaccord avec mon collègue. Le juge des requêtes a-t-il eu tort de rejeter, comme il l'a fait, l'argument de l'appelante selon lequel l'alinéa 242(3.1)b) empêchait l'arbitre d'examiner la plainte, étant donné que les faits que celui-ci a constatés pourraient constituer le fondement du «recours» prévu à l'article 97 [mod. par L.C. (1991), ch. 39, art. 2] du Code?

Il est clair que l'absence de compétence ne peut être excusée par le fait que l'instance décisionnelle ne comprend pas qu'elle outre passe ses pouvoirs ou par le silence des parties à ce sujet. La question devait indéniablement être tranchée par le juge des requêtes. Cependant, il importe de souligner que, devant l'arbitre, l'appelante n'a pas simplement gardé le silence;

denial on the part of the appellant that it had in any way breached its obligations under Part I of the Code. It is also important to note that the complaint placed before the Adjudicator was for unjust dismissal, that is to say dismissal for no valid reason, the respondent only stating at the inquiry that the sole reason she could think of for her employer's action was an unfounded suspicion that she was supporting the union. Finally, it is significant that the Adjudicator's comments throughout his reasons are devoted almost exclusively to refuting the appellant's contention that the respondent had not been terminated but laid off, and that his reference to the respondent's perceived sympathy for the union as the only apparent reason for her employer's unjust behaviour comes at the end of his analysis so as to give a certain positive rationalization to his negative findings.

So the issue had to be dealt with but, put in concrete terms, the question before the Trial Judge was whether the Adjudicator's final finding that the respondent's perceived sympathy for the union had been the cause of her termination—a finding, I wish to repeat, that contradicted the employer's testimony and was based solely on the employee's stated belief, itself based on two minor, if not totally insignificant, incidents—had the effect of ousting his jurisdiction and requiring him to dismiss immediately, on the authority of paragraph 242(3.1)(b), the complaint brought pursuant to section 240 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15] of the Code. Contrary to my colleague, I think, with respect, that the Trial Judge could not but answer the question in the negative.

On the one hand, as I read paragraph 242(3.1)(b), the application of the interdiction contained therein is dependent on an allegation of unfair labour practice made clearly at the outset or apparent from the initial and open allegations of the parties. The revelation by the employee of a mere suspicion to that effect flatly denied by the employer even if found probable by the Adjudicator at the end of his inquiry would not have the same effect.

elle a nié catégoriquement avoir violé ses obligations découlant de la partie I du Code. En outre, la plainte dont l'arbitre était saisi était une plainte de congédiement injuste, c'est-à-dire un congédiement sans motif valable, l'intimée s'étant contentée de dire à l'enquête qu'à son avis, la seule raison pour laquelle son employeur avait agi ainsi était le fait qu'il la soupçonnait à tort d'appuyer le syndicat. Enfin, tout au long de ses motifs, l'arbitre se borne presque exclusivement à réfuter l'allégation de l'appelante selon laquelle l'intimée n'avait pas été congédiée, mais licenciée et c'est à la fin de son analyse que l'arbitre mentionne que le seul motif apparent du comportement injuste de l'employeur était le fait qu'il soupçonnait l'intimée d'être favorable à l'action du syndicat, tentant ainsi de rationaliser positivement ses conclusions négatives.

La question devait donc être tranchée; cependant, en termes concrets, la question dont le juge de première instance était saisi était celle de savoir si la conclusion finale de l'arbitre selon laquelle l'employeur avait congédié l'intimée parce qu'il la soupçonnait d'être favorable à l'action du syndicat, laquelle conclusion allait à l'encontre du témoignage de l'employeur et reposait uniquement sur la croyance de l'employée, elle-même fondée sur deux incidents mineurs, voire totalement insignifiants, a eu pour effet de nier sa compétence, de sorte qu'il était tenu de rejeter immédiatement la plainte présentée en application de l'article 240 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 15] du Code, compte tenu de l'alinéa 242(3.1)(b). Contrairement à mon collègue, j'estime que le juge de première instance ne pouvait répondre que par la négative à cette question.

D'une part, d'après ce que je comprends à la lecture de l'alinéa 242(3.1)(b), l'interdiction qui y est énoncée s'appliquera si une allégation de pratique déloyale est formulée en termes clairs dès le début des procédures ou ressort nettement des arguments initiaux invoqués ouvertement par les parties. La révélation par l'employée d'un simple doute en ce sens, révélation que nie carrément l'employeur, même si l'arbitre a conclu à la fin de l'enquête qu'elle était probablement bien fondée, n'aura pas le même effet.

My conviction in that respect is essentially grounded in the wording of the provision, in particular that of the opening phrase “[n]o complaint shall be considered by an adjudicator”, in French “[l]’arbitre ne peut procéder à l’instruction de la plainte”.^a The effect of the provision is to prevent a hearing from taking place. This is a very striking, and to my knowledge, unusual feature in a jurisdictional provision which can hardly be accidental. If the adjudicator is to be prevented from hearing the complaint, the determination regarding his jurisdiction must be made at the outset. It seems to me illogical to infer from the wording of the provision that an adjudicator could lose jurisdiction based on information which arises during the course of a hearing. The Code does not even require the adjudicator to make a finding regarding the employer’s motives. Section 240 of the Code is meant to protect ununionized employees against unjust dismissal, that is to say dismissal for no valid reason. That is all that is required to be alleged and proved in order to find the complaint to be justified. A finding that the only reason given by the employer is not to be believed is complete and final and puts an end to the inquiry.^e

I am all the more convinced that paragraph 242(3.1)(b) is not triggered by a mere finding, at the end of an inquiry, of a possible attack on the basic freedom of the employee to join the trade union of his choice and to participate in its lawful activities (subsection 8(1)), that, if it was otherwise, wholly unacceptable results would necessarily follow. One can imagine a case, similar to the one at hand, where the Board would believe the employer and conclude that, even if there was no just cause for the termination, the real reason had nothing to do with an unfair labour practice. Or of a case, bound to happen on a regular basis, where the adjudicator’s inquiry is completed long after the time limit to file a complaint under Part I. To say that nothing prevents an employee from filing two complaints is no answer since only a complainant who, at the outset, is in possession of facts sufficient to support his suspicion would be expected to do so. Furthermore, this approach presumes that the Minister will be prepared to appoint an adjudicator in spite of the existence of the Part I complaint and that one of the two complaints can be put in abeyance at will. I cannot believe that Parliament would have such an incongru-

Ma conviction sur ce point repose essentiellement sur le libellé de la disposition, notamment les mots introductifs «[l]’arbitre ne peut procéder à l’instruction de la plainte». Cette disposition a pour effet d’empêcher la tenue d’une instruction. Il s’agit d’une caractéristique très frappante et inhabituelle d’une disposition relative à la compétence et ne saurait être accidentelle. S’il est interdit à l’arbitre d’entendre la plainte, la décision concernant sa compétence doit être prise dès le début. Il me semble illogique de déduire du libellé de la disposition qu’un arbitre pourrait perdre sa compétence par suite des renseignements qui sont révélés au cours d’une audience. Le Code n’oblige même pas l’arbitre à tirer une conclusion au sujet des motifs de l’employeur. L’article 240 du Code vise à protéger les employés non syndiqués d’un congédiement injuste, c’est-à-dire d’un congédiement sans motif valable. C’est tout ce qui doit être allégué et prouvé pour que la plainte soit jugée bien fondée. Une conclusion selon laquelle le seul motif allégué par l’employeur n’est pas retenu est complète et définitive et met fin à l’enquête.

Je suis d’autant plus convaincu que l’application de l’alinéa 242(3.1)(b) n’est pas déclenchée par une simple conclusion, à la fin d’une enquête, quant à l’atteinte possible à la liberté fondamentale de l’employé d’adhérer au syndicat de son choix et de participer aux activités légales de celui-ci (paragraphe 8(1)), que, s’il en était autrement, des résultats tout à fait inacceptables s’ensuivraient. Ainsi, dans un cas semblable à celui de la présente affaire, le Conseil pourrait croire l’employeur et conclure que, même si le congédiement n’était pas fondé sur un motif valable, la véritable raison n’avait rien à voir avec une pratique déloyale. Il se pourrait aussi, dans bien des cas, que l’arbitre termine son enquête bien après l’expiration du délai prévu pour le dépôt d’une plainte sous le régime de la partie I. Il ne suffit pas de dire que rien n’empêche l’employé de déposer deux plaintes, étant donné qu’au départ, on s’attend à ce que le plaignant qui possède suffisamment de renseignements factuels à l’appui de ses doutes procède de cette façon. De plus, ce raisonnement présuppose que le ministre sera prêt à nommer un arbitre malgré l’existence de la plainte fondée sur la partie I et que l’une des deux plaintes pourra être mise en veilleuse

ous system in mind. In any event, the suggestion is of no avail for all those situations where no suspicion exists at the outset but comes to the fore during the inquiry. One could even imagine an employer purporting, at the very end of the inquiry, to make a "confession" in order to put an end to the adjudicator's involvement and have the case closed.

On the other hand, I am of the opinion that section 94 in Part I of the Code did not offer the respondent another "procedure for redress".

Here again, it is to the purpose of the provision and its wording that I will refer. Part I of the Code, which was enacted, as stated in its preamble, in furtherance of the "long tradition in Canada of labour legislation and policy designed for the promotion of the common well-being through the encouragement of free collective bargaining and the constructive settlement of disputes", is obviously labour oriented. Section 94 was designed to sanction the employer's resort to unfair labour practices including practices interfering with the basic freedom accorded to anyone in the employ of another, and solemnly confirmed in section 8 of the Code, "to join the trade union of his choice and to participate in its lawful activities". The prohibition established by subparagraph 94(3)(a)(i), the breach of which may give rise to a complaint under section 97, prevents an employer from punishing an employee because that employee:

94. (3)(a) . . .

(i) is or proposes to become, or seeks to induce any other person to become, a member, officer or representative of a trade union or participates in the promotion, formation or administration of a trade union.

It seems to me that neither the purpose of the provision as one central to Part I nor its wording, strictly construed, would support reading in the words "have mere sympathy for a trade union", irrespective of the absence of any intention to join that union or participate in its activity. This, it should be recalled, is the exact situation here: the respondent denied having had any intention to join the union or having ever participated in its activities. The appellant was adamant that its officers never had that in contemplation. All the Adjudicator determined, on the sole basis of the respondent's belief, was that the termination

sans objection. Je ne puis croire que le Parlement avait pareil système incongru en tête. À tout événement, la suggestion est inutile dans tous les cas où le doute est soulevé, non pas au début, mais plutôt au cours de l'enquête. À la limite, l'employeur pourrait même tenter, à la toute fin de l'enquête, de faire une «confession» afin de mettre fin à la participation de l'arbitre et de clore l'affaire.

D'autre part, je suis d'avis que l'article 94 de la partie I du Code n'offrait pas à l'intimée «un autre recours».

Encore là, c'est l'objet et le libellé de la disposition que j'examinerai. La partie I du Code qui, comme on peut le lire dans le préambule, a été édictée parce «qu'il est depuis longtemps dans la tradition canadienne que la législation et la politique du travail soient conçues de façon à favoriser le bien-être de tous par l'encouragement de la pratique des libres négociations collectives et du règlement positif des différends», est manifestement axée sur le mouvement ouvrier. L'article 94 visait à punir l'employeur qui a recours à des pratiques déloyales, notamment des pratiques qui vont à l'encontre de la liberté fondamentale de chaque employé «d'adhérer au syndicat de son choix et de participer à ses activités licites», qui est confirmée solennellement à l'article 8 du Code. Le sous-alinéa 94(3)(a)(i), dont la violation peut donner lieu à une plainte fondée sur l'article 97, interdit à un employeur de punir un employé parce que celui-ci

94. (3)(a) . . .

(i) . . . adhère à un syndicat . . . ou se propose de le faire ou de le devenir, ou incite une autre personne à le faire . . . ou contribue à la formation, la promotion ou l'administration d'un syndicat.

Il me semble que ni l'objet de cette disposition très importante de la partie I ni son libellé, interprétés de façon stricte, ne permettent d'y inclure les mots [TRANSDUCTION] «est favorable à l'action d'un syndicat», malgré l'absence d'intention d'adhérer à ce syndicat ou de participer à ses activités. Or, c'est exactement ce qui s'est produit en l'espèce: l'intimée a nié avoir eu l'intention d'adhérer au syndicat ou avoir participé aux activités de celui-ci. L'appelante a répété que ses dirigeants n'ont jamais eu cette idée en tête. Tout ce que l'arbitre a conclu, en se fondant simplement sur la conviction de l'intimée, c'est que le congédiement

appeared to be motivated by a false perception that the respondent sympathized with “the Union’s efforts at organizing”. To punish someone for having some “platonic” sympathy for anything is wrong in any event. It is a personal affront. The object of the sympathy is purely incidental. I cannot believe that the wrongful punishment of an employee in such circumstances was meant to be sanctioned under the labour oriented Part I of the Code.

The Canada Labour Relations Board was specifically assigned jurisdiction to deal with unfair labour practices because these were obviously thought to be matters appropriate for determination by a specialized tribunal. It is quite understandable that Parliament has taken care to carefully protect the exclusivity of that jurisdiction. However, it is obvious that the expertise of the Board in labour legislation and activities is not required to determine that the firing of an employee for his or her intellectual sympathy is unacceptable.

I find support for my understanding of section 94 in the decision of this Court in *Pollard*² wherein it approved, without reserve, the position taken by the Motions Judge to the effect that that section “concerns complaints concerning unfair labour practices defined by statute, all relating to discriminatory behaviour because of participation in union activities” [[1992] 2 F.C. 697 (T.D.), at page 725]. I note also that my reasoning is similar to that expressed by the learned Trial Division Judge in *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc.*³ when he wrote:

While duplication of proceedings should be avoided, and paragraph 242(3.1)(b) appears to have been enacted for that purpose (perhaps among others), I am certain that Parliament did not intend that aggrieved parties should be forced to run the risk of their unjust dismissal claim being prejudiced by application of this provision. For paragraph 242(3.1)(b) to

² *Canada Post Corp. v. Pollard*, [1994] 1 F.C. 652 (C.A.).

³ *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. v. Abraham*, [1994] 3 F.C. 449 (T.D.), at p. 465.

semblait avoir été motivé par une fausse perception selon laquelle l’intimée était en faveur «de la campagne visant la formation d’un syndicat». Il n’y a pas lieu de punir une personne qui a éprouvé une sorte de solidarité «platonique» pour quelque chose. C’est un affront personnel. L’objet du sentiment de solidarité est purement accessoire. Je ne puis croire que le législateur avait l’intention d’autoriser la punition injuste d’un employé en pareilles circonstances aux termes de la partie I du Code, qui est axée sur le mouvement ouvrier.

Le Conseil canadien des relations du travail a été spécifiquement investi du pouvoir d’examiner les pratiques déloyales en matière de travail parce que le législateur croyait manifestement que ces questions devaient être tranchées par un tribunal spécialisé. Il est bien compréhensible que le Parlement ait pris soin de protéger l’exclusivité de cette compétence. Cependant, il n’est certainement pas nécessaire de posséder la compétence spécialisée du Conseil dans le domaine de la législation et des pratiques liées au travail pour conclure que le congédiement d’un employé en raison de sa solidarité intellectuelle est inacceptable.

Mon interprétation de l’article 94 me semble appuyée par la décision que la Cour d’appel fédérale a rendue dans l’arrêt *Pollard*², où elle a approuvé sans réserve la position du juge des requêtes selon laquelle cette disposition «porte plutôt sur les plaintes concernant les pratiques déloyales de travail mentionnées dans la loi, lesquelles se rapportent toutes à des actes discriminatoires résultant de la participation à des activités syndicales» [[1992] 2 C.F. 697 (1^{re} inst.), à la page 725]. Je souligne également que mon raisonnement est semblable à celui que le juge de première instance a exprimé dans l’arrêt *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc.*³:

Bien que l’on doive éviter le dédoublement des procédures et que l’alinéa 242(3.1)(b) semble avoir été édicté à cette fin (entre autres, probablement), je suis certain que le législateur n’avait pas l’intention de contraindre des parties lésées à courir le risque de voir leur poursuite pour congédiement injuste compromise par l’application de cet alinéa. Pour que cet alinéa

² *Société canadienne des postes c. Pollard*, [1994] 1 C.F. 652 (C.A.).

³ *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. c. Abraham*, [1994] 3 C.F. 449 (1^{re} inst.), à la p. 465.

apply, the alternative procedure for redress must be clearly duplicative.

These are the reasons why I feel I must, with respect, disagree with my colleague. In my judgment, the Motions Judge was correct in finding that the Adjudicator's jurisdiction to deal with the respondent's complaint of unjust dismissal was not ousted by either paragraph 242(3.1)(a) or paragraph 242(3.1)(b). As to the former, the Adjudicator's findings of fact were decisive; as to the latter, the limitation contained therein was not applicable since there was no other available procedure for redress considering the complaint as it was presented and sustained.

There remains the question of costs. My colleague expresses the view that the circumstances of this case were such that he would uphold the decision of the Motions Judge to award costs to the respondent on a solicitor-client basis and would order the same on the appeal, even though, at both levels, the appellant was entitled to the remedy it was seeking. While I do not have to express any opinion as to whether my colleague's reasoning was sufficient to authorize and justify a most exceptional, if not unprecedented, award of costs against a successful litigant, let alone an award of costs on a solicitor-client basis, his reasoning, which I adopt, is undoubtedly sufficient if, as I suggest, the appeal is dismissed. As to the Adjudicator's award of costs, I am not prepared to criticize the Motions Judge for having thought that such an incidental decision constituted a proper exercise of discretion under paragraph 242(4)(c).⁴

I would therefore dismiss the appeal with costs to the respondent on a solicitor-client basis.

* * *

⁴ 242. . . .

(4) Where an adjudicator decides pursuant to subsection (3) that a person has been unjustly dismissed, the adjudicator may, by order, require the employer who dismissed the person to

(c) do any other like thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal.

s'applique, l'autre recours en cause doit clairement opérer doublement.

Ce sont les raisons pour lesquelles je ne puis souscrire à l'opinion de mon collègue. À mon avis, le juge des requêtes a eu raison de conclure que la compétence de l'arbitre aux fins de l'examen de la plainte de congédiement injuste de l'intimée n'a pas été éliminée par les alinéas 242(3.1)a) ou b). Quant à l'alinéa a), les conclusions de fait de l'arbitre étaient déterminantes et, en ce qui a trait à l'alinéa b), la restriction qui y est énoncée ne s'appliquait pas, puisqu'aucun autre recours n'existait, compte tenu de la plainte présentée et accueillie.

Reste la question des dépens. Mon collègue estime que les circonstances de la présente affaire sont telles qu'il confirmerait la décision du juge des requêtes d'adjuger les dépens à l'intimée sur une base procureur-client et ferait de même pour les dépens engagés dans l'appel même si, devant les deux sections de la Cour, l'appelante avait droit à la réparation qu'elle demandait. Bien que je ne sois pas tenu de dire si, à mon avis, le raisonnement de mon collègue suffisait pour autoriser et justifier une réparation exceptionnelle, voire sans précédent, soit l'attribution des dépens en faveur d'une partie perdante, surtout l'octroi de dépens sur une base procureur-client, son raisonnement, auquel je souscris, est certainement suffisant si, comme je le propose, l'appel est rejeté. En ce qui a trait à la décision de l'arbitre au sujet de l'octroi des dépens, je ne suis pas disposé à critiquer le juge des requêtes, qui était d'avis que cette décision accessoire avait été rendue dans le cadre de l'exercice approprié du pouvoir discrétionnaire dont l'arbitre était investi en vertu de l'alinéa 242(4)c)⁴.

En conséquence, je rejeterais l'appel et j'adjugerais à l'intimée ses dépens sur une base procureur-client.

* * *

⁴ 242. . . .

(4) S'il décide que le congédiement était injuste, l'arbitre peut, par ordonnance, enjoindre à l'employeur:

c) de prendre toute autre mesure qu'il juge équitable de lui imposer et de nature à contrebalancer les effets du congédiement ou à y remédier.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STRAYER J.A.:

Relief Requested

The appellant asks this Court to set aside a judgment of the Trial Division dated June 17, 1994 which had dismissed the appellant's application for judicial review seeking to set aside the decision of June 30, 1993 of an Adjudicator acting under section 242 of the *Canada Labour Code*.⁵ The decision of the Adjudicator had found that the respondent Dorothy Kosanovich had been unjustly dismissed by the appellant Byers Transport Limited. The Adjudicator ordered her reinstatement, the payment of all outstanding wages and benefits to which she would have been entitled between the date of her termination and her reinstatement, and all costs incurred by her in seeking her reinstatement. The latter has been understood to include legal costs on a solicitor-client basis.

Facts

The respondent had been employed by the appellant for some time as a Stationery File Clerk when on July 3, 1992 she was handed a letter advising her that her position was being eliminated in order to "reduce costs". She was given two weeks' pay in lieu of notification and was effectively excluded from the premises.

At about this time the Teamsters Union, which represented some of the employees of the appellant, was conducting a drive to organize the non-union office staff of which the respondent was a member. Upon receiving the notice of termination the respondent, according to her own evidence before the Adjudicator, told fellow workers that she was being terminated because the employer believed she was connected to the union's organizing campaign.

On July 7, 1992 the respondent filed a complaint of unjust dismissal under section 240 in Part III of the *Canada Labour Code*. Her written complaint simply stated that "I feel I was unjustly dismissed". Before this matter had been proceeded with she filed, on September 21, 1992, a complaint under section 97 in

⁵ R.S.C., 1985, c. L-2.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendu par

LE JUGE STRAYER, J.C.A.:

a Réparation demandée

L'appelante demande à la Cour d'appel d'annuler un jugement en date du 17 juin 1994 par lequel la Section de première instance avait rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appelante en vue d'infirmier la décision d'un arbitre datée du 30 juin 1993 et fondée sur l'article 242 du *Code canadien du travail*.⁵ Ayant conclu que l'appelante Byers Transport Limited avait congédié injustement l'intimée Dorothy Kosanovich, l'arbitre avait réintégré celle-ci dans son emploi et ordonné à l'appelante de lui payer la totalité du salaire et des avantages perdus auxquels elle aurait eu droit entre la date de son congédiement et celle de sa réintégration et tous les frais qu'elle a engagés pour obtenir celle-ci. Les frais en question comprennent les dépens procureur-client.

e Les faits

L'intimée travaillait depuis quelque temps pour l'appelante à titre de préposée au classement lorsque, le 3 juillet 1992, elle a reçu une lettre l'informant que l'entreprise abolissait son poste afin de [TRADUCTION] «réduire nos frais d'exploitation». Elle a reçu deux semaines de salaire en remplacement de l'avis et a effectivement été renvoyée des lieux.

Vers la même époque, le syndicat des Teamsters, qui représentait une partie des employés de l'appelante, menait une campagne en vue de syndiquer le personnel de bureau, dont l'intimée faisait partie. D'après ce qu'elle a dit à l'arbitre, lorsqu'elle a reçu son avis de cessation d'emploi, l'intimée a mentionné à ses collègues qu'elle était congédiée parce que l'employeur croyait qu'elle était liée à la campagne de syndicalisation du syndicat.

Le 7 juillet 1992, l'intimée a déposé une plainte de congédiement injuste fondée sur l'article 240 de la partie III du *Code canadien du travail*. Dans sa plainte écrite, l'intimée a simplement mentionné ce qui suit: [TRADUCTION] «J'estime que j'ai été injustement congédiée». Avant le traitement de cette plainte,

⁵ L.R.C. (1985), ch. L-2.

Part I of the *Canada Labour Code* to the effect that the appellant had committed an unfair labour practice in laying her off or dismissing her for what the appellant believed to be her union activities. In November, 1992 the Teamsters and the appellant agreed upon a settlement of this latter complaint but the respondent rejected that settlement. Instead she sought her own counsel and on January 4, 1993 withdrew her complaint under section 97. Subsequently her complaint under section 240 was processed, with an adjudicator being appointed and a hearing before the Adjudicator being held on June 4, 1993. At that hearing the appellant took the position that the respondent had been laid off as part of a cost-cutting, down-sizing process made necessary by the state of its business. This gave rise to the question of whether the Adjudicator had jurisdiction to deal with the complaint by virtue of subsection 242(3.1) of the *Canada Labour Code* which provides as follows:

242. . . .

(3.1) No complaint shall be considered by an adjudicator under subsection (3) in respect of a person where

(a) that person has been laid off because of lack of work or because of the discontinuance of a function; or

(b) a procedure for redress has been provided elsewhere in or under this or any other Act of Parliament.

During that hearing the appellant, which was not represented by counsel, sought to demonstrate through its witnesses that the respondent had been "laid off . . . because of the discontinuance of a function" within the meaning of paragraph 242(3.1)(a) and thus contended that the complaint should not be considered by the Adjudicator. It is common ground that the employer did not raise any issue at that time based on paragraph 242(3.1)(b) to the effect that there was another procedure for redress under the Code which would preclude the Adjudicator from hearing this complaint. The evidence of the respondent and her witnesses before the Adjudicator was to the effect that she had been terminated and not laid off, that her functions had not been discontinued but simply redistributed, and that she had been singled out for termination because of the employer's belief that she was assisting the union to organize office staff.

elle a déposé, le 21 septembre 1992, une plainte fondée sur l'article 97 de la partie I du *Code canadien du travail*, dans laquelle elle a reproché à son employeur d'avoir poursuivi une pratique déloyale en la congédiant parce qu'il la soupçonnait de participer à des activités syndicales. En novembre 1992, le syndicat des Teamsters et l'appelante se sont entendus pour régler cette dernière plainte, mais l'intimée a rejeté ce règlement. Elle a plutôt recruté son propre conseiller juridique et, le 4 janvier 1993, elle a retiré sa plainte fondée sur l'article 97. Par la suite, sa plainte fondée sur l'article 240 a été traitée: un arbitre a été nommé et une audience a été tenue devant celui-ci le 4 juin 1993. Au cours de cette audience, l'appelante a soutenu que l'intimée avait été renvoyée dans le cadre de mesures de compression rendues nécessaires en raison de la situation de l'entreprise. Cet argument a donné lieu à la question de savoir si l'arbitre avait la compétence voulue pour examiner la plainte en vertu du paragraphe 242(3.1) du *Code canadien du travail*, dont le libellé est le suivant:

242. . . .

(3.1) L'arbitre ne peut procéder à l'instruction de la plainte dans l'un ou l'autre des cas suivants:

a) le plaignant a été licencié en raison du manque de travail ou de la suppression d'un poste;

b) la présente loi ou une autre loi fédérale prévoit un autre recours.

Au cours de l'audience, l'appelante, qui n'était pas représentée par un avocat, a tenté de prouver par l'entremise de ses témoins que l'intimée avait été [TRACTION] «licenciée . . . en raison de la suppression d'un poste . . . » au sens de l'alinéa 242(3.1)a) et a donc soutenu que l'arbitre ne devrait pas examiner la plainte. Il est admis de part et d'autre qu'à l'époque, l'employeur n'a soulevé aucune question fondée sur l'alinéa 242(3.1)b), c'est-à-dire qu'il n'a pas soutenu que le Code prévoyait un autre recours et que, par conséquent, l'arbitre ne pouvait entendre la plainte. D'après la version que l'intimée et ses témoins ont présentée devant l'arbitre, elle a été congédiée et non licenciée, ses fonctions n'ont pas été éliminées, mais simplement attribuées à une autre personne et l'employeur a décidé de la renvoyer parce qu'il était convaincu qu'elle aidait le syndicat à syndiquer le personnel de bureau.

There is a lamentable lack of clarity in the decision of the Adjudicator. The following represents my best understanding of his finding. He seems to have directed his mind to the jurisdictional question involved in paragraph 242(3.1)(a). To this end, he found that there was no "lay-off" as referred to in that paragraph but instead a termination of employment. In his view the method of separation of the respondent from her work did not have the characteristics of a lay-off. Further he found that there was not a discontinuation of her function because there was a redistribution of her work to others—a redistribution which was made in bad faith, namely for perceived union activity. A critical passage from his decision is as follows:

In light of the above I am satisfied that Dorothy Kosanovich was terminated For Cause in the Company's mind. She was terminated because she sympathized with the Union's efforts at organizing. As a result, I order the Reinstatement of Dorothy Kosanovich into a position that satisfactorily matches her qualification and at her former salary effective as soon as it can be arranged following the date of this decision.⁶

At this point he also ordered payment of outstanding wages and costs, as noted earlier. The Adjudicator seems to have felt that the determination of the jurisdictional issue under paragraph 242(3.1)(a) was also determinative of the fact of unjust dismissal, the matter which he would have to find in the respondent's favour in order to grant her these remedies. Thus the ground for the unjust dismissal finding must be taken to be that the respondent was fired for perceived union activity. The Adjudicator did not address a possible paragraph 242(3.1)(b) issue, neither party having raised it.

The appellant sought judicial review in the Trial Division, attacking the decision of the Adjudicator on the grounds that: he erred in applying paragraph 242(3.1)(a) in finding that he had jurisdiction notwithstanding that paragraph; he erred as to jurisdiction in dealing with the complaint of unjust dismissal under section 240 when there was available another procedure for redress for unjust dismissal based on an unfair labour practice, such matter thus being excluded from the Adjudicator's jurisdiction by virtue of paragraph 242(3.1)(b); and that he had no

La décision de l'arbitre est loin d'être claire. Voici ce que j'ai compris de sa décision. Il semble s'être attardé à la question de compétence que soulève l'alinéa 242(3.1)a). À cette fin, il a conclu qu'il n'y avait pas eu de «licenciement» au sens de cette disposition, mais qu'il s'agissait plutôt d'un congédiement. À son avis, la façon dont l'intimée a quitté son travail ne présentait pas les caractéristiques d'un licenciement. Il a également conclu que le poste de l'intimée n'avait pas été éliminé, ses fonctions ayant été confiées à d'autres personnes, et ce, de mauvaise foi, parce que l'employeur la soupçonnait de participer à des activités syndicales. Voici un extrait important de la décision de l'arbitre:

[TRADUCTION] Compte tenu de ce qui précède, je suis convaincu que Dorothy Kosanovich a été renvoyée pour un motif déterminé dans l'esprit de l'entreprise. Elle a été congédiée parce qu'elle était en faveur de la campagne visant la formation d'un syndicat. En conséquence, j'ordonne la réintégration de Dorothy Kosanovich à un poste qui correspond à ses qualifications, selon le salaire qu'elle gagnait précédemment, dès que les mesures nécessaires pourront être prises après la date de la présente décision⁶.

L'arbitre a également ordonné le paiement du salaire perdu et des frais, tel qu'il est mentionné plus haut. Il semble avoir été d'avis que la décision relative à la question de la compétence aux termes de l'alinéa 242(3.1)a) était également déterminante quant à celle du congédiement injuste, qu'il devait trancher en faveur de l'intimée pour lui accorder ces recours. Le motif de la conclusion relative au congédiement injuste serait donc le fait que l'appelante soupçonnait l'intimée de participer à des activités syndicales. L'arbitre n'a examiné aucune question liée à l'alinéa 242(3.1)b), les parties n'en ayant pas soulevé.

L'appelante a présenté une demande de contrôle judiciaire à l'égard de cette décision devant la Section de première instance, soutenant que l'arbitre avait mal appliqué l'alinéa 242(3.1)a) lorsqu'il a conclu qu'il avait la compétence voulue malgré cette disposition, qu'il avait commis une autre erreur de compétence en examinant la plainte de congédiement injuste aux termes de l'article 240 alors qu'un autre recours existait en cas de congédiement injuste fondé sur une pratique déloyale, cette question étant de ce fait exclue de la compétence de l'arbitre selon l'ali-

⁶ Appeal book, p. 63.

⁶ Dossier d'appel, p. 63.

jurisdiction to award to the respondent her entire costs of her case involving in effect a grant of solicitor-client costs.

With respect to the argument based on paragraph 242(3.1)(a) the Trial Judge applied the standard of review of patent unreasonability and found that the Adjudicator's decision was not patently unreasonable. He confirmed that the Adjudicator had applied the correct test as to "lay-off" and "discontinuance of a function", noting in particular that the Adjudicator had found that the respondent's duties had simply been redistributed and for a purpose other than downsizing. With respect to the argument based on paragraph 242(3.1)(b), the learned Trial Judge simply said that he disagreed with the argument of the appellant. With respect to the award by the Adjudicator of solicitor-client costs he stated that:

... it was only equitable to require the applicant to pay all costs incurred by Ms. Kosanovich in order to fully compensate her for the unjust dismissal. Under the circumstances, that was a proper and reasonable exercise of the adjudicator's discretion and I am not prepared to interfere.⁷

Further, he proceeded to grant costs on a solicitor-client basis on the judicial review.

The appellant appeals from this judgment, on the following grounds:

(1) the learned Trial Judge applied the wrong test of patent unreasonability, instead of correctness, for review of the jurisdictional decisions of the Adjudicator;

(2) the learned Trial Judge erred in law in finding that the Adjudicator was not denied jurisdiction by virtue of paragraphs 242(3.1)(a) and (b); and

(3) he should neither have confirmed the Adjudicator's award of solicitor-client costs nor awarded solicitor-client costs on the judicial review, in both cases the argument being that there is nothing in the way the appellant conducted the litigation such as to justify the award of solicitor-client costs.

⁷ (1994), 81 F.T.R. 110 (F.C.T.D.), at p. 115.

néa 242(3.1)b), et qu'il n'avait pas la compétence voulue pour accorder à l'intimée tous ses dépens dans la cause, c'est-à-dire ses dépens procureur-client.

En ce qui a trait à l'argument fondé sur l'alinéa 242(3.1)a), le juge de première instance a appliqué le critère du caractère manifestement déraisonnable et a conclu que la décision de l'arbitre n'était pas manifestement déraisonnable. Il a confirmé que l'arbitre avait appliqué le critère approprié en ce qui a trait au «licenciement» et à la «suppression d'un poste», précisant qu'il avait jugé que l'appelante avait simplement confié les fonctions de l'intimée à une autre personne dans un but autre que celui de comprimer les effectifs. Quant à l'argument fondé sur l'alinéa 242(3.1)b), le juge de première instance a simplement dit qu'il n'était pas d'accord avec l'appelante. Enfin, il a dit ce qui suit au sujet de l'octroi des dépens procureur-client par l'arbitre:

... il n'était que juste de le contraindre également d'assumer tous les frais engagés par M^{me} Kosanovich dans la présente affaire, afin que cette dernière soit entièrement dédommagée de son congédiement injuste. Dans les circonstances, le juge a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière raisonnable et appropriée, et je ne suis donc pas disposé à intervenir⁷.

Il a également accordé à l'intimée les dépens procureur-client qu'elle a engagés dans la demande de contrôle judiciaire.

L'appelante interjette appel de ce jugement pour les motifs suivants:

(1) le juge de première instance a appliqué à tort le critère du caractère manifestement déraisonnable plutôt que celui de l'absence d'erreur aux fins de l'examen des décisions de l'arbitre concernant la compétence;

(2) le juge de première instance a commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu que l'arbitre n'était pas privé de sa compétence en vertu des alinéas 242(3.1)a) et b);

(3) le juge de première instance n'aurait pas dû confirmer la décision de l'arbitre quant à l'octroi de dépens procureur-client ni accorder des dépens procureur-client à l'égard de la demande de contrôle judiciaire, cet octroi n'étant nullement justifié par la conduite de l'appelante dans le litige.

⁷ (1994), 81 F.T.R. 110 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 115.

Analysis

I shall deal with each of these grounds of appeal.

Standard of Review

In reviewing the Adjudicator's conclusion that he was not precluded from jurisdiction over the claim by virtue of paragraph 242(3.1)(a), the learned Trial Judge applied the standard of patent unreasonability. He found no such unreasonability to exist in the Adjudicator's conclusion. The appellant argues that the Adjudicator's finding was one of jurisdiction for which the standard of review should have been correctness. I agree. In its decision in *Pollard*⁸ this Court had occasion to consider the standard of review in respect of the application of subsection 242(3.1). It held that a determination as to whether an adjudicator is precluded by this subsection from considering the unjust dismissal complaint of a person is a finding as to the existence of jurisdiction and the standard for judicial review of such a determination is that of correctness. This is so notwithstanding the provisions of the privative clause which states as follows:

243. (1) Every order of an adjudicator appointed under subsection 242(1) is final and shall not be questioned or reviewed in any court.

(2) No order shall be made, process entered or proceeding taken in any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise, to question, review, prohibit or restrain an adjudicator in any proceedings of the adjudicator under section 242.

The *Pollard* case was decided only a few months before the Trial Judge's decision in the present case and there is nothing to indicate that it was brought to his attention. It appears, however, that the matter must now be taken as settled that the standard of review is correctness.

Correctness of Application of Paragraph 242(3.1)(a)

Although the Trial Judge tested this decision of the Adjudicator on the basis of whether it was patently unreasonable, I do not believe that the application of the correctness test would have yielded any different

⁸ *Canada Post Corp. v. Pollard*, [1994] 1 F.C. 652 (C.A.).

Analyse

J'examinerai chacun de ces motifs d'appel.

Critère d'examen

Lorsqu'il a examiné la conclusion de l'arbitre selon laquelle l'alinéa 242(3.1)a) n'avait pas pour effet de lui retirer sa compétence au sujet de la plainte, le juge de première instance a appliqué le critère du caractère manifestement déraisonnable et a conclu que la décision de l'arbitre n'était pas manifestement déraisonnable. Selon l'appelante, la conclusion de l'arbitre concernait une question de compétence et le critère d'examen à appliquer en pareil cas est celui de l'absence d'erreur. Je suis d'accord. Dans l'arrêt *Pollard*⁸, la Cour d'appel fédérale a eu l'occasion d'examiner le critère d'examen relatif à l'application du paragraphe 242(3.1). Elle a conclu que la décision portant sur la question de savoir si cette disposition empêche un arbitre d'examiner la plainte de congédiement injuste d'une personne est une conclusion relative à la compétence et que la norme de contrôle judiciaire applicable est celle de l'absence d'erreur, et ce, malgré la clause privative, dont le libellé est le suivant:

243. (1) Les ordonnances de l'arbitre désigné en vertu du paragraphe 242(1) sont définitives et non susceptibles de recours judiciaires.

(2) N'est admis aucun recours ou décision judiciaire—notamment par voie d'injonction, de *certiorari*, de prohibition ou de *quo warranto*—visant à contester, réviser, empêcher ou limiter l'action d'un arbitre exercée dans le cadre de l'article 242.

L'affaire *Pollard* n'a été tranchée que quelques mois avant la décision du juge de première instance en l'espèce et rien n'indique qu'elle a été portée à l'attention de celui-ci. Toutefois, il semble que la question soit maintenant réglée et que le critère d'examen soit celui de l'absence d'erreur.

Absence d'erreur liée à l'application de l'alinéa 242(3.1)a)

Même si le juge de première instance a évalué la décision de l'arbitre en se demandant si elle était manifestement déraisonnable, je ne crois pas que l'application du critère de l'absence d'erreur aurait

⁸ *Société canadienne des postes c. Pollard*, [1994] 1 C.F. 652 (C.A.).

result. While some of the criteria applied by the Adjudicator to determine that there was no "lay-off" were highly questionable, and this was recognized by the Trial Judge, I agree with the Trial Judge that the Adjudicator's conclusion that there was no "discontin^auance of a function" discloses no reviewable error. He appears to have applied the correct legal criteria in reaching this conclusion. The Supreme Court of Canada in *Flieger v. New Brunswick*⁹ had occasion to interpret the phrase "discontin^buance of a function" as found in subsection 26(1) of the *Civil Service Act* of New Brunswick.¹⁰ It concluded that a redistribution of the former work of a person laid off may amount to a discontinuance of his or her function, but only if^c the redistribution is done in good faith for proper purposes such as down-sizing and economy. In the present case the Adjudicator appears to have found that the respondent's work had been redistributed but that this had been done in bad faith, namely for the ulterior purpose of getting rid of the respondent because the employer believed her to be supporting the unionization of office workers. There was certainly substantial evidence upon which the Adjudicator could find^d that this was the motive for the redistribution of the respondent's work, and indeed I am unable to perceive in the evidence as he describes it, nor in any of the submissions of the respondent at that time or subsequently, any other possible improper motive for the elimination of her job. To that proper finding of fact he applied the correct legal principles and found that there was no discontinuance of a function within the meaning of paragraph 242(3.1)(a). Therefore there was no reviewable error even when the proper standard of review, correctness, is applied.^e

donné lieu à un résultat différent. Même si quelques-uns des critères que l'arbitre a appliqués pour conclure à l'absence de «licenciement» étaient très contestables, ce que le juge de première instance a reconnu, je suis d'accord avec celui-ci pour dire que la conclusion de l'arbitre quant au fait qu'il n'y a pas eu suppression d'un poste ne renferme aucune erreur susceptible de révision. L'arbitre semble avoir appliqué les critères juridiques appropriés pour en arriver à cette conclusion. Dans l'arrêt *Flieger c. Nouveau-Brunswick*⁹, la Cour suprême du Canada a eu l'occasion d'interpréter les mots «suppression d'une fonction» du paragraphe 26(1) de la *Loi sur la Fonction publique* du Nouveau-Brunswick¹⁰. Elle a conclu que le fait de redistribuer les tâches d'une personne licenciée peut constituer une suppression des fonctions de celle-ci, mais uniquement lorsque la redistribution est faite de bonne foi et pour des motifs appropriés, comme les compressions budgétaires et les problèmes économiques. Dans le cas qui nous occupe, l'arbitre semble avoir conclu que les tâches de l'intimée avaient été confiées à une autre personne, mais que l'appelante avait procédé à cette redistribution de mauvaise foi, dans le but ultérieur de se débarrasser de l'intimée parce qu'elle croyait que celle-ci appuyait la syndicalisation des employés de bureau. Il y avait certainement une preuve substantielle qui permettait à l'arbitre de conclure^d que c'était là la raison de la réaffectation des tâches de l'intimée et je ne puis voir dans la preuve qu'il décrit et dans les arguments que l'intimée a invoqués à cette époque ou par la suite d'autres motifs inappropriés pour lesquels son poste aurait été éliminé. L'arbitre a appliqué les principes de droit appropriés à cette conclusion de fait bien fondée et a jugé qu'il n'y avait pas eu de suppression d'un poste au sens de l'alinéa 242(3.1)a). En conséquence, aucune erreur susceptible de révision n'a été commise, même lorsque le critère d'examen approprié, soit celui de l'absence d'erreur, est appliqué.^e

⁹ [1993] 2 S.C.R. 651.

¹⁰ S.N.B. 1984, c. C-5.1.

¹¹ "Correctness" as applied to findings of jurisdictional facts probably requires no higher standard; see my discussion of this point in *Sedpex, Inc. v. Canada (Adjudicator appointed under the Canada Labour Code)*, [1989] 2 F.C. 289 (T.D.), at pp. 294-298 and cases cited therein.

⁹ [1993] 2 R.C.S. 651.

¹⁰ L.N.-B. 1984, ch. C-5.1.

¹¹ L'application du critère de «l'absence d'erreur» aux conclusions relatives à la compétence n'exige probablement pas de norme plus élevée: voir mes commentaires sur ce point dans l'arrêt *Sedpex, Inc. c. Canada (Arbitre nommé sous le régime du Code canadien du travail)*, [1989] 2 C.F. 289 (1^{re} inst.), aux p. 294 à 298 et les décisions qui y sont citées.

Correctness of Application of Paragraph 242(3.1)(b)

It will be recalled that this paragraph prohibits an adjudicator from considering a complaint of unjust dismissal where

242. (3.1) . . .

(b) a procedure for redress has been provided elsewhere in or under this or any other Act of Parliament.

The Adjudicator makes no mention of this paragraph in his decision and it is agreed that the appellant never raised this issue before him. The appellant did raise the issue before the Trial Judge who simply said that he disagreed with the appellant's contention that paragraph 242(3.1)(b) precluded the Adjudicator from dealing with the complaint because the same facts could (and did) form the basis of a complaint by the respondent of an unfair labour practice under section 97 of the *Canada Labour Code*.

The respondent objected before us to this matter having been raised on judicial review when it had not been raised by the appellant before the Adjudicator. This objection cannot be sustained. It is clear from cases such as *Pollard*¹² that paragraph 242(3.1)(b) constitutes a limit on the jurisdiction of the Adjudicator. That limit cannot be ignored simply by being disregarded by the parties or the Adjudicator. The Adjudicator had an obligation in the first instance to consider whether he was barred by paragraph 242(3.1)(b) from considering the complaint. He was not excused from considering that question by the silence or the consent, expressed or implied, of the parties. The fact that he did not consider it does not preclude, or excuse, this Court from determining whether he was acting within his jurisdiction.

I have concluded that he was not, and that the Trial Judge erred in dismissing this objection. It will be helpful to set out some of the relevant provisions of Part I of the Code [ss. 94(3), 97(1) (as am. by S.C. 1991, c. 39, s. 2), 99(1) (as am. *idem*, s. 3)] dealing with unfair labour practices.

¹² *Supra*, note 2.

Absence d'erreur liée à l'application de l'alinéa 242(3.1)b)

Il convient de rappeler que cette disposition interdit à un arbitre d'examiner une plainte de congédiement injuste lorsque

242. (3.1) . . .

b) la présente Loi ou une autre loi fédérale prévoit un autre recours.

L'arbitre ne mentionne pas cette disposition dans sa décision et les parties admettent que l'appelante n'a pas soulevé cette question devant lui. Elle l'a soulevée devant le juge de première instance, qui a simplement dit qu'il n'était pas d'accord avec l'argument de l'appelante selon lequel l'alinéa 242(3.1)b) interdisait à l'arbitre d'examiner la plainte parce que les mêmes faits pouvaient constituer (et ont constitué effectivement) le fondement d'une plainte de pratique déloyale aux termes de l'article 97 du *Code canadien du travail*.

L'intimée s'est opposée devant nous à ce que cette question soit soulevée dans une demande de contrôle judiciaire alors que l'appelante ne l'avait pas portée à l'attention de l'arbitre. Cette objection ne peut être retenue. Il appert clairement de décisions comme l'arrêt *Pollard*¹² que l'alinéa 242(3.1)b) restreint la compétence de l'arbitre. Ni les parties non plus que l'arbitre ne peuvent ignorer cette restriction. L'arbitre devait, d'abord et avant tout, déterminer si l'alinéa b) l'empêchait d'examiner la plainte. Le silence ou le consentement, explicite ou tacite, des parties à ce sujet ne l'excuse pas de son omission. Le fait qu'il n'a pas examiné cette question n'empêche pas la Cour d'appel fédérale de déterminer s'il a outrepassé ou non sa compétence.

Je suis d'avis qu'il a outrepassé sa compétence et que le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a rejeté cette objection. Il convient de citer quelques-unes des dispositions pertinentes de la partie I du Code [art. 94(3), 97(1) (mod. par L.C. (1991), ch. 39, art. 2), 99(1) (mod. *idem*, art. 3)] qui concernent les pratiques déloyales:

¹² Précité, note 2.

94. . . .

(3) No employer or person acting on behalf of an employer shall

(a) refuse to employ or to continue to employ or suspend, transfer, lay off or otherwise discriminate against any person with respect to employment, pay or any other term or condition of employment or intimidate, threaten or otherwise discipline any person, because the person

(i) is or proposes to become, or seeks to induce any other person to become, a member, officer or representative of a trade union or participates in the promotion, formation or administration of a trade union

. . . .

97. (1) Subject to subsections (2) to (5), any person or organization may make a complaint in writing to the Board that

(a) an employer, a person acting on behalf of an employer, a trade union, a person acting on behalf of a trade union or an employee has contravened or failed to comply with subsection 24(4) or 34(6) or section 37, 50, 69, 94 or 95

. . . .

99. (1) Where, under section 98, the Board determines that a party to a complaint has contravened or failed to comply with subsection 24(4) or 34(6) or section 37, 50, 69, 94, 95 or 96, the Board may, by order, require the party to comply with or cease contravening that subsection or section and may

(c) in respect of a failure to comply with paragraph 94(3)(a), (c) or (f), by order, require an employer to

(i) employ, continue to employ or permit to return to the duties of his employment any employee or other person whom the employer or any person acting on behalf of the employer has refused to employ or continue to employ, has suspended, transferred, laid off or otherwise discriminated against, or discharged for a reason that is prohibited, by one of those paragraphs,

(ii) pay to any employee or other person affected by that failure compensation not exceeding such sum as, in the opinion of the Board, is equivalent to the remuneration that would, but for that failure, have been paid by the employer to that employee or other person

In the present case the respondent has insisted throughout, from the very moment of her termination and before she left the appellant's premises, that she was terminated because of perceived union activity although she denied she was really supporting the union. The Adjudicator so found in the passage which has been quoted earlier and this was not an

94. . . .

(3) Il est interdit à tout employeur et à quiconque agit pour son compte:

a) de refuser d'employer ou de continuer à employer une personne, ou encore de la suspendre, muter ou mettre à pied, ou de faire à son égard des distinctions injustes en matière d'emploi, de salaire ou d'autres conditions d'emploi, de l'intimider, de la menacer ou de prendre d'autres mesures disciplinaires à son encontre pour l'un ou l'autre des motifs suivants:

(i) elle adhère à un syndicat ou en est un dirigeant ou représentant—ou se propose de le faire ou de le devenir, ou incite une autre personne à le faire ou à le devenir—, ou contribue à la formation, la promotion ou l'administration d'un syndicat, . . .

. . . .

97. (1) Sous réserve des paragraphes (2) à (5), toute personne ou organisation peut adresser au Conseil, par écrit, une plainte reprochant:

a) soit à un employeur, à quiconque agit pour le compte de celui-ci, à un syndicat, à quiconque agit pour le compte de celui-ci ou à un employé d'avoir manqué ou contrevenu au paragraphe 24(4) ou 34(6) ou aux articles 37, 50, 69, 94 ou 95; . . .

. . . .

99. (1) S'il décide qu'il y a eu violation des paragraphes 24(4) ou 34(6) ou des articles 37, 50, 69, 94, 95 ou 96, le Conseil peut, par ordonnance, enjoindre à la partie visée par la plainte de cesser de contrevenir à ces dispositions ou de s'y conformer et en outre:

c) dans le cas des alinéas 94(3)a), c) ou f), enjoindre, par ordonnance, à l'employeur:

(i) d'embaucher, de continuer à employer ou de reprendre à son service l'employé ou toute autre personne, selon le cas, qui a fait l'objet d'une mesure interdite par ces alinéas,

(ii) de payer à toute personne touchée par la violation une indemnité équivalant au plus, à son avis, à la rémunération qui lui aurait été payée par l'employeur s'il n'y avait pas eu violation. . . .

Dans le cas qui nous occupe, l'intimée a constamment répété, dès le moment où elle a été congédiée et avant qu'elle quitte les lieux de l'appelante, qu'elle avait été congédiée parce que l'employeur la soupçonnait de participer à des activités syndicales, même si elle a nié qu'elle soutenait vraiment le syndicat. C'est ce qu'a dit l'arbitre dans l'extrait cité plus haut

idle *obiter dictum*. It was an essential finding of fact in order for the Adjudicator to find that there had been bad faith in the redistribution of her functions. This finding enabled him to determine that there had not been a lay-off through discontinuance of a function, the kind of lay-off that would have brought the matter within paragraph 242(3.1)(a) and precluded him from jurisdiction. No other improper motive for her termination was ever suggested as far as I can determine. For some time the respondent in fact pursued her complaint under Part I on the basis that she was laid off solely for union activity.

However, the Adjudicator having come to that conclusion which in my view is correct, failed properly to apply to that finding of fact the relevant law: namely paragraph 242(3.1)(b) which says that he should not consider a complaint where a procedure for redress has been provided elsewhere in the Act.

I fail to understand how it can be said that a procedure for redress of a complaint of dismissal for perceived union activity is not to be found in section 97 of the *Canada Labour Code* as quoted above. In effect the gravamen of the respondent's complaint is, paraphrasing subparagraph 94(3)(a)(i), that she was laid off or otherwise prejudicially treated with respect to her employment for having sought to induce other persons to become members of a trade union or for having participated in the promotion of a trade union. I find it inconceivable that, before the procedures for making complaints under section 240 were put in the *Canada Labour Code*, a person in the position of the respondent would have been told that she had no procedure for redress of her particular complaint under the equivalent of section 94. The matter surely does not turn on whether she had in fact been supporting the union. On this point the evidence is not clear but the Adjudicator himself in a passage which I have already quoted, stated that

She was terminated because she sympathized with the Union's efforts at organizing.

Whether in fact she was sympathetic to the union, the purpose of the provisions of the Code prohibiting

et il ne s'agit pas d'une simple remarque incidente. C'était une conclusion de fait essentielle que l'arbitre devait tirer pour conclure qu'il y avait eu mauvaise foi lors de la redistribution des fonctions de l'intimée.

a Cette conclusion lui a permis de dire qu'il n'y avait pas eu de licenciement en raison de la suppression d'un poste, soit le genre de licenciement qui aurait été visé par l'alinéa 242(3.1)a) et à l'égard duquel il n'aurait pu exercer sa compétence. D'après ce que je peux comprendre, aucun autre motif inapproprié à l'appui de son congédiement n'a été suggéré. Effectivement, l'intimée a poursuivi pendant quelque temps sa plainte fondée sur la partie I au motif qu'elle avait été congédiée uniquement en raison de ses activités syndicales.

Cependant, après en être arrivé à cette conclusion qui, à mon avis, était bien fondée, l'arbitre a omis d'appliquer la règle de droit pertinente, soit l'alinéa 242(3.1)b), qui énonce qu'il ne peut procéder à l'instruction de la plainte lorsque la loi prévoit un autre recours.

e Je ne puis comprendre comment l'on peut dire que l'article 97 du *Code canadien du travail*, précité, ne prévoit pas un autre recours à l'égard des plaintes relatives à un congédiement motivé par la participation de l'employé à des activités syndicales. Pour reprendre les termes du sous-alinéa 94(3)a)(i), l'intimée se plaint essentiellement du fait qu'elle a été mise à pied ou qu'elle a fait l'objet de distinctions injustes en matière d'emploi parce qu'elle a incité d'autres personnes à adhérer à un syndicat ou qu'elle a contribué à la promotion d'un syndicat. Il m'apparaît inconcevable que, avant l'inclusion dans le *Code canadien du travail* des procédures relatives aux plaintes fondées sur l'article 240, une personne se trouvant dans la position de l'intimée se serait fait dire qu'elle n'avait aucun recours sous le régime de l'équivalent de l'article 94. Le litige ne dépend certainement pas de la simple question de savoir si l'intimée appuyait effectivement le syndicat. La preuve n'est pas claire sur ce point; cependant, dans un extrait que j'ai déjà cité, l'arbitre lui-même a dit que

[TRADUCTION] Elle a été congédiée parce qu'elle était en faveur de la campagne visant la formation d'un syndicat.

j Que l'intimée ait été ou non en faveur de la formation d'un syndicat, les dispositions du Code qui inter-

unfair labour practices is surely to prevent employers from discriminating against particular employees simply because they are, or are thought to be, supportive of unionization. Subsection 94(3) prohibits prejudicial treatment of employees "because" of their union activity. This has regard to the anti-union motivation of the employer, whose chilling effect on employees in the exercise of their choice would be the same whether or not the employer might be mistaken in his belief as to a particular employee's activities.

Further, it will be seen that the procedures for redress are similar in that an employee can file a complaint under both Part I (involving unfair labour practices where the complaint goes to the Canada Labour Relations Board) and Part III (involving "unjust dismissal" where the complaints go to an *ad hoc* adjudicator). In each case the complaint can ultimately be heard and disposed of by the appropriate tribunal and the remedies may include reinstatement and an order for payment of lost wages during the period of non-employment. In each case the complaint must be filed within 90 days.¹³ In both cases there is a procedure for attempted settlements.¹⁴ One difference is that under Part III an adjudicator can by paragraph 242(4)(c) require the employer to

242. (4) . . .

(c) do any other like thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal.

But there is no comparable power for the Board under Part I. In the purported exercise of this power the Adjudicator in this case ordered, in effect, legal costs on a solicitor-client basis be paid by the employer to the employee.

I must conclude that the provisions for the filing and determination of a complaint of dismissal constituting an unfair labour practice under Part I is "a procedure for redress" of a complaint for unjust dismissal.

¹³ S. 97(2), 240(2).

¹⁴ S. 98(1), 241(2).

disent les pratiques déloyales visent sûrement à empêcher les employeurs de faire de la discrimination à l'encontre de certains employés pour le simple motif qu'ils appuient ou qu'ils semblent appuyer les efforts de syndicalisation. Le paragraphe 94(3) interdit à l'employeur de faire des distinctions injustes à l'égard des employés en raison de leurs activités syndicales. Cette disposition concerne l'attitude antisyndicale de l'employeur, qui aura les mêmes conséquences pour les employés quant à l'exercice de leur choix, que les soupçons de l'employeur soient bien fondés ou non en ce qui a trait aux activités d'un employé donné.

En outre, les procédures de recours sont similaires, l'employé pouvant déposer une plainte tant sous le régime de la partie I (plainte relative à des pratiques déloyales, qui est soumise au Conseil canadien des relations du travail) que sous le régime de la partie III (plainte de congédiement injuste, qui est soumise à un arbitre spécial). Dans un cas comme dans l'autre, la plainte peut être entendue et tranchée par le tribunal compétent et les réparations peuvent comprendre la réintégration de l'employé ainsi que le paiement du salaire perdu pendant la période au cours de laquelle il n'a pas travaillé. Dans chaque cas, la plainte doit être déposée dans les 90 jours¹³. Dans les deux cas, il existe une procédure de règlement¹⁴. Cependant, dans le cas des plaintes déposées sous le régime de la partie III, l'arbitre peut, selon l'alinéa 242(4)c), enjoindre à l'employeur

242. (4) . . .

(c) de prendre toute autre mesure qu'il juge équitable de lui imposer et de nature à contrebalancer les effets du congédiement ou à y remédier.

Le Conseil n'est pas investi d'un pouvoir comparable en vertu de la partie I. Dans le cadre de l'exercice de ce pouvoir, l'arbitre en l'espèce a ordonné à l'employeur de payer à l'employée les dépens procureur-client de celle-ci.

Je dois conclure que les dispositions relatives au dépôt et au traitement d'une plainte de congédiement par suite d'une pratique déloyale aux termes de la partie I prévoient «un autre recours» à l'égard d'une

¹³ Art. 97(2) et 240(2).

¹⁴ Art. 98(1) et 241(2).

sal where that dismissal is by reason of perceived union sympathy.

I have considered whether the *Pollard*¹⁵ decision supported the view that the existence of Part I remedies does not oust the jurisdiction of an Adjudicator acting under Part III. It is true that on the facts of that case the Court of Appeal upheld the Trial Judge's finding that section 94 did not preclude the Adjudicator dealing with a complaint of unjust dismissal. But according to the Trial Judge the complaint there concerned dismissal for alleged misconduct and section 94 provided no remedy for such a dismissal. That is not this case where everyone including the respondent believed redress was available under Part I.

I have also considered carefully the decision of the Trial Division in *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc.*¹⁶ In that case it was argued that because one of the grounds alleged for the complaint of unjust dismissal was discrimination as prohibited by the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6], there was another form of redress under that Act of Parliament which precluded the Adjudicator from dealing with the complaint by virtue of paragraph 242(3.1)(b). The Trial Judge emphasized that he did not have evidence before him as to the nature of these allegations but he rejected the argument based on paragraph 242(3.1)(b) in part on the basis of his interpretation of the meaning of that paragraph. He held [at page 463] that the other "procedure for redress" referred to therein "cannot be based on a different cause of action or provide a lesser remedy" than the procedure under Part III of the *Canada Labour Code*. He later stated [at page 465]:

In my view, it must be demonstrated, by the party seeking to rely on paragraph 242(3.1)(b), that under another statutory provision, there exists a procedure for aggrieved parties to pursue a claim for unjust dismissal and obtain a remedy the same as an adjudicator could grant under subsection 242(4) of the *Canada Labour Code*. The applicant has not demonstrated this to be so.

¹⁵ *Supra*, note 2.

¹⁶ *Supra*, note 3.

plainte de congédiement injuste, lorsque le congédiement est causé par le fait que l'employeur soupçonnait l'employé de participer à des activités syndicales.

^a Je me suis demandé si l'arrêt *Pollard*¹⁵ permettait de dire que l'existence des recours prévus à la partie I n'empêche pas l'arbitre d'agir aux termes de la partie III. Il est vrai que, dans cette affaire, la Cour d'appel ^b a confirmé la conclusion du juge de première instance, selon laquelle l'article 94 n'empêchait pas l'arbitre d'examiner une plainte de congédiement injuste. Cependant, selon le juge de première instance, la plainte de congédiement dans cette affaire concernait ^c une allégation de mauvaise conduite et l'article 94 ne prévoyait aucun recours à l'égard d'un congédiement en pareilles circonstances. Dans la présente affaire, toutes les parties concernées, dont l'intimée, ^d croyaient qu'un recours existait aux termes de la partie I.

J'ai également examiné attentivement la décision que la Section de première instance a rendue dans *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc.*¹⁶ Dans ^e cette affaire, on a allégué qu'étant donné que l'un des motifs invoqués au soutien de la plainte de congédiement injuste était la discrimination interdite par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6], cette Loi fédérale prévoyait un autre recours qui empêchait l'arbitre d'examiner la plainte ^f en vertu de l'alinéa 242(3.1)b). Après avoir souligné qu'il n'avait été saisi d'aucune preuve quant à la nature de ces allégations, le juge de première instance ^g a rejeté l'argument relatif à l'alinéa 242(3.1)b) en se fondant en partie sur son interprétation de cette disposition. Il a décidé [à la page 463] que l'autre recours prévu dans cette disposition «ne peut donner ^h droit à une réparation moindre que celle prévue» à la partie III du *Code canadien du travail*, «ni se fonder sur une cause d'action différente». Plus loin [à la page 465], il a dit ce qui suit:

ⁱ À mon sens, la partie tentant d'invoquer l'alinéa 242(3.1)b) doit démontrer qu'aux termes d'une autre disposition législative, il existe une procédure à l'intention des parties lésées qui leur permette de déposer une plainte par suite d'un congédiement injuste et d'obtenir une réparation du même type que celle qu'un arbitre pourrait leur accorder en application du paragraphe 242(4) du *Code canadien du travail*.

¹⁵ Précité, note 2.

¹⁶ Précité, note 3.

While duplication of proceedings should be avoided, and paragraph 242(3.1)(b) appears to have been enacted for that purpose (perhaps among others), I am certain that Parliament did not intend that aggrieved parties should be forced to run the risk of their unjust dismissal claim being prejudiced by application of this provision. For paragraph 242(3.1)(b) to apply, the alternative procedure for redress must be clearly duplicative. [Emphasis added.]

While not questioning the result in that case, given the evidence before the Trial Judge, I have some reservations as to his analysis of the meaning of “a procedure for redress” of a “complaint” as referred to in the statute. I believe that the complaint (i.e. the factual situation complained of) must be essentially the same in the other “procedure for redress”. But I doubt that the remedies have to be as good or better under the other provision in order to oust the jurisdiction of the adjudicator under paragraph 242(3.1)(b). That paragraph does not require that the same redress be available under another provision of the *Canada Labour Code* or some other federal Act. What it requires is that in respect of the same complaint there be another procedure for redress. The point is even clearer in the French version which simply requires that there be “*un autre recours*”. I do not believe that for there to be a “procedure for redress . . . elsewhere” there must be a procedure which will yield exactly the same remedies, although no doubt that procedure must be capable of producing some real redress which could be of personal benefit to the same complainant.

In this respect it is useful to look more broadly at the structure of the *Canada Labour Code* and the apparent intention of Parliament. There have been prohibitions against unfair labour practices in the Code or its predecessors¹⁷ since 1948, and a procedure for employees to lay complaints before the Canada Labour Relations Board against employers with respect to such practices since at least 1972.¹⁸ The Board was specifically assigned jurisdiction to deal with unfair labour practices whether practised by employers or unions. These were obviously thought to be matters appropriate for determination by the

Bien que l'on doive éviter le dédoublement des procédures et que l'alinéa 242(3.1)b) semble avoir été édicté à cette fin (entre autres, probablement), je suis certain que le législateur n'avait pas l'intention de contraindre des parties lésées à courir le risque de voir leur poursuite pour congédiement injuste compromise par l'application de cet alinéa. Pour que cet alinéa s'applique, l'autre recours en cause doit clairement opérer dédoublement. [C'est moi qui souligne.]

Même si je ne conteste pas le résultat dans cette affaire, compte tenu de la preuve dont le juge de première instance était saisi, j'ai des réserves quant à son interprétation du mot «recours» à l'égard d'une «plainte» au sens du Code. Je crois que la plainte (c.-à-d. les faits reprochés) doit être essentiellement la même dans l'autre recours. Cependant, je doute que les réparations prévues dans l'autre disposition doivent être égales ou supérieures pour que l'arbitre perde la compétence dont il est investi en vertu de l'alinéa 242(3.1)b). Cette disposition n'exige pas que le *Code canadien du travail* ou une autre loi fédérale prévoie le même recours. Elle exige simplement qu'un autre recours existe à l'égard de la même plainte. Je ne crois pas que les réparations découlant des recours doivent être exactement les mêmes, bien que la procédure en question doive certainement permettre à la même partie plaignante d'obtenir une véritable réparation.

Sur ce point, il convient d'examiner de façon plus générale la structure du *Code canadien du travail* et le but apparent du Parlement. Le Code et la loi qui l'a précédé¹⁷ renferment des dispositions interdisant les pratiques déloyales depuis 1948 et, depuis au moins 1972, il existe une procédure permettant aux employés de déposer des plaintes devant le Conseil canadien des relations du travail à l'encontre des employeurs qui poursuivent des pratiques de cette nature¹⁸. Le Conseil a été investi du pouvoir d'examiner les pratiques déloyales en matière de travail, qu'elles soient poursuivies par les syndicats ou les

¹⁷ *The Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, S.C. 1948, c. 54, s. 4.

¹⁸ [*An Act to amend the Canada Labour Code*] S.C. 1972, c. 18, s. 1.

¹⁷ *Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail*, S.C. 1948, ch. 54, art. 4.

¹⁸ [*Loi modifiant le Code canadien du travail*] S.C. 1972, ch. 18, art. 1.

specialized Board. It was not until 1978¹⁹ that the procedure was inserted in Part III of the Act providing for those non-unionized employees who had no access to grievances or arbitration under collective agreements to file a complaint of unjust dismissal and to have it heard by an *ad hoc* adjudicator. In *Pollard* the Federal Court of Appeal²⁰ discussed the relative status and functions of an adjudicator as compared to the Board. The much broader powers given to the Board were compared to those of the adjudicator. The Court went on to say [at pages 669-670]:

These differences are a strong indication, in my view, that Parliament did not intend the adjudicator to have a final say as to who could or could not make a complaint.

Furthermore, the area of expertise of the adjudicator is a rather limited one. He is "any person that the Minister considers appropriate as an adjudicator" (subsection 242(1)), he is appointed on an *ad hoc* basis and he is to consider complaints made by a limited class of employees (subsections 240(1) and 242(3.1)) with respect to one single issue, namely, unjust dismissal (paragraph 242(3)(a)). His expertise is far less extensive than that of the members of the Canada Labour Relations Board and that of an arbitrator appointed pursuant to Part I of the Code. The Supreme Court, in *Bradco*, at page 337, and in *Mossop*, at page 585, was not very much impressed, albeit at a different stage of the review process, with the status of *ad hoc* bodies which have as restricted powers and expertise as the adjudicator has under the Code. To paraphrase the words of counsel approved by Beetz J. in *Bibeault*, at pages 1094-1095, it can be seen at the outset that the legislator did not see fit to give the adjudicator a general, exclusive jurisdiction over implementation of and compliance with all the provisions of the Code. He chose instead the approach of conferring a general power to the Canada Labour Relations Board and several specific powers over specific and defined matters to other decision-makers and even then he did not give the same powers to all.

This analysis supports the view that where Parliament has established specialist tribunals, whether under the *Canada Labour Code* or elsewhere, to deal with cer-

¹⁹ [An Act to amend the *Canada Labour Code*] S.C. 1977-78, c. 27, s. 21.

²⁰ *Supra*, note 2, at pp. 668-670.

employeurs. De toute évidence, le législateur estimait que ces questions devaient être tranchées par l'organisme spécialisé qu'est le Conseil. Ce n'est qu'en 1978¹⁹ que le législateur a ajouté, dans la partie III du Code, une procédure permettant aux employés non syndiqués qui n'avaient pas accès à un processus de grief ou d'arbitrage aux termes d'une convention collective de déposer une plainte de congédiement injuste et de la faire entendre par un arbitre spécial. Dans l'arrêt *Pollard*²⁰, la Cour d'appel fédérale a commenté le statut et les fonctions de l'arbitre et ceux du Conseil. Elle a également fait une comparaison entre les pouvoirs de l'arbitre et ceux du Conseil, qui sont beaucoup plus larges. Elle a ensuite formulé les commentaires suivants [aux pages 669 et 670]:

J'estime que ces différences sont une indication assez nette que le législateur n'entendait pas donner à l'arbitre le dernier mot sur la question de savoir qui est et qui n'est pas recevable à porter plainte.

D'ailleurs, le domaine d'expertise de l'arbitre est relativement limité. Il s'agit de «la personne qu'il [le Ministre] juge qualifiée pour entendre et trancher l'affaire» (paragraphe 242(1); il est nommé pour connaître d'une affaire précise et son champ d'intervention se limite aux plaintes déposées par une catégorie restreinte d'employés (les paragraphes 240(1) et 242(3.1)), à l'égard d'un seul type de différend, le congédiement injuste (alinéa 242(3)a)). Son expertise est beaucoup moins large que celle des membres du Conseil canadien des relations du travail ou d'un arbitre nommé en fonction de la partie I du Code. Dans l'arrêt *Bradco*, à la page 337, et dans l'arrêt *Mossop*, à la page 585, la Cour suprême ne s'est pas montrée particulièrement impressionnée, même si cela se passait à une étape différente du processus de révision, par le statut des organismes *ad hoc* dotés, comme c'est le cas de l'arbitre nommé en vertu du Code, de pouvoirs et de connaissances restreintes. Disons, pour paraphraser l'argument d'un avocat que, dans l'arrêt *Bibeault*, le juge Beetz approuve aux pages 1094 et 1095, que l'on peut, d'emblée, constater que le législateur n'a pas jugé opportun de conférer à l'arbitre la compétence générale et exclusive d'assurer l'application et le respect de l'ensemble des dispositions du Code. Il a choisi, plutôt, de conférer une compétence générale au Conseil canadien des relations du travail et d'accorder, à d'autres organes de décision, certaines compétences précises dans des domaines particuliers bien délimités, et même dans ces cas-là, il n'a pas conféré à tous les mêmes pouvoirs.

Cette analyse permet de dire que, lorsque le Parlement a créé, que ce soit dans le *Code canadien du travail* ou ailleurs, des tribunaux spécialisés chargés

¹⁹ [Loi modifiant le *Code canadien du travail*] S.C. 1977-78, c. 27, art. 21.

²⁰ Précité, note 2, p. 668 à 670.

tain aspects of employer-employee relationships, it should not be taken to have conferred concurrent jurisdiction on *ad hoc* adjudicators to deal with the same matter. In my view the procedure in Part III for the filing of complaints by non-unionized employees for unjust dismissal, for hearing by an adjudicator, should be seen as a residual procedure intended to provide some redress where such redress was not otherwise available. It seems to me that that is the clear meaning of paragraph 242(3.1)(b).

Nor need this approach create serious problems for a dismissed employee who is perhaps not sure which procedure for redress to invoke. As far as I can ascertain, one can file complaints under both Part I and Part III of the Code without incurring any expense. The critical deadline in each case is 90 days after the complainant is aware of the cause for complaint. The Part III remedy being residual, it would be prudent for the complainant to prosecute first the Part I complaint. Only if she is unable to establish an unfair labour practice as the cause for her dismissal should she then pursue further the Part III complaint.²¹ It will be noted that in the present case the respondent did in fact file complaints under both Parts, but she failed to pursue the Part I complaint to its conclusion by seeking a hearing before the Board. It was she who terminated her Part I redress procedure.

It should also be noted that section 246 provides as follows:

246. (1) No civil remedy of an employee against his employer is suspended or affected by sections 240 to 245.

(2) Section 189 applies for the purposes of this Division.

Thus the employee retains the ultimate right to sue her employer if subsection 242(3.1) does not allow a proceeding before an adjudicator.

²¹ I can see no reason why the Act may not be administered in this way, and potential complainants be advised accordingly by officers of the Department or Board in order to avoid confusion and injustice.

d'examiner certains aspects des relations de travail, il ne saurait avoir conféré une compétence concurrente permettant aux arbitres spéciaux d'examiner la même question. À mon avis, la procédure prévue à la partie III aux fins du dépôt des plaintes de congédiement injuste par des employés non syndiqués et de l'audition de ces plaintes par un arbitre devrait être considérée comme une procédure résiduelle visant à offrir une réparation dans les cas où ce recours n'est pas disponible autrement. Il me semble que c'est là le sens clair de l'alinéa 242(3.1)b).

Ce raisonnement ne crée pas non plus de problèmes sérieux pour l'employé congédié qui n'est pas certain de la procédure de recours à utiliser. Si je comprends bien, il est possible de déposer des plaintes tant sous le régime de la partie I que sous celui de la partie III du Code sans engager de frais. Le délai critique dans chaque cas est de 90 jours suivant la date à laquelle le plaignant est informé du motif de la plainte. Comme le recours prévu à la partie III est résiduel, la partie plaignante devrait, par mesure de prudence, procéder d'abord en se fondant sur la partie I. Elle pourra aller plus loin avec la plainte fondée sur la partie III uniquement si elle n'est pas en mesure de prouver que son congédiement a été causé par une pratique déloyale²¹. Il convient de rappeler que, en l'espèce, l'intimée a effectivement déposé des plaintes sous le régime des deux parties du Code, mais elle a omis d'aller plus loin avec sa plainte fondée sur la partie I en demandant une audience devant le Conseil. C'est elle qui a mis fin à son recours fondé sur la partie I.

Il importe également de souligner que l'article 246 prévoit ce qui suit:

246. (1) Les articles 240 à 245 n'ont pas pour effet de suspendre ou de modifier le recours civil que l'employé peut exercer contre son employeur.

(2) L'article 189 s'applique dans le cadre de la présente section.

L'employé conserve donc le droit, en dernier ressort, de poursuivre son employeur si le paragraphe 242(3.1) ne lui permet pas de présenter une plainte devant un arbitre.

²¹ Je ne vois pas pourquoi le Code ne pourrait pas être appliqué de cette façon et les fonctionnaires du Ministère ou du Conseil devraient aviser les plaignants éventuels en conséquence afin d'éviter tout risque de confusion et d'injustice.

Therefore it follows that the learned Trial Judge should have quashed the decision of the Adjudicator on the basis that the Adjudicator had no jurisdiction, being precluded from considering the complaint by reason of paragraph 242(3.1)(b) of the *Canada Labour Code*.

Costs

As the decision of the Adjudicator must be set aside, it is unnecessary to consider whether his award of costs was proper. We must, however, consider whether the award by the Trial Judge of costs to the respondent on a solicitor-client basis can be upheld and whether costs should be awarded on this appeal.

It should first be observed that the Trial Judge [at page 115] must have found there to be “special reasons” for ordering costs in an application for judicial review, as Rule 1618 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/92-43, s. 19)] so requires. He justified his award on the basis of “the conduct of the applicant in pursuing this judicial review application” and apparently applied that justification also to granting costs to the respondent on a solicitor-client basis.

Even though the respondent has not succeeded here, I would agree with the Trial Judge that costs on the judicial review and this appeal should be awarded against the appellant employer on a solicitor-client basis. The conduct of the appellant for which I believe this award is warranted is the reversal of its position since the beginning of the adjudication. This has greatly contributed to the costs of the respondent and the necessity for the judicial review. Before the Adjudicator the appellant employer adamantly denied that perceived union activity was the reason for the respondent’s termination. Having lost before the Adjudicator and before the Trial Judge the appellant now takes the position that perceived union activity was the cause for the dismissal. I quote from paragraph 20 of the appellant’s memorandum of fact and law filed in this Court.

En conséquence, le juge de première instance aurait dû annuler la décision de l’arbitre, au motif que celui-ci n’avait pas la compétence voulue pour examiner la plainte, compte tenu de l’alinéa 242(3.1)b) du *Code canadien du travail*.

Frais

Étant donné que la décision de l’arbitre doit être annulée, il n’est pas nécessaire de déterminer si sa décision quant aux frais était appropriée. Cependant, nous devons déterminer s’il est possible de confirmer la conclusion par laquelle le juge de première instance a octroyé des dépens procureur-client à l’intimée et si des dépens devraient être accordés dans le présent appel.

Il convient d’abord de souligner que le juge de première instance [à la page 115] a dû se fonder sur des «raisons spéciales» pour ordonner le paiement de frais à l’occasion d’une demande de contrôle judiciaire, comme la Règle 1618 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (mod. par DORS/92-43, art. 19)] l’exige. À ce sujet, il a invoqué «la conduite de la requérante en vue de faire valoir la présente demande de contrôle judiciaire» et s’est apparemment fondé sur le même motif pour accorder à l’intimée des dépens sur la base procureur-client.

Même si l’intimée n’a pas réussi en l’espèce, je serais d’accord avec le juge de première instance pour dire que les frais relatifs à la demande de contrôle judiciaire et au présent appel devraient être adjugés en faveur de l’intimée sur une base procureur-client. À mon avis, cette décision est justifiée en raison de la conduite de l’appelante, qui a modifié sa position depuis le début des procédures, ce qui a eu pour effet d’accroître considérablement les frais de l’intimée et forcé la présentation d’une demande de contrôle judiciaire. Devant l’arbitre, l’appelante n’a pas cessé de nier que l’employeur a renvoyé l’intimée parce qu’il la soupçonnait de participer à des activités syndicales. Ayant perdu devant l’arbitre et devant le juge de première instance, l’appelante soutient maintenant que le congédiement a été causé par ces soupçons. Je cite un extrait du paragraphe 20 du mémoire que l’appelante a produit en l’espèce:

20. A review of the material before the Court must lead to the conclusion that Mrs. Kosanovich was dismissed for anti-union reasons:

(a) she said so three times in her Part I complaint (A.B. p. 32);

(b) the Teamsters Union took up the matter and a hearing was scheduled by the Canada Labour Relations Board after an investigation;

(c) a settlement was reached between the Union and the employer, but rejected by Mrs. Kosanovich (this is clearly a "procedure for redress" whether or not the result obtained is agreed to or not by the complainant. Subsection 3.1(b) does not say "... where a procedure for redress satisfactory to the complainant is provided elsewhere."

(d) the adjudicator found that the reason Mrs. Kosanovich was terminated was because she sympathized with the Union's efforts at organizing (A.B. p. 24)—this is the "ratio" of his decision.

If the employer had taken this position from the outset the matter would probably have been disposed of satisfactorily pursuant to the Part I complaint. At the very least the appellant should have raised the matter before the Adjudicator and insisted that the complaint could only be dealt with under Part I. Instead the employer kept this alternative position in reserve and having failed before the Adjudicator, now reverses its position and insists that the matter is one for consideration by the Board under Part I only, in the process forcing the respondent to defend the Adjudicator's award under Part III before both Divisions of the Federal Court.

While there is no basis upon which this Court can order costs before the Adjudicator, costs of the respondent before the Trial Division and before the Federal Court of Appeal should be paid by the appellant on a solicitor-client basis.

Disposition

The appeal should therefore be allowed and the decision of the Adjudicator C. S. Mellors of June 30, 1993 set aside, with costs before the Trial Division and the Court of Appeal to be paid by the appellant to the respondent Dorothy Kosanovich.

LINDEN J.A.: I agree.

[TRADUCTION] 20. Un examen des éléments de preuve dont la Cour était saisie indique clairement que M^{me} Kosanovich a été congédiée en raison de l'attitude antisyndicale de l'employeur:

a) elle l'a mentionné trois fois dans sa plainte fondée sur la partie I (dossier d'appel, p. 32);

b) le syndicat des Teamsters a pris l'affaire en main et le Conseil canadien des relations du travail a fixé une audience après enquête;

c) le syndicat et l'employeur en sont arrivés à un règlement, mais M^{me} Kosanovich l'a rejeté (il s'agit manifestement d'un «recours», que la plaignante ait consenti ou non au résultat. L'alinéa 3.1b) ne prévoit pas que l'arbitre ne peut procéder à l'instruction de la plainte lorsque «... la présente loi ou une autre loi fédérale prévoit un autre recours satisfaisant pour la partie plaignante»);

d) l'arbitre a conclu que M^{me} Kosanovich avait été congédiée parce qu'elle était en faveur de la campagne visant la formation d'un syndicat (dossier d'appel, p. 24)—c'est là le «fondement» de sa décision.

Si l'employeur avait soutenu cette position dès le début des procédures, l'affaire aurait probablement été tranchée de façon satisfaisante dans le cadre du recours fondé sur la partie I. À tout le moins, l'appelante aurait dû soulever la question devant l'arbitre et alléguer que la plainte ne pouvait être examinée que sous le régime de la partie I. L'employeur a plutôt gardé cet argument subsidiaire en réserve et, ayant perdu devant l'arbitre, il modifie maintenant sa position et soutient que l'affaire relève du Conseil aux termes de la partie I, forçant ainsi l'intimée à appuyer la décision de l'arbitre fondée sur la partie III devant les deux sections de la Cour fédérale.

Même s'il n'existe aucun fondement permettant à la Cour en l'espèce d'ordonner le paiement des frais engagés devant l'arbitre, l'appelante devrait payer les dépens que l'intimée a engagés devant la Section de première instance et devant la Cour d'appel fédérale sur une base procureur-client.

Conclusion

En conséquence, l'appel devrait être accueilli et la décision de l'arbitre C. S. Mellors en date du 30 juin 1993 devrait être annulée; l'appelante devrait payer à l'intimée Dorothy Kosanovich les dépens engagés devant la Section de première instance et la Cour d'appel.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris aux motifs exprimés par le juge Strayer.