

	T-1069-92		T-1069-92
<b>Norway House Indian Band (Applicant)</b>		<b>La bande indienne de Norway House (requérante)</b>	
v.		c.	
<b>George N. Bass, Q.C. and Florence Jean Duncan (Respondents)</b>		<sup>a</sup> <b>George N. Bass, c.r., et Florence Jean Duncan (intimés)</b>	
and		et	
<b>Assembly of Manitoba Chiefs—Secretariat Inc. (Intervenor)</b>		<sup>b</sup> <b>Assembly of Manitoba Chiefs—Secretariat Inc. (intervenante)</b>	
<i>INDEXED AS: NORWAY HOUSE INDIAN BAND v. CANADA (ADJUDICATOR, LABOUR CODE) (T.D.)</i>		<i>RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE DE NORWAY HOUSE c. CANADA (ARBITRE, CODE DU TRAVAIL) (1<sup>re</sup> INST.)</i>	
Trial Division, Muldoon J.—Winnipeg, December 14, 1992; Ottawa, March 16, 1994.		Section de première instance, juge Muldoon—Winnipeg, 14 décembre 1992; Ottawa, 16 mars 1994.	
<i>Labour relations — Application to set aside labour adjudicator's decision Indian Band employee unjustly dismissed — Adjudicator having jurisdiction — Labour relations field in regard to Indians manifesting federal competence, paramountcy — Creation of Bands, councils and their workings constituting federal work, undertaking or business — Meaning of "business" — Band subject to Canada Labour Code — Adjudicator exceeding jurisdiction by conducting hearing in patently unreasonable manner in not warning complainant of consequences of failure to testify, not applying consequences to her case, indifference to loss of opportunity to cross-examine, resulting in erroneous conclusions, apparent bias in drawing all adverse inferences against employer — Also erred in considering Band custom, disregarding cases on wrongful dismissal.</i>	<sup>d</sup>	<i>Relations du travail — Demande d'annulation de la décision par laquelle un arbitre avait statué qu'une employée de la bande indienne avait injustement été congédiée — L'arbitre a compétence — Le champ des relations de travail, en ce qui concerne les Indiens, indique l'existence de la compétence fédérale ainsi que la primauté fédérale — La création des bandes et conseils ainsi que leur fonctionnement constituent une entreprise fédérale — Sens du mot «entreprise» — La bande est assujettie au Code canadien du travail — L'arbitre a excédé sa compétence en conduisant l'audience d'une manière manifestement déraisonnable, notamment en n'informant pas la plaignante des conséquences de son omission de témoigner, en n'appliquant pas les conséquences à son cas, en manifestant de l'indifférence en ce qui concerne la perte de possibilité de contre-interroger la plaignante, de sorte qu'il a tiré des conclusions erronées, en semblant faire preuve de partialité lorsqu'il a fait toutes les déductions défavorables à l'employeur — Il a également commis une erreur en tenant compte des coutumes de la bande, sans tenir compte de la jurisprudence en matière de congédiement injustifié.</i>	<sup>e</sup>
<i>Judicial review — Application to set aside labour adjudicator's decision Indian Band employee unjustly dismissed — Canada Labour Code, s. 243 providing every order of Adjudicator appointed under s. 242 final, not reviewable in any court — Review of case law on judicial review of such "protected" decisions — Court will transcend s. 243 only if adjudicator so patently unreasonably exceeded jurisdiction that perverted, evaded, avoided or contradicted will of Parliament — When issue going to tribunal's jurisdiction, standard governing judicial review that of correctness — Adjudicator must not make any error in exercising powers — Adjudicator conducting hearing in patently unreasonable manner — Although decision set aside, matter remaining adjudicated as no one to refer matter back to, outside Court's jurisdiction to either order Minister to appoint new adjudicator or order adjudicator to dismiss complaint as outcome uncertain — Decision set aside because of manner of conducting hearing.</i>	<sup>f</sup> <sup>g</sup> <sup>i</sup> <sup>j</sup>	<i>Contrôle judiciaire — Demande d'annulation de la décision par laquelle un arbitre avait statué qu'une employée de la bande indienne avait injustement été congédiée — L'art. 243 du Code canadien du travail prévoit que les ordonnances de l'arbitre désigné en vertu de l'art. 242 sont définitives et non susceptibles de recours judiciaire — Examen de la jurisprudence sur le contrôle judiciaire de pareilles décisions «protégées» — La Cour passe outre à l'art. 243 uniquement si l'arbitre a excédé sa compétence d'une façon si manifestement déraisonnable qu'il a abusé de la volonté du législateur, qu'il s'y est soustrait, qu'il l'a esquivée ou qu'il l'a contrariée — Lorsque le litige porte sur la compétence du tribunal, la norme qui régit le contrôle judiciaire est celle de la justesse — L'arbitre ne doit pas commettre d'erreur en exerçant ses pouvoirs — L'arbitre a conduit l'audience d'une façon manifestement déraisonnable — Bien que la décision ait été annulée, l'affaire demeure non réglée puisqu'il n'y a personne à qui la renvoyer,</i>	

*Evidence — Adjudication of Canada Labour Code complaint Indian Band employee wrongfully indefinitely suspended without pay — Complainant failing to testify — Adjudicator criticizing employer for not calling certain evidence while not criticizing complainant — Not criminal trial where judge prohibited from admonishing accused to testify — While complainant not compelled to testify, consequences would be adverse inferences by Adjudicator — Adjudicator should have encouraged complainant to testify — Should have drawn all adverse inferences open to him — Review of cases, legal writing on failure to produce cogent evidence — Criminal law cases on loss of opportunity to cross-examine applicable herein.*

*Constitutional law — Distribution of powers — Labour relations in regard to Indians within federal competence, paramouncy — Creation of Bands, councils and their workings constituting federal work, undertaking, business.*

*Estoppel — Application to set aside labour adjudicator's decision Indian Band employee unjustly dismissed — Before adjudicator parties agreeing employment in connection with federal work — Applicant not estopped from contesting Adjudicator's jurisdiction — If Adjudicator not having jurisdiction, never had jurisdiction and consent thereto immaterial.*

*Native peoples — Band subject to Canada Labour Code — Labour relations in regard to Indians within federal competence, paramouncy — Creation of Bands, councils and their workings constituting federal work, undertaking, business.*

This was an application to set aside a decision of an Adjudicator appointed under the *Canada Labour Code*, section 242 that a Band employee had been unjustly dismissed. Section 242 is found within Division XIV of Part III of the Code dealing with unjust dismissal. Part III applied to employment in, or in connection with, the operation of any federal work, undertaking or business. The grounds for this application were: (1) that the Band did not come within that legislation because it was not a "federal work, undertaking or business", or (2) the Adjudicator had lost his jurisdiction because of his conduct of the hearing.

The respondent Duncan, who had been the complainant in the proceedings before the Adjudicator, was suspended without pay in February 1991 for an indefinite period for allegedly participating in certain activities to undermine and discredit the actions of the Chief and Band Council, specifically her alleged participation in an incident involving pushing and

et que la Cour n'a pas compétence pour enjoindre au ministre de désigner un nouvel arbitre ou d'ordonner à l'arbitre de rejeter la plainte puisque l'issue est incertaine — La décision est annulée à cause de la façon dont l'arbitre a conduit l'audience.

<sup>a</sup> *Preuve — Règlement d'une plainte déposée en vertu du Code canadien du travail selon laquelle une employée de la bande indienne avait illicitement été suspendue sans rémunération pendant une période indéterminée — La plaignante n'a pas témoigné — L'arbitre a critiqué l'employeur pour ne pas avoir présenté certains éléments de preuve sans toutefois critiquer la plaignante — Il ne s'agit pas d'un procès au criminel dans lequel il est interdit au juge d'informer l'accusé qu'il doit témoigner — La plaignante n'était pas tenue de témoigner, mais cela donnerait lieu à des déductions défavorables de la part de l'arbitre — L'arbitre aurait dû encourager la plaignante à témoigner — Il aurait dû faire toutes les déductions défavorables qu'il pouvait faire — Examen des arrêts et de la doctrine sur l'omission de présenter une preuve convaincante — Les affaires de droit pénal sur la perte de possibilité de contre-interroger un témoin s'appliquent en l'espèce.*

<sup>b</sup> *Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Les relations de travail, en ce qui concerne les Indiens, relèvent de la compétence et de la primauté fédérale — La création des bandes et conseils ainsi que leur fonctionnement constituent une entreprise fédérale.*

<sup>c</sup> *Fin de non-recevoir — Demande d'annulation de la décision par laquelle un arbitre avait statué qu'une employée de la bande indienne avait injustement été congédiée — Devant l'arbitre, les parties avaient convenu que l'emploi était exercé dans le cadre d'une entreprise fédérale — La requérante peut contester la compétence de l'arbitre — Si l'arbitre n'a pas compétence, il n'a jamais eu compétence et le fait qu'on a consenti à ce qu'il soit compétent n'est pas pertinent.*

<sup>d</sup> *Autochtones — La bande est assujettie au Code canadien du travail — Les relations de travail, en ce qui concerne les Indiens, relèvent de la compétence et de la primauté fédérales — La création des bandes et conseils ainsi que leur fonctionnement constituent une entreprise fédérale.*

<sup>e</sup> Il s'agissait d'une demande d'annulation de la décision par laquelle un arbitre désigné en vertu de l'article 242 du *Code canadien du travail* avait statué qu'une employée de la bande avait injustement été congédiée. L'article 242 figure dans la section XIV de la partie III du Code, qui porte sur le congédiement injuste. La partie III s'applique à l'emploi dans le cadre d'une entreprise fédérale. Les motifs de la demande étaient: (1) que la bande n'était pas visée par la loi en question parce qu'elle n'était pas une «entreprise fédérale», ou (2) que l'arbitre avait perdu compétence à cause de la façon dont il avait conduit l'audience.

<sup>f</sup> En février 1991, l'intimée Duncan, qui était la plaignante dans les procédures engagées devant l'arbitre, a été suspendue sans rémunération pendant une période indéterminée parce qu'elle avait apparemment participé à certaines activités visant à miner et à discréditer l'autorité du chef et du conseil de la bande et en particulier, parce qu'elle avait apparemment parti-

shouting which occurred at a radio station when the Chief and some councillors arrived to make an address. The Adjudicator summarized the testimony of several witnesses, and characterized the foundation for one eye-witness' conclusions as to the complainant not being respectful of elected leaders and trying to oust them from power as hearsay, and did not give much weight to it. The complainant's version of that incident was not given in testimony. Although there was no probative evidence that the complainant had signed a letter requesting that certain funds be held in abeyance until consent was given by the Band members, the Adjudicator accordingly found that this was not valid justification for any employee discipline. The Adjudicator said that in reaching his decision he had considered Band customs of exacting peace, siblinghood harmony, co-operation with and caring for one's neighbours, respecting all and defaming none. He "put little weight on the cases . . . which deal solely with wrongful dismissal." He interpreted the Code as developing the common law by being legislation dealing with unfair or unjust dismissal, and having in mind a broader range of problems than would be addressed if one were to read "unjust dismissal" as incorporating the substantive test of cause as propounded by the courts in wrongful dismissal cases. The applicant alleged that the Adjudicator appeared biased by not requiring the complainant to testify on matters from which he drew inferences adverse to the employer. The Band submitted that the resulting process and decision were unfair because the employer had not had an opportunity to cross-examine the complainant, and because the Adjudicator did not even consider drawing negative inferences against the complainant when he ought to have done so in light of her failure to testify. The respondent alleged that the applicant was estopped from arguing that the Adjudicator lacked jurisdiction because it had consented to the Adjudicator's jurisdiction in the first instance. Before the Adjudicator the parties had agreed that the complainant's employment was in connection with the operation of a federal work.

Code, section 243 provides that every order of an adjudicator appointed under subsection 242(1) is final and shall not be questioned or reviewed in any court.

*Held*, the application should be allowed.

The applicant was not estopped from contesting the Adjudicator's jurisdiction. If the Adjudicator had no jurisdiction, then he never had jurisdiction, and consent to his jurisdiction would be immaterial.

The Court will transcend the protective provisions of section 243 only if it is demonstrated that the Adjudicator has so patently unreasonably stepped outside of the jurisdiction which Parliament conferred that the Adjudicator can be clearly perceived to have perverted, evaded, avoided or contradicted the will of Parliament. When the issue goes to the jurisdiction of the tribunal, the standard governing judicial review of such protected decisions is one of correctness, meaning that the

cipé à une bousculade qui avait eu lieu à la station radiophonique lorsque le chef et certains conseillers étaient arrivés pour faire une annonce. L'arbitre a résumé la déposition de plusieurs témoins; il a qualifié de ouï-dire le fondement des conclusions tirées par un témoin oculaire au sujet du fait que la plaignante manquait de respect envers les chefs élus et essayait de leur faire perdre leur pouvoir, et n'y a pas accordé beaucoup d'importance. La plaignante n'a pas témoigné pour donner sa version des faits. Il n'existait aucune preuve probante que la plaignante avait signé une lettre dans laquelle on demandait que le paiement de certaines sommes soit suspendu tant que les membres de la bande n'auraient pas donné leur consentement; par conséquent, l'arbitre a conclu que ce n'était pas une justification valable permettant d'assujettir un employé à des mesures disciplinaires. L'arbitre a dit qu'en arrivant à sa décision, il avait tenu compte des coutumes de la bande, qu'il a décrites comme prônant la paix, l'harmonie, l'entraide et l'amour du prochain, le respect de tous et l'absence de calomnie. Il a [TRADUCTION] «accordé peu d'importance aux arrêts . . . se rapportant uniquement au congédiement injustifié». Il a interprété le Code comme développant la common law en tant que loi concernant le congédiement injuste, et comme visant une gamme plus étendue de problèmes que ceux qui seraient visés si l'on interprétait le «congédiement injuste» comme incorporant le critère de fond relatif à la cause, comme l'ont proposé les tribunaux dans les affaires de congédiement injustifié. Le requérant a allégué que l'arbitre semblait partial en n'obligeant pas la plaignante à témoigner au sujet de questions sur lesquelles il s'était fondé pour faire des déductions défavorables à l'employeur. La bande a soutenu que la procédure et la décision en résultant étaient inéquitables parce que l'employeur n'avait pas eu la possibilité de contre-interroger la plaignante, et parce que l'arbitre n'avait même pas envisagé de faire des déductions défavorables à la plaignante, comme il aurait dû le faire, puisqu'elle avait omis de témoigner. L'intimée a allégué que la requérante ne pouvait pas soutenir que l'arbitre n'avait pas compétence étant donné qu'elle avait consenti en tout premier lieu à ce que l'arbitre soit compétent. Devant l'arbitre, les parties avaient convenu que la plaignante exerçait son emploi dans le cadre d'une entreprise fédérale.

L'article 243 du Code prévoit que les ordonnances rendues par un arbitre désigné en vertu du paragraphe 242(1) sont définitives, et non susceptibles de recours judiciaire.

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

La requérante pouvait contester la compétence de l'arbitre. Si l'arbitre n'avait pas compétence, il n'a jamais eu compétence, et le fait qu'on a consenti à ce qu'il soit compétent ne serait pas pertinent.

La Cour passe outre aux dispositions protectrices de l'article 243 uniquement si l'est démontré que l'arbitre a excédé d'une façon si manifestement déraisonnable la compétence que le législateur lui a conférée qu'il peut clairement être considéré qu'il a abusé de la volonté du législateur, qu'il s'y est soustrait, qu'il l'a esquivée ou qu'il l'a contrariée. Lorsque le litige porte sur la compétence du tribunal, la norme qui régit le contrôle judiciaire de pareilles décisions protégées est celle de la jus-

Adjudicator must not have made any error in exercising the powers conferred by Division XIV.

The Adjudicator had jurisdiction. Ordinarily labour relations fall within provincial jurisdiction as a matter of property and civil rights, but here the employer was a creature of Parliament and the employment operated under the *Indian Act*, all within the competence of the Parliament of Canada. Case law has established that the labour relations field in regard to "Indians, and Lands reserved for the Indians" manifests not only federal competence, but federal paramountcy. In order to find federal jurisdiction, it is necessary to further find that the creation of Indian bands, councils, and their workings do constitute a federal work, undertaking or business. In this context, "business" is what a government is to do, what powers it may wield pursuant to the Constitution. It does not connote commercial business for profit, but the constitutional array of legitimate legislative subjects of Parliament or the legislatures, and the activities generated therefrom. The creation, activities and operations of the applicant, and the work for which the applicant employed Ms. Duncan constituted a "federal work, undertaking or business" within the meaning of paragraph 2(i) of the *Canada Labour Code*.

If the question of law at issue is within the tribunal's jurisdiction, it will exceed it only if it errs in a patently unreasonable manner. The Adjudicator's order herein had to be set aside because it was the result of patently unreasonable proceedings, considerations and conclusions. The eye-witness' account of the chaotic incident at the radio station was not hearsay. The complainant's version of that incident was not given in testimony, thus denying the employer's counsel the opportunity of cross-examination. In picking at the employer's witnesses' credibility, while blandly accepting testimony alleging malice on the Chief's part and remaining silent as to certain inconsistencies in that evidence, the Adjudicator's conduct gave rise to a reasonable apprehension of bias. Matters recounted in the Adjudicator's reasons cried out for the complainant's testimony, and the employer's opportunity to cross-examine her. Without the complainant's testimony in chief, tested by cross-examination, the Adjudicator was misled into making a wrong finding. He rejected one of the employer's main contentions without hearing the complainant's testimony as to whether the signature on the letter was hers or not. This disposition was an egregious error of fact and was patently unreasonable. The Adjudicator also displayed a lack of objectivity by criticizing the employer's failure to call evidence but never criticizing the complainant's failure to testify on many crucial, as well as peripheral issues.

Unless summoned to testify on subpoena, there is nothing in law to compel the complainant to testify, but she must thereby face the consequences, namely adverse inferences by the Adjudicator. He drew no adverse inferences regarding the com-

tesse, en ce sens que l'arbitre ne doit pas avoir commis d'erreur en exerçant les pouvoirs conférés par la section XIV.

L'arbitre avait compétence. Habituellement, les relations de travail relèvent de la compétence provinciale, à titre de question de propriété et de droit civil, mais en l'espèce, l'employeur a été créé par le Parlement et l'emploi était visé par la *Loi sur les Indiens*, tout cela, en vertu de la compétence du Parlement du Canada. La jurisprudence a établi que le champ des relations de travail, en ce qui concerne «les Indiens et les terres réservées aux Indiens», indique non seulement l'existence de la compétence fédérale, mais aussi de la primauté fédérale. Pour conclure à la compétence fédérale, il est en outre nécessaire de conclure que la création des bandes et conseils indiens et leur fonctionnement constituent une entreprise fédérale. Dans ce contexte, le mot «entreprise» est ce que le gouvernement doit faire, les pouvoirs qu'il peut posséder en vertu de la Constitution. L'entreprise ne donne pas à entendre une entreprise commerciale à but lucratif, mais toute la gamme constitutionnelle des matières législatives légitimes relevant du Parlement et des assemblées législatives, et les activités qui en découlent. La création et les activités de la requérante, et le travail pour lequel cette dernière a employé M<sup>me</sup> Duncan, constituaient une «entreprise fédérale» au sens de l'alinéa 2(i) du *Code canadien du travail*.

Si la question de droit en litige relève de la compétence du tribunal, celui-ci n'excède sa compétence que s'il commet une erreur manifestement déraisonnable. L'ordonnance de l'arbitre en l'espèce devait être annulée parce que c'était le résultat de procédures, de considérations et de conclusions manifestement déraisonnables. Le compte rendu du témoin oculaire au sujet de l'agitation qui régnait à la station radiophonique n'était pas du oui-dire. La version de la plaignante n'a pas été présentée dans le cadre d'un témoignage, de sorte que l'avocat de l'employeur n'a pas eu la possibilité de contre-interroger celle-ci. En s'attaquant à la crédibilité des témoins de l'employeur, tout en retenant aveuglément le témoignage dans lequel on alléguait la malveillance du chef, et en ne disant rien au sujet de certaines inconséquences figurant dans cet élément de preuve, l'arbitre a agi de façon à susciter à une crainte raisonnable de partialité. Dans ses motifs, l'arbitre a cité des questions sur lesquelles la plaignante aurait dû témoigner, et l'employeur avoir la possibilité de contre-interroger celle-ci. En l'absence du témoignage en chef de la plaignante, qu'un contre-interrogatoire aurait permis d'apprécier, l'arbitre a été amené à tirer une conclusion erronée. Il a rejeté l'une des principales prétentions de l'employeur, sans entendre le témoignage de la plaignante au sujet de la question de savoir si la signature figurant sur la lettre était la sienne. Cette décision constituait une grave erreur de fait et elle était manifestement déraisonnable. L'arbitre a également manifesté un manque d'objectivité en critiquant l'omission de l'employeur de présenter une preuve, sans jamais critiquer l'omission de la plaignante de témoigner sur de nombreuses questions primordiales ou secondaires.

À moins qu'elle ne soit citée comme témoin au moyen d'un subpoena, rien en droit ne contraint la plaignante à témoigner, mais elle doit alors faire face aux conséquences, à savoir les déductions défavorables que l'arbitre fait. L'arbitre n'a fait

plainant, only regarding the employer (Chief and Councillors) who did testify. The Adjudicator recited evidence which required the complainant to respond on pain of adverse inference. He should have warned the complainant about the consequences of failing to testify and encouraged her to testify. By not doing so he acquiesced in denying the employer the opportunity of cross-examination. Since she declined to testify on the substantive issues, the Adjudicator ought to have drawn all those adverse inferences open to him, which might have produced the dismissal of her complaint. The Adjudicator's failure in that regard gives the appearance of bias. His failure to warn, to give any heed to the legal concept of adverse inferences in regard to the complainant's case, his indifference to the employer's loss of opportunity to cross-examine the complainant, to relate that loss to the signature about which he came to the dubious and wrong conclusion without any testimony of the complainant on that matter and accordingly found no justification for employment discipline thereby, his apparent bias in drawing all, or almost all adverse inferences against the employer, evinced patently unreasonable conduct of the inquiry. All the above created a probability that if the Adjudicator had not failed in the above-recited respects, the result would have favoured the employer.

The Adjudicator's conclusions on unjust, as distinct from unlawful or illegal, dismissal and disregard for the case law on wrongful dismissal were a self-misdirection and egregious error in law. It was also an error of law to take account of Band customs in formulating conclusions of law. An Adjudicator appointed by secular authority must apply only secular law.

While affirming the allegations in the originating notice of motion, the Court could not proclaim that the Adjudicator was certainly biased. Although there was an appearance of bias, it was not a certainty. The Adjudicator was not a full-time, career, institutional board, commission or other tribunal, but an individual selected *ad hoc* and uniquely to perform a single, *one-time* adjudication, without any institutional expertise or collegiality. He was not a member of a board, commission or other tribunal to one of whose colleagues the adjudication could be referred to start all over again. The Court could neither order the Minister to appoint a new adjudicator nor on judicial review give the decision or order which the Adjudicator ought to have given. It could not order the Adjudicator to dismiss the complaint as it was not certain that he ought to have dismissed it—it was only certain that he approached his task and performed it in a patently unreasonable manner and came to a highly tainted conclusion which may be characterized as patently unreasonable. Thus, although the Adjudicator's decision must be set aside, the complaint remained unadjudicated.

aucune déduction défavorable au sujet de la plaignante, mais uniquement au sujet de l'employeur (le chef et les conseillers), qui a en fait témoigné. L'arbitre a mentionné les éléments de preuve auxquels la plaignante devait répondre, sous peine de faire l'objet de déductions défavorables. Il aurait dû informer la plaignante des conséquences de son omission de témoigner et l'encourager à témoigner. Il a ainsi consenti à refuser à l'employeur la possibilité de contre-interroger la plaignante. Étant donné que cette dernière a refusé de témoigner sur des questions de fond, l'arbitre aurait dû faire toutes les déductions défavorables qu'il pouvait faire, et cela aurait pu entraîner le rejet de la plainte. L'omission de l'arbitre à cet égard donne l'apparence de partialité. Son omission d'avertir la plaignante, son omission de tenir compte de la notion juridique des déductions défavorables dans le cas de la plaignante, son indifférence en ce qui concerne la perte de possibilité de l'employeur de contre-interroger la plaignante, son omission d'établir un rapport entre cette perte et la signature au sujet de laquelle il est arrivé à une conclusion douteuse et erronée sans que la plaignante ne témoigne sur ce point, de sorte qu'il a conclu qu'il n'existait aucune justification permettant la prise de mesures disciplinaires, sa partialité apparente lorsqu'il a fait toutes, ou presque toutes, les déductions défavorables à l'employeur, montrent qu'il a conduit l'enquête d'une façon manifestement déraisonnable. Tout cela permettait de croire que le résultat aurait favorisé l'employeur, si l'arbitre ne s'était pas trompé en ce qui concerne les questions susmentionnées.

Les conclusions que l'arbitre a tirées sur le congédiement injuste, par opposition au congédiement illégal, ainsi que le fait qu'il n'a pas tenu compte de la jurisprudence sur le congédiement injustifié, constituaient une directive erronée qu'il s'était imposée et une grave erreur de droit. L'arbitre a également commis une erreur de droit lorsqu'il a tenu compte des coutumes de la bande en formulant des conclusions de droit. L'arbitre désigné par les autorités laïques doit appliquer uniquement le droit séculier.

Tout en confirmant les allégations qui ont été faites dans l'avis de requête introductive d'instance, la Cour n'a pas pu proclamer que l'arbitre était certainement partial. Il y avait apparence de partialité, mais ce n'était pas une certitude. L'arbitre n'était pas un office professionnel à plein temps, mais une personne spécialement choisie uniquement afin de rendre une seule décision, sans avoir d'expertise ou de collégialité institutionnelle. Il n'était pas membre d'un office auquel l'affaire pouvait être renvoyée pour réexamen par un autre membre. La Cour ne pouvait pas enjoindre au ministre de désigner un nouvel arbitre ou, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, rendre la décision ou l'ordonnance que l'arbitre aurait dû rendre. Elle ne pouvait pas ordonner à l'arbitre de rejeter la plainte étant donné qu'elle n'était pas certaine que celui-ci aurait dû la rejeter. Elle était uniquement certaine que l'arbitre avait abordé sa tâche et qu'il s'en était acquitté d'une façon manifestement déraisonnable et qu'il avait tiré une conclusion fortement entachée de vice, qui pouvait être considérée comme manifestement déraisonnable. Par conséquent, bien que la décision de l'arbitre doive être annulée, la plainte demeure non réglée.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

- Assessment Act (The)*, R.S.O. 1914, c. 195.
- Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 2 (as am. by S.C. 1990, c. 44, s. 17), 18, 166, 167(1)(a),(b),(c),(3), 168(1), 240 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15 ), 241(3), 242 (as am. *idem*, s. 16), 243, 244. <sup>a</sup>
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91, 92. <sup>b</sup>
- Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 643 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 76).
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5), 57 (as am. *idem*, s. 19). <sup>c</sup>
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663. RR. 301.1 (as enacted by SOR/92-43, s. 2), 1101, 1611 (as enacted *idem*, s. 19), 1618 (as enacted *idem*).
- Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5. <sup>d</sup>

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

- Canadian National Railway Co. v. Canadian Transport Commission*, [1988] 2 F.C. 437; (1987), 13 F.T.R. 52 (T.D.); *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724; (1993), 108 D.L.R. (4th) 1; 160 N.R. 321; *Public Service Alliance of Canada v. Francis et al.*, [1982] 2 S.C.R. 72; (1982), 139 D.L.R. (3d) 9; 82 CLLC 14,208; [1982] 4 C.N.L.R. 94; 44 N.R. 136; *Francis v. Canada Labour Relations Board*, [1981] 1 F.C. 225; (1980), 80 CLLC 14,048; 33 N.R. 56 (C.A.); *Qu'Appelle Indian Residential School Council v. Canada (Canadian Human Rights Tribunal)*, [1988] 2 F.C. 226; (1987), 10 C.H.R.R. D/5476; [1989] 2 C.N.L.R. 99; 14 F.T.R. 31 (T.D.); *Tobique Band Council v. Sappier* (1988), 22 C.C.E.L. 170; 87 N.R. 1 (F.C.A.); *Keelan et al. v. Norray Distributing Ltd. et al.* (1967), 62 D.L.R. (2d) 466; [1967] 60 W.W.R. 129 (Man. Q.B.); *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. CALPA* (1989), 59 D.L.R. (4th) 384; 95 N.R. 255 (F.C.A.); *Canada Labour Relations Board et al. v. Yellowknife*, [1977] 2 S.C.R. 729; (1977), 76 D.L.R. (3d) 85; 77 CLLC 14,073; 14 N.R. 72; *R. v. Paul Indian Band and Attorney General of Alberta and Attorney General of Canada* (1983), 50 A.R. 190; [1984] 2 W.W.R. 540; 29 Alta. L.R. (2d) 310; [1984] 1 C.N.L.R. 87 (C.A.). <sup>e</sup>

## DISTINGUISHED:

- Township of Cornwall v. Ottawa and New York Railway Co. et al.* (1916), 52 S.C.R. 466; 30 D.L.R. 664. <sup>j</sup>

## LOIS ET RÈGLEMENTS

- Assessment Act (The)*, R.S.O. 1914, ch. 195.
- Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 2, 18, 166, 167(1)a),b),c),3), 168(1), 240 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 9, art. 15), 241(3), 242 (mod., *idem*, art. 16), 243, 244.
- Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 643 (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 76).
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n<sup>o</sup> 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n<sup>o</sup> 5], art. 91, 92.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicteé, *idem*, art. 5), 57 (mod. *idem*, art. 19).
- Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.
- Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 301.1 (édicteé par DORS/92-43, art. 2), 1101, 1611 (édicteé, *idem*, art. 19), 1618 (édicteé, *idem*).

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Commission canadienne des transports*, [1988] 2 C.F. 437; (1987), 13 F.T.R. 52 (1<sup>re</sup> inst.); *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724; (1993), 108 D.L.R. (4th) 1; 160 N.R. 321; *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Francis et autres*, [1982] 2 R.C.S. 72; (1982), 139 D.L.R. (3d) 9; 82 CLLC 14,208; [1982] 4 C.N.L.R. 94; 44 N.R. 136; *Francis c. Le Conseil canadien des relations du travail*, [1981] 1 C.F. 225; (1980), 80 CLLC 14,048; 33 N.R. 56 (C.A.); *Qu'Appelle Indian Residential School Council c. Canada (Tribunal canadien des droits de la personne)*, [1988] 2 C.F. 226; (1987), 10 C.H.R.R. D/5476; [1989] 2 C.N.L.R. 99; 14 F.T.R. 31 (1<sup>re</sup> inst.); *Conseil de la bande Tobique c. Sappier* (1988), 22 C.C.E.L. 170; 87 N.R. 1 (C.A.F.); *Keelan et al. v. Norray Distributing Ltd. et al.* (1967), 62 D.L.R. (2d) 466; [1967] 60 W.W.R. 129 (B.R. Man.); *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. ACPLA* (1989), 59 D.L.R. (4th) 384; 95 N.R. 255 (C.A.F.); *Conseil canadien des relations du travail et autre c. Yellowknife*, [1977] 2 R.C.S. 729; (1977), 76 D.L.R. (3d) 85; 77 CLLC 14,073; 14 N.R. 72; *R. v. Paul Indian Band and Attorney General of Alberta and Attorney General of Canada* (1983), 50 A.R. 190; [1984] 2 W.W.R. 540; 29 Alta. L.R. (2d) 310; [1984] 1 C.N.L.R. 87 (C.A.). <sup>f</sup>

## DISTINCTION FAITE AVEC:

- Township of Cornwall v. Ottawa and New York Railway Co. et al.* (1916), 52 R.C.S. 466; 30 D.L.R. 664. <sup>g</sup>

## CONSIDERED:

*Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,209; 26 N.R. 341; *Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte et al.*, [1982] 1 S.C.R. 710; (1982), 134 D.L.R. (3d) 385; 82 CLLC 14,196; 44 N.R. 340; *Caimaw v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 40 Admin. L.R. 181; 40 B.C.L.R. (2d) 1; 89 CLLC 14,050; 102 N.R. 1; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614; (1991), 80 D.L.R. (4th) 520; 48 Admin. L.R. 161; 91 CLLC 14,017; 123 N.R. 161; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; (1993), 101 D.L.R. (4th) 673; 150 N.R. 161; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; (1993), 102 D.L.R. (4th) 609; 152 N.R. 1; *Whitebear Band Council and Carpenters Provincial Council of Saskatchewan et al., Re* (1982), 135 D.L.R. (3d) 128; [1982] 3 W.W.R. 554; 15 Sask. R. 37 (Sask. C.A.); *Louint Corporation v. Attorney General of Canada*, [1984] 1 F.C. 332; (1983), 2 D.L.R. (4th) 723; [1984] 2 W.W.R. 152; 77 C.P.R. (2d) 35 (T.D.); affd [1985] 2 F.C. 185; (1985), 19 D.L.R. (4th) 304; [1986] 6 W.W.R. 385; 6 C.P.R. (3d) 145; 59 N.R. 212 (C.A.); *Barnes v. Union SS. Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 267; (1954), 13 W.W.R.(N.S.) 72; 71 C.R.T.C. 334 (B.C.S.C.); affd [1955] 2 D.L.R. 564; (1955), 14 W.W.R. 673; 72 C.R.T.C. 280 (B.C.C.A.); *Pick (Otto) & Sons Seeds Ltd. v. Thomson (W.D.) Enterprises Ltd. and Thomson* (1989), 100 N.B.R. (2d) 136; 252 A.P.R. 136 (Q.B.); *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577; [1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40 Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277; *Bond v. New Brunswick (Board of Management)* (1992), 122 N.B.R. (2d) 351 (Q.B.); *Trizec Equities Ltd. and Area Assessor Burnaby-New Westminster, Re* (1983), 147 D.L.R. (3d) 637; 45 B.C.L.R. 258; 22 M.P.L.R. 318 (B.C.S.C.).

## REFERRED TO:

*Toronto Newspaper Guild v. Globe Publishing Co.*, [1953] 2 S.C.R. 18; [1953] 3 D.L.R. 561; 106 C.C.C. 225; *Jarvis v. Associated Medical Services Inc. et al.*, [1964] S.C.R. 497; (1964), 44 D.L.R. (2d) 407; 67 CLLC 15,511; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association et al.*, [1975] 1 S.C.R. 382; (1973), 41 D.L.R. (3d) 6; [1974] 1 W.W.R. 653; *Public Service Alliance of Canada and Treasury Board and Econosult Inc.* (1988), 13 P.S.S.R.B. Decisions 6; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et al. v. Association of Parents for Fairness in Education et al.*, [1986] 1 S.C.R. 549; (1986), 69 N.B.R. (2d) 271; 27 D.L.R. (4th) 406; 177 A.P.R. 271; 66 N.R. 173; *R. v. Davidson* (1988), 42 C.C.C. (3d) 289 (Ont. C.A.); *Murray*

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,209; 26 N.R. 341; *Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte et autre*, [1982] 1 R.C.S. 710; (1982), 134 D.L.R. (3d) 385; 82 CLLC 14,196; 44 N.R. 340; *Caimaw c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 40 Admin. L.R. 181; 40 B.C.L.R. (2d) 1; 89 CLLC 14,050; 102 N.R. 1; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614; (1991), 80 D.L.R. (4th) 520; 48 Admin. L.R. 161; 91 CLLC 14,017; 123 N.R. 161; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; (1993), 101 D.L.R. (4th) 673; 150 N.R. 161; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; (1993), 102 D.L.R. (4th) 609; 152 N.R. 1; *Whitebear Band Council and Carpenters Provincial Council of Saskatchewan et al., Re* (1982), 135 D.L.R. (3d) 128; [1982] 3 W.W.R. 554; 15 Sask. R. 37 (C.A. Sask.); *Louint Corporation c. Procureur général du Canada*, [1984] 1 C.F. 332; (1983), 2 D.L.R. (4th) 723; [1984] 2 W.W.R. 152; 77 C.P.R. (2d) 35 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1985] 2 C.F. 185; (1985), 19 D.L.R. (4th) 304; [1986] 6 W.W.R. 385; 6 C.P.R. (3d) 145; 59 N.R. 212 (C.A.); *Barnes v. Union SS. Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 267; (1954), 13 W.W.R.(N.S.) 72; 71 C.R.T.C. 334 (C.S.C.-B.); conf. par [1955] 2 D.L.R. 564; (1955), 14 W.W.R. 673; 72 C.R.T.C. 280 (C.A.C.-B.); *Pick (Otto) & Sons Seeds Ltd. c. Thomson (W.D.) Enterprises Ltd. et Thomson* (1989), 100 N.B.R. (2d) 136; 252 A.P.R. 136 (B.R.); *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577; [1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40 Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277; *Bond c. New Brunswick (Board of Management)* (1992), 122 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 351 (B.R.); *Trizec Equities Ltd. and Area Assessor Burnaby-New Westminster, Re* (1983), 147 D.L.R. (3d) 637; 45 B.C.L.R. 258; 22 M.P.L.R. 318 (C.S.C.-B.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Toronto Newspaper Guild v. Globe Publishing Co.*, [1953] 2 R.C.S. 18; [1953] 3 D.L.R. 561; 106 C.C.C. 225; *Jarvis v. Associated Medical Services Inc. et al.*, [1964] R.C.S. 497; (1964), 44 D.L.R. (2d) 407; 67 CLLC 15,511; *Union international des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association et autres*, [1975] 1 R.C.S. 382; (1973), 41 D.L.R. (3d) 6; [1974] 1 W.W.R. 653; *Alliance de la Fonction publique du Canada et Conseil du Trésor et Econosult Inc.* (1988), 13 Décisions de la C.R.T.F.P. 6; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et autre c. Association of Parents for Fairness in Education et autres*, [1986] 1 R.C.S. 549; (1986), 69 N.B.R. (2d) 271; 27 D.L.R. (4th) 406; 177 A.P.R. 271; 66 N.R. 173; *R. v. Davidson* (1988), 42

*v. Saskatoon*, [1952] 2 D.L.R. 499; (1951), 4 W.W.R.(N.S.) 234 (Sask. C.A.).

C.C.C. (3d) 289 (C.A. Ont.); *Murray v. Saskatoon*, [1952] 2 D.L.R. 499; (1951), 4 W.W.R.(N.S.) 234 (C.A. Sask.).

## AUTHORS CITED

*Canadian Abridgment*, second edition. vol. R15. Evidence. Toronto: Carswell, 1991. *a*  
 Cross, Rupert Sir. *Cross on Evidence*, 7th Ed. by Rupert Cross and Colin Taper. London: Butterworths, 1990.  
 Sopinka, John and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974.

## DOCTRINE

*Canadian Abridgment*, second edition, vol. R15. Evidence, Toronto: Carswell, 1991.  
 Cross, Rupert Sir. *Cross on Evidence*, 7th Ed. by Rupert Cross and Colin Taper. London: Butterworths, 1990.  
 Sopinka, John and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974.

APPLICATION to set aside a labour adjudicator's decision that an Indian Band employee had been unjustly dismissed. Application allowed.

DEMANDE d'annulation de la décision par laquelle un arbitre avait statué qu'une employée d'une bande indienne avait injustement été congédiée. Demande accueillie.

## COUNSEL:

*Sidney Green, Q.C.* for applicant and intervenor.

## AVOCATS:

*Sidney Green, c.r.*, pour la requérante et l'intervenante.

*Martin J. Pollock* for respondent Florence Jean Duncan. *d*

*Martin J. Pollock* pour l'intimé Florence Jean Duncan.

## SOLICITORS:

*Sidney Green, Q.C.*, Winnipeg, for applicant and intervenor. *e*  
*Pollock & Company*, Winnipeg, for respondent Florence Jean Duncan.

## PROCUREURS:

*Sidney Green, c.r.*, Winnipeg, pour la requérante et l'intervenante.  
*Pollock & Company*, Winnipeg, pour l'intimée Florence Jean Duncan.

## APPEARANCE:

*George N. Bass, Q.C.*, Brandon, Manitoba, appearing on his own behalf. *f*

## A COMPARU:

*George N. Bass, c.r.*, Brandon, Manitoba, pour son propre compte.

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

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

MULDOON J.: The Assembly of Manitoba Chiefs—Secretariat Inc. was granted leave to intervene in this hearing of the application for judicial review pursuant to an order by Madam Justice McGillis dated September 29, 1992. It supports the applicant herein, and both organizations were represented by the same counsel, Sidney Green, Q.C. *h*

LE JUGE MULDOON: L'Assemblée of Manitoba Chiefs—Secretariat Inc. a obtenu l'autorisation d'intervenir dans l'audition de la demande de contrôle judiciaire, conformément à l'ordonnance rendue par Madame le juge McGillis le 29 septembre 1992. L'Assemblée appuie la requérante, et les deux organisations sont représentées par le même avocat, Sidney Green, c.r.

The applicant seeks to have set aside the decision dated April 21, 1992, of an adjudicator appointed pursuant to Division XIV—Part III of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2. *i*

La requérante sollicite l'annulation de la décision rendue le 21 avril 1992 par un arbitre désigné conformément à la section XIV de la partie III du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2.

The applicant mounts two attacks against the jurisdiction of the Adjudicator, George N. Bass, Q.C. in *j*

La requérante conteste la compétence de l'arbitre, George N. Bass, c.r., en l'espèce pour deux motifs.



this matter. The first attack is to the effect that the Band, as respondent, whether by its council or by the totality of its individual members, does not come within the relevant sections of the Code which “are applicable only to a federal work, undertaking or business and the Norway House Indian Band is not a federal work, undertaking or business.” The reference is obviously made to section 167 in Part III of the Code, in which is included Division XIV. This issue relates to statutory jurisdiction. In the alternative, the applicant alleges that the Adjudicator lost his jurisdiction because in his conduct of the hearing and in formulating his decision he “erred in law in [12 various stated] respects” and that his “decision is based on erroneous facts and was made in a perverse or capricious manner without regard to the material before him as herein . . . enunciated.” This alternative issue relates to the Adjudicator’s loss of jurisdiction because of his conduct.

### ESTOPPEL

The above-recited issues are truly what are in serious contention in these proceedings. However, the respondent Duncan, among the “points to be argued,” in her filed application record, raises the matter of the applicant’s alleged estoppel “from arguing before this Honourable Court that the adjudicator lacked jurisdiction due to the appellant [*sic*], as a party to the litigation, consenting to the adjudicator’s jurisdiction at first instance.” Indeed in Part II of his written decision, titled Jurisdiction, the Adjudicator stated that the parties, by counsel, had agreed that “Ms. Duncan’s employment was in, or in connection with the operation of a federal work: s. 167(1) Code” among other points tracking specific statutory provisions. The applicant contends that it is not estopped.

In support of her contention that the applicant is estopped from pursuing any remedy on judicial review, the respondent cites *Township of Cornwall v. Ottawa and New York Railway Co. et al.* (1916), 52 S.C.R. 466, a case of which Mr. Justice Idington, in

Elle allègue en premier lieu que la bande, en sa qualité d’intimée, que ce soit par l’entremise de son conseil ou de ses membres individuels dans leur ensemble, n’est pas visée par les dispositions pertinentes du Code, lesquelles [TRADUCTION] «ne s’appliquent qu’aux entreprises fédérales, la bande indienne de Norway House n’étant pas une entreprise fédérale». Cette remarque se rapporte de toute évidence à l’article 167, figurant dans la partie III du Code, dans laquelle se trouve la section XIV. Cette question se rapporte à la compétence légale. Subsidiairement, la requérante allègue que l’arbitre a perdu sa compétence parce qu’en conduisant l’audience et en formulant sa décision, il [TRADUCTION] «a commis une erreur de droit à maints égards [soit pour douze motifs expressément énoncés]» et qu’il a rendu une «décision fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire, sans tenir compte des éléments dont il disposait, comme il en est ici . . . fait mention». Cette question subsidiaire se rapporte à la perte de compétence de l’arbitre en raison de sa conduite.

### FIN DE NON-RECEVOIR

Les questions susmentionnées constituent réellement le nœud du litige en l’espèce. Toutefois, l’intimée Duncan, parmi les [TRADUCTION] «points à débattre», dans le dossier de demande qu’elle a déposée, soulève la question de la fin de non-recevoir, à savoir que la requérante ne pourrait apparemment pas [TRADUCTION] «soutenir devant la Cour que l’arbitre n’avait pas compétence, étant donné que l’appelante [*sic*], en sa qualité de partie au litige, a consenti en tout premier lieu à ce que l’arbitre soit compétent». De fait, dans la partie II de sa décision écrite, intitulée Compétence, l’arbitre a dit que les parties, par l’entremise de leurs avocats, avaient convenu que [TRADUCTION] «M<sup>me</sup> Duncan exerçait son emploi dans le cadre d’une entreprise fédérale: paragraphe 167(1) du Code», parmi les autres points se rapportant à des dispositions légales précises. La requérante soutient qu’elle n’est pas assujettie à la fin de non-recevoir.

À l’appui de la prétention selon laquelle la requérante ne peut pas exercer un recours en contrôle judiciaire, l’intimée cite l’arrêt *Township of Cornwall v. Ottawa and New York Railway Co. et al.* (1916), 52 R.C.S. 466, dans lequel le juge Idington, qui était dis-

dissent, wrote (at page 476) "This appeal comes to us under somewhat peculiar circumstances." So it did, but its *ratio* really has little to do with estoppel. That case of *Township of Cornwall v. Ottawa and New York Railway Co. et al.* concerned a municipal assessment appeal procedure around the township's purported taxation of the railway's bridge over the St. Lawrence River. *The Assessment Act*, R.S.O. 1914, c. 195, provided a series of appeals from imposed assessability: 1) township Court of Revision; 2) County Court Judge; 3) Ontario Railway and Municipal Board; and 4) the Divisional Court. The parties to the appeal, by consent, overleapt the second stage appeal to the county judge and presented themselves and the appeal to the board "as if it [the appeal] had gone before the county judge and we're appealing against an adverse decision of the county judge." At the outset the Board stated [at page 468] it had "no jurisdiction to entertain an appeal from the Court of Revision; an appeal only lies to the Board only from the county judge." However, it ultimately yielded in face of the parties' consent.

Chief Justice Sir Charles Fitzpatrick and Mr. Justice Idington dissented from the *ratio* of the majority holding, in effect, that where there is *ab initio* no jurisdiction vested in a tribunal to adjudicate a particular matter, all the consenting in the world cannot vest the tribunal with that jurisdiction, which was never conferred by appropriate legislation. Indeed the correctness of that posture is self-evident, for otherwise a tribunal created for a certain purpose (i.e. to entertain appeals from the county judge) could, if word got out, be recast into a different tribunal with a different caseload from that which the legislature created and foresaw. Consent cannot override the will of the legislature, provincial or federal.

The *ratio* of the *Township of Cornwall v. Ottawa and New York Railway Co. et al.* case appears to be a narrow reliance upon the fact that the face of the

sident, à dit ceci (à la page 476): [TRADUCTION] «L'appel qui a été porté devant nous est fondé sur des circonstances quelque peu particulières». C'était bien le cas, mais la *ratio* du juge a réellement fort peu à voir avec la fin de non-recevoir. L'arrêt *Township of Cornwall v. Ottawa and New York Railway Co. et al.* concernait une procédure d'appel de l'évaluation municipale, fondée sur la prétendue imposition par le canton d'un pont ferroviaire sur le Saint-Laurent. L'*Assessment Act* de l'Ontario, R.S.O. 1914, ch. 195, prévoyait une série d'appels de l'évaluation donnant lieu à une imposition devant: 1) la Cour de révision du canton; 2) le juge de la Cour de comté; 3) le Railway and Municipal Board de l'Ontario; et 4) la Cour divisionnaire. Les parties à l'appel, de gré à gré, avaient sauté par-dessus le deuxième palier d'appel devant le juge de la cour de comté et avaient porté l'appel devant la Commission [TRADUCTION] «comme s'il [l'appel] avait été porté devant le juge de la cour de comté, de sorte qu'elles] interjet[aient] appel contre une décision défavorable du juge de la cour de comté». Dès le début, la Commission a dit [à la page 468] qu'elle n'avait pas [TRADUCTION] «compétence pour entendre un appel de la Cour de révision; la Commission [pouvait] uniquement entendre un appel de la décision du juge de la cour de comté». Toutefois, elle s'est finalement pliée aux volontés des parties.

Le juge en chef, Sir Charles Fitzpatrick, et le juge Idington ne souscrivaient pas à la *ratio* du jugement de la majorité, à savoir que, lorsque le tribunal ne possède aucune compétence *ab initio* pour trancher une affaire particulière, toute la volonté du monde ne saurait lui conférer cette compétence, qui ne lui a jamais été dévolue de la façon appropriée par la loi. De fait, le bien-fondé de cette position est évident en soi, car autrement un tribunal créé à une certaine fin (à savoir pour connaître des appels des décisions du juge de la cour de comté) pourrait, si la chose se savait, être transformé en un tribunal différent saisi d'affaires différentes de celles que le législateur prévoyait. Le consentement des parties ne peut pas l'emporter sur la volonté du législateur provincial ou fédéral.

La *ratio* de l'arrêt *Township of Cornwall v. Ottawa and New York Railway Co. et al.* semble être fondée sur ce que la Cour s'est strictement appuyée sur le

Board's record contains no admission that it acted without jurisdiction, and so, according to Messrs. Justices Davies, Duff and Anglin (all future Chief Justices of Canada), the appeals both to and from the Divisional Court appeared to be regularly taken. Davies J. wrote concisely, at pages 472-473:

On the question of jurisdiction I have reached the conclusion that the Divisional Court of Appeal had jurisdiction to grant leave to appeal from the judgment of the Railway Board and to hear and determine the question of law raised, and that the appeal to this court from their judgment is competent.

Mr. Justice Duff wrote this pithy passage, at page 493:

I have no difficulty in holding that the appeal lies. The judgment of the Court of Appeal is *ex facie* a judgment pronounced in an appeal regularly before the court after leave given under section 80 of the "Assessment Act". There is not a suggestion in the formal judgment, in the reasons for judgment, in the order giving leave to appeal that the court was acting otherwise than in the normal course. It must, therefore, be taken in the absence of evidence to the contrary, and there is none, that the appeal was heard and judgment was pronounced in the ordinary course of jurisdiction.

Mr. Justice Anglin came by his lights to the same conclusion, as reported on pages 509-510.

This is the first-instance curial review of the Adjudicator's decision in this case and this Court will not conclude the question of jurisdiction according to the parties' previous consent, nor on the basis of the applicant's estoppel from raising the question here. A strong, clear statement of the principle is found, at pages 449-450 of the decision of McNair J. of this Court, in *Canadian National Railway Co. v. Canadian Transport Commission*, [1988] 2 F.C. 437. If the Adjudicator had no jurisdiction as the applicant now asserts, then he never had jurisdiction and that consent would be immaterial, except perhaps as to costs. Costs here, on judicial review, are not to be awarded "unless the Court, for special reasons, so orders" according to Rule 1618 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19)]. The Court finds that the applicant is not estopped from

fait que, à première vue, le dossier de la Commission ne renfermait aucun aveu selon lequel cette dernière avait agi sans avoir compétence de sorte que, selon les juges Davies, Duff et Anglin (qui sont tous devenus juges en chef du Canada), les appels devant la Cour divisionnaire ou contre une décision de la Cour divisionnaire semblaient avoir été régulièrement introduits. Le juge Davies a fait la brève remarque suivante, aux pages 472 et 473:

[TRADUCTION] Quant à la question de la compétence, j'ai conclu que la Cour divisionnaire d'appel avait compétence pour accorder l'autorisation d'interjeter appel de la décision du Railway Board et pour trancher la question de droit soulevée, et que l'appel porté devant la Cour contre cette décision est recevable.

Le juge Duff s'est contenté de faire la remarque suivante, à la page 493:

[TRADUCTION] Il ne m'est pas difficile de statuer que l'appel peut être formé. Le jugement de la Cour d'appel a *ex facie* été prononcé dans le cadre d'un appel régulièrement porté devant la Cour après qu'une autorisation eut été accordée en vertu de l'article 80 de l'«Assessment Act». On ne laisse pas entendre, dans le jugement officiel, dans les motifs du jugement, dans l'ordonnance accordant l'autorisation d'appel, que la Cour agissait autrement que dans l'exercice de ses fonctions. Par conséquent, en l'absence d'une preuve contraire, et il n'existe aucune preuve de ce genre, il faut considérer l'appel comme ayant été entendu et le jugement prononcé dans l'exercice ordinaire de la compétence de la Cour.

Le juge Anglin est arrivé, de son chef, à la même conclusion, comme il en est fait mention aux pages 509-510.

Il s'agit d'un contrôle judiciaire en première instance de la décision que l'arbitre a rendue en l'espèce; la Cour ne tranchera pas la question de la compétence en se fondant sur le consentement préalable des parties, ou sur le fait que la requérante ne peut pas, en vertu de la fin de non-recevoir, soulever la question qui est ici en litige. Un énoncé clair et ferme du principe figure, aux pages 449 et 450 de la décision du juge McNair, dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Commission canadienne des transports*, [1988] 2 C.F. 437 (1<sup>re</sup> inst.). Si l'arbitre n'avait pas compétence, comme la requérante l'affirme maintenant, il n'a jamais eu compétence et le consentement ne serait pas pertinent, sauf peut-être en ce qui concerne les frais. Dans le cadre d'un contrôle judiciaire comme celui-ci, les frais ne doivent pas être adjugés «à moins que la

contesting the adjudicator's jurisdiction to adjudicate the matter.

### ISSUE OF STATUTORY JURISDICTION

The Code's pertinent provisions obviously constitute the starting point for the enquiry into this issue. The second section [as am. by S.C. 1990, c. 44, s. 17] of the Act expresses pertinent definitions:

2. In this Act,

"federal work, undertaking or business" means any work, undertaking or business, that is within the legislative authority of Parliament, including, without restricting the generality of the foregoing,

(i) a work, undertaking or business outside the exclusive legislative authority of the legislatures of the provinces, and

The Adjudicator herein was appointed and empowered to act, and restricted as to his jurisdiction, all pursuant to section 242 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 9, s. 16] of the Labour Code. This provision is found within Division XIV "Unjust Dismissal", of Part III of that Act.

Part III contains its own further pertinent definitions:

166. In this Part,

"employer" means any person who employs one or more employees;

167. (1) This Part applies

(a) to employment in or in connection with the operation of any federal work, undertaking or business, other than a work, undertaking or business of a local or private nature, in the Yukon Territory or the Northwest Territories;

(b) to and in respect of employees who are employed in or in connection with any federal work, undertaking or business described in paragraph (a);

(c) to and in respect of any employers of the employees described in paragraph (b); and

(3) Division XIV does not apply to or in respect of employees who are managers.

Cour n'en ordonne autrement pour des raisons spéciales», conformément à la Règle 1618 [Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663 (éditée par DORS/92-43, art. 19)]. La Cour conclut que la requérante peut contester la compétence de l'arbitre en la matière.

### LA QUESTION DE LA COMPÉTENCE LÉGALE

Les dispositions pertinentes du Code constituent de toute évidence le point de départ de l'enquête sur ce point. Les définitions pertinentes sont énoncées à l'article 2 de la Loi:

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi. «entreprises fédérales» Les installations, ouvrages, entreprises ou secteurs d'activité qui relèvent de la compétence législative du Parlement, notamment:

i) les installations, ouvrages, entreprises ou secteurs d'activité ne ressortissant pas au pouvoir législatif exclusif des législatures provinciales.

En l'espèce, l'arbitre a été désigné et autorisé à agir, et sa compétence a été limitée, conformément à l'article 242 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 9, art. 16] du Code du travail. Cette disposition se trouve dans la section XIV de la partie III de la Loi, intitulée «Congédiement injuste».

La partie III renferme ses propres définitions pertinentes:

166. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

«employeur» Personne employant un ou plusieurs employés.

167. (1) La présente partie s'applique:

a) à l'emploi dans le cadre d'une entreprise fédérale, à l'exception d'une entreprise de nature locale ou privée dans le territoire du Yukon ou les Territoires du Nord-Ouest;

b) aux employés qui travaillent dans une telle entreprise;

c) aux employeurs qui engagent ces employés;

(3) La section XIV ne s'applique pas aux employés qui occupent le poste de directeur.

168. (1) This Part and all regulations made under this Part apply notwithstanding any other law or any custom, contract or arrangement, but nothing in this Part shall be construed as affecting any rights or benefits of an employee under any law, custom, contract or arrangement that are more favourable to the employee than his rights or benefits under this Part.

Within Division XIV there are the following pertinent provisions:

242. (1) . . . [appointment of adjudicator]

(2) An adjudicator to whom a complaint has been referred under subsection (1)

(a) shall consider the complaint within such time as the Governor in Council may by regulation prescribe;

(b) shall determine the procedure to be followed, but shall give full opportunity to the parties to the complaint to present evidence and make submissions to the adjudicator and shall consider the information relating to the complaint; and

(c) has, in relation to any complaint before the adjudicator, the powers conferred on the Canada Labour Relations Board, in relation to any proceeding before the Board, under paragraphs 16(a), (b) and (c).

(3) Subject to subsection (3.1) [no adjudication where complainant was laid off] an adjudicator to whom a complaint has been referred under subsection (1) shall

(a) consider whether the dismissal of the person who made the complaint was unjust and render a decision thereon; and

(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

(a) pay the person compensation not exceeding the amount of money that is equivalent to the remuneration that would, but for the dismissal, have been paid by the employer to the person;

(b) reinstate the person in his employ; and

(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.

It may seem strange that this litigation is even entertained by this Court, since it seems to be contradicting the will of Parliament, in view of these provisions in Division XIV:

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.

168. (1) La présente partie, règlements d'application compris, l'emporte sur les règles de droit, usages, contrats ou arrangements incompatibles mais n'a pas pour effet de porter atteinte aux droits ou avantages acquis par un employé sous leur régime et plus favorables que ceux que lui accorde la présente partie.

Dans la section XIV se trouvent les dispositions pertinentes suivantes:

242. (1) . . . [désignation de l'arbitre]

(2) Pour l'examen du cas dont il est saisi, l'arbitre:

a) dispose du délai fixé par règlement du gouverneur en conseil;

b) fixe lui-même sa procédure, sous réserve de la double obligation de donner à chaque partie toute possibilité de lui présenter des éléments de preuve et des observations, d'une part, et de tenir compte de l'information contenue dans le dossier, d'autre part;

c) est investi des pouvoirs conférés au Conseil canadien des relations du travail par les alinéas 16a), b) et c).

(3) Sous réserve du paragraphe (3.1) [aucune décision lorsque le plaignant a été mis à pied], l'arbitre:

a) décide si le congédiement était injuste;

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

a) de payer au plaignant une indemnité équivalant, au maximum, au salaire qu'il aurait normalement gagné s'il n'avait pas été congédié;

b) de réintégrer le plaignant dans son emploi;

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.

Il peut sembler étrange que ce litige soit entendu par la Cour, étant donné que cela semble contraire à la volonté du législateur, compte tenu des dispositions suivantes, qui figurent dans la section XIV:

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

(2) Il 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.

Finally section 244 provides that a copy of an adjudicator's order may be filed in this Court, and registered to accord it the same force and effect as a judgment.

The undeniable and exclusive role of the Canadian judicature is not to usurp the function of the legislature, but rather to interpret officially the legislation which the latter enacts.

The Court presumes to transcend the protective provisions of section 243 only if it be demonstrated that the Adjudicator has so patently unreasonably stepped outside of the jurisdiction which Parliament conferred that the Adjudicator can be clearly perceived to have perverted, evaded, avoided or contradicted the will of Parliament. After all, the High Court of Parliament can hardly be convened for such matters which are the ordinary grist for the adjudicatory mills of the superior courts. Parliament's protection of the adjudicators' process awards and decisions is simply intended to cover a multitude of adjudicators' "sins" so long as the manner of adjudication and the result be not patently unreasonable.

The above propositions are trite law as the jurisprudence discloses: *Toronto Newspaper Guild v. Globe Publishing Co.*, [1953] 2 S.C.R. 18; *Jarvis v. Associated Medical Services Inc. et al.*, [1964] S.C.R. 497; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association et al.*, [1975] 1 S.C.R. 382; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, per Dickson J. [as he then was], having kept in mind the statute's private provision, at page 237:

Put another way, was the Board's interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review? [Emphasis not in original text.]

*Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte et al.*, [1982] 1 S.C.R. 710, per Laskin C.J. for the Court, at page 719:

Enfin, l'article 244 prévoit qu'une copie du dispositif de l'ordonnance de l'arbitre peut être déposée à la Cour, et être enregistrée de façon à avoir valeur de jugement.

Le rôle indéniable et exclusif de la magistrature canadienne n'est pas d'usurper les fonctions du législateur, mais plutôt d'interpréter officiellement la loi que ce dernier édicte.

La Cour se permet de passer outre aux dispositions protectrices de l'article 243 uniquement s'il est démontré que l'arbitre a excédé d'une façon si manifestement déraisonnable la compétence que le législateur lui a conférée qu'il peut clairement être considéré qu'il a abusé de la volonté du législateur, qu'il s'y est soustrait, qu'il l'a esquivée ou qu'il l'a contrariée. Somme toute, la Haute Cour du Parlement peut difficilement être convoquée dans pareilles affaires qui, en ce qui concerne les cours supérieures, amènent de l'eau au moulin. En protégeant les sentences et les décisions des arbitres, le législateur veut simplement pardonner une multitude de [TRADUCTION] «péchés» commis par les arbitres, tant que la façon dont ceux-ci rendent leur décision et que le résultat obtenu ne sont pas manifestement déraisonnables.

Les propositions susmentionnées sont de droit constant, comme la jurisprudence le montre: *Toronto Newspaper Guild v. Globe Publishing Co.*, [1953] 2 R.C.S. 18; *Jarvis v. Associated Medical Services Inc. et al.*, [1964] R.C.S. 497; *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association et autres*, [1975] 1 R.C.S. 382; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, dans lequel le juge Dickson [tel était alors son titre] a tenu compte de la disposition privative de la loi, à la page 237:

Autrement dit, l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire? [Non souligné dans le texte original.]

*Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte et autre*, [1982] 1 R.C.S. 710, dans lequel le juge en chef Laskin a dit ceci, au nom de la Cour, à la page 719:

I do not see in these passages [from the above cited *Nipawin* case] any basis for questioning the jurisdiction exercised in the present case by the Canada Labour Relations Board. Essentially, this Court has admonished that there must be no failure of natural justice (and there was none here) and that the Board should address itself to an issue arising under the legislation which it is charged to administer. If it has done this (as the Federal Court of Appeal held and, in my opinion, rightly so) there can be no jurisdictional infirmity when the Board is protected in its determinations by a privative clause. It may be wrong in law in interpreting the range of powers confided to it but its decisions are nonetheless immunized from judicial review.

*Caimaw v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, reveals three judgments for each "pair" of the six judges who adjudicated, with La Forest J. and Dickson C.J. having the slightly variant concurrence of Sopinka and Lamer JJ. Here is a crucial passage written by La Forest J., at pages 1003-1004:

Where, as here, an administrative tribunal is protected by a privative clause, this Court has indicated that it will only review the decision of the Board if that Board has either made an error in interpreting the provisions conferring jurisdiction on it, or has exceeded its jurisdiction by making a patently unreasonable error of law in the performance of its function; see *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227. The tribunal has the right to make errors, even serious ones, provided it does not act in a manner "so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review" (p. 237). The test for review is a "severe test"; see *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, at p. 493. This restricted scope of review requires the courts to adopt a posture of deference to the decisions of the tribunal. Curial deference is more than just a fiction courts resort to when they are in agreement with the decisions of the tribunal. Mere disagreement with the result arrived at by the tribunal does not make that result "patently unreasonable". The courts must be careful to focus their inquiry on the existence of a rational basis for the decision of the tribunal, and not on their agreement with it. The emphasis should be not so much on what result the tribunal has arrived at, but on how the tribunal arrived at that result. Privative clauses, such as those contained in ss. 31 to 34 of the Code, are permissible exercises of legislative authority and, to the extent that they restrict the scope of curial review within their constitutional jurisdiction, the Court should respect that limitation and defer to the Board. [Emphasis not in original text.]

Je ne vois rien dans ces extraits [de l'arrêt *Nipawin* précité] qui puisse justifier la mise en question de la compétence exercée en l'espèce par le Conseil canadien des relations du travail. Essentially, cette Cour prévient qu'il ne doit pas y avoir de manquement à la justice naturelle (et il n'y en pas en l'espèce) et que le Conseil doit examiner une question qui relève de la loi qu'il est chargé d'appliquer. Si c'est ce qu'il a fait (comme la Cour d'appel fédérale l'a conclu, à bon droit selon moi), il ne peut y avoir de vice de compétence puisque les décisions du Conseil sont protégées par une clause privative. Il peut commettre une erreur de droit en interprétant l'étendue des pouvoirs qui lui sont conférés, mais ses décisions sont néanmoins exemptées du contrôle judiciaire.

Dans l'arrêt *Caimaw c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, on constate que trois ensembles de motifs de jugement ont été prononcés par les six juges qui ont tranché l'affaire, à raison d'un ensemble pour deux juges, les juges Sopinka et Lamer souscrivant, à quelques exceptions près, à l'avis du juge La Forest et du juge en chef Dickson. Voici un passage crucial du jugement rendu par le juge La Forest, aux pages 1003 et 1004:

Lorsque, comme en l'espèce, un tribunal administratif est protégé par une clause privative, notre Cour a déclaré qu'elle n'examinera la décision du tribunal que si celui-ci a commis une erreur en interprétant les dispositions attributives de compétence ou s'il a excédé sa compétence en commettant une erreur de droit manifestement déraisonnable dans l'exercice de sa fonction; voir *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227. Le tribunal a le droit de commettre des erreurs, même des erreurs graves, pourvu qu'il n'agisse pas de façon «déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire» (p. 237). Le critère de contrôle constitue un «test sévère»: voir *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, à la p. 493. Cette portée restreinte du contrôle oblige les cours de justice à adopter une attitude de retenue à l'égard des décisions du tribunal administratif. La retenue judiciaire est plus qu'une fiction invoquée par les cours de justice lorsque celles-ci sont d'accord avec les décisions du tribunal. Un simple désaccord avec le résultat atteint par le tribunal administratif ne suffit pas à rendre ce résultat «manifestement déraisonnable». Les cours de justice doivent prendre soin de vérifier si la décision du tribunal a un fondement rationnel plutôt que de se demander si elles sont d'accord avec celle-ci. L'accent devrait être mis non pas sur le résultat auquel est arrivé le tribunal, mais plutôt sur la façon dont le tribunal est arrivé à ce résultat. Les clauses privatives comme celles contenues aux art. 31 à 34 du Code constituent des exercices permis du pouvoir du législateur et, dans la mesure où elles restreignent la portée du contrôle judiciaire dans le cadre des pouvoirs constitutionnels, la Cour devrait respecter cette restriction et s'en remettre à la décision de la Commission. [Non souligné dans le texte original.]

Here is the slightly variant, but “important respect” in which Sopinka J. differs from his colleague, at pages 1017-1018:

While I agree generally with La Forest J. on the principles underlying the scope and standard of review of labour board decisions, I cannot agree that it is always necessary for the reviewing court to ignore its own view of the merits of the decision under review. Any adjudication upon the reasonableness of a decision must involve an evaluation of the merits. Reasonableness is not a quality that exists in isolation. When a court says that a decision under review is “reasonable” or “patently unreasonable” it is making a statement about the logical relationship between the grounds of the decision and premises thought by the court to be true. Without the reference point of an opinion (if not a conclusion) on the merits, such a relative statement cannot be made.

I share La Forest J.’s opinion of the importance of curial deference in the review of specialist tribunals’ decisions. But, in my view, curial deference does not enter the picture until the court finds itself in disagreement with the tribunal. Only then is it necessary to consider whether the error (so found) is within or outside the boundaries of reasonableness. The test is, as La Forest J. points out, citing *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, a “severe test”. But even here an appreciation of the merits is not irrelevant. Lamer J., speaking for himself and McIntyre J. in *Blanchard*, stated at pp. 494-95:

... though all errors do not lead to unreasonable findings, every unreasonable finding results from an error (whether of law, fact, or a combination of the two), which is unreasonable.

So long as the court is satisfied with the correctness of the tribunals’ decision, any reference to reasonableness is superfluous.

*Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614, presents a six to one split decision, with Sopinka J., for the majority, being reported thus, at pages 629-630:

In determining whether there has been a simple error in interpreting a provision conferring or limiting jurisdiction, as in determining whether jurisdiction has been exceeded by a patently unreasonable error, a pragmatic, functional approach must be adopted. This emerges from the following statement of Beetz J. in *Bibeault* [[1988] 2 S.C.R. 1048] (at pp. 1088-89):

At this stage, the Court examines not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its mem-

Voici l’aspect légèrement différent, mais «important», sur lequel le juge Sopinka ne partage pas l’avis de son collègue, aux pages 1017 et 1018:

Bien que je sois généralement d’accord avec le juge La Forest sur les principes qui sous-tendent la portée et la norme de contrôle des décisions d’une commission des relations du travail, je ne puis accepter qu’il est toujours nécessaire que le tribunal d’examen ne tienne aucun compte de sa propre opinion sur le fond de la décision faisant l’objet du contrôle. Toute décision sur le caractère raisonnable d’une décision doit comporter une appréciation du fond. Le caractère raisonnable n’existe pas dans l’absolu. Quand un tribunal judiciaire dit que la décision faisant l’objet d’un examen est «raisonnable» ou «manifestement déraisonnable», il fait une affirmation au sujet de la relation logique qui existe entre les motifs de la décision et les prémisses qu’il a estimées exactes. Sans le point de référence que constitue une opinion (sinon une conclusion) sur le fond, on ne peut faire pareille affirmation relative.

Je partage l’opinion du juge La Forest quant à l’importance que revêt la retenue judiciaire dans un contrôle des décisions de tribunaux spécialisés. À mon avis cependant, la retenue judiciaire n’entre en jeu que si la cour de justice est en désaccord avec le tribunal administratif. Ce n’est qu’à ce moment-là qu’il est nécessaire de se demander si l’erreur (ainsi découverte) est raisonnable ou déraisonnable. Comme l’affirme le juge La Forest en citant l’arrêt *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, le critère constitue un «test sévère». Mais même ici une appréciation du fond n’est pas sans pertinence. S’exprimant en son propre nom et en celui du juge McIntyre, le juge Lamer affirme dans l’arrêt *Blanchard*, à la p. 495:

... si toutes les erreurs n’aboutissent pas à des déterminations déraisonnables, toute détermination déraisonnable résulte d’une erreur (de droit, de fait, et d’une combinaison des deux, peu importe) qui, elle, est déraisonnable.

Du moment que la cour de justice est convaincue de la justesse de la décision du tribunal administratif, toute mention du caractère raisonnable est superflue.

Dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614, l’avis des juges était partagé à six contre un, le juge Sopinka, au nom de la majorité, disant ceci, aux pages 629 et 630:

Pour déterminer s’il y a eu une simple erreur d’interprétation d’une disposition qui confère ou limite la compétence, tout comme pour déterminer s’il y a eu excès de compétence en raison d’une erreur manifestement déraisonnable, il faut avoir recours à une méthode pragmatique et fonctionnelle. C’est ce qui ressort de l’énoncé suivant du juge Beetz tiré de l’arrêt *Bibeault* [[1988] 2 R.C.S. 1048] (aux pp. 1088 et 1089):

À cette étape, la Cour examine non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l’objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d’être de ce tribunal, le domaine d’expertise



bers and the nature of the problem before the tribunal. At this initial stage a pragmatic or functional analysis is just as suited to a case in which an error is alleged in the interpretation of a provision limiting the administrative tribunal's jurisdiction: in a case where a patently unreasonable error is alleged on a question within the jurisdiction of the tribunal, as in a case where simple error is alleged regarding a provision limiting that jurisdiction, the first step involves determining the tribunal's jurisdiction. (Emphasis added.)

Adopting a pragmatic and functional approach to the construction of these provisions, I have come to the conclusion that Parliament did not intend to confer jurisdiction on the Board with respect to the labour relations of employees who are not members of the Public Service. The Board by an error of law has assumed jurisdiction that it was not intended to have. Its decision is, therefore, reviewable. [Emphasis not in original text.]

Mr. Justice Sopinka, for the majority explained quite clearly why they did not defer to the decision of the PSSRB [*Public Service Alliance of Canada and Treasury Board and Econosult Inc.* (1988), 13 P.S.S.R.B. Decisions 6] in that PSAC v. R. case, at pages 630-631, thus:

In my opinion the wording of s. 33 itself, aided by the definition of the word "employee" provided by s. 2, is practically decisive in this case. Section 33 is intended to enable the Board to resolve any question as to whether an employee or class of employees is or is not included in a bargaining unit. In the absence of a definition of "employee", it could be argued that the Board could determine who is an employee on the basis of tests that are generally employed in labour matters. These tests are customarily employed to resolve a dispute as to whether a person is an employee or an independent contractor. The express definition of "employee", however, shows a clear intention by Parliament that it has decided the category of employee over which the Board is to have jurisdiction. It is restricted to persons employed in the Public Service and who are not covered by the *Canada Labour Code*. The Board's function by the very words of s. 33 is not to determine who is an employee but rather whether employees who come within the definition provided, are included in a particular bargaining unit.

However one looks at the PSSRB's conduct in this PSAC case, it is patently obvious that the PSSRB blundered outside of the jurisdiction which Parliament intended by enactment to confer on that Board.

Mr. Justice Cory in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R.

de ses membres et la nature du problème soumis au tribunal. L'analyse pragmatique ou fonctionnelle, à cette première étape, convient tout aussi bien pour le cas où l'on allègue une erreur dans l'interprétation d'une disposition qui circonscrit la compétence du tribunal administratif: dans le cas où l'on allègue une erreur manifestement déraisonnable sur une question qui relève de la compétence du tribunal comme dans le cas où l'on allègue une simple erreur sur une disposition qui circonscrit cette compétence, la première étape consiste à déterminer la compétence du tribunal. (Je souligne.)

Ayant adopté une approche pragmatique et fonctionnelle pour interpréter ces dispositions, j'arrive à la conclusion que le Parlement n'a pas eu l'intention d'attribuer à la Commission la compétence sur les relations de travail des employés qui ne sont pas membres de la Fonction publique. La Commission s'est attribué, par une erreur de droit, une compétence qu'on ne voulait pas qu'elle ait. En conséquence, sa décision peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire. [C'est moi qui souligne.]

Dans cet arrêt, le juge Sopinka, au nom de la majorité, a expliqué d'une façon tout à fait claire, aux pages 630 et 631, la raison pour laquelle celle-ci ne s'en remettait pas à la décision rendue par la CRTFP [*Alliance de la Fonction publique du Canada et Conseil du Trésor et Econosult Inc.* (1988), 13 Décisions de la C.R.T.F.P. 6]:

À mon avis, la formulation de l'art. 33 lui-même, conjuguée à la définition du mot «employé» qu'on trouve à l'art. 2, est pratiquement déterminante en l'espèce. L'article 33 vise à habiliter la Commission à décider si un employé ou une catégorie d'employés appartient à l'unité de négociation. S'il n'y avait pas de définition du mot «employé», on pourrait soutenir que la Commission peut décider si quelqu'un est un employé en vertu des critères généralement utilisés dans les affaires de relations de travail. Ces critères servent ordinairement à déterminer si une personne est un employé ou un entrepreneur indépendant. La définition expresse du mot «employé» montre cependant que le Parlement a clairement eu l'intention de déterminer lui-même la catégorie d'employés sur lesquels la Commission aurait compétence. Cette catégorie se limite aux personnes employées dans la Fonction publique et qui ne sont pas assujetties au *Code canadien du travail*. D'après le texte même de l'art. 33, le rôle de la Commission consiste non pas à déterminer qui est employé, mais plutôt à déterminer si les employés qui répondent à cette définition appartiennent à une unité particulière de négociation.

Toutefois, si l'on tient compte de la conduite de la CRTFP dans cette affaire, il est tout à fait évident que celle-ci a outrepassé la compétence que le législateur avait l'intention de lui conférer.

Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993]

941, is reported, at page 957, as holding that on the question of its jurisdiction to entertain the complaint put before it, if the CLR Board made a simple error then it exceeded its jurisdiction. Regarding decisions made by a tribunal acting quite within its jurisdiction, the reviewing court must ensure that the tribunal's decision was not patently unreasonable. If the question of law at issue is within the tribunal's jurisdiction, it will exceed it only if it errs in a patently unreasonable manner.

The Supreme Court continued to refine the jurisprudence even after the judgment in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada* in 1991. The development noted in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada* (above), followed by *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230, presents a solid five-judge majority with somewhat variant opinions by Lamer C.J. and Cory J., this judgment being unanimous in the result to dismiss both the employer's appeal and the union's ill-founded and unargued cross-appeal. This case considered the jurisdiction of an arbitrator. The majority spoke through Mr. Justice La Forest, who wrote (at pages 250-251) the following:

The Court was not asked to review the arbitrator's interpretation of the [collective] agreement at hand. Had that issue properly been before this Court, I have no doubt that the scope of our review of that aspect of the arbitration award would have been a narrow one—we would have embarked on a patent unreasonability enquiry. However, on the more general level at which the jurisdictional debate was engaged in this Court, I am of the view that the appropriate scrutiny of the arbitrator's decision is to a standard of correctness. My reasons for this position are set out below, but at this juncture I should perhaps comment on this stratified approach to the issues arising from the arbitrator's award.

To begin, I would not wish my conclusions on the standard of review in this case to be taken as a retreat from the deferential approach to judicial review of administrative tribunals since the decision of this Court in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227. Nor are the conclusions here inconsistent with the previous statements by this Court as to the appropriate scope of judicial review of arbitration awards made pursuant to s. 44 of the Act. This Court has stated in previous cases that

1 R.C.S. 941, le juge Cory a dit, à la page 957, qu'en ce qui concerne la question de sa compétence pour entendre la plainte dont il était saisi, du moment qu'il commettait une simple erreur, le CCRT excédait sa compétence. En ce qui concerne les décisions rendues par un tribunal agissant dans les limites de sa compétence, la cour de révision doit veiller à ce que la décision du tribunal ne soit pas manifestement déraisonnable. Si la question de droit en litige relève de la compétence du tribunal, celui-ci n'excède sa compétence que s'il commet une erreur manifestement déraisonnable.

La Cour suprême a continué à raffiner la jurisprudence, même après avoir rendu son jugement en 1991, dans *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique*. L'évolution notée dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique* (précité), suivi par l'arrêt *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230, montre une majorité solide de cinq juges, le juge en chef Lamer et le juge Cory exprimant des opinions légèrement différentes; il s'agit d'un jugement unanime quant au résultat, à savoir que l'appel interjeté par l'employeur ainsi que l'appel incident du syndicat, lequel n'était pas fondé et n'avait pas été débattu, devaient être rejetés. La compétence de l'arbitre a été examinée dans cette affaire. Le juge La Forest, qui a dit ceci (aux pages 250 et 251), a exprimé l'avis de la majorité:

La Cour n'a pas été invitée à examiner l'interprétation que l'arbitre a donnée à la convention [collective] en cause. Si cette question avait été régulièrement soumise à notre Cour, je ne doute pas que la portée de notre examen de cet aspect de la sentence arbitrale aurait été limitée—nous nous serions lancés dans un examen fondé sur le caractère manifestement déraisonnable. Toutefois, compte tenu du plan plus général sur lequel le débat relatif à la compétence a été engagé devant notre Cour, je suis d'avis qu'il convient d'examiner la décision de l'arbitre en fonction de la norme de l'absence d'erreur. J'exposerai plus loin les motifs de ma décision, mais il y a peut-être lieu, à ce moment-ci, de formuler des observations sur cette analyse stratifiée des questions découlant de la sentence arbitrale.

En premier lieu, je ne voudrais pas que l'on considère mes conclusions sur la norme de contrôle en l'espèce comme un recul par rapport à la retenue dont il faut faire preuve en abordant le contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs depuis l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227. Les conclusions en l'espèce ne sont pas non plus incompatibles avec les affirmations antérieures de notre Cour concernant la portée adéquate

courts should, as a matter of policy, defer to the expertise of the arbitrator in questions relating to the interpretation of collective agreements; . . . It is clear that an arbitrator has jurisdiction *stricto sensu* to interpret the provisions of a collective agreement in the course of determining the arbitrability of matters under that agreement. In that case the arbitrator is acting within his or her "home territory", and any judicial review of that interpretation must only be to a standard of patent unreasonableness. But this is a different case. Here, the viability and subsistence of the collective agreement is challenged. The company alleges that regardless of the interpretation of the agreement, it cannot survive to serve as the basis for this arbitration. The collective agreement is the foundation of the arbitrator's jurisdiction, and in determining that it exists or subsists the arbitrator must be correct.

La Forest J., on the principal appeal concluded, at page 305:

To summarize, I am of the view that retirement rights can, if contemplated by the terms of a collective agreement, survive the expiration of that agreement. Moreover, although it is not strictly necessary to decide the point in this appeal, I would also find that these surviving rights vest at the time of retirement, and would survive subsequent collective bargaining that purported to divest such rights. As such, I have concluded that the arbitrator's general propositions in this respect were correctly stated, and the arbitrator had jurisdiction to hear the union's grievance. Of course, I make no comment on whether the terms of the agreement between the company and the union do in fact create such a vested right. That is a question for the arbitrator to decide when the arbitration hearing proceeds on the merits.

Hard on the heels of the *Dayco* judgment, came the Supreme Court's judgment in *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724, a four-to-one decision with Mr. Justice Gonthier writing for the majority. It was a case concerning the powers of the Canada Labour Relations Board to compel production of documents prior to the commencement of a hearing, which came on appeal from the Federal Court of Appeal [(1989), 59 D.L.R. (4th) 384]. So far has the principle of reviewing questions of even "protected" administrative jurisdiction by ordinary criteria been advanced, that it suffices merely to quote a brief and preliminary analysis expressed by Gonthier J. in *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, at page 735:

du contrôle judiciaire des sentences arbitrales rendues conformément à l'art. 44 de la Loi. Notre Cour a affirmé dans des arrêts antérieurs que les tribunaux doivent, en principe, s'en remettre à l'expertise de l'arbitre pour ce qui est des questions concernant l'interprétation des conventions collectives; . . . Il est clair qu'un arbitre a compétence *stricto sensu* pour interpréter les dispositions d'une convention collective lorsqu'il s'agit de décider si des questions sont arbitrables sous le régime de cette convention. Dans ce cas, l'arbitre agit dans son domaine d'expertise et le contrôle judiciaire de cette interprétation ne doit se faire que selon la norme du caractère manifestement déraisonnable. Mais le présent cas est différent. En l'espèce, ce sont la viabilité et la survie de la convention collective qui sont mises en doute. La société allègue que, indépendamment de l'interprétation donnée à la convention, celle-ci ne saurait survivre de manière à justifier le présent arbitrage. La convention collective est le fondement de la compétence de l'arbitre et celui-ci ne doit pas commettre d'erreur en décidant qu'elle existe ou qu'elle subsiste.

En ce qui concerne l'appel principal, le juge La Forest a conclu ceci, à la page 305:

En résumé, je suis d'avis que les droits accordés aux retraités peuvent, si les conditions d'une convention collective le stipulent, survivre à cette convention. De plus, quoiqu'il ne soit pas strictement nécessaire de statuer sur ce point dans le présent pourvoi, je conclurais que ces droits subsistants deviennent acquis à la date où l'employé prend sa retraite et qu'ils survivraient à toutes négociations collectives subséquentes qui auraient pour objet de les faire cesser. J'ai conclu ainsi que les propositions générales de l'arbitre à cet égard étaient exemptes d'erreur et que l'arbitre était compétent pour entendre le grief du syndicat. Bien entendu, je ne ferai aucune observation sur la question de savoir si les conditions de la convention conclue entre la société et le syndicat créent effectivement un tel droit acquis. C'est à l'arbitre qu'il appartient de trancher cette question au moment où l'audience d'arbitrage porte sur le fond.

Peu de temps après l'arrêt *Dayco*, il y a eu l'arrêt *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724, de la Cour suprême, dans lequel les juges étaient divisés à quatre contre un, le juge Gonthier ayant prononcé les motifs au nom de la majorité. Il s'agissait d'une affaire concernant les pouvoirs du Conseil canadien des relations du travail d'ordonner la production de documents avant le début de l'audience, laquelle avait été portée en appel par suite de la décision de la Cour d'appel fédérale [(1989), 59 D.L.R. (4th) 384]. Le principe s'appliquant à la révision des questions relevant de la compétence administrative, même [TRADUCTION] «protégée», par les critères ordinaires a évolué à un point tel qu'il suffit de citer la brève analyse préliminaire que le juge Gonthier a faite, à la page 735:

An analysis of the power granted to the Board by s. 118(a) of the Code first calls for a consideration of its wording. As the issue goes to the jurisdiction of the Board, the standard governing the judicial review of the Board's order is one of correctness: *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, and most recently *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230.

The standard of correctness for founding the Adjudicator's jurisdiction means simply that the Adjudicator must not make any error in exercising the powers conferred by and under Division XIV. It is presumed that Parliament does not will the exceeding of those carefully crafted powers (and limitations) and that its privative clauses cannot have protection of such excesses as their purpose.

The Adjudicator exercised jurisdiction; and the applicant's complaint about that, essentially comes at last to the interpretation of the statutory provisions. Did the Adjudicator act in consonance with those interpretations? The complaint asserts that the Adjudicator had no jurisdiction because the applicant Indian Band is simply not "any federal work, undertaking or business" as set forth in Code section 167, above recited.

In this regard, the applicant's counsel admits:

We don't deny we are the employer. There is no [dispute]; we are not saying that we are not the employer. You can forget that. We are the employer. [Transcript: page 155, lines 5 through 7]

He further stated:

... we will concede, that the activities of the Band council fall under the legislative jurisdiction of the federal government (*sic*) [Parliament?]. So he [respondents' counsel] needn't prove that. We agree with that. [Transcript: page 160, lines 14 through 17]

The applicant's counsel summarized as follows:

She [Ms. Duncan] is an employee of the Band, not an employee of the Minister. The Band operates under the authority of the *Indian Act*. . . . [The Court:—so did the complainant act under the authority of the *Indian Act*, whatever the Band delegated her to do?] That's right. No problem with that. . . . All of it is under the legislation of, competence of the Parliament of Canada. No problem there. [Transcript: page 167, lines 1 through 10]

L'analyse du pouvoir que confère au Conseil l'al. 118(a) du Code passe d'abord par l'examen du texte de cette disposition. Comme le litige porte sur la compétence du Conseil, la norme qui régit le contrôle judiciaire de l'ordonnance du Conseil est celle de la justesse ou de l'absence d'erreur: *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, et, plus récemment, *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230.

La norme de la justesse ou de l'absence d'erreur sur laquelle est fondée la compétence de l'arbitre signifie simplement que ce dernier ne doit pas commettre d'erreur en exerçant les pouvoirs conférés par la section XIV ou en vertu de cette section. Il est à supposer que le législateur ne veut pas que les pouvoirs (et limitations) minutieusement prévus soient excédés et que les clauses privatives qu'il a adoptées visent à protéger pareils excès.

L'arbitre a exercé sa compétence; la plainte formulée par la requérante à ce sujet se rapporte essentiellement, en fin de compte, à l'interprétation des dispositions légales. L'arbitre a-t-il agi d'une façon conforme à ces interprétations? La plaignante allègue que l'arbitre n'avait pas compétence, parce que la bande indienne requérante n'était tout simplement pas «une entreprise fédérale» au sens de l'article 167 précité du Code.

À cet égard, l'avocat de la requérante reconnaît ce qui suit:

[TRADUCTION] Nous ne nions pas que nous sommes l'employeur. La chose n'est pas [contestée]; nous ne disons pas que nous ne sommes pas l'employeur. N'y songeons plus. Nous sommes l'employeur. [Transcription: page 155, lignes 5 à 7]

L'avocat a ajouté ceci:

[TRADUCTION] . . . nous concédons que les activités du conseil de la bande relèvent de la compétence législative du gouvernement fédéral [*sic*] [du Parlement?], de sorte qu'il [l'avocat des intimés] n'a pas à le prouver. Nous convenons de la chose. [Transcription: page 160, lignes 14 à 17]

L'avocat de la requérante a résumé la question comme suit:

[TRADUCTION] Elle [M<sup>me</sup> Duncan] est l'employée de la bande, et non du Ministre. La bande se livre à ses activités en vertu de la *Loi sur les Indiens*. . . . [La Cour:—La plaignante agissait-elle donc en vertu de la *Loi sur les Indiens*, quelle que soit la tâche que la bande lui délèguait?] C'est exact. Cela ne pose pas de problème. . . . Tout cela, en vertu de la loi, de la compétence du Parlement du Canada. Cela ne pose aucun problème. [Transcription: page 167, lignes 1 à 10]

The question to be answered here now comes to this, in light of the applicant's counsel's admission that the Band, or Band Council has been, at all material times, Ms. Duncan's employer: was her employment "in or in connection with the operation of any federal work, undertaking or business" as described in paragraphs 167(1)(a) and (b)? If the answer be affirmative, the Adjudicator's statutory jurisdiction is affirmed; if it be negative, his statutory jurisdiction is negated. Courts interpret the law authoritatively. The most authoritative judgments affirm.

In the case of *Whitebear Band Council and Carpenters Provincial Council of Saskatchewan et al., Re* (1982), 135 D.L.R. (3d) 128 (Sask. C.A.), it appears that the provincial board purported to certify the carpenters' union as representing the majority of employees in the carpenters' unit employed by the Band Council, and required it to bargain collectively. The Band Council applied to quash the L.R.B.'s orders on the principal ground that [at page 130] "the regulation of the labour relations in issue falls under federal and not provincial jurisdiction and accordingly is beyond the authority of the provincial Board." The judgment of the Saskatchewan Court of Appeal was written by Mr. Justice Cameron. He assumed that the Band Council was the employer of the carpenters, that which, qualitatively, the applicant's counsel admits herein.

Ordinarily in Canada's distinct division of federal-provincial powers, labour relations, being considered to be a matter of "property and civil rights," are accordingly a matter of provincial jurisdiction. In this instance, the employer is a creature of Parliament, and the employment operates under the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5] as the applicant's counsel expressed it: all of it is under the competence of the Parliament of Canada. Here is the essence of the *Whitebear* case. It is true that the Court's task was to decide whether the provincial board could exercise jurisdiction, but in the result, the Court found federal jurisdiction, and had so to find, to the exclusion of provincial jurisdiction. The finding of federal jurisdiction over the employment of the Band's member-carpenters was an essential finding, because only that

Voici donc la question à trancher en l'espèce, compte tenu de l'aveu de l'avocat de la requérante, à savoir que la bande, ou le conseil de la bande, était, pendant toute la période pertinente, l'employeur de M<sup>me</sup> Duncan: cette dernière exerçait-elle son emploi «dans le cadre d'une entreprise fédérale» au sens des alinéas 167(1)a) et b)? Dans l'affirmative, la compétence légale de l'arbitre est confirmée; dans la négative, sa compétence légale est niée. Les tribunaux interprètent la loi d'une façon qui fait autorité. Les jugements qui font le plus autorité le confirment.

Dans l'arrêt *Whitebear Band Council and Carpenters Provincial Council of Saskatchewan et al., Re* (1982), 135 D.L.R. (3d) 128 (C.A. Sask.), la commission provinciale a, semble-t-il, cherché à accréditer le syndicat des menuisiers comme représentant la majorité des employés membres de l'unité des menuisiers employés par le conseil de la bande, et, l'a obligé à négocier collectivement. Le conseil de la bande a demandé l'annulation des ordonnances de la Commission, principalement pour le motif que [à la page 130] [TRADUCTION] «la réglementation des relations de travail en question relève de la compétence fédérale, et non de la compétence provinciale, et ne relève donc pas de la commission provinciale». Le jugement de la Cour d'appel de la Saskatchewan a été rédigé par le juge Cameron. Ce dernier a présumé que le conseil de la bande était l'employeur des menuisiers, ce que l'avocat de la requérante reconnaît en l'espèce.

Habituellement, compte tenu du partage distinct des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux qui existe au Canada, les relations de travail, puisqu'elles sont considérées comme une question de «propriété et [de] droits civils», relèvent de la compétence provinciale. En l'espèce, l'employeur a été créé par le Parlement, et l'emploi est visé par la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5], comme l'avocat de la requérante l'a dit: tout cela, en vertu de la compétence du Parlement du Canada. Telle est l'essence de l'arrêt *Whitebear*. Il est vrai que la tâche de la Cour consistait à décider si la commission provinciale pouvait exercer sa compétence, mais la Cour a, en fin de compte, conclu qu'il s'agissait d'une compétence fédérale, ce qu'elle devait conclure, à l'exclusion de la compétence pro-

could displace the authority of the provincial labour relations board.

Cameron J.A. recited the statutory provisions which were then the equivalents of subsections 167(1) and (2), and he turned to a judgment of the Supreme Court of Canada in *Canada Labour Relations Board et al. v. Yellowknife*, [1977] 2 S.C.R. 729, in which Mr. Justice Pigeon for the majority is quoted [at page 738]:

In my view, it would not be proper to seek to put a restricted meaning on any of the words “work, undertaking or business” as used in the *Labour Code* so as to exclude from their scope all activities of municipal corporations. Some of these operations, like waterworks and sewage systems, undoubtedly come within any concept of “work”. Others, like protection or sanitation services, cannot be excluded from the scope of “undertaking” without doing violence to the language, and “business” has been said to mean “almost anything which is an occupation, as distinguished from a pleasure—anything which is an occupation or duty which requires attention . . .” (per Lindley, L.J. in *Rolls v. Miller* (1884), 27 Ch.D. 71, at p. 88). There is no doubt that the word “business” is often applied to operations carried on without an expectation of profit. In my view, it would be contrary to the whole concept of classifying employes for jurisdictional purposes by reference to the character of the operation, to attempt to make a distinction depending upon whether the employer is a private company or a public authority.

Then Cameron J.A. concluded the *Whitebear* judgment in these terms [at pages 411-412]:

In the light of these observations, I believe that, in the context of the *Canada Labour Code*, the operations of the *Whitebear Band Council* may be classified as “a federal work, undertaking or business”, and accordingly the labour relations in issue are subject to this Act.

#### Conclusion

For these reasons I am of the opinion the *Trade Union Act* of Saskatchewan is inapplicable in this case, since power to regulate the labour relations in question forms an integral part of primary federal jurisdiction over “Indians” and “Lands Reserved for the Indians” and that such labour relations are subject to the *Canada Labour Code*. It follows that the Saskatchewan Labour Relations Board acted without jurisdiction in purporting to make the orders it did and accordingly I would quash those orders with costs of this application to the appellant.

vinciale. La conclusion selon laquelle l’emploi des membres de la bande en tant que menuisiers relevait de la compétence fédérale était une conclusion essentielle, parce que seule pareille conclusion pouvait exclure le pouvoir de la commission des relations de travail provinciale.

Le juge Cameron, J.C.A., a cité les dispositions légales qui correspondaient alors aux paragraphes 167(1) et (2) actuels, et il a mentionné l’arrêt *Conseil canadien des relations du travail et autre c. Yellowknife*, [1977] 2 R.C.S. 729, de la Cour suprême du Canada, dans lequel le juge Pigeon, au nom de la majorité, a dit ceci [à la page 738]:

À mon avis, il ne faut pas chercher à donner un sens restreint à l’un quelconque des termes «ouvrage, entreprise ou affaire» tels qu’ils sont utilisés dans le *Code du travail*, de façon à exclure de leur domaine toutes les activités des corporations municipales. Certaines d’entre elles, tels les systèmes d’adduction d’eau et d’égouts, relèvent indubitablement du concept d’«ouvrage». D’autres, tels les services de sûreté ou sanitaires, ne peuvent pas être exclus du domaine de l’«entreprise» sans dénaturer l’expression, et le terme «affaire» a été défini comme [TRADUCTION] «presque tout ce qui est une occupation, par opposition à un plaisir—n’importe quel devoir ou occupation qui exige de l’attention . . .» (le lord juge Lindley, dans *Rolls v. Miller* (1884), 27 Ch.D. 71, à la p. 88). Il va sans dire que le terme «affaire» est souvent appliqué à des activités poursuivies sans but lucratif. À mon avis, essayer d’établir une distinction dépendant du fait qu’un employeur est une compagnie privée ou une administration publique, serait contraire à tout le concept de classification des employés, à des fins de compétence, en fonction du caractère de l’entreprise.

Puis, le juge Cameron, J.C.A., a terminé ainsi ses motifs de jugement [aux pages 411 et 412]:

[TRADUCTION] Compte tenu de ces observations, je crois que, dans le contexte du *Code canadien du travail*, les activités du conseil de la bande *Whitebear* peuvent être considérées comme «une entreprise fédérale», et que les relations de travail en question sont donc assujetties à cette Loi.

#### Conclusion

Pour ces motifs, j’estime que la *Trade Union Act* de la Saskatchewan ne s’applique pas en l’espèce, étant donné que le pouvoir de réglementer les relations de travail en question fait partie intégrante de la compétence fédérale primordiale sur les «Indiens» et les «terres réservées aux Indiens», et que pareilles relations de travail sont assujetties au *Code canadien du travail*. Il s’ensuit que la Labour Relations Board de la Saskatchewan a outrepassé sa compétence en cherchant à rendre les ordonnances qu’elle a rendues et j’annulerais donc ces ordonnances, les dépens de la demande étant adjugés à l’appelant.

The judgment of the Supreme Court of Canada in *Public Service Alliance of Canada v. Francis et al.*, [1982] 2 S.C.R. 72, is complex in that it may illustrate that the conclusions of the *Whitebear* decision were in truth asserted by the Federal Court of Appeal in this case [*Francis v. Canada Labour Relations Board*] [1981] 1 F.C. 225. Mr. Justice Martland, writing for the Supreme Court in *Public Service Alliance of Canada v. Francis et al.* (above-cited), is reported, at page 74, thus:

Up to and including the hearing by the Federal Court of Appeal the respondents' main ground of attack upon the Board's orders was that the labour relations in issue were not within federal legislative competence, that the Code did not apply to them and that, in consequence, the Board had no jurisdiction to make the orders which were in dispute. This submission was not accepted by the Court. Heald and Le Dain JJ. held that the Code was applicable in respect of the labour relations in issue.

Adopted apparently by the Supreme Court of Canada, that conclusion is binding on this Court by authority of one or other, or both of those appellate Courts.

In matters of public law, such as this, courts ought really not to proceed on admissions by the parties, as they may do in private law cases, where the litigation "belongs" only to the contending private litigants. So in order to relieve that anxiety about the applicant's admitted status of an employer (but, alas, in no way to shorten these reasons) the Court will recite the passages on the last page (78) of the *Public Service Alliance of Canada v. Francis et al.* decision:

The Band Council is a creature of the *Indian Act*. It is given power to enact by-laws for the enforcement of which it is necessary to employ staff. In fact, the Council does engage employees to do work for it and it pays them. In view of these circumstances, for the purposes of the Code, it is my opinion that the Council could properly be considered to be an employer within the meaning of that Act. I am fortified in that conclusion by the provision contained in s. 27(7) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1979, c. I-23, that words in the singular include the plural. The word "person" in the Code therefore includes "persons". The Council is a designated body of persons which is given a specific role under the provisions of the *Indian Act*.

The respondents argued before this Court that it was the Band and not the Council which should have been certified by the Board. However, as Le Dain J. points out, if the Council cannot be treated as the employer because it lacks corporate status, the same must be said of the Band. If lack of corporate

Le jugement que la Cour suprême du Canada a rendu dans *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Francis et autres*, [1982] 2 R.C.S. 72, est complexe en ce sens qu'il peut montrer que les conclusions tirées dans l'arrêt *Whitebear* avaient en fait été confirmées par la Cour d'appel fédérale en l'espèce [*Francis c. Le Conseil canadien des relations du travail*] [1981] 1 C.F. 225. Le juge Martland, au nom de la Cour suprême, a dit ceci, à la page 74:

Jusqu'à l'audience en Cour d'appel fédérale, le principal moyen des intimés à l'encontre des ordonnances du Conseil était que les relations de travail en question ne relèvent pas de la compétence législative fédérale, que le Code ne s'y applique pas et que, par conséquent, le Conseil n'a pas compétence pour rendre les ordonnances en litige. La Cour d'appel fédérale n'a pas accepté ce moyen. Les juges Heald et Le Dain ont conclu que le Code s'applique aux relations de travail en question.

Cette conclusion, qui a apparemment été adoptée par la Cour suprême du Canada, lie la Cour puisque l'un ou l'autre arrêt, ou les deux arrêts, de ces cours d'appel font autorité.

Dans les affaires de droit public comme celle-ci, les tribunaux ne devraient réellement pas se fonder sur les aveux des parties, comme ils peuvent le faire dans les affaires de droit privé, où le litige [TRADUCTION] «appartient» uniquement aux particuliers. Par conséquent, afin d'atténuer l'anxiété qui existe au sujet du statut reconnu d'employeur de la requérante (ce qui, hélas, n'abrégera pas ces motifs), la Cour citera les passages figurant à la page 78 de l'arrêt *Alliance de la Fonction publique c. Francis et autres*:

Le conseil de bande a été créé par la *Loi sur les Indiens*. Il a reçu le pouvoir d'établir des statuts et doit employer du personnel pour en assurer l'application. De fait, le conseil embauche des employés qui travaillent pour lui et qu'il paie. Dans ces circonstances, pour les fins du Code, je suis d'avis qu'on peut valablement dire que le conseil est un employeur au sens de cette loi. Ma conclusion trouve appui dans le par. 27(7) de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, qui dispose que les mots écrits au singulier comprennent le pluriel. Le mot «personne» dans le Code comprend par conséquent «personnes». Le conseil de bande est un groupe de personnes désigné auquel les dispositions de la *Loi sur les Indiens* attribuent un rôle particulier.

Les intimés ont fait valoir devant cette Cour que le Conseil aurait dû accréditer la bande et non le conseil de bande. Cependant, comme le souligne le juge Le Dain, si le conseil de bande ne peut être considéré comme l'employeur parce qu'il n'a pas la personnalité morale, il en est de même pour la bande. Si

status prevents a body from being an employer under the Code, then there would be a situation in which Indian employees doing work for the Council or the Band would be denied the rights conferred by the Code.

The decision as to whether the Council or the Band should be regarded as the employer was one which is within the jurisdiction of the Board to determine under s. 118(p) of the Code, previously cited. It was for the Board to decide who was the employer, and the Board did so.

I would allow the appeal and set aside the judgment of the Federal Court of Appeal. The appellant should be entitled to its costs in this Court and in the Federal Court of Appeal.

What is set aside is not what was adopted or accepted, on page 74, but rather the Appeal Division's majority decision holding that the St. Regis Band Council was not a "person" and therefore not an "employer." The Supreme Court set that aside and held that the Council and/or Band was a "person" capable of being a statutory "employer."

A similar case was decided by the Alberta Court of Appeal, for whom Mr. Justice Belzil wrote the judgment in *R. v. Paul Indian Band and Attorney General of Alberta and Attorney General of Canada* (1983), 50 A.R. 190. Three relatively brief passages will suffice to encapsulate the *ratio* of that scholarly judgment, at pages 191, 196-197:

The appellant, Paul Band, is a legally constituted Band under the *Indian Act* . . . . It was charged under the *Alberta Labour Act* . . . for failing to pay to two employees wages earned by them while employed by the Band as special constables on the Paul Band Wabamun Indian Reserve No. 133.

The Band was convicted in summary conviction proceedings in Provincial Court [reported at [1982] 4 C.N.L.R. 120]: it was fined, and judgments were awarded against it for the wages due. The conviction and judgments were sustained on appeal to the Court of Queen's Bench. The appeal comes before us on points of law.

The principal issue raised in this appeal is whether the *Alberta Labour Act* applies to the labour relations of the "Band" and its special constables. It is on this constitutional issue that the intervenants appeared, and that the main submissions were made before us, and it is therefore on this issue that I propose to determine this appeal.

Band councils are created under the *Indian Act* and derive their authority to operate *qua band councils* exclusively from that *Act*. In the exercise of their powers they are concerned

l'absence de personnalité morale empêche un organisme d'être un employeur au sens du Code, on serait alors dans une situation où des employés indiens travaillant pour le conseil de bande ou la bande ne pourraient bénéficier des droits qu'accorde le Code.

<sup>a</sup> Ainsi le Conseil avait compétence pour décider, en vertu de l'al. 118p) du Code, précité, si le conseil de bande ou la bande peut être considéré comme l'employeur. Il appartenait au Conseil de décider qui était l'employeur, et il l'a fait.

<sup>b</sup> Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel fédérale. L'appelante a droit à ses dépens en cette Cour et en Cour d'appel fédérale.

Ce qui est infirmé n'est pas ce qui a été adopté ou reconnu, à la page 74, mais plutôt la décision rendue par la majorité de la Cour d'appel, à savoir que le conseil de la bande Saint-Regis n'était pas une «personne» et, par conséquent, un «employeur». La Cour suprême a infirmé cette conclusion et a statué que le conseil ou la bande était une «personne» capable d'être un «employeur» reconnu par la loi.

Une affaire similaire a été tranchée par la Cour d'appel de l'Alberta, au nom de laquelle le juge Belzil a rendu jugement dans *R. v. Paul Indian Band and Attorney General of Alberta and Attorney General of Canada* (1983), 50 A.R. 190. Trois passages relativement brefs suffiront pour résumer la *ratio* de ce savant jugement, aux pages 191, 196 et 197:

<sup>f</sup> [TRADUCTION] L'appelante, la bande Paul, est une bande légalement constituée en vertu de la *Loi sur les Indiens* . . . Elle a été accusée, en vertu de l'*Alberta Labour Act* . . . d'avoir omis de verser à deux employés les salaires que ceux-ci avaient gagnés pendant qu'ils travaillaient pour elle, à titre d'agents spéciaux, dans la réserve indienne 133 Wabamun.

<sup>g</sup> La bande a été reconnue coupable à la suite de procédures sommaires engagées devant la Cour provinciale [publié à [1982] 4 C.N.L.R. 120]: on lui a infligé une amende, et des jugements ont été rendus contre elle à l'égard des salaires qui étaient dus. La déclaration de culpabilité et les jugements ont été confirmés en appel par la Cour du Banc de la Reine. L'appel qui a été porté devant nous soulève des points de droit.

<sup>h</sup> La principale question soulevée dans cet appel est de savoir si l'*Alberta Labour Act* s'applique aux relations de travail de la «bande» et à ses agents spéciaux. C'est à l'égard de cette question constitutionnelle que les intervenants ont comparu et que les principaux arguments ont été présentés devant nous, et c'est donc sur ce point que je me propose de trancher l'appel.

<sup>i</sup> Les conseils de bandes sont créés en vertu de la *Loi sur les Indiens*, et le pouvoir qu'ils possèdent de se livrer à leurs activités en leur qualité de conseils de bande leur sont exclusive-



with the administration of Band affairs on their respective reserves whether under direct authority of Parliament or as administrative arms of the Minister. They have no other source of power. Band councils are thus within the exclusive legislative jurisdiction and control of the Parliament of Canada over "Indians, and lands reserved for Indians" assigned to it by s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, and such Councils are thus immune to provincial legislation. . . .

There can accordingly be no doubt that the normal operations or activities of the Paul Band Council were those which it was carrying on under authority of the *Indian Act* and thus constituted a federal undertaking or business. That the special constables in question may have been enforcing provincial statutes on the reserve is irrelevant.

The court was urged to adopt the reasoning of the Court of Appeal of Saskatchewan in *Whitebear Band Council* (supra). In that case, the operation of the Band Council under review arose under an agreement between the Council and the Department of Indian and Northern Affairs whereby the Council agreed to manage a capital spending program of house construction, etc., on the Reserve funded by the Department. While I do not disagree with that decision, I have not relied on it because different considerations may apply.

If different considerations do apply, they would seemingly arise out of the distinction between the matter of a provincial offence which was the subject of the *Paul Band* case, and the recruitment and union representation and provincial certification issues central to the *Whitebear* case.

What is notable about the two cited appellate decisions is that the exception to the norm of provincial hegemony in labour relations ("Property and Civil Rights in the Province", head 13, section 92, *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.)] (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)*, Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]) had to be found not on some ethereal jurisdictional void, for that would have *ipso facto* confirmed the norm, but on a positive finding that the labour relations field in regard to "Indians, and Lands reserved for the Indians" (head 24, section 91, *Constitution Act, 1867*) manifests not only federal competence, but federal paramountcy. So held Mr. Justice Pinarid in *Qu'Appelle Indian Residential*

ment dévolus par cette Loi. Dans l'exercice de leurs fonctions, ils s'occupent de l'administration des affaires de la bande dans leurs réserves respectives, que ce soit sous l'autorité directe du Parlement ou à titre d'organes administratifs du ministre. Leurs pouvoirs ne proviennent d'aucune autre source. Les conseils de bande relèvent donc de la compétence législative exclusive que possède le Parlement du Canada sur les «Indiens et les terres réservées aux Indiens», en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et pareils conseils ne sont donc pas assujettis à la loi provinciale. . . .

Il ne peut donc y avoir aucun doute que les activités normales du conseil de la bande Paul étaient celles auxquelles ce dernier se livrait en vertu de la *Loi sur les Indiens* et qu'elles constituaient donc une entreprise fédérale. Le fait que les agents spéciaux en question appliquaient peut-être les lois provinciales dans la réserve n'est pas pertinent.

On a demandé à la Cour d'adopter le raisonnement qui a été fait par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *Whitebear Band Council*, précité. Dans cette affaire-là, les activités du conseil de la bande en cause étaient visées par une entente intervenue entre le conseil et le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, selon laquelle le conseil s'engageait à gérer un programme de dépenses d'investissement dans le domaine de la construction d'habitations, etc. dans la réserve, lequel était financé par le Ministère. Je ne suis pas en désaccord avec cette décision, mais je ne me suis pas fondé sur elle parce que des considérations différentes peuvent s'appliquer.

Si des considérations différentes s'appliquent, elles sembleraient découler de la distinction entre la question soulevée dans l'arrêt *Paul Band*, qui se rapportait à une infraction provinciale, et celle qui était soulevée dans l'arrêt *Whitebear*, à savoir le recrutement, la représentation syndicale et l'accréditation provinciale.

Dans les deux arrêts précités des cours d'appel, il faut noter que l'exception à la norme de l'hégémonie provinciale en matière de relations de travail («la propriété et les droits civils dans la province», paragraphe 13 de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.)] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.)*, annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]), devait être fondée non sur un vide impalpable relativement à la compétence, car cela aurait *ipso facto* confirmé la norme, mais sur une conclusion formelle selon laquelle le champ des relations de travail, en ce qui concerne «les Indiens et les terres réservées pour les Indiens» (paragraphe 24 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*),

*School Council v. Canada (Canadian Human Rights Tribunal)*, [1988] 2 F.C. 226 (T.D.), at page 242. That positive finding of federal legislative jurisdiction was, and is, quite necessary to the exclusion of provincial jurisdiction. Constitutional law, like nature, abhors a vacuum. Further, it was, and is, necessary in order to find federal jurisdiction, further to find that the creation of Indian bands, councils, and their workings do constitute a federal work, undertaking or business.

It is not straining the sense of “business,” to assert that the business of each compartment of governance in this federal state is what it is to do, what powers it may wield pursuant to the Constitution. Business in this sense does not connote commercial business for profit, but the constitutional array of legitimate legislative subjects of Parliament or the legislatures, and the activities generated therefrom.

So, also, a governmental or legislative undertaking is not necessarily a commercial enterprise as that word may be understood in certain legislation regulating business and commerce where it may carry that connotation. The filed affidavit of Margaret Jane Balfour is instructive and persuasive in this regard. The distinction was noted by this Court in *Lount Corporation v. Attorney General of Canada*, [1984] 1 F.C. 332, at page 357:

Here surely resides the essence of “undertaking” promulgated in the two [regulatory] statutes. It imports the aspect of justifiability for failure to meet a commercial obligation and is, therefore, to be distinguished from those undertakings mentioned in the Constitution which signal the division of legislative powers.

That question of “undertaking” was considered among other aspects, on appeal. It was not particularly mentioned by the Appeal Division and the appeal was dismissed [1985] 2 F.C. 185, at pages 198-199.

The same jurisdictional conclusion, regarding “business,” was drawn by Madam Justice Desjardins

indiquait non seulement l’existence de la compétence fédérale, mais aussi de la primauté fédérale. C’est ce qu’a jugé le juge Pinard dans l’arrêt *Qu’Appelle Indian Residential School Council c. Canada (Tribunal canadien des droits de la personne)*, [1988] 2 C.F. 226 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 242. Cette conclusion reconnaissant la compétence législative fédérale était, et est, tout à fait nécessaire aux fins de l’exclusion de la compétence provinciale. Le droit constitutionnel, comme la nature, a horreur du vide. En outre, pour conclure à la compétence fédérale, il était, et il est, en outre nécessaire de conclure que la création des bandes et des conseils indiens et leur fonctionnement constituent une entreprise fédérale.

On ne force pas le sens du mot «entreprise» en affirmant que l’entreprise de chaque palier de gouvernement, dans l’État fédéral, est composée de ce qu’il doit faire, des pouvoirs qu’il peut posséder en vertu de la Constitution. L’entreprise, en ce sens, ne donne pas à entendre une entreprise commerciale à but lucratif, mais toute la gamme constitutionnelle des matières législatives légitimes relevant du Parlement et des assemblées législatives, et les activités qui en découlent.

De même, une entreprise gouvernementale ou législative n’est pas nécessairement une entreprise commerciale au sens où ces mots peuvent être compris dans certaines lois réglementant les entreprises et le commerce, où ils peuvent avoir pareille connotation. L’affidavit que Margaret Jane Balfour a déposé est instructif et convaincant à cet égard. La distinction a été notée par la Cour dans l’arrêt *Lount Corporation c. Procureur général du Canada*, [1984] 1 C.F. 332, aux pages 357 et 358:

Telle est certainement l’essence de l’«entreprise» visée par les deux lois [de nature réglementaire]. Elle comporte l’aspect de responsabilité pour défaut de satisfaire une obligation commerciale et doit par conséquent être distinguée des entreprises visées dans la Constitution en matière de répartition des pouvoirs législatifs.

Cette question de l’«entreprise» a, entre autres choses, été examinée en appel. La Cour d’appel ne l’a pas expressément mentionnée et l’appel a été rejeté, [1985] 2 C.F. 185, aux pages 198 et 199.

La même conclusion relative à la compétence, en ce qui concerne l’«entreprise», a été tirée par

for herself and Mr. Justice Mahoney in *Tobique Band Council v. Sappier* (1988), 22 C.C.E.L. 170 (F.C.A.), at pages 177-178:

Having reached a conclusion in favour of federal legislative competence, I am also of the view that the *Canada Labour Code* occupies the field.

In the case of *Yellowknife v. L.R.B. (Can.)*, [1977] 2 S.C.R. 729, at 738, 14 N.R. 72 . . . Pigeon J., for the Court, accepted the following definition of "business" given by Lindley L.J., in *Rolls v. Miller* (1884), 27 Ch. D. 71 at 88 (C.A.), as meaning "almost anything which is an occupation, as distinguished from a pleasure—anything which is an occupation or duty which requires attention" Pigeon J. added that the word "business" is often applied to operations carried on without an expectation of profit. The agency, in my view, qualifies under the word "federal business." The band is an employer under the Code (*Public Service Alliance of Canada v. Francis*, [1982] 2 S.C.R. 72 (S.C.C.)). I therefore conclude that the adjudicator had jurisdiction under the *Canada Labour Code*.

So, this Court also finds that the creation, activities and operations of the applicant, and the work for which the applicant employed Ms. Duncan, all constitute a "federal work, undertaking or business" within the meaning of paragraph 2(i) of the *Canada Labour Code*. In light of the logic and in regard to the jurisprudence, to hold otherwise would be perverse. The applicant's objection to Mr. Bass' jurisdiction as an adjudicator is dismissed.

It does not appear that notification of a constitutional question to be litigated was given to the provincial attorneys-general. That omission must be remedied by the appellant, if an appeal be taken on this matter. In her order granting intervener status Madam Justice McGillis did not accord the intervener any right of appeal, because, no doubt, the then would-be intervener did not invoke Rule 1611(3) [as enacted by SOR/92-43, s. 19], even although its notice of application refers to Rule 1611(1) [as enacted *idem*]. The intervener should obtain counsel's advice on this matter: it might not even now be too late to apply, if so advised, upon demonstrating proper grounds. The Supreme Court's decision in *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et al. v. Association of Parents for Fairness in Educa-*

Madame le juge Desjardins en son nom personnel ainsi qu'au nom du juge Mahoney dans l'arrêt *Conseil de la bande Tobique c. Sappier* (1988), 22 C.C.E.L. 170 (C.A.F.), aux pages 177 et 178:

Après avoir conclu qu'il s'agit en l'espèce d'un cas de compétence législative fédérale, j'estime également que le *Code canadien du travail* occupe ce champ.

Dans l'arrêt *Yellowknife c. C.R.T. (Can.)*, [1977] 2 R.C.S. 729, à la p. 738, 14 N.R. 72 . . . le juge Pigeon, s'exprimant au nom de la Cour, a accepté la définition suivante du terme «affaire» donnée par le lord juge Lindley dans *Rolls v. Miller* (1884), 27 Ch. D. 71, à la p. 88 (C.A.), comme [TRADUCTION] «presque tout ce qui est une occupation, par opposition à un plaisir—n'importe quel devoir ou occupation qui exige de l'attention». Le juge Pigeon a ajouté que le terme «affaire» est souvent appliqué à des activités poursuivies sans but lucratif. À mon avis, l'organisme correspond à la réalité décrite par l'expression «affaire de compétence fédérale». La bande est un employeur en vertu du Code (*L'Alliance de la Fonction publique du Canada c. Francis*, [1982] 2 R.C.S. 72 (C.S.C.)). Je conclus donc que l'arbitre était compétent en vertu du *Code canadien du travail*.

Par conséquent, la Cour conclut également que la création et les activités de la requérante, et le travail pour lequel cette dernière a employé M<sup>me</sup> Duncan, constituent toutes une «entreprise fédérale» au sens de l'alinéa 2*i*) du *Code canadien du travail*. Conformément à la logique et compte tenu de la jurisprudence, juger autrement serait abusif. L'objection que l'appelante a formulée à la compétence de M. Bass en sa qualité d'arbitre est rejetée.

Il ne semble pas que les procureurs généraux provinciaux aient été avisés qu'une question constitutionnelle serait débattue. L'appelante doit remédier à cette omission, si un appel est interjeté sur ce point. Dans l'ordonnance par laquelle elle a accordé le statut d'intervenante, Madame le juge McGillis n'a pas conféré le droit d'appel à l'intervenante, parce que, sans doute, la future intervenante n'avait pas invoqué la Règle 1611(3) [éditée par DORS/92-43, art. 19], et ce, bien que, dans son avis de demande, la Règle 1611(1) [éditée, *idem*] soit mentionnée. L'intervenante devrait obtenir l'opinion d'un avocat sur ce point: il ne serait peut-être même pas trop tard pour présenter une demande, si l'avocat lui conseille de le faire, dans la mesure où elle démontre l'existence de motifs valables. L'arrêt *Société des Acadiens du Nou-*

*tion et al.*, [1986] 1 S.C.R. 549, deals with interveners' rights of appeal.

Notification of a constitutional question, to be given to the federal and provincial attorneys-general, is provided and governed by section 57 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19)], and by Rules 301.1 [as enacted by SOR/92-43, s. 2] and 1101.

#### ISSUE OF LOSS OF JURISDICTION FOR ALLEGEDLY PATENT UNREASONABLENESS

The Court's power to undertake judicial review of the Adjudicator's manner of coming to his decision has been oft affirmed by authoritative jurisprudence, despite the provisions of section 243 of the *Canada Labour Code*. As may be gleaned from the statement by La Forest J. in the *Dayco* case (page 250), above cited: if review of the Adjudicator's interpretation of all the admitted evidence before him be sought, the scope would be a narrow one. The Court must embark, in such a case, "on a patent unreasonability enquiry." So be it. This is what the applicant seeks. If the enquiry be positive, the Adjudicator's decision must obviously be set aside, or quashed, given the criterion of the enquiry: a patently unreasonable decision ought not to stand. It could never have been Parliament's purpose to immunize such a decision from review, if that is what it turns out to be, after review.

If, on the other hand, the Adjudicator's conduct of the enquiry, including the result, be not "patently unreasonable," then the Court must dismiss the application for judicial review. In the Adjudicator's reasoning and decision in the instant case, there are several inconsistencies and incongruencies as to what evidence to believe and what to reject, and inferences to be drawn therefrom. Such flaws are clearly protected by the operation of the Code's section 243, even although the applicant's counsel made reference to them in his presentation.

*veau-Brunswick Inc. et autre c. Association of Parents for Fairness in Education et autres*, [1986] 1 R.C.S. 549, de la Cour suprême, se rapporte aux droits d'appel des intervenants.

La notification d'une question constitutionnelle qui doit être donnée aux procureurs généraux fédéral et provinciaux est prévue à l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19)], ainsi qu'aux Règles 301.1 [éditée par DORS/92-43, art. 2] et 1101.

#### QUESTION DE LA PERTE DE COMPÉTENCE FONDÉE SUR LE CARACTÈRE APPAREMMENT MANIFESTEMENT DÉRAISONNABLE

Le pouvoir que possède la Cour d'effectuer un contrôle judiciaire de la façon dont l'arbitre est arrivé à sa décision a souvent été confirmé par des arrêts qui font autorité, et ce, malgré les dispositions de l'article 243 du *Code canadien du travail*. Comme la déclaration que le juge La Forest a faite dans l'arrêt *Dayco* (page 250), précité, permet de le constater, si l'examen de l'interprétation que l'arbitre a donnée à tous les éléments de preuve qui ont été admis devant lui était sollicitée, sa portée serait limitée. En pareil cas, la Cour doit se lancer dans «un examen fondé sur le caractère manifestement déraisonnable». Qu'il en soit ainsi. C'est ce que la requérante sollicite. Si l'enquête s'avère positive, la décision de l'arbitre doit de toute évidence être infirmée, ou annulée, compte tenu du critère qui s'applique à l'enquête: on ne saurait maintenir une décision manifestement déraisonnable. Le Parlement ne voulait certainement pas exempter pareille décision du contrôle, si l'examen montre qu'elle est manifestement déraisonnable.

Si, d'autre part, la conduite de l'enquête par l'arbitre, y compris le résultat, n'est pas «manifestement déraisonnable», la Cour doit rejeter la demande de contrôle judiciaire. Dans le raisonnement que l'arbitre a fait et dans la décision qu'il a rendue en l'espece, il existe plusieurs incohérences et inconséquences au sujet des éléments de preuve qu'il faut retenir et de ceux qu'il faut rejeter, ainsi que des déductions qui peuvent être faites à ce sujet. Pareils vices sont clairement protégés par l'application de l'article 243 du Code, bien que l'avocat de la requérante en ait fait mention dans son exposé.

The major flaw among those to which applicant's counsel directed his criticism had to do with the Adjudicator's apparent equanimity about the complainant's failure to testify on matters on which the Adjudicator drew inferences and made findings against the employer, giving at bottom an appearance of bias on the Adjudicator's part. The employer, by counsel, therefore had no opportunity to cross-examine the complainant, and it is alleged, the resulting decision and the process were unfair because of that lack of opportunity to cross-examine the complainant; and because the Adjudicator did not even consider drawing negative inferences against the complainant, when he ought to have done that in view of her failure to give evidence personally.

#### THE ADJUDICATOR'S REASONS AND ORDER

The respondent Duncan, who was the complainant in the proceedings taken before the Adjudicator, was employed in the job of [welfare] program supervisor: she was a welfare administrator. The Adjudicator determined that she was not employed as a manager and so, her complaint remained within his jurisdiction on that score. The complainant had been suspended from her job in February, 1990, a year earlier than the material times. The Band Council later disagreed with that suspension and reinstated her.

The complainant was also suspended, and without pay, on February 13, 1991, effective immediately and for an indefinite period. The Council's letter to her announcing that measure was exhibit 8 at that hearing and it recited the following alleged misconduct by the complainant, in the Adjudicator's words:

1. Participating in certain activities to undermine and discredit the actions of the Chief and Council of the Norway House Indian Band.
2. Failing to keep the trust and loyalty that was a prerequisite of her position of responsibility and authority within the administration of the Norway House Indian Band.

Le principal vice, parmi ceux qui étaient visés par les critiques de l'avocat de la requérante, se rapportait à la tranquillité d'esprit apparente de l'arbitre en ce qui concerne le fait que la plaignante n'avait pas témoigné au sujet de questions sur lesquelles celui-ci s'était fondé pour faire des déductions et tirer des conclusions défavorables à l'employeur, de sorte que, au fond, il semblait partial. L'employeur, par l'entremise de l'avocat, n'avait donc pas eu la possibilité de contre-interroger la plaignante et, est-il allégué, la décision en résultant et la procédure étaient inéquitable parce que l'employeur n'avait pas eu la possibilité de contre-interroger la plaignante et parce que l'arbitre n'avait même pas envisagé de faire des déductions défavorables à la plaignante, comme il aurait dû le faire, puisqu'elle avait omis de présenter personnellement une preuve.

#### LES MOTIFS ET L'ORDONNANCE DE L'ARBITRE

L'intimée Duncan, qui était la plaignante dans les procédures engagées devant l'arbitre, travaillait comme superviseuse d'un programme [de bien-être]: elle était administratrice en matière de bien-être. L'arbitre a conclu qu'elle n'occupait pas un poste de direction et que la plainte qu'elle avait présentée relevait donc de sa compétence. La plaignante avait été suspendue en février 1990, un an avant la période qui nous intéresse. Le conseil de la bande avait par la suite été en désaccord avec cette suspension et avait réintégré M<sup>me</sup> Duncan.

La plaignante a également été suspendue, sans rémunération, le 13 février 1991, la suspension devant prendre effet immédiatement et pendant une période indéterminée. La lettre par laquelle le conseil avait informé la plaignante de la mesure qui avait été prise a été versée à titre de pièce 8 à l'audience qui a eu lieu devant l'arbitre; il y était fait mention des fautes de conduite que la plaignante avait apparemment commises, et dont l'arbitre a parlé comme suit:

- [TRADUCTION] 1. Le fait d'avoir participé à certaines activités visant à saper et à discréditer l'autorité du chef et du conseil de la bande indienne de Norway House.
2. Le fait de ne pas avoir continué à mériter la confiance et d'avoir manqué de loyauté, ce qui constituait une condition nécessaire relativement au poste de responsabilité et de direction qu'elle occupait au sein de l'administration de la bande indienne de Norway House.

3. Not being satisfied with the ongoing administration of the programs of the Norway House Indian Band.

The letter also said in referring to a section of the Policies and Procedural Guidelines Manual:

“Under Section 3.21, Terminations, sub-section 3.21.1 states ‘All employees may be terminated without notice for just cause’ as defined c) Insubordination.” [Record page 21, reasons page 7]

Then, further along, the Adjudicator wrote:

In the early evening of February 13, 1991, Mr. Hart [who earlier that day had written the letter, (ex. 8), to the complainant] accompanied Chief Ross and some councillors to the radio station. Chief Ross had intended to make an address concerning certain financial information which had been distributed to the community, other than by the Chief and Council. There were a number of people, including the Complainant, at the radio station. There was some evidence of pushing and shouting at the radio station by the group which was there when the Chief and his group arrived. This incident lasted approximately 30 minutes. The Complainant was one of the people who Mr. Hart saw blocking the doorway when some of the members of Chief Ross’ party were trying to leave the building. Mr. Hart saw the Complainant talking to all of the councillors. She was not yelling.

Mr. Hart [the applicant’s director of operations] was not aware of any problem with the Complainant from February 12, 1991, to March 21, 1991. On March 22, 1991, Mr. Hart wrote the Complainant (Exhibit 13) indicating that Chief Ross and Council had dealt with her request for an appeal of her suspension of February 13, 1991, and that Chief Ross and Council believed that a review of her suspension was not warranted. Mr. Hart’s evidence was that up to then the Complainant had not been fired and no decision had been made to terminate her employment. The Employer’s position is that based on the letter of March 22, 1991, the Complainant’s employment was terminated. On March 21, 1991, Mr. Hart had been instructed to write that letter to deny the Complainant’s appeal and to dismiss her. Chief and Council had made that decision based on her conduct on February 13, 1991. That conduct was subsequent to Exhibit 8 being sent to her. Mr. Hart was not aware of any other incidents that Chief and Council considered. [Record pages 21-22, reasons pages 7-8]

When pressed on cross-examination Mr. Hart indicated that the Complainant was suspended February 13, 1991, because the Chief and Council said she was to be suspended on their allegations against her that she was discrediting Chief and Council.

3. Le fait de ne pas être satisfaite de l’administration courante des programmes de la bande indienne de Norway House.

La lettre disait également ceci, en ce qui concerne une section du Manuel sur les politiques et lignes directrices procédurales:

«Sous la rubrique Cessation d’emploi, le paragraphe 3.21.1 dit ceci: “Il peut être mis fin à l’emploi d’un employé sans préavis pour juste cause” tel que cela est défini en c) Insubordination.» [page 21 du dossier, page 7 des motifs]

Plus loin, l’arbitre a dit ceci:

[TRADUCTION] Au début de la soirée, le 13 février 1991, M. Hart [qui, plus tôt ce jour-là, avait rédigé la lettre (pièce 8) à l’intention de la plaignante] a accompagné le chef Ross et certains conseillers aux locaux de la station radiophonique. Le chef Ross voulait faire une annonce au sujet de certains renseignements financiers qui avaient été diffusés au sein de la collectivité, par d’autres personnes que le conseil ou lui-même. Il y avait un certain nombre de personnes, dont la plaignante, dans les locaux de la station radiophonique. Selon certains éléments de preuve, le groupe qui était dans les locaux de la station radiophonique se bousculait et criait lorsque le chef et son groupe sont arrivés. Cet incident a duré une trentaine de minutes. La plaignante était l’une des personnes que M. Hart avait vue bloquer la porte lorsque certains membres du groupe du chef Ross ont essayé de quitter l’immeuble. M. Hart a vu la plaignante parler à tous les conseillers. Elle ne criait pas.

M. Hart [directeur de l’exploitation de la requérante] n’était pas au courant de l’existence d’un problème qu’on aurait eu avec la plaignante du 12 février 1991 au 21 mars 1991. Le 22 mars 1991, M. Hart a écrit à la plaignante (pièce 13) pour lui faire savoir que le chef Ross et le conseil avaient examiné la demande qu’elle avait présentée en vue d’en appeler de la suspension du 13 février 1991, et qu’ils croyaient qu’un examen de la suspension n’était pas justifié. Selon la preuve présentée par M. Hart, la plaignante n’avait pas encore été congédiée et il n’avait pas été décidé de mettre fin à son emploi. La position de l’employeur est que, compte tenu de la lettre du 22 mars 1991, il avait été mis fin à l’emploi de la plaignante. Le 21 mars 1991, M. Hart avait été chargé de rédiger cette lettre afin d’informer la plaignante que son appel était refusé et qu’elle était congédiée. Le chef et son conseil avaient pris cette décision en se fondant sur la conduite de la plaignante le 13 février 1991, ce qui s’était produit après que la lettre versée au dossier à titre de pièce 8 eut été envoyée à celle-ci. M. Hart ne connaissait pas l’existence d’autres événements dont le chef et le conseil auraient tenu compte. [pages 21 et 22 du dossier, pages 7 et 8 des motifs]

Lorsqu’on a insisté sur ce point pendant le contre-interrogatoire, M. Hart a fait savoir que la plaignante avait été suspendue, le 13 février 1991, parce que le chef et le conseil avaient dit qu’elle devait l’être, en alléguant qu’elle les discréditait.

Neither he nor Mr. Folster investigated them nor obtained the Complainant's side of the story.

Mr. [Sandy] Cromarty [a councillor for 20 years] confirmed that on February 13, 1991, there were a number of people already at the [radio] station when he arrived with Chief Ross and others. He saw the Complainant there and indicated that she was talking, pretty loudly. There was a lot of loud talking and shoving. [Record page 23, reasons page 9; emphasis not in original text.]

Next the Adjudicator wrote of the testimony of Peter Albert, who had been a member of the Norway House Band Council only since November, 1990:

Mr. P. Albert was part of the group with Chief Ross who attended at the radio station in the early evening of February 13, 1991. He confirmed that there were a number of people standing inside the station, including the Complainant. There was some shouting and shoving. He saw the Complainant in the exit doorway preventing some people from leaving. He was of the opinion that the Complainant was irate. She was verbally abusive, although none of the abuse he felt was directed at him. He felt that the Complainant was playing the part that everyone else in the station was playing and that was to resist Chief Ross and Council.

Prior to the incident at the radio station Mr. P. Albert had been informed at Council about the Complainant's conduct and had been part of the decision to suspend her indefinitely until further investigation. After the incident at the radio station he was part of the Council decision which was made to terminate her employment.

He felt the Complainant was not being respectful of elected leaders by undermining the elected leadership, putting them down wherever possible and trying to get them out of power. [Record pages 24 and 25, reasons pages 10 and 11; emphasis not in original text.]

His [P. Albert's] decision on the indefinite suspension of the Complainant was based on her insubordination. The basis of his knowledge was information given to him by others. He had no direct evidence of her involvement in any dissident group. He had not sought her explanation of it. He acknowledged that it was normal for band members to discuss how the Chief and Council were working. The concept of freedom of speech as set forth in the Charter of Rights is consistent with Band custom. He had believed that the Complainant was involved in the dissident political group but acknowledged that he might have been mistaken in that belief.

Ni M. Folster ni lui n'ont fait enquête ou n'ont demandé à la plaignante de donner sa version des faits.

a M. [Sandy] Cromarty [qui était conseiller depuis 20 ans] a confirmé que, le 13 février 1991, un certain nombre de personnes étaient déjà dans les locaux de la station [radiophonique] lorsqu'il est arrivé avec le chef Ross et d'autres personnes. Il a vu la plaignante et il a dit qu'elle parlait passablement fort. On élevait beaucoup la voix et on se bousculait beaucoup. [page 23 du dossier, page 9 des motifs; non souligné dans le texte original.]

c Puis, l'arbitre a parlé du témoignage de Peter Albert, qui était conseiller de la bande de Norway House depuis le mois de novembre 1990 seulement:

[TRANSDUCTION] M. P. Albert faisait partie du groupe qui, avec le chef Ross, s'était présenté dans les locaux de la station radiophonique au début de la soirée, le 13 février 1991. Il a confirmé qu'il y avait un certain nombre de personnes à l'intérieur des locaux de la station, dont la plaignante. On criait et on se bousculait. Il a vu la plaignante à la sortie, empêchant certaines personnes de partir. Selon lui, la plaignante était en colère. Elle proférait des injures, mais à son avis, aucune des injures ne s'adressait à lui. Selon lui, la plaignante faisait la même chose que toutes les autres personnes qui étaient dans les locaux de la station, c.-à-d. qu'elle manifestait son opposition au chef Ross et au conseil.

f Avant les événements qui se sont produits dans les locaux de la station radiophonique, M. P. Albert avait été informé de la conduite de la plaignante lors d'une séance du conseil, et avait participé à la décision de suspendre celle-ci pour une période indéfinie jusqu'à ce qu'on fasse enquête. Par la suite, il a participé à la décision du conseil de mettre fin à l'emploi de la plaignante.

g Il estimait que la plaignante manquait de respect envers les chefs élus en nuisant aux membres élus de la direction, en les critiquant le plus souvent possible et en essayant de leur faire perdre leur pouvoir. [pages 24 et 25 du dossier, pages 10 et 11 des motifs; non souligné dans le texte original.]

h Sa décision [soit celle de P. Albert] au sujet de la suspension indéfinie de la plaignante était fondée sur l'insubordination de cette dernière. Il fondait sa conviction sur des renseignements que d'autres personnes lui avaient donnés. Il ne disposait d'aucune preuve directe de la participation de la plaignante à quelque groupe dissident. Il n'avait pas cherché à obtenir d'explications de la part de cette dernière. Il reconnaissait qu'il était normal que les membres de la bande discutent de la façon dont le chef et le conseil travaillaient. La notion de liberté de parole garantie par la Charte des droits est conforme à la coutume de la bande. Il avait cru que la plaignante participait aux activités du groupe politique dissident, mais il reconnaissait qu'il avait pu se tromper.

The foundation for Mr. P. Albert's conclusions as to the Complainant not being respectful of elected leaders and trying to get them out of power is all hearsay and accordingly I do not put much weight on it. [Record page 26, reasons page 12; emphasis not in original text.]

One must realize that in the last above passage the Adjudicator was concerned with Peter Albert's testimony about the suspension imposed by the Council, of which the complainant had notice before the evening incident at the radio station on February 13, 1991. Mr. Albert's testimony about that chaotic incident was first-hand, eye-witness evidence and not hearsay. The complainant's version of that incident was not given in testimony, thus denying the employer's counsel the opportunity of cross-examination.

Here is a passage from the Adjudicator's reasons concerning the testimony of Ms. Maggie (a.k.a. Myrna) Gamblin:

She testified of the existence of a definable group of individuals who were politically opposed to Chief Ross and Council. Evidence was given of some of the activities of the group including at some public band meetings. It is the theory of the Employer that the Complainant was a member of this group and participated in these activities. Ms. Gamblin provided no evidence that the Complainant was a member of the group and participated in these activities.

Ms. Gamblin was present at the radio station during the incident in the early evening of February 13, 1991. There were a number of people in the station including Ms. Gamblin, when the Chief and some of the councillors arrived. The Complainant was also present but Ms. Gamblin did not know why the Complainant was there. There was some shouting and confusion. Ms. Gamblin gave no evidence as to any radio broadcast on February 13, after this incident.

There was some evidence that the Complainant did accompany Ms. Gamblin when Ms. Gamblin travelled around to get signatures herself to a petition. There was no evidence as to the wording of the petition but its purpose was to remove Chief Ross and Council. This petition was started prior to February 13, 1991. Ms. Gamblin indicated that the Complainant did not go with Mr. Gamblin to deal with that petition until after February 13, 1991. [Record pages 26 and 27, reasons pages 12 and 13; emphasis not in original text.]

The testimony of Mr. J. J. Muswagon implicated the complainant in the dissident group at Norway House

Le fondement des conclusions que M. P. Albert a tirées en ce qui concerne le fait que la plaignante manquait de respect envers les chefs élus et essayait de leur faire perdre leur pouvoir constitue du oui-dire et je n'y accorde donc pas beaucoup d'importance. [pages 26 du dossier, page 12 des motifs; non souligné dans le texte original.]

Il faut se rendre compte que, dans le dernier passage cité, l'arbitre parlait du témoignage de Peter Albert au sujet de la suspension imposée par le conseil, dont la plaignante avait été avisée avant le soir où se sont produits les événements dans les locaux de la station radiophonique, le 13 février 1991. Le témoignage de M. Albert au sujet de l'agitation qui régnait constituait une preuve de première main, présentée par un témoin oculaire, et non du oui-dire. La version que la plaignante a donnée au sujet des événements n'a pas été présentée dans le cadre d'un témoignage, de sorte que l'avocat de l'employeur n'a pas eu la possibilité de contre-interroger cette dernière.

Voici un passage des motifs de l'arbitre concernant le témoignage de M<sup>me</sup> Maggie (alias Myrna) Gamblin:

[TRADUCTION] Elle a témoigné au sujet de l'existence d'un groupe précis de personnes qui s'opposait sur le plan politique au chef Ross et au conseil. Elle a témoigné au sujet de certaines activités du groupe, notamment pendant certaines assemblées publiques de la bande. Selon l'employeur, la plaignante était membre de ce groupe et participait à ces activités. M<sup>me</sup> Gamblin n'a présenté aucune preuve selon laquelle la plaignante était membre du groupe et participait à ces activités.

M<sup>me</sup> Gamblin était dans les locaux de la station radiophonique lors des événements qui se sont produits au début de la soirée, le 13 février 1991. Il y avait un certain nombre de personnes dans les locaux de la station, dont M<sup>me</sup> Gamblin, lorsque le chef et certains conseillers sont arrivés. La plaignante était également là, mais M<sup>me</sup> Gamblin ne savait pas pourquoi. Il y avait des cris et de la confusion. M<sup>me</sup> Gamblin n'a pas témoigné au sujet d'une annonce qui aurait été diffusée à la radio le 13 février, après cet événement.

Selon certains éléments de preuve, la plaignante a accompagné M<sup>me</sup> Gamblin lorsque cette dernière se déplaçait pour faire elle-même signer une pétition. Aucune preuve n'a été présentée au sujet du libellé de la pétition, mais celle-ci visait à faire destituer le chef Ross et le conseil. On avait commencé à faire signer cette pétition avant le 13 février 1991. M<sup>me</sup> Gamblin a fait savoir que la plaignante n'a accompagné M. Gamblin pour faire signer la pétition qu'après le 13 février 1991. [Pages 26 et 27 du dossier, pages 12 et 13 des motifs; non souligné dans le texte original.]

Le témoignage de M. J. J. Muswagon impliquait la plaignante dans les activités du groupe dissident,



reserve. Members together of the Communications Board, he testified that the complainant had spoken unfavourably of Chief Ross' conduct of his office.

Mr. Alpius Wilson's testimony was reviewed by the Adjudicator, in part, thus:

He felt that the Complainant was part of it [the dissident group] because she was always asking him [the executive assistant to the chief and council] questions about what Chief Ross was up to. He also felt uncomfortable by her asking a number of questions about what was happening in Council. Mr. Wilson sensed that the Complainant was trying to keep track of Chief Ross. Her questioning was done through daily contact. On cross-examination he admitted that he could be exaggerating when he indicated that the Complainant called him every day. This was during the time that she was employed as Welfare Administrator by the Employer. Mr. Wilson felt that the Complainant was part of this concerned citizens group because she "hangs around" with the members of the group. He felt that if you hang around with a group that long the only conclusion is that you believe in that group. What he saw was that the group wanted to undermine the Chief and Council. I am not prepared to accept that one is a member of a group simply because of such association as Mr. Wilson has described.

Several other witnesses' testimony was summarized by the Adjudicator, including that of Chief Ross which was reported at length in the reasons. Chief Ross, by testifying, accorded the complainant's counsel the opportunity of cross-examination. (Emphasized passages, above, indicate where complainant should have been available for cross-examination.) The key importance of that opportunity is demonstrated within the Adjudicator's lengthy summary of Chief Ross' testimony:

In the minutes of the Band Council meeting on February 12, 1991, it is stated that Mr. Hubert Folster was also heavily involved in the activities and group which was working to remove the Chief and Council from office. It is reported in the minutes that his "action/statement" is recorded on tape of the January 9, 1991, Band meeting. Chief Ross stated that despite this Mr. Folster was not disciplined, suspended or his employment terminated. In his testimony Mr. Folster said that this allegation in the minutes was untrue. [Record page 46, reasons page 32; emphasis not in original text.]

dans la réserve Norway House. Ils étaient tous deux membres du comité des communications, et il a témoigné que la plaignante avait parlé d'une façon défavorable de la façon dont le chef Ross exerçait ses fonctions.

L'arbitre a en partie examiné le témoignage de M. Alpius Wilson comme suit:

[TRADUCTION] Il croyait que la plaignante en faisait partie [du groupe dissident] parce qu'elle lui [l'adjoint exécutif du chef et du conseil] posait toujours des questions au sujet de ce que faisait le chef Ross. Le fait qu'elle posait un certain nombre de questions au sujet de ce qui arrivait au sein du conseil le mettait également mal à l'aise. M. Wilson pensait que la plaignante essayait de se tenir au courant des activités du chef Ross. Elle posait des questions en communiquant avec lui tous les jours. Pendant le contre-interrogatoire, le témoin a reconnu qu'il exagérerait peut-être lorsqu'il disait que la plaignante l'appelait tous les jours. C'était à l'époque où Mme Duncan travaillait comme administratrice du programme de bien-être auprès de l'employeur. M. Wilson croyait que la plaignante faisait partie de ce groupe de citoyens intéressés parce qu'elle «se tenait» avec les membres du groupe. Il croyait que si une personne se tient avec un groupe aussi longtemps, la seule conclusion possible est qu'elle est partisane de celui-ci. Il croyait que le groupe voulait nuire au chef et au conseil. Je ne suis pas prêt à reconnaître qu'une personne est membre d'un groupe simplement par suite d'une association comme celle que M. Wilson a décrite.

L'arbitre a résumé la déposition de plusieurs autres témoins, dont celle du chef Ross, qu'il a citée au complet dans ses motifs. En témoignant, le chef Ross a donné à l'avocat de la plaignante la possibilité de le contre-interroger. (Les passages que j'ai soulignés, ci-dessus, montrent les points sur lesquels la plaignante aurait pu être contre-interrogée.) L'importance cruciale de cette possibilité est démontrée dans le long résumé du témoignage du chef Ross que l'arbitre a fait:

[TRADUCTION] Dans le procès-verbal de l'assemblée du conseil de la bande qui a eu lieu le 12 février 1991, il est déclaré que M. Hubert Folster participait également fortement aux activités du groupe qui essayait de destituer le chef et le conseil. Dans le procès-verbal, il est mentionné que son «action» ou sa «déclaration» a été enregistrée sur bande lors de l'assemblée de la bande, le 9 janvier 1991. Le chef Ross a déclaré que, malgré tout, M. Folster n'avait pas été assujéti à des mesures disciplinaires, qu'il n'avait pas été suspendu ou qu'il n'avait pas été mis fin à son emploi. Dans son témoignage, M. Folster a dit que l'allégation qui figurait dans le procès-verbal n'était pas exacte. [Page 46 du dossier, page 32 des motifs; non souligné dans le texte original.]

The emphasized words show how important it is to give testimony about personal conduct which is alleged against one, so that the tribunal can have the benefit of both sides of the dispute. Needless to say, the adjudication under review was wholly concerned about the personal conduct of the complainant and that of the Chief and Council. But the Adjudicator never heard the complainant's testimony nor was counsel for the employer ever accorded the opportunity to cross-examine her. Perhaps that was her counsel's decision, but if so, that decision is far from the end of the matter.

### ANALYSIS

Note how the Adjudicator makes no adverse comment on the credibility of the witness Ron Evans, even while blandly accepting that witness' apparently unfounded allegation of malice on Chief Ross' part for finding the February 12 [*sic*] 1991 incident reason enough to discharge the complainant, while the witness himself found it reason enough to discharge her.

Mr. Evans was present at the incident at the radio station on February 13, 1991. He confirmed that there was a lot of people there including the Complainant. He was the first one to leave and was able to walk out the door around the Complainant. He did not have to "shove past her". At the time, and on the day after, he was upset by the incident at the radio station, that is to say being prevented [Who? Chief Ross] from going on the air. He was still upset the next day and at that time he was in favour of letting the Complainant go. There was no decision to let her go immediately. As of February 14, 1991, she was not fired. [Record pages 52-53, reasons pages 38-39.]

The Adjudicator appears to accept this testimony. So, was Mr. Evans harbouring malice, too, or was there a truly objective cause for dismissing the complainant? In picking at the employer's witnesses' credibility, but remaining silent on this sort of inconsistency, the Adjudicator gives the reader a reasonable apprehension of bias. Other such occasions in the Adjudicator's reasons were mentioned by the employer's counsel at the hearing of this case.

Les mots que j'ai soulignés montrent jusqu'à quel point il est important de témoigner au sujet de la conduite personnelle reprochée, de sorte que le tribunal puisse avoir à sa disposition les versions des deux parties au litige. Il va sans dire que la décision à l'étude se rapportait entièrement à la conduite personnelle de la plaignante ainsi qu'à celle du chef et du conseil. Cependant, l'arbitre n'a jamais entendu le témoignage de la plaignante et l'avocat de l'employeur n'a jamais eu l'occasion de contre-interroger celle-ci. L'avocat de la plaignante avait peut-être décidé d'agir ainsi, mais si c'est le cas, cette décision est loin de mettre un terme à l'affaire.

### ANALYSE

Il est à noter que l'arbitre ne fait aucune remarque défavorable au sujet de la crédibilité du témoin Ron Evans, même s'il retient aveuglément l'allégation apparemment non fondée que celui-ci a faite, à savoir que le chef Ross avait agi avec malveillance en jugeant que les événements du 12 [*sic*] février 1991 justifiaient le congédiement de la plaignante, alors que le témoin estimait lui-même que c'était une bonne raison de la congédier.

[TRADUCTION] M. Evans était présent lors des événements qui se sont produits dans les locaux de la station radiophonique le 13 février 1991. Il a confirmé qu'il y avait beaucoup de gens, dont la plaignante. Il a été le premier à partir et a pu sortir en passant à côté de la plaignante. Il n'a pas eu à «la pousser». À ce moment-là, et le lendemain, les événements qui s'étaient produits dans les locaux de la station radiophonique, c'est-à-dire le fait qu'il [Qui? Le chef Ross] n'avait pas pu passer sur les ondes, l'avaient bouleversé. Il était encore bouleversé le lendemain et, à ce moment-là, il était d'accord pour qu'on congédie la plaignante. Il n'a pas été décidé de la congédier immédiatement. Le 14 février 1991, on ne l'avait pas encore congédiée. [Pages 52 et 53 du dossier, pages 38 et 39 des motifs.]

L'arbitre semble retenir ce témoignage. Par conséquent, M. Evans faisait-il lui aussi preuve de malveillance, ou existait-il une véritable cause objective permettant de congédier la plaignante? Le fait que l'arbitre s'attaque à la crédibilité des témoins de l'employeur, sans rien dire au sujet de ce genre d'inconséquence, justifie une appréhension raisonnable de partialité de la part du lecteur. D'autres exemples de ce genre, dans les motifs de l'arbitre, ont été mentionnés par l'avocat de l'employeur, lors de l'audition de la demande.

At page 45 of his reasons (record page 59) the Adjudicator reports: "The Complainant did not testify, other than on the initial jurisdictional point."

There are matters recounted in the Adjudicator's reasons which cry out for the complainant's testimony, and the employer's opportunity to cross-examine her. In the passages earlier above-recited herein with the Court's own emphasis added, there are allegations upon which the complainant's testimony was needed. Now, here is another, reported by the Adjudicator in his reasons, being the first of three circumstances which, the Adjudicator reports, were relied upon by the employer to justify termination of the complainant's employment:

a) The Complainant's signing of the letter Exhibit 15. Exhibit 15 is a letter signed by a number of people directed to Vic Savino, a lawyer for the Employer, requesting that any funds to be advanced under the Northern Flood Agreement be held in abeyance until consent is given by Band members. Chief Ross testified that this letter had the effect of hampering the ability of Chief and Council in their negotiations concerning the Northern Flood Agreement. There is a signature on this letter which purports to be that of the Complainant. The Employer's position is that the Complainant should not have signed this letter. There was however no probative evidence presented that the Complainant had in fact signed this letter. I ACCORDINGLY find that this circumstance was not valid justification for any employee discipline (which I take herein to include dismissal). [Record page 72, reasons page 58; emphasis not in original text.]

There is a major finding of the Adjudicator.

Without the complainant's testimony in chief, and tested by cross-examination, the Adjudicator was misled into making a wrong finding, a 180° wrong finding. He rejected one of the employer's main contentions without hearing the complainant's testimony as to whether it was her signature or not. The balance of probabilities, in the absence of her cogent sworn denial, steeply inclines to a finding that it was her signature. But the Adjudicator, finding no probative evidence that a signature which appeared to be the complainant's signature, and without her testimony to deny it, accordingly found "that this circumstance was not a valid justification for . . . discipline." (Record page 72, reasons page 58.) The implication

À la page 45 de ses motifs (page 59 du dossier), l'arbitre dit ceci: [TRADUCTION] «La plaignante n'a pas témoigné, sauf sur le point initial concernant la compétence.»

a Dans ses motifs, l'arbitre a cité des questions sur lesquelles la plaignante aurait dû témoigner, et l'employeur avait la possibilité de contre-interroger celle-ci. Dans les extraits précités, où la Cour a souligné certains passages, figurent des allégations au sujet desquelles la plaignante aurait dû témoigner. En voici une autre, dont l'arbitre a fait mention dans ses motifs, soit la première de trois circonstances sur lesquelles, selon l'arbitre, l'employeur s'est fondé pour justifier le fait qu'il avait mis fin à l'emploi de la plaignante:

[TRADUCTION] a) Le fait que la plaignante a signé la lettre versée au dossier à titre de pièce 15. La pièce 15 est une lettre adressée à Vic Savino, avocat de l'employeur, qu'un certain nombre de gens ont signée et dans laquelle on demandait que le paiement de toute somme devant être avancée en vertu de l'accord Northern Flood soit suspendu tant que les membres de la bande n'auraient pas donné leur consentement. Le chef Ross a témoigné que cette lettre avait pour effet de lui nuire ainsi qu'au conseil dans les négociations relatives à l'accord Northern Flood. Sur cette lettre figure une signature qui serait apparemment celle de la plaignante. La position de l'employeur est que la plaignante n'aurait pas dû signer la lettre. Toutefois, on n'a présenté aucune preuve probante montrant que la plaignante avait de fait signé cette lettre. Par conséquent, je conclus que cette circonstance ne constituait pas une justification valable permettant d'assujettir l'employée à des mesures disciplinaires (ce que j'interprète en l'espèce comme comprenant le congédiement). [Page 72 du dossier, page 58 des motifs]; non souligné dans le texte original.]

b L'arbitre a tiré une conclusion importante.

En l'absence du témoignage en chef de la plaignante, qu'un contre-interrogatoire aurait permis d'apprécier, l'arbitre a été amené à tirer une conclusion tout à fait erronée. Il a rejeté l'une des principales prétentions de l'employeur, sans entendre le témoignage de la plaignante au sujet de la question de savoir s'il s'agissait de sa signature. En l'absence d'une dénégation convaincante faite sous serment, la prépondérance des probabilités donne fortement à penser qu'il s'agissait de fait de la signature de la plaignante. Cependant, l'arbitre, qui a conclu à l'inexistence d'une preuve probante selon laquelle la signature en question était celle de la plaignante, et en l'absence du témoignage de cette dernière réfutant

is that it would have been a valid justification if the complainant had signed the protest letter. However, the evidence on a balance of probability—without her sworn denial—indicated that it was her signature. This disposition of the Adjudicator constitutes an egregious error of fact, and is patently unreasonable.

The Adjudicator's reasoning about the employer's points b) and c), and particularly c), is shaky. In c) he makes the order of events a key factor. How the complainant accepted her employer's decision (obscenities and accusation of theft) is surely pertinent in assessing her behaviour. The decision conveyed to her was about removing her from the communications committee, not about her dismissal, which came later.

On page 60 of his reasons (record page 74) the Adjudicator evinces such a lack of objectivity as to criticize the employer's failure to call evidence, without ever criticizing the complainant's failure to testify on many crucial, as well as peripheral issues. On page 61 (record page 75) the Adjudicator notes "that no witnesses were called by the Employer to rebut this evidence given by Mr. Evans." Mr. Evans was the one who accused the Chief of malice with nothing to support that allegation; he even testified that the letter from Chief and Council of February 13, 1991, before the incident at the radio station, really meant dismissal although stating "indefinite suspension." This the Adjudicator accepted. The complainant regarded herself not as fired, but as a suspended employee even after February 13, 1991 as the Adjudicator notes in considering exhibit 9.

#### NON-PRODUCTION OF TESTIMONY

The Adjudicator conducted the hearing as if it were the trial of an accused, at which he, the judge, is

la chose, a donc conclu [TRADUCTION] «que cette circonstance ne constituait pas une justification valable permettant de . . . prendre une mesure disciplinaire». (Page 72 du dossier, page 58 des motifs.) Cela laisse entendre qu'il y aurait eu une justification valable si la plaignante avait signé la lettre de protestation. Toutefois, selon la prépondérance des probabilités—en l'absence d'une dénégation faite sous serment—la preuve montrait qu'il s'agissait de sa signature. Cette décision de l'arbitre constitue une énorme erreur de fait, et est manifestement déraisonnable.

Le raisonnement que l'arbitre a fait au sujet des points b) et c) soulevés par l'employeur, et en particulier du point c), est faible. En ce qui concerne le point c), l'arbitre fait de la suite des événements un facteur crucial. La façon dont la plaignante a accepté la décision de l'employeur (grossièretés et accusation de vol) est certes pertinente aux fins de l'évaluation de son comportement. La décision qui lui a été transmise était de la retirer du comité des communications, et non de la congédier, ce qui a eu lieu plus tard.

À la page 60 de ses motifs (page 74 du dossier), l'arbitre démontre son manque d'objectivité à un point tel qu'il critique l'omission de l'employeur de présenter une preuve, sans jamais critiquer l'omission de la plaignante de témoigner sur de nombreuses questions primordiales ou secondaires. À la page 61 (page 75 du dossier), l'arbitre fait remarquer qu'[TRADUCTION] «aucun témoin n'a été cité par l'employeur en vue de réfuter la preuve présentée par M. Evans». M. Evans était celui qui avait accusé le chef d'avoir fait preuve de malveillance sans que cette allégation soit étayée; il a même témoigné que la lettre du chef et du conseil, datée du 13 février 1991, avant les événements qui se sont produits dans les locaux de la station radiophonique, visait réellement à congédier la plaignante, bien qu'il y ait été fait mention d'une [TRADUCTION] «suspension indéfinie». L'arbitre l'a reconnu. La plaignante estimait non qu'elle avait été congédiée, mais qu'elle avait été suspendue, même après le 13 février 1991, comme l'arbitre le fait remarquer lorsqu'il examine la pièce 9.

#### OMISSION DE TÉMOIGNER

L'arbitre a conduit l'audience comme s'il s'agissait du procès d'une accusée, auquel lui, le juge, ne

forbidden by law to admonish the “accused” that she ought to testify. Alternatively the Adjudicator erred in apparently finding no evidence which required her to respond by testifying. The Adjudicator thereby acquiesced in denying the employer the opportunity to cross-examine the complainant.

Now, unless summoned to testify on subpoena, there is nothing in law to compel the complainant to testify, but she must thereby face the consequences. They are adverse inferences by the Adjudicator. He drew no adverse inferences regarding the complainant, only regarding the employer who (Chief and Councillors) did testify. The Adjudicator, himself, recited evidence which required her to respond, on pain of adverse inference. This was hardly a kind of “non-suit.” Whether the complainant failed to give evidence as required, in order to avoid adverse inferences, was upon advice of counsel or not, the Adjudicator ought to have admonished her about such a plight and encouraged her to testify. He thereby acquiesced in denying the employer the opportunity of cross-examination. Since she declined to testify on the substantive issues, the Adjudicator ought to have drawn all those adverse inferences open to him, and that might well have produced the dismissal of her complaint. The Adjudicator’s failure in that regard gives the appearance of bias.

There is much jurisprudence on the matter of non-production of evidence, and error of law and error of fact leading to a probably—or at least possibly—different decision. As to the failure to produce cogent evidence, there are the following judgments:

*Barnes v. Union SS. Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 267, wherein Mr. Justice Wilson of the Supreme Court of British Columbia, in a personal injury case of negligence stated, at page 270:

I am reinforced in this conclusion by the mysterious absence from my Court room of any of the ship’s crew, except the steward. The steward says he went to get the chief steward.

pouvait pas, en vertu de la loi, informer l’«accusée» qu’elle devait témoigner. Subsidiairement, l’arbitre a commis une erreur en concluant apparemment qu’il n’existait aucune preuve obligeant la plaignante à répondre en témoignant. L’arbitre a ainsi consenti à refuser à l’employeur la possibilité de contre-interroger la plaignante.

À moins qu’elle ne soit citée comme témoin au moyen d’un subpoena, rien en droit ne contraint la plaignante à témoigner, mais elle doit alors faire face aux conséquences. Il s’agit des déductions défavorables que l’arbitre fait. Or, l’arbitre n’a fait aucune déduction défavorable au sujet de la plaignante, mais uniquement au sujet de l’employeur (le chef et les conseillers), qui a en fait témoigné. L’arbitre lui-même a mentionné les éléments de preuve auxquels la plaignante devait répondre, sous peine de faire l’objet de déductions défavorables. Il s’agissait difficilement d’un genre de [TRADUCTION] «défaut de poursuite». Que la plaignante ait omis de présenter une preuve, comme elle était tenue de le faire, afin d’éviter de faire l’objet de déductions défavorables, par suite des conseils de son avocat ou non, l’arbitre aurait dû l’informer de la situation et l’encourager à témoigner. Il a ainsi consenti à refuser à l’employeur la possibilité de contre-interroger la plaignante. Étant donné que cette dernière a refusé de témoigner sur des questions de fond, l’arbitre aurait dû faire toutes les déductions défavorables qu’il pouvait faire, et cela aurait bien pu entraîner le rejet de la plainte. L’omission de l’arbitre à cet égard donne l’apparence de partialité.

Il existe de nombreux arrêts se rapportant à la question de la non-production d’un élément de preuve, ainsi que d’une erreur de droit ou de fait entraînant une décision probablement—ou du moins peut-être—différente. En ce qui concerne l’omission de présenter une preuve convaincante, il y a les arrêts suivants:

*Barnes v. Union SS. Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 267, dans lequel le juge Wilson, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans une affaire de lésions corporelles résultant d’une négligence, a dit ceci, à la page 270:

[TRADUCTION] L’absence mystérieuse de la salle d’audience de tout membre d’équipage du navire, sauf le steward me renforce dans cette conclusion. Le steward dit qu’il est allé cher-

Where is the chief steward? The steward says three people helped Barnes up the ladder. None of them were witnesses, although at least one of them is known to be in the Air Force and hence readily traceable. None of the men who had last worked this hold, none of the officers in charge of those men were before me to tell me about the position of the hatch doors. None of the officers who must surely have investigated this very serious accident have been called as witnesses. Out of a large crew the defendant produces one man.

Martin C.J.S. deals with this sort of situation in *Murray v. Saskatoon*, [1952] 2 D.L.R. 499 and at p. 506 cites with approval this passage from Wigmore on Evidence, 3rd ed., Vol. II, p. 162: "The failure to bring before the tribunal some circumstance, document, or witness, when either the party himself or his opponent claims that the facts would thereby be elucidated, serves to indicate, as the most natural inference, that the party fears to do so, and this fear is some evidence that the circumstance or document or witness, if brought, would have exposed facts unfavourable to the party. These inferences, to be sure, cannot fairly be made except upon certain conditions; and they are also open always to explanation by circumstances which make some other hypothesis a more natural one than the party's fear of exposure. But the propriety of such an inference in general is not doubted."

The inferences which I draw from the absence of witnesses who ought to be available to help me are unfavourable to the defendant.

An appeal and cross-appeal from this decision were taken to the Court of Appeal and "thrice" dismissed by all of the appellate judges, writing individually, [1955] 2 D.L.R. 564.

*Pick (Otto) & Sons Seeds Ltd. v. Thomson (W.D.) Enterprises Ltd. and Thomson* (1989), 100 N.B.R. (2d) 136, is a judgment of the New Brunswick Queen's Bench, wherein it is shown that the alleged signatory did testify (unlike the case at bar). Mr. Justice Creaghan is reported thus, at page 143:

The fact is that the guarantee tendered in evidence purports to be signed by Mr. Thomson. By his own admission it resembles his signature. His testimony is unequivocal that he did not sign a personal guarantee. However he takes pains in his testimony to explain that he is sure it is not his signature because of the nature of the document, that is because he would not have signed a personal guarantee. His testimony is that he does not sign personal guarantees with anyone but the bank.

The question must also be asked why the defendant, who certainly was in the better if not the only position to do so, did not

cher le premier maître d'hôtel. Où est le premier maître d'hôtel? Le steward dit que trois personnes ont aidé Barnes à monter sur l'échelle. Aucune d'elles n'a témoigné, bien qu'on sache qu'au moins une d'entre elles est membre des forces aériennes et peut donc facilement être trouvée. Aucun des hommes qui avaient été les derniers à travailler dans la cale, aucun des officiers responsables de ces hommes, n'a comparu pour me dire quelle était la position des panneaux d'écoutes. Aucun des officiers qui ont sans doute dû enquêter sur cet incident très grave n'a été cité comme témoin. Parmi les nombreux membres d'équipage, la défenderesse ne cite qu'un homme.

Le juge en chef Martin examine ce genre de situation dans l'arrêt *Murray v. Saskatoon*, [1952] 2 D.L.R. 499 et à la p. 506, il cite en l'approuvant ce passage de Wigmore on Evidence, 3<sup>e</sup> éd., vol. II, p. 162: «L'omission de présenter au tribunal une circonstance, un document, ou un témoin, alors que la partie elle-même ou son adversaire allègue que les faits seraient ainsi éclaircis, sert à montrer, ce qui est la déduction la plus naturelle, que la partie craint de le faire, et cette crainte prouve d'une certaine façon que la circonstance, le document ou le témoin, s'ils avaient été présentés, auraient exposé des faits défavorables à la partie. De toute évidence, ces déductions ne peuvent être à juste titre faites qu'à certaines conditions; de plus, elles peuvent toujours s'expliquer par des circonstances qui rendent plus naturelle une hypothèse autre que le fait que la partie craignait la divulgation. Cependant, le bien-fondé de pareille déduction en général n'est pas remis en question».

Compte tenu de l'absence des témoins qui auraient dû être disponibles pour m'aider, je fais des déductions défavorables à la défenderesse.

Un appel et un appel incident de cette décision ont été interjetés devant la Cour d'appel, et ils ont été rejetés [TRADUCTION] «à trois reprises» par tous les juges d'appel, qui ont chacun rédigé leurs propres motifs, [1955] 2 D.L.R. 564.

*Pick (Otto) & Sons Seeds Ltd. c. Thomson (W.D.) Enterprises Ltd. et Thomson* (1989), 100 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 136 est un jugement de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick dans lequel il est démontré que le signataire allégué a témoigné (contrairement à ce qui s'est produit en l'espèce). Le juge Creaghan a dit ceci, à la page 143:

Il reste que la garantie produite en preuve est censée avoir été signée par M. Thomson. Il a lui-même admis que cela ressemble à sa signature. Il a catégoriquement affirmé qu'il n'avait pas signé de garantie personnelle. Toutefois, il a pris soin d'expliquer, dans son témoignage, qu'il était certain que ce n'était pas sa signature en raison de la nature du document, c'est-à-dire parce qu'il n'aurait pas signé une garantie personnelle. Il soutient qu'il n'accorde de garantie personnelle qu'aux banques.

Il faut également se demander pourquoi le défendeur n'a pas cité un expert pour se prononcer sur l'authenticité de sa signa-

call an expert who might testify as to the authenticity of his signature on the guarantee document. Further the matter of the defendant's presence in Saint John on March 17, 1987 begs the question of why the defendant did not call some witness who might corroborate that fact by direct testimony. Surely if he was in Saint John on that date rather than in Richmond Hill, some person would be available to testify to that fact rather than rely on receipted utility bills which might have been paid by anyone.

Creaghan J. then recited [at pages 143-144] the following passages from Sopinka & Lederman [*The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974]:

"It is well recognized that the failure of a party or a witness to give evidence, which it was in the power of the party or witness to give and by which the facts might have been elucidated, justifies the court in drawing the inference that the evidence of the party or witness would have been unfavourable to the party to whom the failure was attributed.

. . .

"The rule is not restricted in its application to the plaintiff or other party who has the ultimate burden of proof. Failure on the part of a defendant to testify or to call a witness, once a prima facie case has been made out against the defendant, may be the subject of an adverse inference. While such failure will not, in itself, fill a gap in the case of the party who has the burden of proof, when sufficient evidence has been produced by the latter, so as to create a secondary burden on the opposite party, failure by such party to testify or to call on a witness strengthens the case against him." [Sopinka and Lederman, *supra*, pp. 535, 536, 537]

In the case at bar a letter was tendered which, the employer testified bore the claimant's signature. She did not even testify, but the Adjudicator rejected the evidence because he was not sure that it was her signature, and "I accordingly find that this circumstance was not a valid justification." (Record page 72, reasons page 58.) Does that not point to the probability of a vastly different result? Why did the Adjudicator not accept the evidence, since the complainant was not heard to deny it? It was, or it was not her signature. It was a simple issue to determine. Without her testimony in repudiation—if it would have survived cross-examination—the Adjudicator gives the impression of bias to have made the finding which he made on this crucial issue.

ture sur la garantie, alors qu'il était certainement mieux placé pour pouvoir le faire. Par ailleurs, en ce qui concerne la question de la présence du défendeur à Saint John le 17 mars 1987, on peut se demander pourquoi il n'a pas fait corroborer ce fait par un témoin. Il est certain que, si, à la date en question, il se trouvait à Saint John plutôt qu'à Richmond Hill, il aurait pu trouver quelqu'un pour en témoigner, plutôt que de se fonder sur des reçus de factures de services publics qui peuvent avoir été payés par n'importe qui.

Le juge Creaghan a ensuite cité les passages suivants [aux pages 143 et 144] de Sopinka et Lederman [*The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974]:

«Il est bien connu que le défaut d'une partie ou d'un témoin de présenter une preuve, qu'il est en son pouvoir de produire et qui aurait pu élucider les faits, justifie le tribunal d'en déduire que cette preuve aurait été défavorable à la partie ou au témoin à qui l'on peut reprocher cette omission.

d

«L'application de cette règle ne se limite pas au demandeur ni à la partie qui a le fardeau de persuasion. Un défendeur qui ne témoigne pas ou qui ne cite pas de témoin après que le demandeur a présenté une preuve suffisante à première vue contre lui, risque de faire l'objet d'une conclusion défavorable. Bien que cette absence de témoignage ne puisse, en elle-même, combler les lacunes de la preuve de la partie à laquelle le fardeau incombe, lorsque cette partie a présenté une preuve suffisante pour créer un fardeau de présentation pour la partie adverse, cette dernière consolide la preuve produite contre elle si elle ne témoigne pas ou si elle n'appelle pas de témoins.» [Sopinka et Lederman, précité, p. 535, 536, 537]

En l'espèce, on a produit une lettre qui, selon le témoignage de l'employeur, portait la signature de la plaignante. Cette dernière n'a même pas témoigné, mais l'arbitre a rejeté la preuve parce qu'il n'était pas certain que c'était sa signature, et que [TRADUCTION] «par conséquent, [il] conclu[ait] que cette circonstance ne constituait pas une justification valable». (Page 72 du dossier, page 58 des motifs.) Cela ne montre-t-il pas la probabilité d'un résultat tout à fait différent? Pourquoi l'arbitre n'a-t-il pas retenu la preuve, étant donné qu'on n'a pas entendu la plaignante la réfuter? C'était, ou ce n'était pas, sa signature. La question à trancher était simple. En l'absence du témoignage de la plaignante, qui aurait permis de réfuter la preuve—s'il avait survécu au contre-interrogatoire—l'arbitre donne l'impression de partialité en tirant la conclusion qu'il a tirée sur ce point crucial.

The judgment of Chief Justice Tritschler in *Keelan et al. v. Norray Distributing Ltd. et al.* (1967), 62 D.L.R. (2d) 466 (Man. Q.B.), bears on this issue and bolsters the Court's opinion. At pages 481-482 Tritschler, C.J.Q.B. is reported as having written:

... Platt must have known quite well that these men knew no more about the machines than he did. It is probable that Traders was hoodwinked out of its money just as Keelan, Mooney, Ritchie and Langdon were tricked out of their \$6,000. Platt's association and connection with the transaction is a vital factor. He alone knew why Traders' money was put out. He might have elucidated the facts. In the circumstances I think he should have been called and the failure to do so leaves an unfavourable impression.

The Chief Justice then quoted the passage from *Murray v. Saskatoon* [[1952] 2 D.L.R. 499 (Sask. C.A.)] written by Martin C.J.S. set out above. The absence of cogent evidence upon which the tribunal could base its decision is discussed in *Bond v. New Brunswick (Board of Management)* (1992), 122 N.B.R. (2d) 351 (Q.B.), cited for the applicant and is helpful to this Court in this regard.

The matter of failure to give evidence is described at greater length in the Sopinka & Lederman text on *The Law of Evidence in Civil Cases* mentioned above, and in the *Canadian Abridgment* (2nd edition) vol. R15, Evidence, at pages 50-51, as well as in *Cross on Evidence* (7th edition) Butterworths, London, 1990, Chap. 1, Section 3, "Failure to Give Evidence or Call a Witness: civil cases," especially at page 37. In this regard, one is moved to ask about the fact that the complainant never denied—never heard to deny—that she herself went on the air waves the evening of February 13, 1991.

Would it have been appropriate to issue a subpoena to compel the complainant's testimony? Probably not. It was after all her case, and the risks were undertaken by her while represented by counsel. The Adjudicator went very wrong in not warning her of the risks of an unfavourable decision, and in not applying those risks to and in the formulation of his decision, whereby they would probably have resulted in a finding of just cause for dismissal and the dismissal of her complaint.

Le jugement que le juge en chef Tritschler a rendu dans *Keelan et al. v. Norray Distributing Ltd. et al.* (1967), 62 D.L.R. (2d) 466 (B.R. Man.), se rapporte à cette question et étaye l'opinion de la Cour. Aux pages 481 et 482, le juge en chef Tritschler, de la Cour du Banc de la Reine, a dit ceci:

[TRADUCTION] ... Platt devait fort bien savoir que ces hommes ne connaissaient pas plus les machines que lui. Il est probable que Traders ait été dessaisi de son argent tout comme Keelan, Mooney, Ritchie et Langdon avaient été amenés à se dessaisir de leurs 6 000 \$. Le fait que Platt participait à l'opération constitue un facteur crucial. Lui seul savait pourquoi l'argent de Traders avait été avancé. Il aurait pu éclaircir les faits. Dans ces conditions, je crois qu'il aurait dû être cité et que l'omission de le faire laisse planer une impression défavorable.

Le juge en chef a ensuite cité le passage précité des motifs écrits du juge en chef Martin figurant dans l'arrêt *Murray v. Saskatoon* [[1952] 2 D.L.R. 499 (C.A. Sask.)]. L'absence de preuve convaincante sur laquelle le tribunal pouvait fonder sa décision est examinée dans l'arrêt *Bond c. New Brunswick (Board of Management)* (1992), 122 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 351 (B.R.), cité au nom de l'appelante, et est utile à la Cour à cet égard.

La question de l'omission de présenter une preuve est décrite plus à fond dans l'ouvrage de Sopinka et Lederman intitulé *The Law of Evidence in Civil Cases*, précité, et dans le *Canadian Abridgment* (2<sup>e</sup> édition), vol. R15, Evidence, aux pages 50 et 51, ainsi que dans *Cross on Evidence* (7<sup>e</sup> édition), Butterworths, London, 1990, ch. 1, section 3, «Failure to Give Evidence or Call a Witness: civil cases», en particulier à la page 37. À cet égard, on est porté à se demander pourquoi la plaignante n'a jamais nié—qu'on ne l'a jamais entendue nier—qu'elle était elle-même passée sur les ondes le 13 février 1991 au soir.

Aurait-il été approprié de délivrer un subpoena visant à contraindre la plaignante à témoigner? Probablement pas. Somme toute, il s'agissait de la preuve de la plaignante, et cette dernière a pris ce risque lorsqu'elle était représentée par un avocat. L'arbitre a commis une grave erreur en n'avertissant pas la plaignante du risque d'une décision défavorable, et en ne tenant pas compte de ce risque dans sa décision et dans le libellé de sa décision, ce qui aurait probablement entraîné une conclusion selon laquelle il existait une juste cause de congédiement ainsi que le rejet de la plainte.



LOSS OF OPPORTUNITY TO CROSS-EXAMINE

The loss of the opportunity to cross-examine is typically considered in criminal law cases, where a transcript of testimony taken at a preliminary inquiry is sought to be introduced at trial. The modern *locus classicus* of judicial treatment of this matter in conjunction with the then section 643, now section 715, of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 76)] is acknowledged to be the judgment of the Ontario Court of Appeal, written by Mr. Justice G. Arthur Martin in *R. v. Davidson* (1988), 42 C.C.C. (3d) 289. The opportunity to cross-examine is the paramount aspect of the right to confront one's adversary, and is of the essence to fair proceedings. That much is made of that opportunity in criminal law cases, is no reason to dilute its importance in the case at bar.

Without having warned the complainant about her failure to testify, without having applied the consequence of the risks to her case, the Adjudicator apparently accepted the employer's loss of opportunity to cross-examine. The Adjudicator's failure to admonish, his failure to give any heed whatsoever to the legal concept of adverse inferences in regard to the complainant's case, his indifference to the employer's loss of opportunity to cross-examine the complainant, his failure to relate that loss to the signature about which he came to the dubious and wrong conclusion without any testimony of the complainant on that matter and accordingly found no justification for employment discipline thereby, his apparent bias in drawing all, or almost all, adverse inferences against the employer, evince patently unreasonable conduct of the inquiry. All the above create a lively probability that if the Adjudicator had not failed in the above-recited respects, the result would have favoured the employer. Paragraph 2b) of the originating notice is affirmed.

PERTE DE POSSIBILITÉ DE CONTRE-INTERROGER

La perte de possibilité de contre-interroger est habituellement prise en considération dans les affaires pénales, où l'on cherche à présenter au procès la transcription des témoignages qui a été faite à l'enquête préliminaire. Le *locus classicus* contemporain du traitement judiciaire de cette question, en liaison avec l'article 643 du *Code criminel* [S.R.C. 1970, ch. C-34 (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 76)] qui était alors en vigueur, maintenant l'article 715, et qui l'est encore, est reconnu comme étant le jugement rendu par le juge G. Arthur Martin au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, dans *R. v. Davidson* (1988), 42 C.C.C. (3d) 289. La possibilité de contre-interroger constitue l'aspect primordial du droit de confronter son adversaire, et est essentiel pour des procédures équitables. Le fait qu'on accorde beaucoup d'importance à cette possibilité dans les affaires pénales ne permet pas pour autant de lui enlever de son importance en l'espèce.

Sans avoir donné d'avertissement à la plaignante au sujet de son omission de témoigner, sans avoir appliqué la conséquence découlant du risque qu'elle prenait, l'arbitre a apparemment accepté le fait que l'employeur n'avait pas eu la possibilité de contre-interroger celle-ci. L'omission de l'arbitre d'avertir la plaignante, son omission de tenir compte de la notion juridique des déductions défavorables dans le cas de la plaignante, son indifférence en ce qui concerne la perte de possibilité de l'employeur de contre-interroger la plaignante, son omission d'établir un rapport entre cette perte et la signature au sujet de laquelle il est arrivé à une conclusion douteuse et erronée sans que la plaignante ne témoigne sur ce point, de sorte, qu'il a conclu qu'il n'existait aucune justification permettant la prise de mesures disciplinaires, sa partialité apparente lorsqu'il a fait toutes, ou presque toutes, les déductions défavorables à l'employeur, montrent d'une façon manifeste qu'il a conduit l'enquête d'une façon déraisonnable. Tout cela crée une probabilité réelle que le résultat aurait favorisé l'employeur, si l'arbitre ne s'était pas trompé en ce qui concerne les questions susmentionnées. L'alinéa 2b) de l'avis introductif d'instance est confirmé.

ERRORS OF LAW

The Adjudicator's conclusions on unjust—as distinct from unlawful or illegal—dismissal were a self-misdirection and error in law. The error was compounded by his attempt to meld into the secular law, the Band's customs. In common with most of the world's great religions and benign philosophies, the Band customs were described as exacting peace, siblinghood harmony, co-operation with and caring for one's neighbours, respecting all and defaming none, in effect, peace on earth and goodwill toward all. From the evidence in this case, it clearly appears that Norway House Band members are just as good, but no better, at adhering to and practising their Band custom virtues as are millions of Jews, Christians, Muslims, Hindus, Buddhists, *et al.* at adhering to and practising their respective, but virtually identical virtues. It is a good proof of common humanity, but it is an error of law to take account of those customs, as the Adjudicator said he did, in formulating conclusions of law. Those Band customs are as irrelevant in these circumstances as are the religious persuasions, if any, of the complainant, the lawyers, the Adjudicator, and this Judge. In the secular state which is Canada (and everyone's protection) the Adjudicator, appointed by secular authority must apply only secular law. To assert otherwise is to assert an error of law. Freedom of religion, a prized value in Canada does not convert a secular state into anybody's wished-for theocracy.

FURTHER ERRORS

In Division XIV of Part III of the Code the title is "Unjust Dismissal" and the expression of Parliament throughout that Division, for example paragraph 242(3)(a) and subsections 240(1) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15] and 242(4), speaks of dismissal being unjust, or a person being unjustly dismissed. One could certainly understand that a wrongful, or even unlawful dismissal would be, indeed are, also unjust. Certainly the notion that a dismissal may be unjust, even if not wrongful (record pages 62 and

ERREURS DE DROIT

Les conclusions que l'arbitre a tirées au sujet du congédiement injuste—par opposition au congédiement illégal—constituaient une directive erronée qu'il s'était imposée et une erreur de droit. L'erreur a été aggravée par le fait que l'arbitre a tenté de mêler les coutumes de la bande au droit séculier. Comme la plupart des grandes religions du monde et des philosophies bénignes, les coutumes de la bande ont été décrites comme prônant la paix, l'harmonie, l'entraide et l'amour du prochain, le respect de tous et l'absence de calomnie, en fait, la paix sur la terre et la bonne volonté envers tous. Il ressort clairement de la preuve présentée en l'espèce que les membres de la bande de Norway House sont aussi bons, mais non meilleurs, lorsqu'il s'agit d'adhérer aux vertus des coutumes de la bande et de les mettre en pratique, que les millions de Juifs, de Chrétiens, de Musulmans, d'Hindous, de Bouddhistes, etc. qui adhèrent aux vertus respectives, mais presque identiques, de leur religion et qui les mettent en pratique. Cela montre bien l'humanité commune, mais on commet une erreur de droit lorsqu'on tient compte de ces coutumes, comme l'arbitre dit l'avoir fait, en formulant des conclusions de droit. Ces coutumes de la bande ne sont pas plus pertinentes dans ce cas-ci que ne le sont les convictions religieuses, le cas échéant, de la plaignante, des avocats, de l'arbitre et du présent juge. Dans l'État laïque qu'est le Canada (qui protège tout le monde), l'arbitre, qui est désigné par les autorités laïques, doit appliquer uniquement le droit séculier. On commet une erreur de droit en affirmant le contraire. La liberté de religion, une valeur fort estimée au Canada, ne fait pas de l'État laïque la théocratie souhaitée par quiconque.

AUTRES ERREURS

La section XIV de la partie III du Code est intitulée «Congédiement injuste» et, dans toute cette section, par exemple à l'alinéa 242(3)a ainsi qu'aux paragraphes 240(1) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 9, art. 15] et 242(4), le législateur parle du fait que le congédiement est injuste, ou qu'une personne a injustement été congédiée. Il est certes facile de comprendre qu'un congédiement injustifié, ou même illégal, serait et, de fait, est également injuste. De toute évidence, l'idée selon laquelle un

63, reasons pages 48 and 49), could have some narrow application which may be imagined, but for the Adjudicator to proceed upon his own announcement that he has “put little weight on the cases referred to me which deal solely with wrongful dismissal” is the clearest self-misdirection in law, and a reviewable, egregious error. The Adjudicator’s interpretation of the Code as developing the common law by being legislation dealing with unfair or unjust dismissal, and having in mind a broader range of problems than would be addressed if one were to read “unjust dismissal” as incorporating the substantive test of cause as propounded by the courts in wrongful dismissal cases (record page 64, reasons page 50), carries him away from the Code and into Band custom. The Band custom is a civilized code of ethical niceness like other ethical and religious codes, but Parliament does not include such references in this legislation in this most decent of secular states. The applicant has made out its complaint in paragraph 2a) of its notice of motion.

According to his affidavit, Chief Alan Ross had been elected and re-elected by the voting public of Norway House Band in 1986, 1988, 1990 and 1992. The latter re-election occurred after the petitions, sourness exhibited by some (perhaps including the complainant, according to the evidence), against the Chief and/or Council, and many months after the incident at the radio station which caused the Band Council (including the Chief) to dismiss the complainant. There was ample evidence placed before the Adjudicator to prove the existence of a small group who were determined not to accept the will of the people. The question of the complainant’s membership in that group would have been more helpfully determined if she had presented her own sworn testimony exposed to cross-examination. Chief Ross who had the moral fortitude to testify and face cross-examination, swore in his affidavit of July 6, 1992, paragraph 5 that “Florence J. Duncan has, as is confirmed by the award, been actively engaged in this political activity.” The findings made by the Adjudicator are pretty inconsistent about a calm process at the radio station, but the complainant being present, blocking the doorway, and talking “to the Chief and

congédiement peut être injuste, même s’il n’est pas injustifié (pages 62 et 63 du dossier, pages 48 et 49 des motifs) pourrait donner lieu à l’application stricte qu’on peut imaginer, mais le fait que l’arbitre a lui-même annoncé qu’il avait [TRADUCTION] «accordé peu d’importance aux arrêts cités se rapportant uniquement au congédiement injustifié» constitue clairement une directive erronée en droit, et une grave erreur susceptible de contrôle. Le fait que l’arbitre a interprété le Code comme développant la common law en tant que loi concernant le congédiement injuste, et comme visant une gamme plus étendue de problèmes que ceux qui seraient visés si l’on interprétait le «congédiement injuste» comme incorporant le critère de fond relatif à la cause, comme l’ont proposé les tribunaux dans les affaires de congédiement injustifié (page 64 du dossier, page 50 des motifs), l’éloigne du Code et le rapproche de la coutume de la bande. La coutume de la bande est un code savant de subtilités éthiques comme les autres codes éthiques et religieux, mais le législateur n’incorpore pas pareils renvois dans cette loi, dans l’État laïque particulièrement convenable qu’est le nôtre. La requérante a établi sa plainte à l’alinéa 2a) de son avis de requête.

Selon l’affidavit qu’il a produit, le chef Alan Ross avait été élu et réélu par les électeurs de la bande de Norway House en 1986, en 1988, en 1990 et en 1992. La dernière fois, il a été réélu après qu’on eut fait circuler les pétitions, que certaines personnes (dont peut-être la plaignante, selon la preuve) eurent manifesté de l’amertume envers le chef ou le conseil, et plusieurs mois après les événements qui se sont produits dans les locaux de la station radiophonique, lesquels ont amené le conseil de la bande (dont le chef) à congédier la plaignante. De nombreux éléments de preuve ont été présentés devant l’arbitre en vue d’établir l’existence d’un petit groupe qui était bien décidé à ne pas accepter la volonté des gens. La question de l’appartenance de la plaignante à ce groupe aurait été tranchée d’une façon plus utile si cette dernière avait elle-même témoigné sous serment et avait pu être assujettie à un contre-interrogatoire. Le chef Ross, qui a eu la fortitude morale de témoigner et de se soumettre à un contre-interrogatoire, a déclaré, au paragraphe 5 de son affidavit du 6 juillet 1992, que [TRADUCTION] «Florence J. Duncan a[vait] personnellement participé à cette activité politique, comme le confirme la décision». Les conclusions tirées par l’ar-

Councillors pretty loudly, but not yelling.” Not calmly, either. The applicant has made out the allegations expressed in paragraphs 2e), k) and l).

In summation, after careful and oft repeated perusals of the Adjudicator’s reasons and decision, the Court finds that the other allegations of paragraphs 2c), d), f), g), h), i) and j) are all made out. Thus the Court affirms all of paragraphs 2a) through l). Indeed, those perusals of the Adjudicator’s reasons and decision fully support affirmation of paragraphs 3 and 4 of the applicant’s originating notice of motion, remarkable as that may seem, except for one matter. The Court cannot with certitude proclaim that the Adjudicator was certainly biased. His reasons and decision do import an impressive appearance of bias, but the appearance, serious as it is, is not a certainty. It may be that the Adjudicator did his best to be, and remain, indifferent as between the parties. In any event, the Adjudicator’s order—which he calls an “award”—must accordingly be set aside or quashed, because it is the result of patently unreasonable proceedings, considerations and conclusions as set out herein.

#### DISPOSITION

The applicant asked nothing more than that the Adjudicator’s “award” be set aside. In the respondent’s application record there is no plea or suggestion as to what the Court should do in the event that the applicant were successful. It is clear, for all the above-stated reasons that the Adjudicator’s order is to be quashed.

Is that all there is? What the applicant has requested the Court to do, in these judicial review proceedings, is to grant it relief in the nature of *certiorari*, as is contemplated in paragraph 18(1)(b) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] of the *Federal Court Act*. Such remedy, according to subsection 18(3) [as am. *idem*] of that Act, can be obtained only on an application for judicial review made under section

bitre sont passablement incompatibles avec le fait que les événements s’étaient déroulés dans le calme, dans les locaux de la station radiophonique, la plaignante étant présente, bloquant l’entrée et parlant [TRADUCTION] «au chef et aux conseillers passablement fort, mais sans crier». M<sup>me</sup> Duncan ne parlait pas calmement non plus. La requérante a prouvé les allégations qui sont faites aux alinéas 2e), k) et l).

Bref, après avoir minutieusement examiné et souvent cité les motifs et la décision de l’arbitre, la Cour conclut que les autres allégations figurant aux alinéas 2c), d), f), g), h), i) et j) ont toutes été établies. La Cour confirme donc les alinéas 2a) à l) au complet. De fait, cet examen des motifs et de la décision de l’arbitre étaye pleinement la confirmation des paragraphes 3 et 4 de l’avis de requête introductive d’instance de la requérante, aussi remarquable que cela semble être, sauf sur un point. La Cour ne saurait proclamer avec certitude que l’arbitre était certainement partial. Les motifs et la décision de ce dernier indiquent de fait l’existence d’une apparence impressionnante de partialité, mais l’apparence, aussi sérieuse soit-elle, ne constitue pas une certitude. Il se peut que l’arbitre ait fait son possible pour être, et demeurer, indifférent à l’égard des parties. Quoiqu’il en soit, l’ordonnance de l’arbitre—qu’il appelle une «décision»—doit donc être infirmée ou annulée, parce que c’est le résultat de procédures, de considérations et de conclusions manifestement déraisonnables, comme il en est ici fait mention.

#### DISPOSITIF

La requérante a simplement demandé que la «décision» de l’arbitre soit infirmée. Dans le dossier de demande de l’intimée, il n’y a pas de conclusions ou de suggestions au sujet de ce que la Cour devrait faire si la requérante avait gain de cause. Pour les motifs susmentionnés, il est clair que l’ordonnance de l’arbitre doit être annulée.

Est-ce tout? Dans ces procédures de contrôle judiciaire, la requérante a demandé à la Cour de lui accorder une réparation de la nature d’un *certiorari*, comme le prévoit l’alinéa 18(1)b) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] de la *Loi sur la Cour fédérale*. Selon le paragraphe 18(3) [mod., *idem*] de cette Loi, pareil recours est exercé par présentation d’une demande de contrôle judiciaire en vertu de l’ar-

18.1 [as enacted *idem*, s. 5]. These provisions are not specifically mentioned in the applicant's originating notice, but that is far from fatal, although preferable, for the Court knows its own jurisdiction and recognizes when such jurisdiction is invoked. Subsection 18.1(3) runs as follows:

18.1 ...

(3) On an application for judicial review, the Trial Division may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

It will be noticed that the Court here, as is proper on judicial review, has not substituted this Judge's view of what the outcome of the adjudication should have been, had it been conducted in accordance with proper application of the law and proper appreciation of the facts. In these particular circumstances that would be presumptuous, if not arrogant of this Court. This is not an appeal on the record, and no provision is made for such. The only conclusion one can draw from Division XIV, Part III of the Code is that with the pronouncement of the reasons and the order, the Adjudicator is *functus officio*. In any event, the complainant's complaint should hardly be referred back to the same Adjudicator in view of this Court's finding of the appearance of bias tainting the Adjudicator's proceedings and conclusions. Referring back, although mentioned in subsection 18.1(3) of this Court's constituent statute, evinces other problems which will be hereinafter mentioned.

Now it is true that the Supreme Court of Canada which has led the judiciary into reviewing statutorily protected adjudications, and with good reason (but more importantly, unanswerable reason, unless Parliament bestirs itself), has called upon the judiciary to be flexible. In the Supreme Court case of *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, Mr. Justice Sopinka, writing for the majority is reported thus [at pages 860-862]:

ticle 18.1 [édicte, *idem*, art. 5]. Ces dispositions ne sont pas expressément mentionnées dans l'avis introductif d'instance de la requérante, mais cela est loin d'être fatal, bien qu'il eût été préférable de les mentionner, car la Cour connaît l'étendue de sa compétence et la reconnaît lorsqu'elle est invoquée. Le paragraphe 18.1(3) est ainsi libellé:

18.1 ...

(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Section de première instance peut:

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

Il est à noter qu'en l'espèce, la Cour, comme il convient de le faire dans le cadre d'un contrôle judiciaire, n'a pas substitué l'avis du présent juge au sujet de ce qu'aurait dû être l'issue de la décision, si l'arbitre avait conduit l'enquête en se fondant sur une application régulière de la loi et sur une appréciation juste des faits. Dans ces conditions, il serait présomptueux, sinon arrogant, de le faire. Il ne s'agit pas ici d'un appel sur dossier, et aucune disposition n'est prise à cette fin. La seule conclusion que permet de tirer la section XIV de la partie III du Code est qu'une fois que les motifs ont été prononcés et l'ordonnance rendue, l'arbitre est *functus officio*. Quoi qu'il en soit, la plainte présentée par la plaignante peut difficilement être renvoyée au même arbitre étant donné que la Cour a conclu à l'apparence de partialité, qui entache de nullité les procédures et conclusions de l'arbitre. Le renvoi de l'affaire, bien qu'il soit mentionné au paragraphe 18.1(3) de la loi constitutive de la Cour, pose d'autres problèmes qui seront ci-après mentionnés.

Il est vrai que la Cour suprême du Canada, qui a amené la magistrature à réviser des décisions protégées par la loi, et ce, pour un motif valable (mais, ce qui est encore plus important, un motif irréfutable, à moins que le législateur ne se remue) a demandé à la magistrature de faire preuve de souplesse. Dans l'arrêt *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848, le juge Sopinka, qui parlait au nom de la majorité, a dit ceci [aux pages 860 à 862]:

In *Grillas v. Minister of Manpower & Immigration*, [1972] S.C.R. 577, Martland J., [in dissent] speaking for himself and Laskin J., opined that the same reasoning [as in *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.* [1934] S.C.R. 186] did not apply to the Immigration Appeal Board from which there is no appeal except on a question of law. Although this was a dissenting judgment, only Pigeon J. of the five judges who heard the case disagreed with this view.

I do not understand Martland J. to go so far as to hold that *functus officio* has no application to administrative tribunals. Apart from the English practice which is based on a reluctance to amend or reopen formal judgments, there is a sound policy reason for recognizing the finality of proceedings before administrative tribunals. As a general rule, once such a tribunal has reached a final decision in respect to the matter that is before it in accordance with its enabling statute, that decision cannot be revisited because the tribunal has changed its mind, made an error within jurisdiction or because there has been a change of circumstances. It can only do so if authorized by statute or if there has been a slip or error within the exceptions enunciated in *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, *supra*.

To this extent, the principle of *functus officio* applies. It is based, however, on the policy ground which favours finality of proceedings rather than the rule which was developed with respect to formal judgments of a court whose decision was subject to a full appeal. For this reason I am of the opinion that its application must be more flexible and less formalistic in respect to the decisions of administrative tribunals which are subject to appeal only on a point of law. Justice may require the reopening of administrative proceedings in order to provide relief which would otherwise be available on appeal.

Accordingly, the principle should not be strictly applied where there are indications in the enabling statute that a decision can be reopened in order to enable the tribunal to discharge the function committed to it by enabling legislation. This was the situation in *Grillas*, *supra*.

Furthermore, if the tribunal has failed to dispose of an issue which is fairly raised by the proceedings and of which the tribunal is empowered by its enabling statute to dispose, it ought to be allowed to complete its statutory task. If, however, the administrative entity is empowered to dispose of a matter by one or more specified remedies or by alternative remedies, the fact that one is selected does not entitle it to reopen proceedings to make another or further selection. Nor will reserving the right to do so preserve the continuing jurisdiction of the tribunal unless a power to make provisional or interim orders has been conferred on it by statute. See *Huneault v. Central Mortgage and Housing Corp.* (1981), 41 N.R. 214 (F.C.A.)

Dans *Grillas c. Ministre de la Main-d'Ouvre et de l'Immigration*, [1972] R.C.S. 577, le juge Martland [qui était dissident] s'exprimant en son propre nom et en celui du juge Laskin, s'est dit d'avis que le même raisonnement [que dans l'arrêt *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.* [1934] R.C.S. 186] ne s'appliquait pas à la Commission d'appel de l'immigration dont les décisions ne pouvaient faire l'objet d'un appel que sur une question de droit. Même s'il s'agissait d'une opinion dissidente, seul le juge Pigeon, parmi les cinq juges ayant entendu l'affaire, n'y a pas souscrit.

Je ne crois pas que le juge Martland ait voulu affirmer que le principe *functus officio* ne s'applique aucunement aux tribunaux administratifs. Si l'on fait abstraction de la pratique suivie en Angleterre, selon laquelle on doit hésiter à modifier ou à rouvrir des jugements officiels, la reconnaissance du caractère définitif des procédures devant les tribunaux administratifs se justifie par une bonne raison de principe. En règle générale, lorsqu'un tel tribunal a statué définitivement sur une question dont il était saisi conformément à sa loi habilitante, il ne peut revenir sur sa décision simplement parce qu'il a changé d'avis, parce qu'il a commis une erreur dans le cadre de sa compétence, ou parce que les circonstances ont changé. Il ne peut le faire que si la loi le lui permet ou s'il y a eu un lapsus ou une erreur au sens des exceptions énoncées dans l'arrêt *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, précité.

Le principe du *functus officio* s'applique dans cette mesure. Cependant, il se fonde sur un motif de principe qui favorise le caractère définitif des procédures plutôt que sur la règle énoncée relativement aux jugements officiels d'une cour de justice dont la décision peut faire l'objet d'un appel en bonne et due forme. C'est pourquoi j'estime que son application doit être plus souple et moins formaliste dans le cas de décisions rendues par des tribunaux administratifs qui ne peuvent faire l'objet d'un appel que sur une question de droit. Il est possible que des procédures administratives doivent être rouvertes, dans l'intérêt de la justice, afin d'offrir un redressement qu'il aurait par ailleurs été possible d'obtenir par voie d'appel.

Par conséquent, il ne faudrait pas appliquer le principe de façon stricte lorsque la loi habilitante porte à croire qu'une décision peut être rouverte afin de permettre au tribunal d'exercer la fonction que lui confère sa loi habilitante. C'était le cas dans l'affaire *Grillas*, précitée.

De plus, si le tribunal administratif a omis de trancher une question qui avait été soulevée à bon droit dans les procédures et qu'il a le pouvoir de trancher en vertu de sa loi habilitante, on devrait lui permettre de compléter la tâche que lui confie la loi. Cependant, si l'entité administrative est habilitée à trancher une question d'une ou de plusieurs façons précises ou par des modes subsidiaires de redressement, le fait d'avoir choisi une méthode particulière ne lui permet pas de rouvrir les procédures pour faire un autre choix. Le tribunal ne peut se réserver le droit de le faire afin de maintenir sa compétence pour l'avenir, à moins que la loi ne lui confère le pouvoir de rendre des décisions provisoires ou temporaires. Voir *Huneault c. Société*

At pages 862-863 Sopinka J. quotes Madam Justice McLachlin, then of the Supreme Court of British Columbia in *Trizec Equities Ltd. and Area Assessor Burnaby-New Westminster, (Re)* (1983), 147 D.L.R. (3d) 637. That *dictum* would make it appear that the principle of *functus officio* is dead and buried, and that the notion of finality is abolished, even although that is not really what Sopinka J., himself, seems to be going so far as to adopt. In any event, the majority in *Chandler* found that the board had not exhausted its statutory jurisdiction and, institution as it was, it could be recalled to discharge all of its statutory duties.

Here, the Adjudicator is not a full-time, career, institutional board, commission or other tribunal, but an individual selected *ad hoc* and uniquely in order to perform a single, one-time adjudication, without any institutional expertise or collegiality. He is not a member of a collegial board, commission or other tribunal to one of whose colleagues the adjudication can be referred to start all over again. In fact the emphatic privative provisions of subsections 243(1) and (2) make one believe that Parliament did in fact contemplate such a reference back to an adjudicator, and rejected that possibility entirely and deliberately. In any event anything short of voluminous directions, more voluminous than these reasons, would not suffice for a new determination, and who would perform that new determination?

In terms of subsection 242(1) of the Code, the Minister has long ago received from a quite apparently *functus* inspector the latter's report pursuant to subsection 241(3). Is the Court to assume that such report enjoys eternal life and can be resurrected any time in order to permit the appointment of a successive adjudicator, successive adjudicators, when a previous one goes "off the rails," as it were? The emphasis of Parliament's privative clause, which, the Supreme Court ordains, may be overridden in instances of "patent unreasonability" may be appreciated by contrast with section 18, in Division II—Canada Labour Relations Board, Part I of the Code.

*centrale d'hypothèques et de logement* (1981), 41 N.R. 214 (C.A.F.).

À la page 863, le juge Sopinka cite Madame le juge McLachlin, qui était alors juge à la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans l'arrêt *Trizec Equities Ltd. and Area Assessor Burnaby-New Westminster, Re* (1983), 147 D.L.R. (3d) 637. Cette remarque incidente semblerait montrer que le principe du *functus officio* n'existe plus, et que la notion du caractère définitif est abolie, même si cela ne semble réellement pas être ce que le juge Sopinka lui-même est allé jusqu'à dire. Quoi qu'il en soit, dans l'arrêt *Chandler*, la majorité a conclu que la commission n'avait pas épuisé sa compétence légale et, qu'étant donné qu'il s'agissait d'une institution, il était possible de lui rappeler de s'acquitter de toutes ses obligations légales.

En l'espèce, l'arbitre n'est pas un office professionnel à plein temps, mais une personne spécialement choisie uniquement afin de rendre une seule décision, sans avoir d'expertise ou de collégialité institutionnelle. Il n'est pas membre d'un office collégial auquel la décision peut être renvoyée pour réexamen par un autre membre. En fait, les dispositions privatives fermes des paragraphes 243(1) et (2) nous font croire que le législateur a de fait envisagé pareil renvoi à un arbitre, et a rejeté cette possibilité entièrement et délibérément. Quoi qu'il en soit, seules de longues directives, encore plus longues que ces motifs, suffiraient aux fins d'une nouvelle décision, et qui rendrait cette nouvelle décision?

En ce qui concerne le paragraphe 242(1) du Code, le ministre a depuis longtemps reçu le rapport prévu au paragraphe 241(3) d'un inspecteur qui est, selon toute apparence, *functus*. La Cour doit-elle supposer que pareil rapport est éternel et qu'il est possible de le ranimer n'importe quand afin de permettre la nomination d'un nouvel arbitre, de nouveaux arbitres, lorsque l'ancien arbitre «a perdu la boule» pour ainsi dire? La force de la clause privative adoptée par le législateur, à laquelle, comme la Cour suprême l'a statué, il est possible de passer outre dans les cas où la décision est «manifestement déraisonnable» peut être apprécié comparativement à l'article 18 figurant

It, by extreme contrast with any provision of Division XIV, Part III, empowers the Board, thus:

18. The Board may review, rescind, amend, alter or vary any order or decision made by it, and may rehear any application before making an order in respect of the application. [Emphasis not in original text.]

That is a far cry from any of the provisions of Division XIV, Part III.

So, in these circumstances should the Court pretend that the inspector's report lives *ad vitam aeternam*, and that the Minister has now received its late or latest resurrection? Should the Court therefore purport to order the Minister to appoint a new adjudicator to hear and adjudicate on the complaint? Could the Court lawfully do so? The Court thinks not.

This Court, on judicial review, is not empowered to give the decision or order which the Adjudicator ought to have given. Should the Court then purport to invoke paragraph 18.1(3)(a) of the *Federal Court Act* to order the Adjudicator to dismiss the complaint because he unlawfully failed to do so? It is not certain that he ought to have dismissed it; what is certain is that he approached his task and performed it in a patently unreasonable manner and accordingly came to a highly tainted conclusion which may likewise be characterized as patently unreasonable. If the Court were to order the Adjudicator to dismiss the complaint, how would that differ from the Court's setting aside or quashing his order? The complaint, however, upon the quashing of the Adjudicator's order, in these circumstances, remains unadjudicated.

Perhaps this state of affairs is just the natural and inevitable consequence of the *mélange* of statute law (no judicial review at all) and jurisprudence (judicial intervention in instances of patent unreasonability), which, rather than possessing a well-thought-out internal consistence, purpose and integrity, is riven by inconsistency, cross-purpose and contradiction. Courts, led by the Supreme Court of Canada, may override existing statutory privative provisions, but not even the Supreme Court can so usurp Parliament's function as to enact new concordant statutory provisions. Judicial power can destroy legislation's

dans la section II (Conseil canadien des relations du travail) de la partie I du Code. Contrairement à toute disposition de la section XIV de la partie III, cet article confère les pouvoirs suivants au Conseil:

18. Le Conseil peut réexaminer, annuler ou modifier ses décisions ou ordonnances et réinstruire une demande avant de rendre une ordonnance à son sujet. [Non souligné dans le texte original.]

Cet article ne ressemble absolument pas aux dispositions de la section XIV de la partie III.

Par conséquent, en l'espèce, la Cour devrait-elle prétendre que le rapport de l'inspecteur s'applique *ad vitam aeternam*, et que le ministre a maintenant reçu sa dernière version? La Cour devrait-elle chercher à enjoindre au ministre de désigner un nouvel arbitre pour entendre et trancher la plainte? La Cour pourrait-elle légalement le faire? Nous ne le croyons pas.

Dans le cadre d'un contrôle judiciaire, la Cour n'est pas autorisée à rendre la décision ou l'ordonnance que l'arbitre aurait dû rendre. La Cour devrait-elle donc chercher à invoquer l'alinéa 18.1(3)(a) de la *Loi sur la Cour fédérale* pour ordonner à l'arbitre de rejeter la plainte parce qu'il a illicitement omis de le faire? Il n'est pas certain qu'il aurait dû la rejeter, mais il est certain qu'il a abordé sa tâche et qu'il s'en est acquitté d'une façon manifestement déraisonnable et qu'il a donc tiré une conclusion fortement entaché de vice, qui peut également être considérée comme manifestement déraisonnable. Si la Cour ordonnait à l'arbitre de rejeter la plainte, en quoi cela différerait-il de l'annulation de l'ordonnance par la Cour? Cependant, une fois que l'ordonnance de l'arbitre a été annulée, la plainte demeure, dans ces conditions, non réglée.

Cet état de choses est peut-être simplement la conséquence naturelle et inévitable du mélange de droit statutaire (absence de contrôle judiciaire) et de jurisprudence (intervention judiciaire dans les cas où la décision est manifestement déraisonnable), lequel, au lieu d'avoir une consistance, un but et une intégrité internes réfléchis, est plein d'inconséquences, de buts opposés et de contradictions. Les tribunaux, menés par la Cour suprême du Canada, peuvent supplanter les dispositions légales privatives existantes, mais la Cour suprême elle-même ne peut pas ainsi usurper la fonction du Parlement de façon à édicter de nouvelles



purpose, but it cannot create a new purpose to replace that set aside.

For all of the foregoing reasons the Adjudicator's decision and order are set aside, or quashed—period—full stop. Money paid into Court on a garnishing order (T-1127-92) shall not be paid out pending expiry of the time for appeal herefrom, and if an appeal be taken, the matter of payment out of the money and to whom, shall be governed by order or direction of the Appeal Division to abide the result of such appeal.

As noted earlier herein, no costs are awarded to either party or the intervener.

dispositions légales concordantes. Le pouvoir judiciaire peut anéantir le but de la loi, mais il ne peut pas créer un nouveau but pour remplacer celui qui a été annulé.

<sup>a</sup> Pour les motifs susmentionnés, la décision et l'ordonnance de l'arbitre sont infirmées, ou annulées, un point c'est tout. Les sommes consignées à la Cour conformément à l'ordonnance de saisie-arrêt (T-1127-92) ne seront versées qu'à l'expiration du délai d'appel et, si un appel est interjeté, la question du paiement des sommes et la question de savoir à qui celles-ci doivent être versées seront réglées par une ordonnance ou une instruction de la Cour d'appel, conformément à l'issue de l'appel.

Comme il en a ci-dessus été fait mention, ni les parties ni l'intervenante n'auront droit aux dépens.