

Telecommunication Workers Union
Appellant

v.

British Columbia Telephone Company
Respondent

INDEXED AS: TWU v. BRITISH COLUMBIA TELEPHONE CO.

File No.: 19905.

1988: March 29; 1988: December 8.

Present: Dickson C.J. and Estey*, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Judicial review — Jurisdiction to review — Consensual labour arbitration — Arbitrator ordering employees rehired after dismissal for wrongful conduct during strike — Whether arbitrator erred in law — If so, whether error jurisdictional in nature and subject to judicial review — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 107(2), 184(3)(a)(vi), as amended.

The parties herein were involved in a long and bitter labour dispute. During the course of the strike, the employer dismissed 24 of the striking employees for alleged misconduct. Notwithstanding their agreement on the terms of a new collective agreement, the parties could not settle the strike because of their disagreement over the fate of the 24 dismissed strikers and referred the issue to arbitration. The arbitrator found the use of disciplinary powers during a strike to be an offence and directed that all 24 employees be returned to work immediately with no penalty of any kind. The Court of Appeal upheld a decision to set aside this award and to remit it to the arbitrator for reconsideration. At issue are: (1) whether or not the arbitrator erred in law when he found that an employer has no power to impose discipline during a legal strike, and (2) if in the affirmative, whether the arbitrator's error of law was jurisdictional in nature and therefore subject to review.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and Lamer, Wilson and La Forest JJ.: Assuming, without deciding, that the arbitrator did

* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Syndicat des travailleurs en
télécommunications *Appelant*

c.

British Columbia Telephone Company
Intimée

RÉPERTORIÉ: STT c. BRITISH COLUMBIA TELEPHONE CO.

b N° du greffe: 19905.

1988: 29 mars; 1988: 8 décembre.

c Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey*, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

d *Contrôle judiciaire — Pouvoir de contrôle — Arbitrage consensuel — L'arbitre a ordonné le retour au travail des employés congédiés pour inconduite pendant la grève — L'arbitre a-t-il commis une erreur de droit? — Dans l'affirmative, l'erreur touche-t-elle à la compétence et est-elle sujette au contrôle judiciaire? — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 107(2), 184(3)a)(vi), et modifications.*

Les parties ont été mêlées à un conflit de travail long et acharné. Pendant la grève, l'employeur a congédié 24 grévistes pour inconduite. Malgré leur entente sur les termes d'une nouvelle convention collective, les parties n'ont pas pu régler la grève en raison d'un désaccord sur le sort des 24 grévistes congédiés et elles ont soumis la question à l'arbitrage. L'arbitre a conclu que le recours à des mesures disciplinaires pendant une grève constitue une infraction et a ordonné le retour au travail immédiat des 24 employés sans aucune pénalité. La Cour d'appel a maintenu la décision d'annuler cette sentence et de la renvoyer à l'arbitre pour qu'il l'examine de nouveau. Les questions en litige sont les suivantes: (1) l'arbitre a-t-il commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu qu'un employeur n'a pas le pouvoir d'imposer des mesures disciplinaires pendant une grève légale? et (2) dans l'affirmative, cette erreur porte-t-elle atteinte à la compétence de l'arbitre et, de ce fait, est-elle sujette au contrôle judiciaire?

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissident): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson et La Forest: Tenant pour acquis, sans toutefois trancher la

* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

err in law, the error was not of a jurisdictional nature and therefore was not open to review.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The arbitrator erred in law when he decided that s. 107(2) of the *Canada Labour Code* removed the employer's right to discipline employees during the course of a strike. That section permits disciplinary actions by employers for activities carried on during the course of a strike if those actions are not aimed at punishing employees for union activities and participating in a lawful strike. Both the French version and jurisprudence support this interpretation.

Error of law in an arbitration must be jurisdictional in nature to be subject to judicial review. Where an arbitrator errs in defining his jurisdiction to decide a particular question, and chooses to answer a different question, the answer cannot be said to be within the contemplated jurisdiction. Here, the arbitrator's error in interpreting s. 107(2) of the *Canada Labour Code* to mean no employer-employee relationship existed resulted in a refusal to exercise the jurisdiction accorded him by the parties. The decision that the employer had no right to impose disciplinary sanctions upon striking employees was fundamental to all of the arbitrator's conclusions and hence jurisdictional in nature.

The principles of non-intervention within jurisdiction and of judicial review of excess of jurisdiction are of equal importance in the area of administrative law, and one cannot be allowed to override the other. Claims which are nothing more than "appeals" from otherwise valid administrative decisions should rightly be dismissed. It is wrong, however, to dismiss claims which raise valid jurisdictional questions simply because they come from administrative decision making bodies and not from the courts. The true focus for decision making is not on the degree of restraint to be exercised, but on the existence and nature of the error, be it a consensual arbitration or not.

There is no need for a particularly restricted scope for judicial review in the case of consensual arbitrations. Notwithstanding differences as to who or what sets the parameters of the arbitrator's jurisdiction, judicial review is available whenever an arbitrator exceeds his or her jurisdiction for the award rendered will not reflect the will of the parties or respect the terms of the statute.

question, que l'arbitre a effectivement commis une erreur de droit, cette erreur ne touchait pas à la compétence et n'était donc pas sujette au contrôle judiciaire.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): L'arbitre a commis une erreur de droit lorsqu'il a décidé que le par. 107(2) du *Code canadien du travail* privait l'employeur du droit d'imposer des mesures disciplinaires aux employés pendant une grève. Ce paragraphe permet aux employeurs d'imposer des mesures disciplinaires pour des activités qui se sont déroulées pendant une grève, pour autant que ces mesures ne visent pas à punir des employés pour des activités syndicales et leur participation à une grève légale. La version française de ce paragraphe et la jurisprudence appuient toutes les deux cette interprétation.

Une erreur de droit commise dans le contexte d'un arbitrage doit être juridictionnelle pour donner ouverture au contrôle judiciaire. Lorsqu'un arbitre commet une erreur en définissant sa compétence pour trancher une question particulière et décide de répondre à une question différente, la réponse relève de la compétence envisagée. En l'espèce, l'erreur de l'arbitre dans l'interprétation du par. 107(2) du *Code canadien du travail*, portant qu'il n'existait pas de relation employeur-employé, est à l'origine de son refus d'exercer la compétence dont il avait été investi par les parties. La décision de l'arbitre portant que l'employeur n'avait pas le droit d'imposer des mesures disciplinaires aux employés en grève était essentielle à toutes ses conclusions et touchait donc à la compétence.

Les principes de non-intervention lorsqu'il y a compétence et de contrôle judiciaire lorsqu'il y a excès de compétence sont d'égale importance en droit administratif et l'un ne saurait avoir préséance sur l'autre. Il est correct de rejeter les demandes qui ne sont rien d'autre que des «appels» de décisions administratives par ailleurs valides. Toutefois, il est incorrect de rejeter les demandes qui soulèvent des questions de compétence valides simplement parce qu'elles proviennent d'organismes administratifs plutôt que de tribunaux judiciaires. La décision doit véritablement porter non pas sur le degré de retenue judiciaire, mais sur l'existence et la nature de l'erreur, peu importe qu'il s'agisse d'un arbitrage consensuel ou non.

Il n'est pas nécessaire de donner une portée particulièrement limitée au contrôle judiciaire des arbitrages consensuels. Nonobstant les différences qui peuvent exister quant à la question de savoir qui ou qu'est-ce qui fixe les paramètres de la compétence de l'arbitre, il peut y avoir contrôle judiciaire dans tous les cas où un arbitre excède sa compétence car la sentence rendue ne reflète pas alors la volonté des parties et ne respecte pas les termes de la loi.

A non-interventionist approach is acceptable as long as it protects the rights and interests of individuals, but it must not be extended to denying recourse to courts of justice on the sole ground that such courts are reluctant to "interfere". When an arbitrator fails to act within jurisdiction, the court does not have the discretion to intervene; it has a duty to intervene at the behest of one or another of the parties.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri, [1962] S.C.R. 609; *Re Allanson* (1971), 20 D.L.R. (3d) 49; *Dumais v. Champoux Automobile Inc.*, [1970] T.T. 120; *Commission des normes du travail c. Manufacture Sorel Inc.*, [1984] C.S. 747; *Firestone Tire & Rubber Co. v. N.L.R.B.*, 449 F.2d 511 (1971); *N.L.R.B. v. Hartmann Luggage Co.*, 453 F.2d 178 (1971); *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382; *Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245; *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178.

Statutes and Regulations Cited

Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 107(2), 184(3)(a)(vi), as am.
Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 110.
Labour Relations Act, R.S.O. 1960, c. 202, s. 1(2).

Authors Cited

Gagnon, Robert, Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail en vigueur au Québec*. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1971.
 MacNeil, Michael. "Recent Developments in Canadian Law: Labour Law" (1986), 18 *Ottawa L.R.* 83.
 Nadeau, Gaston. "Le contrôle judiciaire des tribunaux du travail — Quelques commentaires sur la révision des sentences arbitrales par la Cour Suprême du Canada" in Meredith Memorial Lectures, 1980, Faculty of Law, McGill University. *New Developments in Federal and Provincial Labour Law*. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1981.
 Nadeau, Gaston. *Le statut juridique du salarié-gréviste québécois*. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1981.
 Sack, Jeffrey and C. Michael Mitchell. *Ontario Labour Relations Board: Law and Practice*. Toronto: Butterworths, 1985.

La politique de non-intervention est acceptable dans la mesure où elle protège les droits et les intérêts des particuliers, mais elle ne doit pas servir à refuser des recours aux tribunaux judiciaires pour le seul motif que ces tribunaux hésitent à «intervenir». Quand un arbitre ne respecte pas sa compétence, un tribunal judiciaire n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'intervenir, il a le devoir d'intervenir à la demande de l'une ou l'autre des parties.

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri, [1962] R.C.S. 609; *Re Allanson* (1971), 20 D.L.R. (3d) 49; *Dumais v. Champoux Automobile Inc.*, [1970] T.T. 120; *Commission des normes du travail c. Manufacture Sorel Inc.*, [1984] C.S. 747; *Firestone Tire & Rubber Co. v. N.L.R.B.*, 449 F.2d 511 (1971); *N.L.R.B. v. Hartmann Luggage Co.*, 453 F.2d 178 (1971); *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; *Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382; *Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245; *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178.

Lois et règlements cités

Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 107(2), 184(3)a)(vi), et mod.
Code du travail, L.R.Q., chap. C-27, art. 110.
Labour Relations Act, R.S.O. 1960, chap. 202, art. 1(2).

Doctrines citées

Gagnon, Robert, Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail en vigueur au Québec*. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1971.
 MacNeil, Michael. «Recent Developments in Canadian Law: Labour Law» (1986), 18 *Ottawa L.R.* 83.
 Nadeau, Gaston. «Le contrôle judiciaire des tribunaux du travail — Quelques commentaires sur la révision des sentences arbitrales par la Cour Suprême du Canada» in Meredith Memorial Lectures, 1980, Faculty of Law, McGill University. *Les tendances actuelles en droit du travail provincial et fédéral*. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1981.
 Nadeau, Gaston. *Le statut juridique du salarié-gréviste québécois*. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1981.
 Sack, Jeffrey and C. Michael Mitchell. *Ontario Labour Relations Board: Law and Practice*. Toronto: Butterworths, 1985.

Wade, H. W. R. Judicial Review—Comment, in response to Peter A. Gall, "Judicial Review of Labour Tribunals: A Functional Approach", in *Proceedings of the Administrative Law Conference*, University of British Columbia, 1979. Vancouver: U.B.C. Law Review, 1981.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1985), 65 B.C.L.R. 145, dismissing an appeal from a judgment of Esson J. in chambers (1981), 127 D.L.R. (3d) 697, setting aside an arbitration of H. A. Hope and remitting it for reconsideration. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Morley Shortt, Q.C., and *Shona Moore*, for the appellant.

Jack Giles, Q.C., and *Alison Narod*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE CHIEF JUSTICE and LAMER, WILSON AND LA FOREST JJ.—We are of the view that this appeal succeeds. The two issues in this Court were:

(1) whether the arbitrator erred in law when he found that an employer has no power to impose discipline during a legal strike, and,

(2) whether the arbitrator's error of law was jurisdictional in nature and therefore subject to review.

Lambert J.A., of the British Columbia Court of Appeal, agreed with the majority by answering in the affirmative the first question, but then, dissenting, would have allowed the appeal as he was of the view that the error committed was not of a jurisdictional nature.

Assuming, without deciding, that the arbitrator did err in law, we agree with Lambert J.A. that the error was not in any event of a jurisdictional nature and therefore not open to review.

Wade, H. W. R. Judicial Review—Comment, in response to Peter A. Gall, «Judicial Review of Labour Tribunals: A Functional Approach», in *Proceedings of the Administrative Law Conference*, University of British Columbia, 1979. Vancouver: U.B.C. Law Review, 1981.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1985), 65 B.C.L.R. 145, qui a rejeté un appel contre un jugement du juge Esson en son cabinet (1981), 127 D.L.R. (3d) 697, qui avait annulé un arbitrage de H. A. Hope et l'avait renvoyé pour qu'il soit examiné de nouveau. Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Morley Shortt, c.r., et *Shona Moore*, pour l'appellant.

Jack Giles, c.r., et *Alison Narod*, pour l'intimée.

Version française du jugement rendu par

LE JUGE EN CHEF ET LES JUGES LAMER, WILSON ET LA FOREST—Nous sommes d'avis d'accueillir ce pourvoi. Les deux questions en litige devant cette Cour sont de savoir

(1) si l'arbitre a commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu qu'un employeur n'a pas le pouvoir d'imposer des mesures disciplinaires pendant une grève légale, et

(2) si cette erreur de droit porte atteinte à la compétence de l'arbitre et si, de ce fait, elle est sujette au contrôle judiciaire.

Le juge Lambert de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a partagé l'opinion de la majorité et répondu par l'affirmative à la première question, mais, dans sa dissidence, il aurait accueilli l'appel car il était d'avis que l'erreur commise ne touchait pas à la compétence.

Tenant pour acquis, sans toutefois trancher la question, que l'arbitre a effectivement commis une erreur de droit, nous sommes d'accord avec le juge Lambert pour dire que l'erreur ne touchait en aucune façon à la compétence et qu'elle n'était donc pas sujette au contrôle judiciaire.

In that regard, we adopt his reasons for judgment, (they are conveniently reported as, *British Columbia Telephone Co. v. Telecommunication Workers Union* (1985), 65 B.C.L.R. 145, at pp. 146-59), as we feel we could not usefully add to them, except to say as follows. Like Lambert J.A., we consider it significant that the matter was referred to the arbitrator in highly imprecise terms; it is not possible to conclude from the terms of reference that both the union and the employer were in agreement that the employer had the right to discipline striking employees and that the sole question for the arbitrator was the appropriate disciplinary action; it is clear from the union's submissions throughout that they did dispute the employer's right to impose any disciplinary measures; in light of the broad terms of reference put to him, it was squarely within the arbitrator's jurisdiction to consider whether the employer had the right to discipline workers participating in a lawful strike, and if the answer to that question was in the affirmative, what discipline was appropriate in the circumstances.

We would therefore allow the appeal and restore the award of the arbitrator, with costs throughout.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—This case raises two main issues which arise out of an arbitral decision made during the course of a labour dispute between the two parties in appeal. The issues are:

1. Did the arbitrator err in law when he found that an employer has no power to impose discipline during a legal strike?
2. In the affirmative, was the arbitrator's error of law jurisdictional in nature and therefore subject to review?

An answer to these questions necessarily involves a consideration of the meaning of s. 107(2) of the *Canada Labour Code* R.S.C. 1970, c. L-1, amended by S.C. 1972, c. 18; S.C. 1977-78,

À cet égard, nous adoptons ses motifs de jugement (publiés sous l'intitulé *British Columbia Telephone Co. v. Telecommunication Workers Union* (1985), 65 B.C.L.R. 145, aux pp. 146 à 159) puisque nous estimons que nous ne sommes pas en mesure de leur ajouter quoi que ce soit d'utile. À l'instar du juge Lambert, nous considérons qu'il est significatif que l'affaire ait été soumise à l'arbitre en des termes très imprécis. Il n'est pas possible de conclure du mandat confié que le syndicat et l'employeur s'accordaient pour dire que l'employeur avait le droit d'imposer des mesures disciplinaires aux employés en grève et que la seule question qu'avait à trancher l'arbitre était celle des mesures disciplinaires à imposer. Il ressort nettement des arguments avancés par le syndicat pendant toutes les procédures qu'il contestait effectivement le droit de l'employeur d'imposer des mesures disciplinaires. Compte tenu du mandat qui lui avait été confié, l'arbitre avait nettement compétence pour déterminer si l'employeur avait le droit d'imposer des mesures disciplinaires aux travailleurs participant à une grève légale, et dans l'affirmative, pour décider lesquelles devaient être imposées dans les circonstances.

Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la sentence arbitrale, avec dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—Ce pourvoi soulève deux questions principales qui découlent d'une décision arbitrale rendue pendant un conflit de travail opposant les deux parties devant nous:

1. L'arbitre a-t-il commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu qu'un employeur n'a pas le pouvoir d'imposer des mesures disciplinaires pendant une grève légale?
2. Dans l'affirmative, cette erreur de droit porte-t-elle atteinte à la compétence de l'arbitre et de ce fait, est-elle sujette au contrôle judiciaire?

Une réponse à ces questions implique nécessairement un examen de la portée du par. 107(2) du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, modifié par S.C. 1972, chap. 18, S.C. 1977-78,

c. 27; S.C. 1980-81-82-83, cc. 47, 121; S.C. 1984, cc. 39, 40, which reads:

107. ...

(2) No person ceases to be an employee within the meaning of this Part by reason only of his ceasing to work as the result of a lockout or strike or by reason only of his dismissal contrary to this Part.

It also involves an inquiry into the proper scope of judicial review of consensual arbitrations.

The majority of this Court assumed without deciding that the arbitrator erred in law. They answered the second question in the negative, and allowed the appeal. I cannot agree with the conclusions of the majority. Furthermore, I feel that the questions raised merit greater discussion.

Facts

The parties to this appeal were involved in a long and bitter labour dispute between September 1980 and March 1981. The terms of the collective agreement between them expired in 1979. When negotiations were unsuccessful, the union commenced a limited strike involving several hundred of the company's employees. This was soon followed by a full strike of all bargaining unit employees, who numbered about ten thousand. The day to day operations of the company during the strike were carried out by supervisors and other non-bargaining unit personnel. The arbitrator described the strike as antagonistic. He commented:

On the evidence before me all employees involved committed acts that would be deserving of discipline in a normal employer-employee relationship. The acts ranged from minor acts of sabotage, such as letting the air out of tires, to criminally stupid acts such as threats of bodily harm to supervisors and their families.

During the course of the strike, the employer dismissed 24 of the striking employees for alleged misconduct. On March 2, 1981, the parties reached an agreement on the terms of a new collective agreement but could not settle the strike

chap. 27, S.C. 1980-81-82-83, chap. 47 et 121, S.C. 1984, chap. 39 et 40, dont voici le texte:

107. ...

(2) Aucune personne ne cesse d'être un employé au sens où l'entend la présente Partie du seul fait qu'elle cesse de travailler par suite d'un lock-out ou d'une grève ni du seul fait qu'elle a été congédiée en violation de la présente Partie.

Se pose également la question de l'étendue du contrôle judiciaire en matière d'arbitrage consensuel.

Cette Cour à la majorité a présumé, sans pour autant en décider, que l'arbitre avait commis une erreur de droit. Répondant par la négative à la seconde question, elle accueille le pourvoi. Je ne suis pas d'accord. Je suis par ailleurs d'avis que les questions soulevées méritent une discussion plus poussée.

Les faits

Les parties au présent pourvoi ont été mêlées, de septembre 1980 à mars 1981, à un conflit de travail long et acharné. La convention collective qu'elles avaient négociée avait pris fin en 1979. Les négociations n'ayant pas abouti, le syndicat a déclenché une grève limitée touchant plusieurs centaines d'employés de la compagnie. Le conflit a rapidement dégénéré en grève générale de tous les employés, au nombre de 10 000 environ, faisant partie de l'unité de négociation. Les surveillants et d'autres employés exclus des unités de négociation ont assuré le fonctionnement quotidien de la compagnie pendant la grève. L'arbitre a qualifié la grève d'hostile. Il a fait ces commentaires:

[TRADUCTION] D'après les éléments de preuve qui m'ont été présentés, tous les employés visés ont commis des actes qui entraîneraient des mesures disciplinaires dans le cadre d'une relation normale entre employeur et employé. Les actes allaient d'actes mineurs de sabotage, comme le dégonflage de pneus, à des actes criminels stupides, comme des menaces de blessures faites à l'encontre des surveillants et de leurs familles.

Pendant la grève, l'employeur a congédié 24 grévistes pour inconduite. Le 2 mars 1981, les parties en sont venues à une entente sur les termes d'une nouvelle convention collective. Elles n'ont toutefois pas pu régler la grève en raison d'un

due to a disagreement over the fate of the 24 strikers who had been dismissed. On March 14 it was agreed that the issue would be referred to arbitration. The arbitral award was handed down on April 2 and in it the arbitrator directed that all 24 employees be returned to work immediately with no penalty of any kind. It is this award which is the subject of this appeal.

Decisions of the Arbitrator and the Courts Below

1. *The Arbitral Award*

The arbitrator, H. A. Hope, discussed the background to the dispute and summed up the positions of the parties. He then went on to consider what he felt to be the "essence" of the employer-employee relationship. His conclusions on this point are crucial to the question of the right of an employer to impose discipline during a strike. The arbitrator decided that during the strike the normal employer-employee relationship is almost completely severed. He concluded that:

The Employer has no inherent right to discipline and the preservation of the status of employee under the statute does not confer any such right either expressly or implicitly.

The arbitrator felt that the limited purpose of s. 107(2) was to "preserve the employment status in order to permit the Union in its role as bargaining agent to continue to bargain on behalf of the striking employees." He concluded that the normal relationship between employer and employee could not exist during a strike. In consequence of this determination, he decided that any "use of disciplinary powers during a strike is an offence." It is this interpretation of the *Canada Labour Code*, particularly of s. 107(2) and s. 184(3)(a)(vi), which forms the basis for his decision not to impose any disciplinary sanctions upon the 24 employees. The arbitrator summed up his decision in jurisdictional terms:

... I must consider if I have any jurisdiction to assess the conduct of the employees in question. The position of the Union is clear. It urges that in the absence of an employer-employee relationship I have no more jurisdiction

désaccord sur le sort des 24 grévistes congédiés. Le 14 mars, il a été convenu que la question serait soumise à l'arbitrage. La sentence arbitrale, rendue le 2 avril, ordonne le retour au travail immédiat des 24 employés sans aucune pénalité. C'est cette sentence arbitrale qui fait l'objet du présent pourvoi.

b Décisions de l'arbitre et des tribunaux d'instance inférieure

1. *La sentence arbitrale*

L'arbitre H. A. Hope a fait l'historique du conflit et résumé les positions des parties. Il a ensuite examiné ce qu'il considérait comme l'«essentiel» de la relation employeur-employé. Ses conclusions sur ce point revêtent une importance capitale en ce qui concerne le droit d'un employeur d'imposer des mesures disciplinaires pendant une grève. L'arbitre a décidé que, pendant une grève, la relation qui existe normalement entre un employeur et son employé est presque totalement rompue. Il a conclu que:

[TRADUCTION] L'employeur ne jouit d'aucun droit inhérent en matière de discipline et le maintien du statut d'employé au sens de la Loi ne confère un tel droit ni expressément ni implicitement.

L'arbitre a estimé que l'objectif limité visé par le par. 107(2) était de [TRADUCTION] «maintenir le statut d'employé afin de permettre au syndicat, en sa qualité d'agent négociateur, de continuer à négocier pour le compte des employés en grève». Il a conclu que la relation normale entre un employeur et son employé ne pouvait pas exister pendant une grève. Il en a donc conclu que [TRADUCTION] «l'exercice de pouvoirs disciplinaires pendant une grève constitue une infraction.» Sa décision de ne pas imposer de mesures disciplinaires aux 24 employés repose sur cette interprétation du *Code canadien du travail*, plus particulièrement du par. 107(2) et du sous-al. 184(3)a)(vi). L'arbitre a résumé sa décision comme une de compétence:

[TRADUCTION] ... je dois examiner si j'ai compétence pour évaluer la conduite des employés en question. La position du syndicat est claire. Il soutient qu'en l'absence d'une relation employeur-employé, je n'ai pas plus com-

tion to impose discipline on the employees in question than the employer itself.

The arbitrator then went on to formulate a test to evaluate the conduct of the 24 employees. The test centred around an inquiry as to whether the conduct of the employees was directly related to the labour dispute. The approach of the arbitrator, based upon his conclusion as to the status of the employer-employee relationship, was to dismiss from consideration for discipline any conduct directly related to the labour dispute. He stated: "On an application of that test I have concluded that all the employees should be returned to work immediately."

2. *British Columbia Supreme Court (1981), 127 D.L.R. (3d) 697*

Esson J. considered at length the question of the status of employees during a strike. He rejected the conclusion of the arbitrator, at p. 705:

Termination of the relationship is not inherently inconsistent with the concept of a strike. No one, I think, would question that an employee who decides he no longer wants the job can terminate his relationship with the employer during a strike. Different considerations obviously apply to termination by the employer, but clearly the survival of that power is not inherently inconsistent with the existence of a strike in the same way as, say, the survival of the obligation of the striking employee to report for work.

The arbitrator's view, which he puts forcefully, is that to allow an employer to terminate during a strike is inconsistent with the concept of a strike because it is unfair to give such a "unilateral" power to one party. That is a subjective view as to what, as a matter of policy, is necessary to maintain a proper balance between conflicting interests and, as such, is a matter for Parliament.

In Esson J.'s view, the right to dismiss an employee is retained so long as the dismissal is for cause, and does not constitute an unfair labour practice as prohibited in s. 184 of the *Canada Labour Code*.

pétence que l'employeur lui-même pour imposer une mesure disciplinaire aux employés en question.

L'arbitre a ensuite énoncé un test pour l'évaluation de la conduite des 24 employés. Le test visait une enquête de nature à déterminer si la conduite des employés était directement reliée au conflit de travail. L'approche de l'arbitre, fondée sur sa conclusion quant au statut de la relation employeur-employé, consistait à ne pas tenir compte à des fins disciplinaires de toute conduite directement reliée au conflit de travail. Il a dit: [TRADUCTION] «Appliquant ce test, j'en viens à la conclusion que tous les employés devraient retourner au travail immédiatement.»

2. *Cour suprême de la Colombie-Britannique (1981), 127 D.L.R. (3d) 697*

Le juge Esson a fait un examen approfondi de la question du statut des employés pendant une grève. Il a rejeté la conclusion de l'arbitre, à la p. 705:

[TRADUCTION] La cessation de la relation n'est pas incompatible en soi avec le concept d'une grève. À mon avis, nul ne contesterait le fait qu'un employé qui décide qu'il ne veut plus l'emploi peut mettre fin à sa relation avec l'employeur au cours d'une grève. De toute évidence, des considérations différentes s'appliquent au congédiement par l'employeur, mais il va sans dire que la persistance de ce pouvoir n'est pas incompatible en soi avec l'existence d'une grève de la même manière que, disons, la persistance de l'obligation de l'employé en grève de se présenter au travail.

La position que l'arbitre défend vigoureusement porte que permettre à un employeur de congédier un employé pendant une grève est incompatible avec le concept d'une grève parce qu'il est injuste d'accorder un tel pouvoir «unilatéral» à une partie. Il s'agit là d'une opinion subjective sur la question de savoir ce qui, en principe, est nécessaire pour maintenir le juste équilibre entre les intérêts opposés et, à ce titre, cela est du ressort du législateur.

Selon le juge Esson, le droit de congédier un employé est préservé en autant que le congédiement est motivé et ne constitue pas une pratique déloyale de travail prohibée par l'art. 184 du *Code canadien du travail*.

After reaching his conclusion as to the error of law of the arbitrator, Esson J. went on to find that the error was jurisdictional (pp. 709-10):

... from cl. 5 of the submission, it is clear that the arbitrator was also called upon to decide whether, if dismissal was found inappropriate there should be the lesser penalty of suspension. That much, at least, was included in the question.

The arbitrator's answer to the question whether the employees should "remain dismissed" was, in effect, to say that the question could not arise because, as a matter of law, the employer had no power of dismissal. So he did not consider, in relation to the merits of each case as disclosed by the evidence, whether the employee should remain dismissed.

Esson J. concluded, at pp. 711 and 712:

I accept that the question whether the employees should return to work is in substance the same as the question whether they should remain dismissed. But the question answered must be defined as including the criteria applied and the remedies held to be available. When those matters are considered, it is clear that the question answered was fundamentally different from that which was asked, and that that difference flowed from the error in law.

It would be entirely within his jurisdiction to have regard, as a relevant circumstance, to the question whether the conduct complained of was related to the strike. But that is not the way in which the arbitrator applied the test. Rather, he concluded, as a matter of law, that, where the acts complained of were directly related to the labour dispute, no discipline or sanction of any kind could be imposed.

Thus Esson J. held that the arbitrator had erred in his conclusions as to the relationship between employer and employee during a strike, and that such an error was jurisdictional in nature, given the effect it had upon his determination of the question submitted to him for resolution.

Ayant conclu que l'arbitre avait commis une erreur de droit, le juge Esson a ensuite déterminé que l'erreur touchait à la compétence, aux pp. 709 et 710:

^a [TRADUCTION] ... il ressort nettement du cinquième moyen qu'on avait également demandé à l'arbitre de décider si, dans le cas où le congédiement serait jugé inapproprié la suspension, pénalité moins sévère, devrait être imposée. Cela, au moins, était inclus dans la question.

^b La réponse de l'arbitre à la question de savoir si le «congédiement» des employés devait «être maintenu» revenait, en fait, à dire que la question ne pouvait se poser puisque, du point de vue juridique, l'employeur n'avait aucun pouvoir de congédier. Il n'a donc pas examiné si le congédiement des employés était bien fondé et devait être maintenu ni tenu compte de la preuve soumise dans chaque cas.

^c Le juge Esson conclut, aux pp. 711 et 712:

[TRADUCTION] J'accepte que la question de savoir si les employés devaient retourner au travail est essentiellement la même que celle de savoir si leur congédiement devait être maintenu. Toutefois, la question à laquelle on répond doit être définie comme comprenant les critères appliqués et les redressements jugés disponibles. Lorsque ces points sont examinés, il est manifeste que la question à laquelle on a répondu était essentiellement différente de celle qui a été posée et que cette différence découle de l'erreur de droit commise.

^d Il aurait parfaitement eu compétence pour tenir compte, à titre de circonstance pertinente, de la question de savoir si la conduite reprochée était reliée à la grève. Toutefois, ce n'est pas de cette façon que l'arbitre a appliqué le test. Il a plutôt conclu que, du point de vue juridique, si les actes reprochés étaient directement reliés au conflit de travail, aucune mesure disciplinaire ni aucune sanction de quelque nature que ce soit ne pouvaient être imposées.

^e Le juge Esson a donc statué que l'arbitre avait commis une erreur dans ses conclusions sur la relation qui existe entre un employeur et son employé pendant une grève et qu'une telle erreur touchait à la compétence étant donné l'effet qu'elle avait eu sur sa réponse à la question qui lui avait été posée.

3. *British Columbia Court of Appeal (1985), 65 B.C.L.R. 145*

The majority of the B.C. Court of Appeal chose to follow the reasoning of Esson J. In a brief opinion, Anderson J.A. added only one point to the general conclusions of Esson J. Anderson J.A. chose to deal with the following submission of counsel for the appellant, at p. 162:

Assuming that the arbitrator erred in law in determining that the "employer-employee" relationship ceased to exist after the commencement of the strike, his selection of the "three-part test" was unrelated to the above described error in law and therefore it is not open to the courts to set aside the award.

The majority disagreed with this proposition. They found, on the contrary, that this test was directly related to the error of law. Anderson J.A. summarized the arbitrator's decision to show how the determination of the nature of the employer-employee relationship affected subsequent conclusions. He held, at p. 163, that:

It will be seen from the above review that the selection of the "three-part test" was not made in isolation but was tied directly to the erroneous conclusion reached by the arbitrator that the "employer-employee" relationship ceased to exist after the strike commenced.

Thus the majority of the Court of Appeal found that the arbitrator's decision as to the status of employees during a strike was erroneous, and that this error permeated the entire award in such a way that it constituted a jurisdictional error.

Lambert J.A. was in dissent in the Court of Appeal. His reasons for judgment are those accepted by the majority of this Court. Lambert J.A. agreed with Esson J. and the majority of the Court of Appeal that the arbitrator's interpretation of the status of employees during a strike was erroneous. He wrote, at p. 150:

The use of the word "only" in s. 107(2) supports the conclusion that the relationship may cease during the strike, for reasons other than the strike itself. I think that an employee, while on strike, may resign as an employee and so terminate the relationship completely. I think that the employer may dismiss an employee for

3. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1985), 65 B.C.L.R. 145*

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité, a adopté les raisons du juge Esson. Dans une brève opinion, le juge Anderson n'a ajouté qu'un seul commentaire aux conclusions générales du juge Esson. Le juge Anderson a discuté du moyen suivant mis de l'avant par l'avocat de l'appelant, à la p. 162:

[TRADUCTION] Si l'on présume que l'arbitre a commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu que la relation «employeur-employé» a cessé d'exister après le déclenchement de la grève, le choix qu'il a fait du «test à trois volets» n'était pas lié à l'erreur de droit décrite précédemment et, par conséquent, il n'est pas loisible aux tribunaux d'annuler la sentence arbitrale.

La majorité de la Cour n'a pas souscrit à cette proposition. Au contraire, elle a conclu que ce test était directement relié à l'erreur de droit. Le juge Anderson a résumé la décision de l'arbitre pour démontrer comment la détermination de la nature de la relation employeur-employé a influé sur ses conclusions subséquentes. Voici ce qu'il a conclu, à la p. 163:

[TRADUCTION] L'examen qui précède permet de constater que le choix du «test à trois volets» n'a pas été fait de manière isolée mais est lié directement à la conclusion erronée tirée par l'arbitre, selon laquelle la relation «employeur-employé» a cessé d'exister après le déclenchement de la grève.

La Cour d'appel, à la majorité, a donc conclu que la décision de l'arbitre sur le statut des employés pendant une grève était erronée et que cette erreur avait influé sur toute la sentence arbitrale au point de constituer une erreur de compétence.

Le juge Lambert a été dissident en Cour d'appel. Ses motifs de jugement sont ceux auxquels a souscrit cette Cour à la majorité. Le juge Lambert était d'accord avec le juge Esson et la Cour d'appel à la majorité pour dire que l'interprétation donnée par l'arbitre au statut des employés pendant une grève était erronée. Voici ce qu'il a écrit, à la p. 150:

[TRADUCTION] L'emploi de l'expression «du seul fait» au par. 107(2) appuie la conclusion selon laquelle la relation peut cesser d'exister pendant la grève pour des motifs autres que la grève elle-même. Je suis d'avis qu'un employé, pendant qu'il est en grève, peut démissionner à titre d'employé et ainsi mettre complètement

conduct that is inconsistent with the resumption of the full relationship when the strike ends.

However, Lambert J.A. did not find this error to be jurisdictional. He stressed that the arbitration was governed by a "privative clause" and that it was a consensual arbitration. On the question of the privative clause, Lambert J.A. found that where such a clause exists, an arbitral decision cannot be reviewed for mere error of law. He also stated at p. 152 that, with a consensual arbitration, the court "must look to the terms of the submission and not to the provisions of a statute in deciding on the scope of the "jurisdiction" conferred by the parties on the arbitrator". Lambert J.A.'s second concern with respect to consensual arbitrations was that such awards are expressly tailored to the needs of the parties. He observed, at p. 152:

The significant fact about a consensual arbitrator is that the parties have picked the arbitration process, and they have picked the arbitrator, because they want that process and that arbitrator in preference to any other process or any other decision maker. And they want the arbitrator to do what they ask him to do in the way they ask him to do it and not to do something else in some other way.

In Lambert J.A.'s view, therefore, a different approach is required when judicial review of a consensual arbitration is requested. He suggested that judicial restraint receive its maximum scope in such circumstances.

Lambert J.A. at p. 159, defined the question asked in this case as:

"What is to be done about the 24 employees who were dismissed during the strike, and who, by agreement, reported back to work on Monday, 23 March, 1981: Should any or all of them be dismissed or suspended?"

In the opinion of Lambert J.A., that was the question answered by the arbitrator when he decided that the employees should all return to work.

fin à la relation. J'estime que l'employeur peut congédier un employé en raison d'une conduite qui est incompatible avec le rétablissement d'une relation pleine et entière à la fin de la grève.

Toutefois, le juge Lambert n'a pas conclu que cette erreur touchait à la compétence. Il a souligné que l'arbitrage était régi par une «clause privative» et qu'il s'agissait d'un arbitrage consensuel. Quant à la question de la clause privative, le juge Lambert a conclu que, lorsqu'une telle clause existe, une décision arbitrale ne peut faire l'objet d'un examen en raison d'une simple erreur de droit. De plus, il a affirmé à la p. 152 que, dans le cas d'un arbitrage consensuel, le tribunal [TRADUCTION] «doit examiner les termes du compromis et non les dispositions d'une loi pour décider de la portée de la «compétence» conférée par les parties à l'arbitre». La seconde préoccupation du juge Lambert en ce qui a trait aux arbitrages consensuels portait sur le fait que ces sentences arbitrales sont expressément adaptées aux besoins des parties. Il fait remarquer, à la p. 152:

[TRADUCTION] Ce qui importe au sujet d'un arbitre choisi par les parties est que ces dernières ont choisi le processus d'arbitrage et ont choisi l'arbitre parce qu'elles préférèrent ce processus et cet arbitre à toute autre procédure ou à toute autre instance décisionnelle. De plus, elles veulent que l'arbitre fasse ce qu'elles lui demandent de faire de la manière qu'elles lui prescrivent et qu'il ne fasse rien d'autre de quelque autre manière.

Par conséquent, de l'avis du juge Lambert, une approche différente est requise lorsqu'il s'agit du contrôle judiciaire d'un arbitrage consensuel. Il a laissé entendre qu'un maximum de retenue judiciaire est nécessaire dans de telles circonstances.

Le juge Lambert, à la p. 159, a défini la question posée en l'espèce de la manière suivante:

[TRADUCTION] «Que doit-on faire des 24 employés qui ont été congédiés pendant la grève et qui, à la suite d'une entente, se sont présentés au travail le lundi 23 mars 1981: doivent-ils tous être congédiés ou suspendus ou seulement certains d'entre eux?»

Selon le juge Lambert, c'est là la question à laquelle l'arbitre a répondu lorsqu'il a décidé que les employés devaient tous retourner au travail.

Error of Law

The first step in this inquiry is to determine whether the arbitrator erred in law when he decided that s. 107(2) of the *Canada Labour Code* removed the employer's right to discipline employees during the course of a strike. This question concerns the proper determination of the status of the employer-employee relationship during a legal strike. Two sections of the *Canada Labour Code* are relevant, and I will reproduce them here:

107. ...

(2) No person ceases to be an employee within the meaning of this Part by reason only of his ceasing to work as the result of a lockout or strike or by reason only of his dismissal contrary to this Part.

184. ...

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

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

(vi) has participated in a strike that is not prohibited by this Part or exercised any right under this Part,

The arbitrator concluded, after considering these provisions, that s. 107(2) preserved only enough of the employer-employee relationship to allow the union to act as a bargaining agent during the strike.

Esson J. and all three judges of the Court of Appeal found that this conclusion erroneously and unduly restricted the meaning of s. 107(2). Lambert J.A., who dissented in the Court of Appeal on the question of the jurisdictional nature of the error, wrote at p. 150:

The employer-employee relationship is not in full flower during the strike but, at the very least, there must remain a continuing obligation on each party to the relationship not to do anything that so damages the root of the relationship that the relationship will never be able to flower again.

Erreur de droit

La première étape de cette analyse consiste à déterminer si l'arbitre a commis une erreur de droit lorsqu'il a décidé que le par. 107(2) du *Code canadien du travail* privait l'employeur du droit d'imposer des mesures disciplinaires aux employés pendant une grève. Cette question porte sur la juste détermination du statut de la relation employeur-employé pendant une grève légale. Deux dispositions du *Code canadien du travail* sont pertinentes et en voici le texte:

107. ...

(2) Aucune personne ne cesse d'être un employé au sens où l'entend la présente Partie du seul fait qu'elle cesse de travailler par suite d'un lock-out ou d'une grève ni du seul fait qu'elle a été congédiée en violation de la présente Partie.

184. ...

(3) Nul employeur et nulle personne agissant pour le compte d'un employeur ne doit

a) refuser d'embaucher ou de continuer à employer ou suspendre, transférer, mettre à pied, ni autrement prendre contre une personne des mesures discriminatoires en ce qui concerne un emploi, le salaire ou autres conditions d'emploi, ni intimider, menacer ou prendre d'autres mesures disciplinaires à l'encontre d'une personne, parce que cette personne

(vi) a participé à une grève qui n'est pas interdite par la présente Partie ou exercé un droit quelconque en vertu de cette dernière;

L'arbitre a conclu, après avoir examiné ces dispositions, que le par. 107(2) ne préservait la relation employeur-employé que dans la mesure nécessaire pour permettre au syndicat d'agir en qualité d'agent négociateur pendant la grève.

Le juge Esson ainsi que les trois juges de la Cour d'appel ont décidé que cette conclusion limitait indûment et de façon erronée le sens du par. 107(2). Le juge Lambert, dissident en Cour d'appel sur la question de l'erreur juridictionnelle, écrit à la p. 150:

[TRADUCTION] La relation employeur-employé n'est pas à son meilleur pendant la grève mais, à tout le moins, chaque partie doit continuer d'éviter de faire quoi que ce soit qui détériore le fondement de cette relation au point qu'elle ne puisse plus jamais renaître.

I agree that the arbitrator erred in interpreting s. 107(2). This Court has had the opportunity to discuss the status of employees during a strike with respect to the bargaining agent in *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] S.C.R. 609. In that case, the Court was considering a provision of the Ontario *Labour Relations Act*, R.S.O. 1960, c. 202, similar to s. 107(2) of the *Canada Labour Code*. The Ontario provision read:

1. ...

(2) For the purposes of this Act, no person shall be deemed to have ceased to be an employee by reason only of his ceasing to work for his employer as the result of a lock-out or strike or by reason only of his being dismissed by his employer contrary to this Act or to a collective agreement.

In determining the meaning of this section, Cartwright J. wrote, at p. 617:

It is not necessary to decide the exact nature of the relationship of employer and employee the existence of which this subsection preserves, or creates, during the continuance of a strike; two of the main features of the ordinary relationship are absent, the employee is not bound to work and the employer is not bound to pay wages. Whatever the relationship be, it is obvious that if the employer is entitled to terminate it on the sole ground that the employee refuses to work while the strike continues, the subsection is rendered nugatory. [Emphasis added.]

I emphasize the words "on the sole ground" because in my view Cartwright J., at the very least, left open the possibility that there would be other grounds available for dismissal during the course of a strike. His conclusion as to the meaning of s. 1(2) contains a similar limitation (pp. 617-18):

... it appears to me that the effect of s. 1(2) is (i) to provide that while the strike continues the employees on strike do not cease to be employees of the appellant, and (ii) to prevent the employer from terminating that employer-employee relationship by reason only of the employee ceasing to work as the result of the strike. [Emphasis added.]

In dealing with the same section, Arnup J.A. for the Ontario Court of Appeal, (*Re Allanson* (1971), 20 D.L.R. (3d) 49), wrote at pp. 56-57:

For the purpose of the construction of this trust agreement I am prepared to accept the proposition that

Je suis d'accord pour dire que l'arbitre a commis une erreur en interprétant le par. 107(2). Cette Cour a eu l'occasion d'analyser le statut des employés pendant une grève en ce qui a trait à l'agent négociateur, dans l'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] R.C.S. 609. Dans cette affaire, la Cour a examiné une disposition du *Labour Relations Act* de l'Ontario, R.S.O. 1960, chap. 202, semblable au par. 107(2) du *Code canadien du travail*, dont voici le texte:

[TRADUCTION] 1. ...

(2) Pour l'application de la présente loi, nul n'est réputé avoir cessé d'être un employé pour l'unique motif qu'il a cessé de travailler pour son employeur par suite d'un lock-out ou d'une grève ou qu'il a été congédié par son employeur contrairement aux dispositions de la présente loi ou aux stipulations d'une convention collective.

En déterminant le sens de cette disposition, le juge Cartwright a écrit, à la p. 617:

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire de déterminer la nature exacte de la relation entre employeur et employé dont l'existence est préservée ou créée par ce paragraphe pendant la durée d'une grève; il manque deux des caractéristiques principales de la relation ordinaire: l'employé n'est pas tenu de travailler et l'employeur n'est pas tenu de verser des salaires. Quelle que puisse être la relation, il est évident que si l'employeur a le droit d'y mettre fin pour le seul motif que l'employé refuse de travailler pendant la durée de la grève, le paragraphe devient inopérant. [Je souligne.]

J'insiste sur les termes «pour le seul motif» parce qu'à mon avis le juge Cartwright, à tout le moins, a envisagé la possibilité qu'il survienne d'autres motifs de congédiement pendant une grève. Sa conclusion sur le sens du par. 1(2) contient une restriction semblable (pp. 617 et 618):

[TRADUCTION] ... il me semble que le par. 1(2) a pour effet (i) de prévoir que, pendant la durée de la grève, les grévistes ne cessent pas d'être des employés de l'appellant et (ii) d'empêcher l'employeur de mettre fin à la relation employeur-employé pour l'unique motif que l'employé a cessé de travailler par suite de la grève. [Je souligne.]

En traitant du même paragraphe, le juge Arnup de la Cour d'appel de l'Ontario (*Re Allanson* (1971), 20 D.L.R. (3d) 49) écrit, aux pp. 56 et 57:

[TRADUCTION] Aux fins de l'interprétation de ce contrat de fiducie, je suis disposé à accepter la thèse

employees of the Company who were engaged on December 31, 1969, in a lawful strike are not, by reason only of the strike, to be regarded as having ceased to be "employed by the Company" on that date.

In their work *Ontario Labour Relations Board: Law and Practice* (1985), Sack and Mitchell comment on the interpretation given to s. 1(2) by the Ontario Labour Relations Board. They write, at pp. 425-26:

Finally, it should be noted that, while the discharge of or refusal to reinstate strikers for reasons of anti-union animus or for engaging in proper strike or picketing activity is a violation of the Act, the discharge and refusal to reinstate a striker for cause during the currency of a strike or the refusal to arbitrate such issues is not a violation of the Act. Indeed, the employer retains the right to lawfully discipline the employee after the employee is reinstated . . .

The Quebec *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, contains a similar disposition. The first paragraph of article 110 reads:

110. No person shall cease to be an employee for the sole reason that he has ceased to work in consequence of a strike or lock-out.

This provision has been discussed on several occasions by the Labour Court and the Superior Court. In *Dumais v. Champoux Automobile Inc.*, [1970] T.T. 120, the Labour Court was called on to give an interpretation of s. 98 of the *Labour Code* (currently art. 110). The court stated at p.122 that:

[TRANSLATION] Section 98 guarantees employees that their individual contracts will not be broken solely because of a lockout or strike; but at the same time the words "for the sole reason" indicate that this protection is not absolute. An employer may break the individual contract if he has other reasons for doing so.

In *Commission des normes du travail c. Manufacture Sorel Inc.*, [1984] C.S. 747, the Quebec Superior Court considered the meaning of s. 110 of the *Labour Code*. The court found, based on that article, a strike did not end the individual contract of employment, and that therefore, an employer wishing to dismiss an employee during

selon laquelle les employés de la compagnie, qui étaient en grève légale le 31 décembre 1969, ne doivent pas, uniquement en raison de la grève, être considérés comme ayant cessé d'être «employés par la compagnie» à cette date.

Dans leur ouvrage intitulé *Ontario Labour Relations Board: Law and Practice* (1985), Sack et Mitchell ont commenté l'interprétation donnée au par. 1(2) par la Commission des relations de travail de l'Ontario. Ils écrivent, aux pp. 425 et 426:

[TRADUCTION] Finalement, il convient de souligner que, bien que le congédiement ou le refus de réintégrer des grévistes pour des motifs dénotant un esprit antisyndical ou parce qu'ils ont fait à bon droit la grève ou du piquetage constitue une violation de la Loi, le congédiement et le refus motivés de réintégrer un gréviste pendant la durée d'une grève ou le refus de soumettre à l'arbitrage de telles questions ne constituent pas une violation de la Loi. En fait, l'employeur conserve le droit d'imposer légalement des mesures disciplinaires à l'employé après la réintégration de celui-ci . . .

Le *Code du travail* du Québec, L.R.Q., chap. C-27, contient une disposition similaire. Le premier paragraphe de l'art. 110 se lit ainsi:

110. Personne ne cesse d'être un salarié pour l'unique raison qu'il a cessé de travailler par suite de grève ou lock-out.

Le Tribunal du travail et la Cour supérieure ont analysé cette disposition à maintes reprises. Dans l'affaire *Dumais v. Champoux Automobile Inc.*, [1970] T.T. 120, on a demandé au Tribunal du travail d'interpréter l'art. 98 du *Code du travail* (actuellement l'art. 110). Le tribunal affirme ceci, à la p. 122:

L'article 98, en effet, assure les salariés que leurs contrats individuels ne sont pas rompus du seul fait du lock-out ou de la grève. Mais les mots «pour l'unique raison» indiquent en même temps que cette protection n'est pas absolue. L'employeur peut rompre le contrat individuel s'il a d'autres motifs de le faire.

Dans l'affaire *Commission des normes du travail c. Manufacture Sorel Inc.*, [1984] C.S. 747, la Cour supérieure du Québec a examiné le sens de l'art. 110 du *Code du travail*. La cour a conclu, en se fondant sur cet article, qu'une grève ne mettait pas fin au contrat individuel de travail et que, par conséquent, un employeur qui voulait congédier un

the course of a strike was required to meet the notice requirements elsewhere in the Code. The court cited with approbation the following passage from R. Gagnon, L. LeBel and P. Verge *Droit du travail en vigueur au Québec* (1971), at p. 206:

[TRANSLATION] A strike suspends the payment of benefits resulting from the employment tie. The employee no longer has to provide his services. In return, he loses his salary and fringe benefits. His seniority, for example, ceases to accumulate during a strike. He will however retain his employment, unless he goes to work somewhere else or commits an individual wrongful act during the strike.

Finally, in his detailed study entitled *Le statut juridique du salarié-gréviste québécois* (1981), Gaston Nadeau writes at p. 74:

[TRANSLATION] It is quite clear from reading the *Code* that when he enacted it in 1964 the legislator intended to elevate the legal strike to the level of a right An employee wrongfully dismissed for the exercise of this right may thus properly claim an order of reinstatement and compensatory damages for the losses suffered while he was out of work. However, the fact that an employee is dismissed during a legal strike does not automatically mean he was dismissed because he was exercising a right conferred by the *Code*.

American jurisprudence can also offer some assistance in this matter. Although obviously dealing with a different statute, many of the fundamental labour law principles remain the same. For this reason I find it persuasive that in the United States, as a general principle, an employer can dismiss employees who commit criminal or violent acts in the course of a strike. (See *Firestone Tire & Rubber Co. v. N.L.R.B.*, 449 F.2d 511 (5th Cir. 1971), at p. 513.)

This position is further explained by *N.L.R.B. v. Hartmann Luggage Co.*, 453 F.2d 178 (6th Cir. 1971), at pp. 183-84:

The employee's right to engage in concerted activity may permit some leeway for impulsive behaviour, which must be balanced against the employer's right to maintain order and respect (Citation omitted). Initially, the

employé pendant une grève était tenu de satisfaire aux exigences de préavis que l'on trouve ailleurs dans le Code. La cour a cité et approuvé le passage suivant tiré de l'ouvrage de R. Gagnon, L. LeBel et P. Verge intitulé *Droit du travail en vigueur au Québec*, (1971), à la p. 206.

La grève suspend l'exécution des prestations rattachées au lien de salariat. L'employé est dispensé de fournir sa prestation de travail. En contrepartie, il est privé de son salaire et de ses bénéfices accessoires. Par exemple, il verra l'accumulation de son ancienneté suspendue pendant la grève. Il conservera toutefois son emploi, à moins qu'il n'aille s'embaucher ailleurs ou qu'il se rende coupable d'une faute individuelle dans le cours de la grève.

Finalement, dans son étude détaillée intitulée *Le statut juridique du salarié-gréviste québécois* (1981), Gaston Nadeau écrit, à la p. 74:

Il est manifeste à la lecture du *Code* que le législateur entendait, lors de sa promulgation en 1964, élever la grève légale au niveau de l'exercice d'un droit; . . . Un salarié injustement congédié à cause de l'exercice de ce droit pourra donc réclamer, à bon droit, une ordonnance de réintégration et des dommages-intérêts compensatoires pour les pertes subies durant son congédiement. Cependant, le fait qu'un employé soit congédié pendant la durée d'une grève légale ne signifie pas automatiquement qu'il a été congédié à cause de l'exercice d'un droit prévu par le *Code*.

La jurisprudence américaine peut également être utile jusqu'à un certain point en ce qui concerne cette question. Bien qu'il s'agisse, de toute évidence, d'une législation différente, un bon nombre des principes fondamentaux en droit du travail demeurent les mêmes. Pour ce motif, je trouve persuasif qu'aux États-Unis, en règle générale, un employeur puisse congédier des employés qui ont commis des actes criminels ou violents pendant une grève. (Voir l'arrêt *Firestone Tire & Rubber Co. v. N.L.R.B.*, 449 F.2d 511 (5th Cir. 1971), à la p. 513.)

Cette position est explicitée dans *N.L.R.B. v. Hartmann Luggage Co.*, 453 F.2d 178 (6th Cir. 1971), aux pp. 183 et 184:

[TRADUCTION] Le droit de l'employé de s'engager dans une activité concertée peut conférer une certaine latitude en matière de comportement impulsif qui doit être soupesée en fonction du droit de l'employeur de mainte-

responsibility to draw the line between these conflicting rights rests with the Board, and its determination, unless illogical or arbitrary, ought not to be disturbed.

Of course, while I use the American case law to illustrate the general principle of the continuance of the employer-employee relationship during a strike, I am mindful that the American system and labour statutes are significantly different in many respects from our own. However, the above quoted passage does serve to demonstrate that an employer maintains the right to discipline employees during a strike for cause unrelated to union activity.

All of the above quoted authorities contribute to the understanding that s. 107(2) should be interpreted to still permit disciplinary actions by employers for activities carried on during the course of a strike, so long as these actions are not aimed at punishing employees for nothing more than union activities and participating in a lawful strike. This interpretation is further supported by the French version of s. 107(2) which reads:

107. ...

(2) Aucune personne ne cesse d'être un employé au sens où l'entend la présente Partie du seul fait qu'elle cesse de travailler par suite d'un lock-out ou d'une grève ni du seul fait qu'elle a été congédiée en violation de la présente Partie.

The words "du seul fait" clearly express the idea that participation in lawful strike activities alone cannot justify an employee's dismissal. However, the section leaves open the possibility that other reasons may arise for which the employer would be entitled to dismiss a striking employee. The dismissal of an employee during a strike is only unlawful where such dismissal would also constitute an unfair labour practice as set out in s. 184.

In light of this interpretation, it is clear that the arbitrator erred in law when he decided:

— "... that the Code presumes that interference in the conduct of the strike by the Employer is deemed to be an unfair practice"

nir l'ordre et le respect (citation omise). Au départ, il incombe à la commission de tracer la ligne entre ces droits qui s'opposent, et sa décision, à moins d'être illogique ou arbitraire, ne devrait pas être modifiée.

" Il va sans dire que même si j'ai recours à la jurisprudence américaine pour illustrer le principe général du maintien de la relation employeur-employé pendant une grève, je suis consciente du fait que le système américain et la législation américaine en matière de travail sont très différents des nôtres à plusieurs égards. Toutefois, le passage précité sert à démontrer qu'un employeur conserve le droit d'imposer des mesures disciplinaires aux employés pendant une grève, pour des motifs non reliés à l'activité syndicale.

L'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence mentionnée précédemment permet de comprendre que le par. 107(2) devrait être interprété comme permettant aux employeurs d'imposer des mesures disciplinaires pour des activités qui se sont déroulées pendant une grève, du moment que ces mesures ne visent pas à punir des employés uniquement pour des activités syndicales et leur participation à une grève légale. Cette interprétation s'appuie en outre sur le texte du par. 107(2) qui se lit ainsi:

107. ...

(2) Aucune personne ne cesse d'être un employé au sens où l'entend la présente Partie du seul fait qu'elle cesse de travailler par suite d'un lock-out ou d'une grève ni du seul fait qu'elle a été congédiée en violation de la présente Partie.

Les termes «du seul fait» expriment clairement l'idée que la participation à une grève légale ne peut à elle seule justifier le congédiement d'un employé. Toutefois, l'article laisse à l'employeur la possibilité de congédier un employé en grève pour d'autres motifs. Le congédiement d'un employé pendant une grève est illégal seulement lorsque ce congédiement constituerait également une pratique déloyale de travail au sens de l'art. 184.

Compte tenu de cette interprétation, il est clair que l'arbitre a commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu:

[TRADUCTION] — «... que le Code présume que l'ingérence de l'employeur dans le déroulement de la grève est réputée constituer une pratique déloyale»

—“... that the legislation provides that the use of disciplinary powers during a strike is an offence.”

The next step is to decide whether these errors of law are jurisdictional in nature, so as to leave open the door for judicial review.

Jurisdictional Error

It is well accepted that a mere error of law in an arbitration is not sufficient to open the door to review by the courts. The error must be jurisdictional in nature.

In *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, Dickson J., as he then was, formulated the “patently unreasonable test” as an aid to determining whether a jurisdictional error has occurred. He sets out the question to be asked at p. 237:

Did the Board here so misinterpret the provision of the Act as to embark on an inquiry or answer a question not remitted to it? 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 added.]

In *Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412, Beetz J. explained jurisdictional error in these terms, at pp. 420-21:

A jurisdictional error results generally in an excess of jurisdiction or a refusal to exercise jurisdiction, whether at the start of the hearing, during it, in the findings or in the order disposing of the matter. Such an error, even if committed in the best possible good faith, will result nonetheless in the decision containing it being set aside....

As discussed earlier, in a consensual arbitration where a particular question is posed by the parties to the arbitrator, that question determines the jurisdiction of the arbitrator. In this case, the question posed has been formulated in different ways.

—«... que la loi prévoit que l’exercice de pouvoirs disciplinaires pendant une grève constitue une infraction.»

La prochaine étape consiste à décider si ces erreurs de droit touchent à la compétence de manière à permettre le contrôle judiciaire.

Erreur de compétence

Il est maintenant reconnu qu’une simple erreur de droit commise dans le contexte d’un arbitrage n’est pas suffisante pour donner ouverture au contrôle judiciaire. L’erreur doit toucher à la compétence.

Dans l’arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, le juge Dickson, maintenant Juge en chef, a formulé le test de l’interprétation «manifestement déraisonnable» pour aider à déterminer si une erreur de compétence a été commise. Il énonce la question qui doit être posée, à la p. 237:

La Commission a-t-elle interprété erronément les dispositions législatives de façon à entreprendre une enquête ou à répondre à une question dont elle n’était pas saisie? 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? [Je souligne.]

Dans l’arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412, le juge Beetz explique l’erreur de compétence ou juridictionnelle de la manière suivante, aux pp. 420 et 421:

L’erreur juridictionnelle entraîne le plus souvent un excès de compétence ou un refus d’exercer une compétence, soit dans l’ouverture d’une enquête, soit en cours d’enquête, soit encore dans ses conclusions ou son dispositif. Une telle erreur, même commise de la meilleure foi du monde, entraîne néanmoins l’annulation de la décision qui en est entachée...

Comme je l’ai mentionné précédemment, dans le cas d’un arbitrage consensuel où les parties posent une question particulière à l’arbitre, cette question détermine la compétence de l’arbitre. En l’espèce, la question posée a été formulée de différentes manières.

The arbitrator does not set out any one statement of the question posed to him. At one point he attempts this formulation:

The question before me is whether the Employer, having surrendered that matter to arbitration, can assert in the arbitration itself that the conduct of the employees during the strike can be measured by arbitral principles that presume the existence of a normal relationship.

With all due respect, I cannot accept his formulation. In my view the arbitrator was being asked to determine what, if any, disciplinary sanctions the 24 employees should face. This can be determined from other parts of his reasons. In discussing the strike and its settlement, the arbitrator expresses the issue which eventually fell to him to be decided as follows:

Left outstanding was the issue of the 24 employees who had been dismissed and whether they would be returned to work or would remain dismissed.

In discussing the submission made to him by the parties, the arbitrator states: "... I have the jurisdiction to determine the fate of the 24 employees" [emphasis added].

Esso J. of the British Columbia Supreme Court found that the arbitrator was called upon to decide if the employees would return to work or would remain dismissed, and also to determine whether, "if dismissal was found inappropriate, there should be the lesser penalty of suspension" (p. 709).

Lambert J.A. of the Court of Appeal phrased the question as follows, at p. 159:

It seems to me that the question asked in this case was: "What is to be done about the 24 employees who were dismissed during the strike, and who, by agreement, reported back to work on Monday, 23 March, 1981: Should any or all of them be dismissed or suspended?"

I find that both of these formulations of the question set out the same general terms of jurisdiction. The arbitrator was to decide what disciplinary sanctions were appropriate in the case of each of the 24 employees due to the conduct during the

L'arbitre ne fait pas état clairement de la question qui lui est posée. À un certain point, il propose la formulation suivante:

[TRADUCTION] La question qui m'est posée est de savoir si l'employeur, ayant soumis cette question à l'arbitrage, peut affirmer au cours de l'arbitrage lui-même que la conduite des employés pendant la grève peut être mesurée en fonction de principes d'arbitrage qui présument l'existence d'une relation normale.

En toute déférence, je ne puis accepter sa formulation. À mon avis, on demandait à l'arbitre de déterminer quelles mesures disciplinaires, s'il y a lieu, devaient être imposées aux 24 employés. Ceci s'infère d'autres parties de ses motifs. Dans son analyse de la grève et de son règlement, l'arbitre énonce ainsi la question qu'il doit finalement trancher:

[TRADUCTION] La question de savoir si les 24 employés congédiés devaient réintégrer leurs fonctions ou demeurer congédiés a été laissée sans réponse.

En discutant des arguments qui lui ont été présentés par les parties, l'arbitre affirme: [TRADUCTION] «... j'ai compétence pour décider du sort des 24 employés» (je souligne).

Le juge Esso de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu qu'on avait demandé à l'arbitre de décider si les employés retourneraient au travail ou demeureraient congédiés et également de déterminer si [TRADUCTION] «dans le cas où le congédiement serait jugé inadéquat, on devrait imposer la peine moindre de suspension» (p. 709).

Le juge Lambert de la Cour d'appel a formulé ainsi la question, à la p. 159:

[TRADUCTION] Il me semble que la question posée en l'espèce est la suivante: «Que doit-on faire des 24 employés qui ont été congédiés pendant la grève et qui, à la suite d'une entente, se sont présentés au travail le lundi 23 mars 1981: doivent-ils tous être congédiés ou suspendus ou seulement certains d'entre eux?»

Je suis d'avis que ces deux formulations de la question définissent les mêmes termes généraux de la compétence. L'arbitre devait décider quelles mesures disciplinaires devaient être imposées à chacun des 24 employés en raison de leur conduite

strike. The arbitrator, in his findings of fact, concluded that:

On the evidence before me all employees involved committed acts that would be deserving of discipline in a normal employer-employee relationship. The acts ranged from minor acts of sabotage, such as letting the air out of tires, to criminally stupid acts such as threats of bodily harm to supervisors and their families.

The error of the arbitrator in interpreting s. 107(2) of the *Canada Labour Code* to mean that no employer-employee relationship existed resulted in his flat refusal to exercise the jurisdiction accorded to him by the parties. He even expressed his refusal in jurisdictional terms:

... I must consider if I have any jurisdiction to assess the conduct of the employees in question.

And later:

... I do not see it as open to me to consider alternate forms of discipline such as a suspension or a reprimand. To do so would be to return to the disciplinary approach that I have concluded is inapplicable.

As Esson J. stated in his reasons for judgment, at p. 709:

The arbitrator's answer to the question whether the employees should "remain dismissed" was, in effect, to say that the question could not arise because, as a matter of law, the employer had no power of dismissal. So he did not consider, in relation to the merits of each case as disclosed by the evidence, whether the employee should remain dismissed.

Lambert J.A. disagreed with the determination that the error was jurisdictional. He placed great emphasis on the fact that the question put to the arbitrator was phrased in broad terms (pp. 158-59):

... if the arbitrator adopts a rational process of applying principles to facts, and acts judicially, then, in my opinion, the *Anisminic* principle does not require anything more. If the arbitrator sticks to the task he is given, he is, in Lord Reid's words, as much entitled to decide the question submitted to him wrongly, as he is entitled to decide it rightly. Where the terms of reference are broad and imprecise, the scope for both right

pendant la grève. L'arbitre énonce ainsi ses conclusions de faits:

[TRADUCTION] D'après les éléments de preuve qui m'ont été présentés, tous les employés visés ont commis des actes qui entraîneraient des mesures disciplinaires dans le cadre d'une relation normale entre employeur et employé. Les actes allaient d'actes mineurs de sabotage, comme le dégonflage de pneus, à des actes criminels stupides, comme des menaces de blessures faites à l'en-droit des surveillants et de leurs familles.

L'erreur de l'arbitre dans l'interprétation du par. 107(2) du *Code canadien du travail*, portant qu'il n'existait pas de relation employeur-employé, est à l'origine de son refus catégorique d'exercer la compétence dont il avait été investi par les parties. Il a même exprimé son refus en termes de compétence:

[TRADUCTION] ... je dois examiner si je suis compétent pour évaluer la conduite des employés en question.

Et plus loin:

[TRADUCTION] ... je ne crois pas qu'il me soit loisible d'examiner d'autres formes de mesures disciplinaires comme la suspension ou la réprimande. Le faire serait revenir à l'approche disciplinaire dont j'ai conclu à l'inapplicabilité.

Comme le juge Esson l'a affirmé dans ses motifs de jugement, à la p. 709:

[TRADUCTION] La réponse de l'arbitre à la question de savoir si le «congédiement» des employés devait «être maintenu» revenait, en fait, à dire que la question ne pouvait se poser puisque, du point de vue juridique, l'employeur n'avait aucun pouvoir de congédier. Il n'a donc pas examiné si le congédiement des employés était bien fondé et devait être maintenu ni tenu compte de la preuve soumise dans chaque cas.

Le juge Lambert n'a pas souscrit à la conclusion que l'erreur en était une de compétence. Il a attaché beaucoup d'importance au fait que la question posée à l'arbitre était énoncée de manière générale (pp. 158 et 159):

[TRADUCTION] ... si l'arbitre adopte une façon rationnelle d'appliquer des principes aux faits et s'il agit de manière judiciaire, alors, à mon avis, le principe énoncé dans l'arrêt *Anisminic* n'exige rien de plus. Si l'arbitre s'en tient à la tâche qui lui est assignée, il est, selon lord Reid, tout autant fondé à trancher erronément la question qui lui est posée, qu'il l'est à la trancher correctement. Lorsque le mandat est général et imprécis, la

and wrong decisions within jurisdiction is correspondingly broad and imprecise. [Emphasis added.]

While I agree with Lambert J.A.'s observations about broad and imprecise mandates, the crucial issue still remains whether "the arbitrator sticks to the task he is given". Where an arbitrator errs in deciding that he or she does not have jurisdiction to decide a particular question, choosing to answer a different question cannot be said to be within the jurisdiction accorded to the arbitrator by the parties.

I also accept the conclusions of Esson J. with respect to the arbitrator's formulation of a three-part test to evaluate the conduct of the employees. The test was designed to remove from consideration any conduct which was directly related to the labour dispute. Esson J. wrote, at p. 712:

It would be entirely within his jurisdiction to have regard, as a relevant circumstance, to the question whether the conduct complained of was related to the strike. But that is not the way in which the arbitrator applied the test. Rather, he concluded, as a matter of law, that, where the acts complained of were directly related to the labour dispute, no discipline or sanction of any kind could be imposed.

I am therefore in agreement with the majority of the Court of Appeal in finding that the test applied by the arbitrator was also directly related to the error of law. Thus, the decision of the arbitrator that the employer had no right to impose disciplinary sanctions upon striking employees was fundamental to all of his conclusions in the arbitration. It was not a minor error or one which takes on insignificant proportions. It was a substantial error affecting the outcome of the arbitration.

When a consensual arbitrator declines to answer the question posed to him because, due to an error of law, he declares he does not have the jurisdiction to do so, and instead answers a different question, there is no doubt in my mind that the error of law is one going to jurisdiction. Here, the arbitrator declined to answer the question of

possibilité de rendre des décisions justes et erronées qui relèvent de sa compétence est tout aussi générale et imprécise. [Je souligne.]

Bien que je sois d'accord avec les observations du juge Lambert au sujet des mandats généraux et imprécis, la question capitale demeure celle de savoir si [TRADUCTION] «l'arbitre s'en tient à la tâche qui lui est assignée». Lorsqu'un arbitre erre en décidant qu'il n'a pas compétence pour trancher une question particulière, son choix de répondre à une question différente ne saurait être à l'intérieur des limites de la compétence dont il a été investi par les parties.

J'accepte également les conclusions du juge Esson en ce qui a trait à la formulation par l'arbitre d'un test à trois volets applicable à l'évaluation de la conduite des employés. Ce test était destiné à empêcher l'examen de toute conduite directement reliée au conflit de travail. Le juge Esson écrit, à la p. 712:

[TRADUCTION] Il aurait parfaitement eu compétence pour tenir compte, à titre de circonstance pertinente, de la question de savoir si la conduite reprochée était reliée à la grève. Toutefois, ce n'est pas de cette façon que l'arbitre a appliqué le test. Il a plutôt conclu que, du point de vue juridique, si les actes reprochés étaient directement reliés au conflit de travail, aucune mesure disciplinaire ni aucune sanction de quelque nature que ce soit ne pouvaient être imposées.

Par conséquent, je suis d'accord avec la Cour d'appel à la majorité pour conclure que le test appliqué par l'arbitre était également directement relié à l'erreur de droit. Ainsi, la décision de l'arbitre portant que l'employeur n'avait pas le droit d'imposer des mesures disciplinaires aux employés en grève était essentielle à toutes ses conclusions dans l'arbitrage. Il ne s'agissait pas d'une erreur mineure ou d'une erreur qui a des proportions négligeables. Il s'agissait d'une erreur grave qui a influé sur le résultat de l'arbitrage.

Lorsqu'un arbitre choisi par les parties refuse de répondre à la question qui lui est posée parce que, en raison d'une erreur de droit, il déclare qu'il n'est pas compétent pour le faire, et qu'il répond plutôt à une question différente, il n'y a aucun doute dans mon esprit que l'erreur de droit touche à la compétence. En l'espèce, l'arbitre a refusé de

appropriate discipline for the 24 employees. He did so because his interpretation of s. 107(2) supposedly left him without jurisdiction to make this decision. This is a patently unreasonable interpretation of his jurisdiction. Instead, he decided to answer the question of whether the employees should remain dismissed, that is, whether the employer had any "right" to discipline them in the first place. This was not the question put to him by the parties. In answering that question, and in refusing to consider the appropriate discipline for the 24 employees, the arbitrator committed an error going to jurisdiction, and his award is subject to judicial review.

Reviewability of the Arbitrator's Award

Over the past number of years, this Court has developed a non-interventionist approach to judicial review of administrative bodies. The rationale for this approach has to do with the Court's deference to the "expertise" of statutorily established and administered tribunals. In the field of labour law, the concentration of decision making power among labour tribunals and arbitrators is designed for efficiency, and is tailored to the development of a coherent labour law policy. The general idea is that courts should decline to review decisions of administrative boards or tribunals unless such a body has rendered a decision in excess of jurisdiction. Dickson J. (as he then was) commented on the reasons behind this policy in *New Brunswick Liquor Corporation*, *supra*. He wrote at pp. 235-36:

The rationale for protection of a labour board's decisions within jurisdiction is straightforward and compelling. The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations. In the administration of that regime, a board is called upon not only to find facts and decide questions of law, but also to exercise its understanding of the body of jurisprudence that has developed around the collective bargaining system, as understood in Canada, and its labour relations sense acquired from accumulated experience in the area.

répondre à la question des mesures disciplinaires appropriées pour les 24 employés. Il a agi ainsi parce que, selon son interprétation, le par. 107(2) lui enlevait la compétence pour rendre cette décision. Il s'agit d'une interprétation manifestement déraisonnable de sa compétence. Il a plutôt décidé de répondre à la question de savoir si le congédiement des employés devait être maintenu, c'est-à-dire si l'employeur avait le «droit» au départ de leur imposer des mesures disciplinaires. Ce n'était pas la question que les parties lui avaient posée. En répondant à cette question et en refusant d'examiner les mesures disciplinaires qu'il était convenable d'imposer aux 24 employés, l'arbitre a commis une erreur touchant à sa compétence et sa sentence arbitrale est sujette au contrôle judiciaire.

Le contrôle judiciaire d'une sentence arbitrale

Au cours des dernières années, cette Cour a adopté une politique de non-intervention à l'égard du contrôle judiciaire des organismes administratifs. Cette politique s'explique par le respect de la Cour pour «l'expertise» des tribunaux constitués et administrés en vertu de la loi. Dans le domaine du droit du travail, la concentration du pouvoir décisionnel entre les mains des tribunaux du travail et des arbitres vise à favoriser l'efficacité et est adaptée au développement d'une politique cohérente en matière de droit du travail. L'idée générale est que les tribunaux judiciaires devraient refuser d'examiner les décisions des commissions ou des tribunaux administratifs à moins que ces organismes n'aient rendu une décision qui excède leur compétence. Le juge Dickson, maintenant juge en chef, a commenté les motifs qui sous-tendent cette politique, dans l'arrêt *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précité, aux pp. 235 et 236:

On veut protéger les décisions d'une commission des relations de travail, lorsqu'elles relèvent de sa compétence, pour des raisons simples et impérieuses. La commission est un tribunal spécialisé chargé d'appliquer une loi régissant l'ensemble des relations de travail. Aux fins de l'administration de ce régime, une commission n'est pas seulement appelée à constater des faits et à trancher des questions de droit, mais également à recourir à sa compréhension du corps jurisprudentiel qui s'est développé à partir du système de négociation collective, tel qu'il est envisagé au Canada, et à sa perception des relations de travail acquise par une longue expérience dans ce domaine.

Of course, this does not mean that the courts do not have the power to review a decision made by a board or arbitrator where such decision is made outside of the jurisdiction of the decision-maker. The principle has been clearly expressed by this Court. In *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382, Dickson J. (as he then was) wrote, at pp. 388-89:

There can be no doubt that a statutory tribunal cannot, with impunity, ignore the requisites of its constituent statute and decide the questions any way it sees fit. If it does so, it acts beyond the ambit of its powers, fails to discharge its public duty and departs from legally permissible conduct. Judicial intervention is then not only permissible but requisite in the public interest. [Emphasis added.]

The same principle can be applied to the decisions of the consensual arbitrators. They must answer the question put to them by the parties, without ignoring its "requisites".

The duty of courts to intervene in matters of jurisdictional error is also explained by Beetz J. in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, *supra*, at p. 441:

Once a question is classified as one of jurisdiction, and has been the subject of a decision by an administrative tribunal, the superior court exercising the superintending and reforming power over that tribunal cannot, without itself refusing to exercise its own jurisdiction, refrain from ruling on the correctness of that decision, or rule on it by means of an approximate criterion.

The non-interventionist stance is not being challenged in the present case. What is in issue, however, has a great deal to do with the question of when to intervene. I am in general agreement with the non-intervention approach, particularly with respect to specialized tribunals or boards which have established a philosophy and developed expertise. However, just as there are limits to the courts' power to review administrative bodies, there must also be limits to the courts' disinclina-

Cela ne signifie évidemment pas que les tribunaux judiciaires n'ont pas un pouvoir de contrôle des décisions rendues par une commission ou un arbitre lorsque de telles décisions excèdent la compétence de l'instance décisionnelle. Ce principe a été exprimé clairement par la Cour dans l'arrêt *Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382, où le juge Dickson, maintenant Juge en chef, écrit aux pp. 388 et 389:

Il ne peut y avoir de doute qu'un tribunal «statutaire» ne peut pas, impunément, faire abstraction des conditions requises par la loi qui l'a créé, et trancher les questions à sa guise. S'il le fait, il déborde le cadre de ses pouvoirs, manque de remplir son devoir envers le public et s'écarte d'une façon d'agir légalement permise. Une intervention judiciaire est alors non seulement admissible, mais l'intérêt public l'exige. [Je souligne.]

Le même principe peut être appliqué à la décision des arbitres choisis par les parties. Ils doivent répondre à la question qui leur est posée par les parties sans toutefois ignorer ses «conditions requises».

Le juge Beetz a également expliqué l'obligation qu'ont les tribunaux judiciaires d'intervenir lorsqu'il est question d'erreurs de compétence, dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, précité, à la p. 441:

Or une fois qu'une question est qualifiée de question de compétence et a fait l'objet d'une décision par un tribunal administratif, la cour supérieure chargée d'exercer le pouvoir de contrôle et de surveillance sur ce tribunal ne peut, sans refuser elle-même d'exercer sa propre compétence, s'abstenir de statuer sur l'exactitude de cette décision ou statuer sur elle au moyen d'un critère approximatif.

La politique de non-intervention n'est pas contestée en l'espèce. Toutefois, l'objet du présent litige est étroitement lié à la question de savoir quand intervenir. Je suis généralement d'accord avec l'approche non interventionniste, particulièrement en ce qui a trait aux commissions ou aux tribunaux spécialisés qui ont développé une philosophie et acquis une expertise. Mais, tout comme il existe des limites au pouvoir des tribunaux judiciaires de contrôler les décisions des organismes

tion to involve themselves in issues arising from consensual arbitrations. It seems to me that in some cases the principle of non-intervention is used to discourage a finding of jurisdictional error. While this approach might be of limited relevance in situations where it is almost impossible to determine whether a jurisdictional error has occurred (that is, where there exists an element of judicial discretion), it cannot be used to evade intervention in cases where a jurisdictional error is manifest. Improperly applied, the policy of non-intervention runs the risk of watering down the concept of jurisdictional error. Such an approach could encourage the development of a body of clearly erroneous precedents instead of providing guidance where boards are clearly divided. The two principles of non-intervention within jurisdiction, on the one hand, and judicial review of excess of jurisdiction, on the other, are principles of equal importance in the area of administrative law, and one cannot be allowed to override the other. It is right to dismiss claims which are nothing more than "appeals" from otherwise valid administrative decisions. However, it is wrong to dismiss claims which raise valid jurisdictional questions simply because they come from administrative decision-making bodies and not from the courts. To adopt this approach would be to ignore the principles of administrative law which entitle courts to review for violations of natural justice or jurisdictional findings including patently unreasonable error.

There must be some controls over administrative bodies. As H. W. R. Wade wrote in his Comment on Peter A. Gall's "Judicial Review of Labour Tribunals: A Functional Approach", in *Proceedings of the Administrative Law Conference*, University of British Columbia (1979), at p. 375:

Judicial power can be abused, and so for that matter can legislative power, but I feel no doubt at all that the

administratifs, il doit également exister des limites à l'aversion qu'éprouvent les tribunaux à intervenir dans les litiges qui découlent d'arbitrages consensuels. Il me semble que, dans certains cas, le principe de non-intervention est utilisé pour décourager le constat d'une erreur de compétence. Bien que cette attitude puisse avoir peu de pertinence dans les cas où il est presque impossible de déterminer si une erreur de compétence a été commise (c'est-à-dire, lorsqu'il existe un élément de pouvoir discrétionnaire judiciaire), elle ne saurait servir de prétexte pour éviter d'intervenir dans les cas où une erreur de compétence est manifeste. Appliquée incorrectement, cette politique de non-intervention risque d'édulcorer le concept de l'erreur de compétence. Une telle attitude est susceptible d'encourager la création d'un ensemble de précédents manifestement erronés au lieu de servir de guide dans les cas où les organismes administratifs sont nettement divisés. Les deux principes de non-intervention lorsqu'il y a compétence, d'une part, et de contrôle judiciaire lorsqu'il y a excès de compétence, d'autre part, sont des principes d'égale importance en droit administratif et l'un ne saurait avoir préséance sur l'autre. Il est correct de rejeter les demandes qui ne sont rien d'autre que des «appels» de décisions administratives par ailleurs valides. Toutefois, il est incorrect de rejeter les demandes qui soulèvent des questions de compétence valides simplement parce qu'elles proviennent d'organismes administratifs, plutôt que de tribunaux judiciaires. Adopter ce point de vue serait ignorer les principes de droit administratif qui autorisent les tribunaux judiciaires à exercer un contrôle en cas de violation de la justice naturelle ou de conclusions touchant à la compétence, y compris en cas d'erreur manifestement déraisonnable.

Certains contrôles doivent être exercés sur les organismes administratifs. Comme l'a écrit H. W. R. Wade dans son commentaire de l'article de Peter A. Gall, intitulé «Judicial Review of Labour Tribunals: A Functional Approach», publié dans *Proceedings of the Administrative Law Conference*, University of British Columbia (1979), à la p. 375:

[TRADUCTION] Il peut y avoir abus du pouvoir judiciaire et, quant à cela, il peut également y avoir abus du

power which demands most attention from lawyers is administrative power. Judicial power is restrained by a most elaborate system of rules, precedents, appeals, etc. Legislative power is restrained by responsibility to the electorate. But administrative power is restrained by little unless by law. Personally I believe that judicial review is necessary to prevent abuse and to preserve fairness, and that if not carried to excessive lengths it is perfectly compatible with efficient administration.

An individual with a claim for judicial review should not be discouraged from seeking relief from the courts on the sole basis that the courts have formulated a non-interventionist "policy" in matters arising from decisions of administrative bodies. It is true that the courts ought to defer to the expertise of these specialized bodies as the final decision-makers within their areas of expertise, but this does not oust the duty of the courts to evaluate the decisions for procedural fairness or jurisdictional error.

I do not mean to say that courts must begin to review each and every case submitted to them. Where there is no error going to jurisdiction, there is no scope for review. I would agree with the majority that if there is no jurisdictional error, we ought to defer. But, contrary to the opinion of the majority, in my view, a jurisdictional error exists in this case, and there is a duty to intervene. As I have stated above, where the error is jurisdictional in nature, the court must intervene. Thus, the true focus for decision making is not on the degree of restraint to be exercised, but on the existence and nature of the error, be it a consensual arbitration or not.

Lambert J.A., and the majority of this Court by implication, place a great deal of weight on the fact that this was a consensual arbitration. In the words of Lambert J.A., at p. 152:

A statutory tribunal should follow its own previous decisions and, for that reason, ought to be required to be

pouvoir législatif, mais je suis convaincu que le pouvoir qui exige le plus d'attention de la part des avocats est le pouvoir administratif. Le pouvoir judiciaire est limité par un système très élaboré de règles, de précédents, d'appels, etc. Le pouvoir législatif est limité par la responsabilité envers l'électorat. Mais le pouvoir administratif est très peu limité, si ce n'est par la loi. Personnellement, je suis d'avis que le contrôle judiciaire est nécessaire pour prévenir les abus et pour préserver l'équité et que s'il n'est pas exercé d'une manière excessive, il est parfaitement compatible avec une administration efficace.

Un individu qui a recours au contrôle judiciaire ne devrait pas être dissuadé de chercher à obtenir un redressement auprès des tribunaux judiciaires du seul fait que ceux-ci ont formulé une «politique» de non-intervention dans les questions qui découlent de décisions prises par des organismes administratifs. Il est vrai que les tribunaux judiciaires devraient s'en remettre à l'expertise de ces organismes spécialisés en tant qu'instances décisionnelles finales dans leurs domaines de compétence, mais cela n'élimine pas l'obligation qu'ont les tribunaux judiciaires d'examiner les décisions pour vérifier si l'équité en matière de procédure a été respectée ou si une erreur de compétence a été commise.

Je n'entends pas par là que les tribunaux judiciaires doivent se mettre à examiner tous les cas qui leur sont soumis. Lorsqu'il n'y a pas d'erreur de compétence, il n'y a pas matière à révision. Je souscris à l'opinion de la majorité selon laquelle, en l'absence d'erreur de compétence, il y a lieu à déférence. Mais contrairement à l'opinion de la majorité, j'estime qu'une telle erreur existe en l'espèce et que nous nous devons intervenir. Comme je l'ai mentionné précédemment, lorsque l'erreur touche à la compétence, le tribunal doit intervenir. Par conséquent, la décision doit véritablement porter non pas sur le degré de retenue judiciaire, mais sur l'existence et la nature de l'erreur, peu importe qu'il s'agisse d'un arbitrage consensuel ou non.

Le juge Lambert et, implicitement, cette Cour à la majorité, accordent beaucoup d'importance au fait qu'il s'agissait d'un arbitrage consensuel. Le juge Lambert affirme, à la p. 152:

[TRADUCTION] Un tribunal créé par la loi devrait suivre ses propres décisions antérieures et, pour cette raison, il

right in its interpretation of general public enactments and general legal principles, and ought to arrive at its decisions, even on matters particularly within its special expertise and function, on the basis of a demonstrably rational process. Those requirements do not have quite the same force in the case of a consensual arbitrator. The significant fact about a consensual arbitrator is that the parties have picked the arbitration process, and they have picked the arbitrator, because they want that process and that arbitrator in preference to any other process or any other decision maker. And they want the arbitrator to do what they ask him to do in the way they ask him to do it and not to do something else in some other way.

In short, the *Anisminic* principles apply to a consensual arbitrator, but there is maximum scope for curial deference, and for judicial restraint, in the determination of whether the arbitrator contravened his terms of reference, and so made a "jurisdictional" error. [Emphasis added.]

With deference, I do not see how this elaboration of distinction between the two types of arbitrations establishes a need for a particularly restricted scope for judicial review in the case of consensual arbitrations. Without putting too fine a point on it, judicial review is judicial review. Where there is an error going to jurisdiction, judicial review is the proper remedy. There is no different standard for review in consensual arbitrations.

The difference between consensual and statutory arbitrations, in terms of judicial review, has been discussed by this Court in *Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245, where the question of consensual and statutory boards was raised by Estey J. The case involved judicial review of a statutory tribunal, the decisions of which were not protected by a privative clause. Estey J. discussed the history of judicial review of arbitrations, and in doing so touched upon the standard of review in cases of consensual arbitration. He wrote, at pp. 265-66:

By 1857 it was well settled that a consensual board's decision could be set aside for fraud and by reason of an error of law appearing on the face of the record of the

devrait être requis d'interpréter d'une manière juste les mesures législatives d'intérêt public général et les principes juridiques généraux et devrait arriver à ses décisions, même sur des sujets qui relèvent particulièrement de sa fonction ou de son expertise spéciale, par un processus dont la rationalité puisse être démontrée. Ces exigences n'ont pas tout à fait la même force dans le cas d'un arbitre choisi par les parties. Ce qui importe au sujet d'un arbitre choisi par les parties est que ces dernières ont choisi le processus d'arbitrage et ont choisi l'arbitre parce qu'elles préfèrent ce processus et cet arbitre à toute autre procédure ou à toute autre instance décisionnelle. De plus elles veulent que l'arbitre fasse ce qu'elles lui demandent de faire de la manière qu'elles lui prescrivent et qu'il ne fasse rien d'autre de quelque autre manière.

Bref, les principes énoncés dans l'arrêt *Anisminic* s'appliquent à un arbitre choisi par les parties, mais il doit y avoir un maximum de respect et de retenue de la part des tribunaux lorsqu'il s'agit de déterminer si l'arbitre a contrevenu à son mandat et a ainsi commis une erreur de «compétence». [Je souligne.]

En toute déférence, je ne vois pas comment cette élaboration d'une distinction entre les deux types d'arbitrage établit la nécessité de donner une portée particulièrement limitée au contrôle judiciaire des arbitrages consensuels. Sans vouloir trop insister sur ce point, le contrôle judiciaire est le contrôle judiciaire. En cas d'erreur qui touche à la compétence, le contrôle judiciaire constitue le redressement approprié. La norme n'est pas différente lorsqu'il s'agit d'un arbitrage consensuel.

Cette Cour a analysé la différence entre l'arbitrage consensuel et l'arbitrage prescrit par la loi, sur le plan du contrôle judiciaire, dans l'arrêt *Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245, où la question des arbitrages consensuels et des arbitrages prescrits par la loi a été soulevée par le juge Estey. L'arrêt portait sur le contrôle judiciaire d'un tribunal établi en vertu de la loi, dont les décisions n'étaient pas protégées par une clause privative. Le juge Estey a fait l'historique du contrôle judiciaire des arbitrages et, ce faisant, a touché à la question de la norme de contrôle dans le cas de l'arbitrage consensuel. Voici ce qu'il a écrit, à la p. 266:

Dès 1857, il était bien établi que la décision d'un conseil choisi par les parties peut être écartée pour fraude et en raison d'une erreur de droit apparente à la lecture du

board. *Hodgkinson v. Fernie and Another*. It is also clear that in such a proceeding, a court would set aside an award where the arbitrator determined matters outside the area of his authority as described in the constituting contract. See *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., Vol. 2, p. 330, para. 622. Finally, there evolved the sub-rule, or at least a clarification of the old rule, in the judgment of Channell J. in *In the Matter of an Arbitration Between King and Duveen and Others*, at pp. 35-6:

It is no doubt a well established principle of law that if a mistake of law appears on the face of the award of an arbitrator, that makes the award bad, and it can be set aside . . . but it is equally clear that if a specific question of law is submitted to an arbitrator for his decision, and he does decide it, the fact that the decision is erroneous does not make the award bad on its face so as to permit of its being set aside. Otherwise it would be futile ever to submit a question of law to an arbitrator.

In the case of *R. v. Barber et al., Ex parte Warehousemen and Miscellaneous Drivers' Union Local 419*, the Ontario Court of Appeal found that the rule applicable to the review of awards of consensual tribunals denying the courts authority to review the correctness in law of a decision on the very question of law specifically referred to the board, but at the same time permitting the court to review an error of law made by the consensual board with reference to material matters 'arising but not specifically referred,' does not apply to the review of a decision by a statutory board.

This Court again considered the question of consensual arbitration in *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178. In that case, a specific question of law had been referred to a consensual arbitrator. The main issue in that case, with respect to the reviewability of the arbitrator's decision was whether the arbitrator had in fact answered the question put to him. Chief Justice Laskin, writing separate reasons concurring in the result of the case, enunciated a strict standard for review of consensual arbitration cases. The concern of Laskin C.J. appeared to be with broad review powers which would unduly interfere with the method of dispute resolution chosen by the parties. Laskin C.J. drew a distinction between consensual arbitrations where a specific question of law is submitted to the arbitrator, and ordinary

dossier. *Hodgkinson v. Fernie and Another*. Dans ce genre de procédures, il est également clair qu'une cour écartera la sentence d'un arbitre qui tranche des questions qui ne relèvent pas des pouvoirs conférés par le contrat constitutif. Voir *Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., vol. 2, p. 330, par. 622. Enfin, il y a la règle secondaire, ou au moins une clarification de l'ancienne règle, exposée dans les motifs du juge Channell dans *In the Matter of an Arbitration Between King and Duveen and Others*, aux pp. 35 et 36:

[TRADUCTION] C'est sans aucun doute un principe de droit bien établi que si une erreur de droit apparaît à la lecture de la sentence arbitrale, cela rend la sentence irrégulière, et elle peut être écartée . . . mais il est également clair que si une question de droit précise est soumise à la décision d'un arbitre et qu'il rend effectivement une décision, le fait que la décision soit erronée ne rend pas la sentence irrégulière à sa lecture de sorte qu'il soit permis de la rejeter. Autrement, soumettre une question de droit à un arbitre serait toujours futile.

Dans *R. v. Barber et al., Ex parte Warehousemen and Miscellaneous Drivers' Union Local 419*, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'il ne faut pas appliquer aux décisions d'un conseil établi en vertu d'une loi, la règle applicable en matière de révision des sentences de tribunaux choisis par les parties suivant laquelle les cours n'ont pas le pouvoir de réviser le bien-fondé d'une décision sur le point de droit spécifiquement soumis au tribunal, mais suivant laquelle elles peuvent cependant réviser une erreur de droit commise par ce tribunal sur des points importants [TRADUCTION] «qui sont soulevés sans être spécifiquement soumis».

Cette Cour a également examiné la question de l'arbitrage consensuel dans l'arrêt *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178. Dans cette affaire, une question de droit précise avait été soumise à un arbitre choisi par les parties. La question principale alors soulevée, en ce qui a trait au contrôle judiciaire de la sentence arbitrale, était de savoir si l'arbitre avait effectivement répondu à la question qui lui avait été posée. Le juge en chef Laskin, rédigeant des motifs distincts concordants quant au résultat, a énoncé une norme stricte applicable à l'examen des affaires d'arbitrage consensuel. Le juge en chef Laskin semblait préoccupé par des pouvoirs généraux de contrôle qui gêneraient indûment la méthode de règlement du litige choisie par les parties. Le juge en chef Laskin a fait une distinction entre les arbitrages

grievances. In the former case, there can be no review, unless the answer given was not to the question posed. In the case of grievances, Laskin C.J. wrote at p. 195:

It may be different where an ordinary grievance is submitted to consensual arbitration, but even in such cases there has been a reluctance to interfere with the arbitrator's award in so far as it involved interpretation of a collective agreement

Given the rather obvious room for confusion between all of these distinctions and categories, Laskin C.J. attempted to provide some guidelines, at p. 198.

However difficult it may be at times to determine whether a specific question has or has not been referred, I think it is more likely to be such a question where, as here, a policy question has been put to the arbitrator. Moreover, as Barwick C.J. put it in the *N.S.W. Mining Co.* case, *supra*, it is the nature of the question that determines the matter and that is not altered even if the arbitrator has to find some facts in order to decide it.

Laskin C.J. summarized his position at p. 203:

Certainly, in the field of labour-management arbitration, which is an ongoing process and not the episodic process under which the common law rules of review have developed, there is a good case for affirming a hands-off policy by the Courts on awards of consensual arbitrators, subject to bias or fraud or want of natural justice and, of course, to jurisdiction in the strict sense and not to the enlarged sense which makes it indistinguishable from questions of law.

In separate reasons in *Volvo Canada*, *supra*, Estey J., while agreeing with Laskin C.J. as to the limited scope of judicial review of consensual arbitrations, differed as to the approach to review. He writes, at p. 220:

Judicial review of the award of a consensual board in my view should not be predicated upon the tenuous and artificial distinction between a general question and a specific question of law, but should be limited to review only when the arbitrator in answering the submission

consensuels où une question de droit précise est soumise à l'arbitre, et les griefs ordinaires. Dans le premier cas, il ne peut y avoir de contrôle à moins qu'on n'ait pas répondu à la question posée. En ce qui concerne les griefs, le juge en chef Laskin écrit, à la p. 195:

La situation peut être différente lorsqu'un grief ordinaire est soumis à l'arbitrage choisi par les parties, mais même dans ce cas, il y a une répugnance à modifier la sentence arbitrale lorsqu'elle met en cause l'interprétation d'une convention collective

Étant donné la confusion que peuvent, selon toute évidence, susciter toutes ces distinctions et catégories, le juge en chef Laskin a tenté de fournir certaines lignes directrices, à la p. 198:

Quelque difficile qu'il puisse parfois être de décider si une question précise a été soumise ou non, je crois qu'il est plus vraisemblable que tel est le cas lorsque, comme en l'espèce, une question intéressant l'ensemble des employés a été soumise à l'arbitre. De plus, comme le dit le juge en chef Barwick dans *N.S.W. Mining Co.*, précité, c'est la nature de la question qui fournit la solution et il en est ainsi même si l'arbitre doit tirer certaines conclusions de fait pour en décider.

Le juge en chef Laskin résume ainsi sa position, à la p. 203:

Certainement, le domaine de l'arbitrage patronal-syndical, qui est un mécanisme en évolution constante et non épisodique comme celui sous lequel les règles de révision de la *common law* ont été élaborées, offre une bonne tribune pour proclamer une politique de non-intervention des cours dans les sentences d'arbitres choisis par les parties, sauf dans les cas de partialité, de fraude ou de manquement à la justice naturelle et, bien sûr, d'excès de compétence au sens strict de ce mot et non dans un sens large qui le rend indiscernable des questions de droit.

Dans les motifs de jugement distincts qu'il a rédigés dans l'affaire *Volvo Canada*, précitée, le juge Estey, tout en souscrivant à l'opinion du juge en chef Laskin quant à la portée limitée du contrôle judiciaire des arbitrages consensuels, a adopté une approche différente quant au contrôle judiciaire, à la p. 220:

À mon avis le contrôle judiciaire d'une sentence d'un conseil choisi par les parties ne devrait pas être fondé sur la distinction subtile et artificielle entre une question générale et une question de droit précise; il devrait plutôt se limiter aux situations où l'arbitre, en répondant

does something he is not by statute or contract authorized to do.

This is a more basic and simplified approach which essentially allows for review whenever the arbitrator exceeds his or her jurisdiction.

The distinction in treatment of statutory and consensual arbitrations seems to me to be illusory. The position is the same as that which exists with respect to judicial review in general. The only difference with consensual arbitration is the way in which jurisdiction is defined. To a large extent it is the parties, rather than a statute, which give the consensual arbitrator his or her jurisdiction. The bottom line, however remains jurisdiction. As Gaston Nadeau writes in his article "Le contrôle judiciaire des tribunaux du travail — Quelques commentaires sur la révision des sentences arbitrales par la Cour Suprême du Canada" (1980), *Meredith Lectures* 138, at p. 140:

[TRANSLATION] In the case of statutory tribunals covered by a privative clause, the superior courts could only intervene on questions of jurisdiction, but on such questions the power of review was to be exercised without limitation. The same rule applied to the decision of a consensual tribunal when the parties had asked it to settle a pure question of law.

When the statutory tribunal was not covered by a privative clause, its decisions were also reviewable for error of law on the face of the record. The same rule applied to the decision rendered by a consensual tribunal when it had a general issue before it (as opposed to a pure question of law).

The reason why there is limited review of the answer to the question specifically referred to the arbitrator for decision is because such a question defines the jurisdiction of the consensual arbitrator. Any answer which is truly a response to the question posed must necessarily be within jurisdiction. However, scope for review remains when the answer given is not appropriate to the question, or where there is "an error of law made by the consensual board with reference to material matters 'arising but not specifically referred' " (*Douglas Aircraft, supra*, p. 266).

à la question qui lui est soumise, agit contrairement à la loi ou à la convention.

Il s'agit d'une approche simplifiée et plus fondamentale qui permet essentiellement d'exercer un contrôle judiciaire dans tous les cas où l'arbitre excède sa compétence.

La distinction dans la façon de traiter les arbitrages prescrits par la loi et les arbitrages consensuels me semble illusoire. La position est la même que celle qui existe en matière de contrôle judiciaire en général. La seule différence que pose l'arbitrage consensuel réside dans la manière dont la compétence est définie. Dans une large mesure ce sont les parties, plutôt qu'une loi, qui confèrent compétence à l'arbitre qu'elles choisissent. Toutefois, le facteur essentiel demeure la compétence. Comme Gaston Nadeau l'a écrit dans son article intitulé «Le contrôle judiciaire des tribunaux du travail — Quelques commentaires sur la révision des sentences arbitrales par la Cour Suprême du Canada» (1980), *Meredith Lectures* 138, à la p. 140:

Dans le cas des tribunaux statutaires bénéficiant d'une clause privative les cours supérieures ne pouvaient intervenir que sur des questions de compétence (jurisdiction) mais sur ces questions le pouvoir de révision devait être exercé sans réserve. La même règle s'appliquait à la décision d'un tribunal consensuel lorsque les parties lui avaient demandé de trancher une pure question de droit.

Lorsque le tribunal statutaire ne bénéficiait pas d'une clause privative ses décisions étaient également révisables pour erreur de droit à la lecture du dossier. La même règle s'appliquait à la décision rendue par un tribunal consensuel lorsqu'il avait été saisi d'un litige général (par opposition à une pure question de droit).

La raison pour laquelle l'examen de la réponse à la question précise soumise à l'arbitre est limité, c'est qu'une telle question définit la compétence de l'arbitre choisi par les parties. Toute réponse qui constitue véritablement une réponse à la question posée doit nécessairement relever de cette compétence. Toutefois, l'étendue du contrôle demeure la même lorsque la réponse donnée ne correspond pas à la question ou lorsqu'il y a [TRANSLATION] «une erreur de droit commise par ce tribunal sur des points importants «qui sont soulevés sans être spécifiquement soumis» (*Douglas Aircraft, précité*, à la p. 266).

In his article "Recent Developments in Canadian Law: Labour Law" (1986), 18 *Ottawa L.R.* 83, Michael MacNeil comments on the similarity in approach to the statutory and consensual arbitrations. He observes, at p. 102:

Another indication of this unifying trend is the now almost meaningless distinction between statutory and consensual tribunals. At one time it was believed that the characterization of a tribunal as consensual would lead to greater judicial deference when an error was made with respect to a specific question of law presented to the tribunal. However, the Supreme Court has applied a very restrictive test to determine what is a specific question and, despite the objections of Laskin C.J.C., appears to have held that even an error on a specific question could be reviewed on certain grounds.

A similar observation has been made by Gaston Nadeau, *supra*. Nadeau discusses the development of the law respecting review of consensual arbitrations at p. 139:

[TRANSLATION] Canadian courts had developed a number of quite specific rules over the years determining the scope of the power of review. First, it had to be decided whether the tribunal below had been created by statute or whether it was a consensual or private tribunal. In the case of a statutory tribunal, the scope of the judicial review depended on whether there was a privative clause. When a consensual tribunal was in question, the nature of the dispute before it was what determined the degree of judicial intervention.

In Nadeau's view, there is a tendency towards an elimination of the distinction between the two types of dispute resolution for the purposes of judicial review: [TRANSLATION] "There is therefore a clear tendency as well to eliminate the distinction between statutory and consensual arbitration." (p. 142)

It is my view that the standard of judicial review of arbitrations, whether consensual or statutory is essentially the same. I see no valid reason for a distinction. Certainly, the question of who or what sets the parameters of the jurisdiction of the arbitrator may be different in each case. It may be the legislator or it may be the parties themselves. But,

Dans son article intitulé «Recent Developments in Canadian Law: Labour Law» (1986), 18 *Ottawa L.R.* 83, Michael MacNeil commente la similitude de l'approche dans les arbitrages prescrits par la loi et les arbitrages consensuels. Il fait remarquer, à la p. 102:

[TRANSLATION] Une autre indication de cette tendance unificatrice est la distinction maintenant presque dénuée de sens qui existe entre les tribunaux créés par la loi et les tribunaux consensuels. À une certaine époque, on croyait que le fait qu'un tribunal soit qualifié de consensuel entraînerait un plus grand respect par les tribunaux en cas d'erreur commise à l'égard d'une question de droit précisément soumise au tribunal. Toutefois, la Cour suprême a appliqué un test très restrictif pour déterminer ce qui constitue une question précise et, malgré l'opposition du juge en chef Laskin, elle semble avoir conclu que même une erreur concernant une question précise pouvait être examinée pour certains motifs.

Gaston Nadeau, précité, a fait une observation similaire. Il analyse, à la p. 139, l'évolution du droit applicable au contrôle des arbitrages consensuels:

Avec les années la jurisprudence canadienne avait élaboré un certain nombre de règles relativement précises déterminant la portée du pouvoir de révision. Il fallait dans un premier temps déterminer si le tribunal inférieur était établi statutairement ou s'il s'agissait d'un tribunal consensuel ou privé. Dans le cas d'un tribunal statutaire la portée de la révision judiciaire était tributaire de l'existence ou non d'une clause privative. Lorsqu'il s'agissait d'un tribunal consensuel c'est la nature du litige qui lui était soumis qui devait déterminer la mesure de l'intervention judiciaire.

De l'avis de Nadeau, il y a une tendance vers l'élimination de la distinction qui est faite entre les deux types de règlement des litiges aux fins du contrôle judiciaire: «Il y a donc une nette tendance à éliminer également la distinction entre l'arbitrage statutaire et l'arbitrage consensuel.» (p. 142)

Je suis d'avis que la norme du contrôle judiciaire des arbitrages, peu importe qu'il s'agisse d'arbitrages consensuels ou d'arbitrages prescrits par la loi, est essentiellement la même. Je ne vois aucune raison valable d'établir une distinction. Sans aucun doute, la question de savoir qui ou qu'est-ce qui fixe les paramètres de la compétence de l'arbitre

fundamentally, judicial review is available whenever an arbitrator exceeds his or her jurisdiction. Courts should naturally be careful to respect the will of the parties in a consensual arbitration, but, as in the case of a statutory arbitration, jurisdictional matters are subject to review. In a case where an arbitrator has exceeded his or her statutory or consensual jurisdiction, the award rendered will not reflect the will of the parties or respect the terms of the statute. A complaining party is, in such circumstances, entitled to judicial review. I accept a deferential approach to expertise but it must not be so interpreted as to deny recourse to the courts where natural justice or jurisdictional issues are involved.

In a case such as this one it would be manifestly unjust for the courts to refuse to exercise their own powers of judicial review. The deferential approach is not a licence to refuse review. It is merely a caution to courts to recognize the proper role and function of administrative bodies. When such bodies fail to act within jurisdiction, the court does not have the discretion to intervene, it has a duty to intervene at the behest of one or another of the parties.

In the result, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed with costs, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Shortt & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

peut être différente dans chaque cas. Ce peut être le législateur ou les parties elles-mêmes. Mais, fondamentalement, il peut y avoir contrôle judiciaire dans tous les cas où un arbitre excède sa compétence. Les tribunaux judiciaires devraient naturellement veiller à respecter la volonté des parties dans le cas d'un arbitrage consensuel mais, tout comme dans le cas d'un arbitrage prescrit par la loi, les questions de compétence sont sujettes au contrôle judiciaire. Dans le cas où un arbitre a excédé sa compétence, prescrite par la loi ou conférée par les parties, la sentence rendue ne reflètera pas la volonté des parties et ne respectera pas les termes de la loi. Le requérant a droit, dans de telles circonstances, au contrôle judiciaire. J'accepte une approche qui respecte l'expertise, mais elle ne doit pas être interprétée de manière à refuser un recours judiciaire lorsqu'il s'agit de questions de justice naturelle ou de compétence.

Dans un cas comme la présente affaire, il serait manifestement injuste que les tribunaux refusent d'exercer leurs propres pouvoirs de contrôle judiciaire. La politique de non-intervention n'est pas une licence pour refuser le contrôle judiciaire. Il s'agit simplement d'une mise en garde faite aux tribunaux judiciaires pour qu'ils reconnaissent le rôle et la fonction légitimes des organismes administratifs. Lorsque de tels organismes ne respectent pas leur compétence, le tribunal judiciaire n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'intervenir, il a le devoir d'intervenir à la demande de l'une ou l'autre des parties.

Pour ces raisons, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Procureurs de l'appellant: Shortt & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intimée: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.