

**District of Parry Sound Social Services  
Administration Board** *Appellant*

v.

**Ontario Public Service Employees Union,  
Local 324** *Respondent*

and

**Ontario Human Rights  
Commission** *Intervener*

**INDEXED AS: PARRY SOUND (DISTRICT) SOCIAL  
SERVICES ADMINISTRATION BOARD v. O.P.S.E.U.,  
LOCAL 324**

**Neutral citation: 2003 SCC 42.**

File No.: 28819.

2003: January 24; 2003: September 18.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major,  
Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Labour relations — Arbitration — Jurisdiction — Human rights — Collective agreement providing that probationary employee may be discharged at sole discretion of and for any reason satisfactory to employer and such discharge not subject to grievance and arbitration procedures — Probationary employee discharged shortly after return from maternity leave — Employee filing grievance — Whether grievance arbitrable — Whether substantive rights and obligations of Human Rights Code implicitly incorporated within all collective agreements over which arbitrator has jurisdiction — Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 48(1), (12)(j) — Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 5(1).*

*Labour relations — Collective agreement — Grievance — Procedural requirements — Arbitration — Employment standards — Probationary employee discharged shortly after return from maternity leave — Employee filing grievance — Collective agreement*

**Conseil d'administration des services sociaux  
du district de Parry Sound** *Appellant*

c.

**Syndicat des employés et employées de la  
fonction publique de l'Ontario, section  
locale 324** *Intimé*

et

**Commission ontarienne des droits de la  
personne** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : PARRY SOUND (DISTRICT),  
CONSEIL D'ADMINISTRATION DES SERVICES SOCIAUX  
c. S.E.E.F.P.O., SECTION LOCALE 324**

**Référence neutre : 2003 CSC 42.**

N° du greffe : 28819.

2003 : 24 janvier; 2003 : 18 septembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges  
Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour,  
LeBel et Deschamps.

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

*Relations de travail — Arbitrage — Compétence — Droits de la personne — Convention collective prévoyant que l'employeur peut, à son entière discrétion, congédier un employé à l'essai pour tout motif qu'il juge acceptable et qu'une telle mesure ne peut faire l'objet d'un grief ni être soumise à l'arbitrage — Employée à l'essai congédiée peu après son retour du congé de maternité — Dépôt d'un grief par l'employée — Le grief est-il arbitral? — Les droits et obligations substantiels prévus par le Code des droits de la personne sont-ils implicitement incorporés dans chaque convention collective à l'égard de laquelle l'arbitre a compétence? — Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 48(1), (12)j) — Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 5(1).*

*Relations de travail — Convention collective — Grief — Exigences procédurales — Arbitrage — Normes d'emploi — Employée à l'essai congédiée peu après son retour du congé de maternité — Dépôt d'un grief par l'employée — Convention collective prévoyant que*

*providing that grievance must set out section of agreement that is alleged to have been violated — Employment Standards Act barring discrimination on basis of “pregnancy leave” explicitly incorporated within all collective agreements — Employment Standards Act claim not raised by Union at any stage of proceedings — Whether Union’s failure to raise Employment Standards Act curable — Whether s. 64.5(4) of Employment Standards Act binding Union to prior decision not to seek enforcement of the Act — Whether Court of Appeal erred in raising and resolving appeal on basis of Employment Standards Act — Employment Standards Act, R.S.O. 1990, c. E.14, ss. 44, 64.5(1).*

O was a probationary employee of the appellant employer and a member of the respondent Union. Her terms of employment were governed by a collective agreement which states that “a probationary employee may be discharged at the sole discretion of and for any reason satisfactory to the Employer and such action by the Employer is not subject to the grievance and arbitration procedures and does not constitute a difference between the parties”. Prior to the expiry of her probationary term, O went on maternity leave. Within a few days of returning to work, the employer discharged her. O filed a grievance.

The majority of the Board of Arbitration found that s. 48(12)(j) of the Ontario *Labour Relations Act, 1995* (“LRA”), empowers a board of arbitration to interpret a collective agreement in a manner consistent with the *Human Rights Code* and imports the substantive rights of the *Human Rights Code* into a collective agreement over which an arbitrator has jurisdiction. The Board ruled that it was entitled to consider whether O had been a victim of discrimination under the *Human Rights Code*. The Divisional Court granted the employer’s application for judicial review, holding that s. 48(12)(j) confers power on a board of arbitration to interpret and apply the *Human Rights Code* when and if it already has jurisdiction to hear a grievance, but not otherwise. Because the grievance was not a difference arising out of the collective agreement, the Board did not have the jurisdiction to resolve the dispute. The Court of Appeal set aside the decision. Although the court was inclined to the view that the Divisional Court erred in its application of s. 48(12)(j) of the LRA, it preferred not to express a concluded opinion on this question. The court decided the matter with reference to the *Employment Standards Act* (“ESA”), noting, first, that s. 44 of the ESA provides that an employer shall not dismiss an employee because the employee takes “pregnancy leave” and, second, that under s. 64.5(1) of the ESA, the terms and conditions of

*le grief doit préciser la disposition de la convention collective qui aurait été violée — La Loi sur les normes d’emploi interdisant la discrimination fondée sur le « congé de maternité » est explicitement incorporée dans toutes les conventions collectives — Devant aucune instance, le syndicat n’a présenté sa plainte en vertu de la Loi sur les normes d’emploi — Peut-on remédier à l’omission d’invoquer la Loi sur les normes d’emploi? — En vertu de l’art. 64.5(4) de la Loi sur les normes d’emploi, le syndicat est-il lié par sa décision antérieure de ne pas tenter de faire appliquer la Loi? — La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en se reportant à la Loi sur les normes d’emploi et en tranchant l’affaire sur ce fondement? — Loi sur les normes d’emploi, L.R.O. 1990, ch. E.14, art. 44, 64.5(1).*

O travaillait à titre d’employée à l’essai pour l’employeur appelant et était membre du syndicat intimé. Ses conditions d’emploi étaient régies par la convention collective, qui prévoit que « l’employeur peut, à son entière discrétion, congédier un employé à l’essai pour tout motif qu’il juge acceptable et une telle mesure ne peut faire l’objet d’un grief ni être soumise à l’arbitrage et ne constitue pas un différend entre les parties ». Avant la fin de sa période d’essai, O a pris un congé de maternité. Quelques jours après son retour au travail, l’employeur l’a congédiée. Elle dépose un grief.

Le Conseil d’arbitrage conclut à la majorité que l’al. 48(12)(j) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* de l’Ontario (« LRT ») habilite les conseils d’arbitrage à interpréter les conventions collectives selon le *Code des droits de la personne* et que cette disposition importe les droits substantiels reconnus par le *Code des droits de la personne* dans les conventions collectives qui relèvent de la compétence de l’arbitre. Le Conseil conclut qu’il est habilité à examiner la question de savoir si O a été victime de discrimination au regard du *Code des droits de la personne*. La Cour divisionnaire accueille la demande de contrôle judiciaire de l’employeur, déclarant que l’al. 48(12)(j) habilite le conseil d’arbitrage à interpréter et à appliquer le *Code des droits de la personne* s’il a déjà compétence pour entendre un grief, mais seulement dans ce cas. Comme le grief n’est pas un différend découlant de la convention collective, le Conseil n’a pas compétence pour trancher le litige. La Cour d’appel annule la décision. Bien que la cour soit portée à conclure que la Cour divisionnaire a commis une erreur en appliquant l’al. 48(12)(j) de la LRT, elle préfère ne pas se prononcer sur la question. Elle se fonde sur la *Loi sur les normes d’emploi* (« LNE ») pour trancher l’affaire, faisant remarquer d’abord que l’art. 44 de la LNE prévoit que l’employeur ne peut congédier une employée qui prend un « congé de maternité » et ensuite qu’en vertu du par.

the *ESA* are enforceable against the employer as if they were a part of the collective agreement. The Court of Appeal concluded, therefore, that the Board had jurisdiction to consider whether O's dismissal was inconsistent with s. 44.

*Held* (Major and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour and Deschamps JJ.: The Board was correct to conclude that the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* are incorporated into each collective agreement over which an arbitrator has jurisdiction. Under a collective agreement, the broad rights of an employer to manage the enterprise and direct the work force are subject not only to the express provisions of the collective agreement, but also to statutory provisions of the *Human Rights Code* and other employment-related statutes. The absence of an express provision that prohibits the violation of a particular statutory right is insufficient to conclude that a violation of that right does not constitute a violation of the collective agreement. Rather, human rights and other employment-related statutes establish a floor beneath which an employer and union cannot contract. The plain and ordinary meaning of s. 48(12)(j) of the *LRA*, which provides that an arbitrator has the power "to interpret and apply human rights and other employment-related statutes, despite any conflict between those statutes and the terms of the collective agreement", affirms that grievance arbitrators have not only the power but also the responsibility to implement and enforce the substantive rights and obligations of human rights and other employment-related statutes as if they were part of the collective agreement. Granting arbitrators the authority to enforce the substantive rights and obligations of human rights and other employment-related statutes also advances the stated purposes of the *LRA*, which include promoting the expeditious resolution of workplace disputes, and has the additional advantage of bolstering human rights protection. The fact that the Human Rights Commission currently has greater expertise than the Board in respect of human rights violations is an insufficient basis on which to conclude that a grievance arbitrator ought not to have the power to enforce the rights and obligations of the *Human Rights Code*. An alleged violation of the *Human Rights Code* therefore constitutes an alleged violation of the collective agreement and falls squarely within the Board's jurisdiction. Accordingly, the Board's finding that the discriminatory discharge of a probationary employee is arbitrable is not patently unreasonable and should be upheld.

64.5(1) de la *LNE*, les dispositions de la loi s'appliquent à l'employeur comme si elles faisaient partie de la convention collective. La Cour d'appel conclut donc que le Conseil a compétence pour déterminer si le congédiement d'O contrevient à l'art. 44.

*Arrêt* (les juges Major et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour et Deschamps : Le Conseil a eu raison de conclure que les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* sont incorporés dans toute convention collective à l'égard de laquelle l'arbitre a compétence. En vertu d'une convention collective, le droit général de l'employeur de gérer l'entreprise et de diriger le personnel est subordonné non seulement aux dispositions expresses de la convention collective, mais aussi aux dispositions du *Code des droits de la personne* et aux autres lois sur l'emploi. L'absence d'une disposition expresse qui interdit la violation d'un droit donné ne permet pas de conclure que la violation de ce droit ne constitue pas une violation de la convention collective. Les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi fixent plutôt un minimum auquel l'employeur et le syndicat ne peuvent pas se soustraire par contrat. Le sens courant de l'al. 48(12)j) de la *LRT*, qui prévoit que l'arbitre a le pouvoir « d'interpréter et d'appliquer les lois ayant trait aux droits de la personne ainsi que les autres lois ayant trait à l'emploi, malgré toute incompatibilité entre ces lois et les conditions de la convention collective », confirme que les arbitres des griefs ont non seulement le pouvoir mais aussi la responsabilité de mettre en œuvre et de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi comme s'ils faisaient partie de la convention collective. L'attribution aux arbitres du pouvoir de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi permet également de promouvoir les objectifs déclarés de la *LRT*, qui sont notamment la résolution rapide des conflits de travail. Elle comporte en outre l'avantage de renforcer la protection des droits de la personne. Le fait que la Commission des droits de la personne possède à l'heure actuelle une plus grande expertise que le Conseil en ce qui a trait aux violations des droits de la personne n'est pas un motif suffisant pour conclure que l'arbitre ne devrait pas avoir le pouvoir de faire respecter les droits et obligations prévus par le *Code des droits de la personne*. Une violation alléguée du *Code des droits de la personne* constitue donc une violation alléguée de la convention collective et relève directement de la compétence du Conseil. Par conséquent, la conclusion du Conseil que le congédiement discriminatoire d'un employé à l'essai est matière à arbitrage n'est pas manifestement déraisonnable et doit être confirmée.

Even if there was no basis on which to conclude that the alleged violation of the *Human Rights Code* is arbitrable, the application of ss. 44 and 64.5(1) of the *ESA* leads to the conclusion that the subject matter of O's grievance is arbitrable. The joint effect of ss. 44 and 64.5(1) is that each collective agreement is deemed to contain a provision that prohibits the discharge of a probationary employee because she took or intends to take pregnancy leave. Thus, the subject matter of O's grievance clearly constitutes a dispute that arises under a collective agreement over which the Board has jurisdiction.

It was not improper for the Court of Appeal to take into account the fact that the substantive rights and obligations of the *ESA* are incorporated directly into each collective agreement. The finding under review is not the Board's finding that s. 5(1) of the *Human Rights Code* is enforceable against the employer, but its finding that O's grievance is arbitrable. If the Court of Appeal had upheld the Divisional Court's decision to reverse the arbitration award without taking into account the potential impact of ss. 44 and 64.5(1) of the *ESA*, it would arguably have committed an error of law.

The Union was not bound by its prior decision not to seek enforcement of s. 44 of the *ESA* at the initial hearing. The purpose of s. 64.5(4) of the *ESA* is not to bind a union to such a prior decision, but, rather, to affirm the principle that an employee to whom a collective agreement applies is not entitled to file or maintain a complaint under the Act.

Lastly, the Union's failure to comply with the procedural requirements of the collective agreement, which demand that a discharge grievance must set out the section of the collective agreement that is alleged to have been violated, does not preclude the Union from subsequently raising s. 44 of the *ESA* as a potential basis of liability. Procedural requirements should not be stringently enforced in those instances where, as here, the employer suffered no prejudice.

*Per* Major and LeBel JJ. (dissenting): O's *Human Rights Code* claim is not the subject of the agreement between her employer and her Union, and is therefore not arbitrable. Unless the legislature passes legislation incorporating the substance of its statutes into collective agreements, it is to be assumed that unions and employers may define which employees and disputes are covered by a collective agreement and therefore have access to binding arbitration, as long as the agreement does not conflict with statute or public policy. Absent legislative action, courts should not on their own initiative interfere with the terms of a collective agreement. Here, the

Même si rien ne permettait de conclure que la violation alléguée du *Code des droits de la personne* est arbitrable, l'application de l'art. 44 et du par. 64.5(1) de la *LNE* mène à la conclusion que la question faisant l'objet du grief d'O est arbitrable. En vertu de l'effet combiné de l'art. 44 et du par. 64.5(1), chaque convention collective est réputée contenir une disposition qui interdit le congédiement d'une employée à l'essai parce qu'elle a pris ou elle a l'intention de prendre un congé de maternité. Ainsi, la question qui fait l'objet du grief d'O constitue clairement un différend que soulève une convention collective à l'égard de laquelle le Conseil a compétence.

La Cour d'appel pouvait donc à bon droit tenir compte du fait que les droits et obligations substantiels prévus par la *LNE* sont incorporés directement dans chaque convention collective. Le contrôle ne porte pas sur la conclusion du Conseil que le par. 5(1) du *Code des droits de la personne* s'applique à l'employeur, mais sur sa conclusion que le grief d'O est arbitrable. Si la Cour d'appel avait maintenu la décision de la Cour divisionnaire d'annuler la décision arbitrale sans tenir compte de l'effet possible de l'art. 44 et du par. 64.5(1) de la *LNE*, on aurait pu soutenir qu'elle avait commis une erreur de droit.

Le syndicat n'était pas lié par sa décision antérieure de ne pas tenter de faire appliquer l'art. 44 de la *LNE* à l'audience initiale. L'objectif du par. 64.5(4) de la *LNE* n'est pas de prévoir qu'un syndicat est lié par une telle décision antérieure, mais plutôt de confirmer le principe que l'employé visé par une convention collective n'a pas le droit de déposer ni de maintenir une plainte en vertu de la Loi.

Enfin, le fait que le syndicat ne s'est pas conformé aux exigences procédurales de la convention collective, selon lesquelles un grief en matière de congédiement doit préciser la disposition de la convention collective qui aurait été violée, ne l'empêche pas d'invoquer ultérieurement l'art. 44 de la *LNE* comme fondement éventuel de la responsabilité. Les exigences procédurales ne devraient pas être rigoureusement appliquées dans les cas où, comme ici, l'employeur ne subit aucun préjudice.

*Les juges* Major et LeBel (dissidents) : La plainte d'O fondée sur le *Code des droits de la personne* ne fait pas l'objet de la convention entre son employeur et son syndicat. Elle n'est donc pas arbitrable. À moins que le législateur n'adopte une législation incorporant la substance de ses lois dans les conventions collectives, on doit présumer que syndicats et employeurs peuvent déterminer quels employés et différends sont couverts par la convention collective et ont donc accès à l'arbitrage obligatoire, dans la mesure où la convention n'entre pas en conflit avec une loi ou l'intérêt public. À défaut d'intervention législative, les tribunaux ne devraient pas, de

*Human Rights Code* is not implicitly incorporated into all collective agreements. To read into s. 48(12)(j) of the *LRA* the extraordinary power to take jurisdiction of any claim based on statute, despite the plain wishes of the parties to the contract, is a subversion of the legislative intent. If the legislature wished to thus expand the power of arbitrators, it would have signalled its intent more clearly. O's dismissal is not arbitrable because her Union and her employer agreed not to cover the dismissal of probationary employees in their collective agreement, and the legislature did not intend to require that they do so.

It was improper for the Court of Appeal, *sua sponte*, to ignore the procedural requirements negotiated by the parties and raise the *ESA* argument. Article 8.06(a) of the collective agreement clearly required the Union to state "the section or sections of the Agreement which are alleged to have been violated". The Union should therefore have raised s. 44 of the *ESA*, barring employment discrimination on the basis of "pregnancy leave", which the legislature has explicitly incorporated into all collective agreements via s. 64.5(1) of the *ESA*. This the Union chose not to do. Even if the failure to raise the *ESA* might have been curable or seen as a simple procedural defect, the Union would at the very least have had the obligation to raise the matter at the arbitration stage. The Union and O should be bound by the specific claims they made and the manner in which they presented them. The Court of Appeal erred in raising this issue, not chosen by the parties.

O is not without a remedy. She may use the mechanisms carefully set out by the legislature to vindicate her human rights, and may bring her claim before the Human Rights Commission, as the employer urged and as the legislature intended.

### Cases Cited

By Iacobucci J.

**Applied:** *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517; **referred to:** *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178; *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada*

leur propre initiative, modifier les termes d'une convention collective. Ici, le *Code des droits de la personne* n'est pas incorporé implicitement dans toutes les conventions collectives. Interpréter l'al. 48(12)(j) de la *LRT* comme s'il conférait le pouvoir extraordinaire de s'attribuer compétence sur toute plainte fondée sur une loi, malgré le désir manifeste des parties au contrat, est une subversion de l'intention du législateur. Si celui-ci souhaitait élargir ainsi le pouvoir des arbitres, il aurait indiqué son intention plus clairement. Le congédiement d'O n'est pas matière à arbitrage parce que le syndicat et l'employeur ont convenu de ne pas inclure dans la convention collective le congédiement des employés à l'essai, et le législateur n'entendait pas exiger qu'ils le fassent.

La Cour d'appel n'aurait pas dû, de son propre chef, faire abstraction des exigences procédurales négociées par les parties et fonder une argumentation sur la *LNE*. L'alinéa 8.06a) de la convention collective exige clairement du syndicat qu'il invoque « les articles de la convention qui auraient été violés ». Le syndicat aurait donc dû invoquer l'art. 44 de la *LNE*, qui interdit la discrimination dans l'emploi fondée sur le « congé de maternité » et que le législateur a explicitement incorporé dans toutes les conventions collectives via le par. 64.5(1) de la *LNE*. Or, il a choisi de ne pas le faire. Même si on aurait peut-être pu remédier à l'omission d'invoquer la *LNE* ou la considérer comme un simple vice de procédure, le syndicat aurait au moins été tenu de soulever la question à l'étape de l'arbitrage. Le syndicat et O devraient être liés par les plaintes spécifiques qu'ils ont déposées et par la manière dont ils l'ont fait. La Cour d'appel a commis une erreur en soulevant cette question, que les parties avaient décidé de ne pas invoquer.

O n'est pas sans recours. Elle peut faire appel aux mécanismes soigneusement conçus par le législateur pour assurer la défense de ses droits de la personne et elle peut porter plainte devant la Commission des droits de la personne, comme le recommande l'employeur et comme l'a voulu le législateur.

### Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

**Arrêt appliqué :** *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; **arrêts mentionnés :** *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178; *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29; *Société*

(*Labour Relations Board*), [1995] 1 S.C.R. 157; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Re Blouin Drywall Contractors Ltd. and United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 2486 (1975)*, 8 O.R. (2d) 103; *Spruce Falls Inc. and I.W.A.-Canada, Local 2995 (Trudel) (Re)* (2002), 106 L.A.C. (4th) 41; *Peel District School Board and O.P.S.T.F., District 19 (Havery) (Re)* (2000), 84 L.A.C. (4th) 289; *Re Harry Woods Transport Ltd. and Teamsters Union, Local 141 (1977)*, 15 L.A.C. (2d) 140; *Aro Canada Inc. and I.A.M., Re* (1988), 34 L.A.C. (3d) 255; *Liquid Carbonic Inc. and U.S.W.A., Re* (1992), 25 L.A.C. (4th) 144.

By Major J. (dissenting)

*McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517; *Bank of Toronto v. Perkins* (1883), 8 S.C.R. 603.

#### Statutes and Regulations Cited

*Employment Standards Act*, R.S.O. 1990, c. E.14, ss. 44, 64.5(1)-(4) [ad. 1996, c. 23, s. 18].  
*Employment Standards Act, 1968*, S.O. 1968, c. 35, s. 11(2).  
*Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 5(1) [am. 1999, c. 6, s. 28(5)].  
*Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2, s. 45(8)3 [rep. & sub. 1992, c. 21, s. 23(3)].  
*Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A., s. 48(1), (12).

#### Authors Cited

Brown, Donald J. M., and David M. Beatty. *Canadian Labour Arbitration*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book (loose-leaf updated April 2003, release 39).  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
 Ontario. Ministry of Labour. *Proposed Reform of the Ontario Labour Relations Act*. Toronto: Ministry of Labour, 1991.  
 Oxford English Dictionary, 2nd ed., vol. I. Oxford: Clarendon Press, 1989, “apply”.  
 Weiler, Paul. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswell, 1980.

*Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768; *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Re Blouin Drywall Contractors Ltd. and United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 2486 (1975)*, 8 O.R. (2d) 103; *Spruce Falls Inc. and I.W.A.-Canada, Local 2995 (Trudel) (Re)* (2002), 106 L.A.C. (4th) 41; *Peel District School Board and O.P.S.T.F., District 19 (Havery) (Re)* (2000), 84 L.A.C. (4th) 289; *Re Harry Woods Transport Ltd. and Teamsters Union, Local 141 (1977)*, 15 L.A.C. (2d) 140; *Aro Canada Inc. and I.M.A., Re* (1988), 34 L.A.C. (3d) 255; *Liquid Carbonic Inc. and U.S.W.A., Re* (1992), 25 L.A.C. (4th) 144.

Citée par le juge Major (dissident)

*McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; *Bank of Toronto c. Perkins* (1883), 8 R.C.S. 603.

#### Lois et règlements cités

*Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 5(1) [mod. 1999, ch. 6, art. 28(5)].  
*Employment Standards Act, 1968*, S.O. 1968, ch. 35, art. 11(2).  
*Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 48(1), (12).  
*Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1990, ch. E.14, art. 44, 64.5(1)-(4) [aj. 1996, ch. 23, art. 18].  
*Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1990, ch. L.2, art. 45(8)3 [abr. & rempl. 1992, ch. 21, art. 23(3)].

#### Doctrine citée

Brown, Donald J. M., and David M. Beatty. *Canadian Labour Arbitration*, 3rd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book (loose-leaf updated April 2003, release 39).  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.  
 Ontario. Ministère du Travail. *Projet de réforme de la Loi de l'Ontario sur les relations de travail*. Toronto : Ministère du Travail, 1991.  
*Trésor de la langue française*, t. 3. Paris : Centre national de la recherche scientifique, 1974, « appliquer ».  
 Weiler, Paul. *Reconcilable Differences : New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto : Carswell, 1980.

Weiler, Paul. “The Remedial Authority of the Labour Arbitrator: Revised Judicial Version” (1974), 52 *Can. Bar Rev.* 29.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 54 O.R. (3d) 321, 147 O.A.C. 183, 10 C.C.E.L. (3d) 290, 40 C.H.R.R. D/190, 2002 C.L.L.C. ¶210-005, [2001] O.J. No. 2316 (QL), setting aside a judgment of the Divisional Court (2000), 131 O.A.C. 122, 2000 C.L.L.C. ¶220-336, [2000] O.J. No. 475 (QL). Appeal dismissed, Major and LeBel JJ. dissenting.

*William G. Horton, Cathy Beagan Flood and Robert B. Budd*, for the appellant.

*Timothy G. M. Hadwen and Peggy E. Smith*, for the respondent.

*Naomi Overend and Prabhu Rajan*, for the intervenor.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour and Deschamps JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. — This appeal raises questions about the application of human rights and other employment-related statutes in the context of a collective agreement. More specifically, does a grievance arbitrator have the power to enforce the substantive rights and obligations of human rights and other employment-related statutes and, if so, under what circumstances? As I discuss in these reasons, I conclude that a grievance arbitrator has the power and responsibility to enforce the substantive rights and obligations of human rights and other employment-related statutes as if they were part of the collective agreement. Consequently, I would dismiss the appeal.

### I. Background

Joanne O’Brien was a probationary employee of the appellant District of Parry Sound Social Services Administration Board and a member of the respondent Ontario Public Service Employees Union (the “Union”). Her terms of employment were governed by a collective agreement negotiated between the

Weiler, Paul. « The Remedial Authority of the Labour Arbitrator : Revised Judicial Version » (1974), 52 *R. du B. can.* 29.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (2001), 54 O.R. (3d) 321, 147 O.A.C. 183, 10 C.C.E.L. (3d) 290, 40 C.H.R.R. D/190, 2002 C.L.L.C. ¶210-005, [2001] O.J. No. 2316 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour divisionnaire (2000), 131 O.A.C. 122, 2000 C.L.L.C. ¶220-336, [2000] O.J. No. 475 (QL). Pourvoi rejeté, les juges Major et LeBel sont dissidents.

*William G. Horton, Cathy Beagan Flood et Robert B. Budd*, pour l’appelant.

*Timothy G. M. Hadwen et Peggy E. Smith*, pour l’intimé.

*Naomi Overend et Prabhu Rajan*, pour l’intervenante.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour et Deschamps rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Le pourvoi soulève des questions au sujet de l’application des lois ayant trait aux droits de la personne et des autres lois ayant trait à l’emploi dans le cadre de la convention collective. Plus précisément, l’arbitre des griefs est-il habilité à faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par ces lois et, le cas échéant, dans quelles circonstances? Comme je l’explique dans les présents motifs, il a le pouvoir et la responsabilité de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par ces lois comme s’ils faisaient partie de la convention collective. Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

### I. Le contexte

Joanne O’Brien travaillait à titre d’employée à l’essai pour l’appelant, le Conseil d’administration des services sociaux du district de Parry Sound, et était membre de l’intimé, le Syndicat des employés et employées de la fonction publique de l’Ontario (le « Syndicat »). Ses conditions d’emploi étaient

parties. For the purposes of this appeal, the most important provision of the collective agreement is Article 5.01:

**ARTICLE 5 – MANAGEMENT RIGHTS**

**5.01** The Union recognizes that the management of the operations and the direction of the employees are fixed exclusively in the Employer and shall remain solely with the Employer except as expressly limited by the clear and explicit language of some other provision of this Agreement and, without restricting the generality of the foregoing, the Union acknowledges that it is the exclusive function of the Employer to:

- (b) hire, assign, retire, promote, demote, classify, transfer, direct, lay off, recall and to suspend, discipline or discharge employees who have successfully completed their probationary period for just cause provided that a claim by an employee who has successfully completed his/her probationary period that she/he has been disciplined, suspended or discharged without just cause may be the subject of a grievance and dealt with as hereinafter provided;

3

Under Article 5.01, the Union recognizes that management has the right to manage the enterprise and direct the work force, subject only to express provisions of the collective agreement that provide otherwise. On its face, Article 5.01 is sufficiently broad to include the right of the employer to discharge an employee. Under paragraph (b), a claim by an employee who has successfully completed his or her probationary period that she or he has been disciplined without just cause may be the subject of a grievance. The right of the appellant to manage the enterprise is thus subject to the right of an employee who has completed the probationary period not to be discharged without just cause. There is no provision that limits the right of the employer to discharge a probationary employee. To the contrary, Article 8.06(a), under the heading “Grievance Procedure”, states that “a probationary employee may be discharged at the sole discretion of and for any reason satisfactory to the Employer and such action by the

régies par la convention collective qu’avaient négociée les parties. Pour les besoins du pourvoi, la disposition la plus importante de la convention collective est l’art. 5.01.

[TRANSDUCTION]

**ARTICLE 5 – DROITS DE GESTION**

**5.01** Le Syndicat reconnaît que la gestion des opérations et la direction du personnel sont déterminées exclusivement par l’employeur et demeurent exclusivement la prérogative de l’employeur, sauf disposition expresse contraire de la présente convention. Il reconnaît notamment qu’il est du ressort exclusif de l’employeur :

- b) d’embaucher, d’affecter à un poste, de mettre à la retraite, de promouvoir, de rétrograder, de classer, de muter, d’orienter, de mettre à pied, de rappeler au travail, de suspendre ou de congédier pour un motif valable un employé à l’essai qui a réussi sa période d’essai, ou de lui imposer une peine disciplinaire, pourvu que la plainte de l’employé qui a été suspendu, visé par la peine disciplinaire ou congédié sans motif valable, puisse faire l’objet d’un grief conformément aux dispositions prévues aux présentes;

Aux termes de l’art. 5.01, le Syndicat reconnaît que la direction a le droit de gérer l’entreprise et de diriger son personnel, sous réserve seulement des dispositions expresses contraires de la convention collective. À première vue, l’art. 5.01 est suffisamment général pour comprendre le droit pour l’employeur de congédier un employé. En vertu de l’al. b), l’employé qui a réussi sa période d’essai peut présenter un grief s’il prétend avoir subi une peine disciplinaire sans motif valable. Le droit de l’appelant de gérer l’entreprise est donc subordonné à celui de l’employé qui a terminé sa période d’essai de ne pas être congédié sans motif valable. Aucune disposition ne limite le droit de l’employeur de congédier un employé à l’essai. Au contraire, sous la rubrique [TRANSDUCTION] « Procédure de règlement des griefs », l’al. 8.06a) prévoit que [TRANSDUCTION] « l’employeur peut, à son entière discrétion, congédier un employé à l’essai pour tout motif qu’il juge acceptable et une telle mesure ne peut faire l’objet



Employer is not subject to the grievance and arbitration procedures and does not constitute a difference between the parties”.

Prior to the expiry of her probationary term, Ms. O’Brien went on maternity leave. Within a few days of returning to work, the appellant discharged her. On June 26, 1998, Ms. O’Brien filed a grievance with the Union. The grievance alleged as follows:

I grieve that I have been discharged from my position without justification and that this decision was arbitrary, discriminatory, in bad faith and unfair.

At the arbitration hearing, the appellant objected on the basis that the Board of Arbitration (the “Board”) did not have jurisdiction over the subject matter of the grievance. It was the appellant’s submission that the collective agreement clearly expressed that it was the parties’ intention that the discharge of a probationary employee was not arbitrable. The appellant submitted that the parties have the right to make such a bargain and that it would be a jurisdictional error for the Board to resolve the dispute.

## II. Relevant Legislative Provisions

*Employment Standards Act*, R.S.O. 1990, c. E.14

**44.** An employer shall not intimidate, discipline, suspend, lay off, dismiss or impose a penalty on an employee because the employee is or will become eligible to take, intends to take or takes pregnancy leave or parental leave.

**64.5** (1) If an employer enters into a collective agreement, the Act is enforceable against the employer with respect to the following matters as if it were part of the collective agreement:

1. A contravention of or failure to comply with the Act that occurs when the collective agreement is in force.

(2) An employee to whom a collective agreement applies (including an employee who is not a member of the trade union) is not entitled to file or maintain a complaint under the Act.

d’un grief ni être soumise à l’arbitrage et ne constitue pas un différend entre les parties ».

Avant la fin de sa période d’essai, M<sup>me</sup> O’Brien a pris un congé de maternité. Quelques jours après son retour au travail, elle a été congédiée. Le 26 juin 1998, elle a déposé devant le Syndicat un grief ainsi libellé :

[TRADUCTION] Je dépose un grief parce que j’ai été congédiée sans motif et que cette décision est arbitraire, discriminatoire, injuste et entachée de mauvaise foi.

À l’audience d’arbitrage, l’appelant a contesté en faisant valoir que le Conseil d’arbitrage (le « Conseil ») n’avait pas compétence sur la question faisant l’objet du grief. Il a affirmé que la convention collective indiquait clairement que les parties voulaient que le congédiement d’un employé à l’essai ne soit pas matière à arbitrage. Il a soutenu que les parties ont le droit de conclure un tel accord et que le Conseil commettrait une erreur de compétence s’il se prononçait sur le différend.

## II. Les dispositions législatives pertinentes

*Loi sur les normes d’emploi*, L.R.O. 1990, ch. E.14

**44** Nul employeur ne doit intimider, suspendre, mettre à pied ou congédier un employé ni lui imposer une peine disciplinaire ou prendre des sanctions à son égard du fait que celui-ci est ou deviendra admissible à un congé de maternité ou à un congé parental ou du fait qu’il a l’intention de le prendre ou qu’il le prenne.

**64.5** (1) Si un employeur conclut une convention collective, la Loi s’applique à l’employeur à l’égard des questions suivantes comme si elle faisait partie de la convention collective :

1. Une contravention à la Loi, ou l’inobservation de celle-ci, qui est commise pendant que la convention collective est en vigueur.

(2) L’employé à qui une convention collective s’applique (y compris l’employé qui n’est pas membre du syndicat) n’a pas le droit de déposer ni de maintenir une plainte en vertu de la Loi.

4

5

(3) Despite subsection (2), the Director may permit an employee to file or maintain a complaint under the Act if the Director considers it appropriate in the circumstances.

(4) An employee to whom a collective agreement applies (including an employee who is not a member of the trade union) is bound by a decision of the trade union with respect to the enforcement of the Act under the collective agreement, including a decision not to seek the enforcement of the Act.

*Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A*

**48.** (1) Every collective agreement shall provide for the final and binding settlement by arbitration, without stoppage of work, of all differences between the parties arising from the interpretation, application, administration or alleged violation of the agreement, including any question as to whether a matter is arbitrable.

. . . .

(12) An arbitrator or the chair of an arbitration board, as the case may be, has power,

- (a) to require any party to furnish particulars before or during a hearing;
- (b) to require any party to produce documents or things that may be relevant to the matter and to do so before or during the hearing;
- (c) to fix dates for the commencement and continuation of hearings;
- (d) to summon and enforce the attendance of witnesses and to compel them to give oral or written evidence on oath in the same manner as a court of record in civil cases; and
- (e) to administer oaths and affirmations,

and an arbitrator or an arbitration board, as the case may be, has power,

- (f) to accept the oral or written evidence as the arbitrator or the arbitration board, as the case may be, in its discretion considers proper, whether admissible in a court of law or not;
- (g) to enter any premises where work is being done or has been done by the employees or in which the employer carries on business or where anything

(3) Malgré le paragraphe (2), le directeur peut permettre à un employé de déposer ou de maintenir une plainte en vertu de la Loi s'il estime qu'il est opportun de ce faire dans les circonstances.

(4) L'employé à qui une convention collective s'applique (y compris l'employé qui n'est pas membre du syndicat) est lié par une décision prise par le syndicat relativement à l'application de la Loi en vertu de la convention, y compris une décision de ne pas tenter d'appliquer la Loi.

*Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A*

**48.** (1) Chaque convention collective contient une disposition sur le règlement, par voie de décision arbitrale définitive et sans interruption du travail, de tous les différends entre les parties que soulèvent l'interprétation, l'application, l'administration ou une prétendue violation de la convention collective, y compris la question de savoir s'il y a matière à arbitrage.

. . . .

(12) L'arbitre ou le président d'un conseil d'arbitrage, selon le cas, a le pouvoir :

- a) d'exiger qu'une partie fournisse des détails avant ou pendant une audience;
- b) d'exiger qu'une partie produise, avant ou pendant l'audience, des pièces ou des objets pouvant être pertinents;
- c) de fixer la date de commencement des audiences et les dates où elles doivent se poursuivre;
- d) d'assigner des témoins, de les contraindre à comparaître et à témoigner sous serment, oralement ou par écrit, de la même manière qu'une cour d'archives en matière civile;
- e) de faire prêter serment et de faire faire les affirmations solennelles,

et l'arbitre ou le conseil d'arbitrage, selon le cas, a le pouvoir :

- f) de recevoir la preuve orale ou écrite qu'il estime, à sa discrétion, utile, qu'elle soit admissible ou non devant une cour de justice;
- g) de pénétrer dans un local où les employés accomplissent ou ont accompli un travail ou dans lequel l'employeur exploite son entreprise,

is taking place or has taken place concerning any of the differences submitted to the arbitrator or the arbitration board, and inspect and view any work, material, machinery, appliance or article therein, and interrogate any person respecting any such thing or any of such differences;

- (h) to authorize any person to do anything that the arbitrator or arbitration board may do under clause (g) and to report to the arbitrator or the arbitration board thereon;
- (i) to make interim orders concerning procedural matters;
- (j) to interpret and apply human rights and other employment-related statutes, despite any conflict between those statutes and the terms of the collective agreement.

*Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19

5.—(1) Every person has a right to equal treatment with respect to employment without discrimination because of race, ancestry, place of origin, colour, ethnic origin, citizenship, creed, sex, sexual orientation, age, record of offences, marital status, same-sex partnership status, family status or handicap.

### III. Judicial History

#### A. *Arbitration Award (February 1, 1999)*

The majority of the Board found that the collective agreement, considered alone, imposed no restriction on the right of the employer to discharge probationary employees. The language of the collective agreement clearly indicated that it was not the parties' intention that the discharge of a probationary employee would be arbitrable.

The majority of the Board then considered the impact of s. 48(12)(j) of the *Labour Relations Act, 1995* ("LRA"). The Board found that s. 48(12)(j) obligates and empowers a board of arbitration to interpret a collective agreement in a manner consistent with the *Human Rights Code*. Section 48(12)(j), in other words, imports the substantive rights of the *Human Rights Code* into a collective agreement over which an arbitrator has jurisdiction. The majority of the Board thus determined that it had

ou dans lequel se produisent ou se sont produits des événements relatifs à tout différend soumis à l'arbitre ou au conseil d'arbitrage, d'inspecter et d'examiner tout ouvrage, matériau, appareil, article ou toute machinerie qui s'y trouvent et d'interroger quiconque à ce sujet;

- h) d'autoriser quiconque à exercer les pouvoirs énumérés à l'alinéa g) et de lui en faire rapport;
- i) de rendre des ordonnances provisoires concernant des questions de procédure;
- j) d'interpréter et d'appliquer les lois ayant trait aux droits de la personne ainsi que les autres lois ayant trait à l'emploi, malgré toute incompatibilité entre ces lois et les conditions de la convention collective.

*Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19

5 (1) Toute personne a droit à un traitement égal en matière d'emploi, sans discrimination fondée sur la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la citoyenneté, la croyance, le sexe, l'orientation sexuelle, l'âge, l'existence d'un casier judiciaire, l'état matrimonial, le partenariat avec une personne de même sexe, l'état familial ou un handicap.

### III. Les jugements antérieurs

#### A. *Décision arbitrale (1<sup>er</sup> février 1999)*

Le Conseil conclut à la majorité que la convention collective, considérée isolément, ne restreint nullement le droit de l'employeur de congédier des employés à l'essai. Le texte de la convention collective indique clairement que les parties ne veulent pas que le congédiement d'un employé à l'essai soit soumis à l'arbitrage.

Les membres majoritaires du Conseil examinent ensuite l'effet de l'al. 48(12)j) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* («LRT»). D'après le Conseil, cette disposition oblige et habilite un conseil d'arbitrage à interpréter les conventions collectives selon le *Code des droits de la personne*. Autrement dit, l'al. 48(12)j) importe les droits substantiels reconnus par le *Code des droits de la personne* dans les conventions collectives qui relèvent de la compétence de l'arbitre. Le Conseil décide

the power and responsibility to hear and determine the narrow question of whether discrimination was a factor in the discharge of Ms. O'Brien.

8

Board member O'Byrne dissented on the basis that s. 48(12)(j) of the *LRA* can only be utilized if an arbitrator has jurisdiction in the first instance. In his view, the fact that the difference did not arise out of the express terms and conditions of the collective agreement should have been sufficient to dispose of the matter. He concluded that the Board did not have jurisdiction to resolve this dispute.

B. *Ontario Superior Court of Justice (Divisional Court)* (2000), 131 O.A.C. 122

9

On an application for judicial review, O'Leary J. held that s. 48(12)(j) of the *LRA* confers power on a board of arbitration to interpret and apply the *Human Rights Code* when and if it already has jurisdiction to hear a grievance, but not otherwise. On this view, the Board has jurisdiction only over differences between the parties arising from the interpretation, application, administration or alleged violation of the express terms and conditions of the collective agreement. Because the grievance was not a difference arising out of the collective agreement, O'Leary J. was of the view that the Board did not have the jurisdiction to resolve the dispute. If there is no difference arising out of the four corners of the collective agreement, s. 48(12)(j) is of no application.

C. *Ontario Court of Appeal* (2001), 54 O.R. (3d) 321

10

According to Morden J.A., the approach adopted by the Divisional Court gives too narrow a meaning to s. 48(12)(j) of the *LRA*. In his view, s. 48(12)(j) requires arbitrators to interpret the collective agreement in the context of the relevant statutory provisions. The collective agreement must be read in light of human rights and other employment-related statutes. If the terms of the collective agreement are in conflict with the *Human Rights Code*, the *Human Rights Code* will prevail. Applying this reasoning to the facts of this case, Morden J.A. found that the right of the employer under the collective

donc à la majorité qu'il a le pouvoir et la responsabilité d'entendre et de trancher la question précise de savoir si la discrimination a constitué un facteur dans le congédiement de M<sup>me</sup> O'Brien.

Le conseiller O'Byrne est dissident parce qu'il estime que l'al. 48(12)j) de la *LRT* ne peut être invoqué que si l'arbitre a d'emblée compétence. À son avis, le fait que le différend ne concerne pas les dispositions expresses de la convention collective suffit pour trancher la question. Il conclut que le Conseil n'a pas compétence pour régler le différend.

B. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (Cour divisionnaire)* (2000), 131 O.A.C. 122

À propos d'une demande de contrôle judiciaire, le juge O'Leary statue que l'al. 48(12)j) de la *LRT* habilite le conseil d'arbitrage à interpréter et à appliquer le *Code des droits de la personne* s'il a déjà compétence pour entendre un grief, mais seulement dans ce cas. Selon cette interprétation, le Conseil n'a compétence qu'à l'égard des différends entre les parties que soulèvent l'interprétation, l'application, l'administration ou une prétendue violation des dispositions expresses de la convention collective. Comme le grief n'est pas un différend découlant de la convention collective, le juge O'Leary considère que le Conseil n'a pas compétence pour trancher le litige. Si le différend ne concerne pas la teneur même de la convention collective, l'al. 48(12)j) ne s'applique pas.

C. *Cour d'appel de l'Ontario* (2001), 54 O.R. (3d) 321

Selon le juge Morden, la Cour divisionnaire a interprété trop restrictivement l'al. 48(12)j) de la *LRT*. À son avis, cette disposition oblige les arbitres à interpréter les conventions collectives en tenant compte des dispositions législatives pertinentes. Les conventions collectives doivent être interprétées d'après les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi. Les dispositions du *Code des droits de la personne* l'emportent sur les dispositions incompatibles de toute convention collective. Appliquant ce raisonnement aux faits de l'espèce, le juge Morden considère que le droit conféré par

agreement to discharge a probationary employee “for any reason satisfactory to the employer” is in direct conflict with s. 5(1) of the *Human Rights Code*. He concluded that Article 8.06 should be read down not to include the power to discharge for discriminatory reasons.

In the end, however, Morden J.A. chose not to rely on the preceding analysis for the purpose of disposing of the appeal. His reasoning was that he felt that the requirement of an express conflict between the statute and the collective agreement could involve some incongruity. In his view, the requirement of a direct conflict between the statute and the agreement would have the incongruous result that an arbitrator will find the dispute arbitrable and resolve it on the basis of the external statute where the parties have said something inconsistent with the statute, but not where they have said nothing at all on the matter. Noting that this feature of s. 48(12)(j) results in some uncertainty regarding the scope of its application, Morden J.A. chose not to resolve the matter on this basis.

Instead, Morden J.A. decided the matter with reference to the *Employment Standards Act* (“*ESA*”), which he considered to be a much firmer ground. Morden J.A. first noted that s. 44 of the *ESA* provides that an employer shall not dismiss an employee because the employee takes pregnancy leave or parental leave. He then noted that under s. 64.5(1) of the *ESA* the terms and conditions of the Act are enforceable against the employer as if they were a part of the collective agreement. In view of the direct incorporation of the *ESA* into the collective agreement, Morden J.A. found that the Board had jurisdiction to consider whether the dismissal of Ms. O’Brien was inconsistent with s. 44 of the *ESA*.

Morden J.A. rejected the appellant’s submission that the court should not resolve the matter with reference to the *ESA* because the statute was not raised before the Board; he did so on the basis that the appellant would suffer no prejudice if the matter was resolved in this manner. Having concluded that the Board had jurisdiction to resolve the grievance,

la convention collective à l’employeur de congédier un employé à l’essai « pour tout motif qu’il juge acceptable » contrevient directement au par. 5(1) du *Code des droits de la personne*. Il conclut qu’il convient d’atténuer l’interprétation de l’art. 8.06 de sorte qu’il ne confère pas le pouvoir de congédier une personne pour des motifs discriminatoires.

En fin de compte, le juge Morden choisit toutefois de ne pas utiliser l’analyse qui précède pour trancher l’appel parce qu’il estime que l’exigence d’une incompatibilité explicite entre la loi et la convention collective pourrait donner lieu à une certaine incongruité. En effet, l’arbitre pourrait, selon lui, conclure que le différend est arbitrable et le trancher en fonction d’une loi non constitutive lorsque les parties ont prévu quelque chose qui est incompatible avec la loi, mais non lorsqu’elles n’ont rien prévu relativement à cette question. Soulignant que cette caractéristique de l’al. 48(12)j) donne lieu à une incertitude quant à sa portée, le juge Morden décide de ne pas se fonder sur cette disposition pour trancher l’affaire.

Le juge Morden se fonde plutôt sur la *Loi sur les normes d’emploi* (« *LNE* »), qui constitue selon lui un argument bien plus solide. Il fait tout d’abord remarquer que l’art. 44 de la *LNE* prévoit qu’un employeur ne peut congédier un employé qui prend un congé de maternité ou un congé parental. Il souligne ensuite qu’en vertu du par. 64.5(1) de la *LNE*, les dispositions de la loi s’appliquent à l’employeur comme si elles faisaient partie de la convention collective. La *LNE* étant directement incorporée dans la convention collective, le juge Morden conclut que le Conseil a compétence pour déterminer si le congédiement de M<sup>me</sup> O’Brien contrevient à l’art. 44 de la *LNE*.

Le juge Morden rejette l’argument de l’appellant que la cour ne devrait pas trancher l’affaire en se fondant sur la *LNE*, celle-ci n’ayant pas été invoquée devant le Conseil; à son avis, l’appellant ne subirait aucun préjudice si l’affaire était tranchée de cette manière. Ayant conclu que le Conseil avait compétence pour connaître du grief, le juge Morden

11

12

13

Morden J.A. allowed the appeal and made an order dismissing the application for judicial review.

#### IV. Issues

14 The principal question in this appeal concerns the Board's finding that Ms. O'Brien's grievance is arbitrable. In reviewing this finding, the primary substantive question to be answered is whether the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* are incorporated into a collective agreement over which the Board has jurisdiction. A second question that arises is whether it was appropriate for the Court of Appeal to determine that the subject matter of the grievance is arbitrable on the basis that the substantive rights and obligations of the *ESA* are incorporated into the collective agreement.

15 I also note that the Ontario Human Rights Commission has intervened in this appeal for the purpose of ensuring that its jurisdiction is not ousted because the aggrieved employee is a party to a collective agreement over which the Board has jurisdiction. The Commission submits that if the Court finds that the grievance is arbitrable, the Board and the Commission have concurrent jurisdiction. In my view, it is unnecessary to determine this matter at the present time. Consequently, in concluding that a grievance arbitrator has the power and responsibility to enforce the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* in this case, I make no holding on whether the jurisdiction of the Human Rights Commission is ousted by that of the Board.

#### V. Analysis

##### A. *What is the Appropriate Standard of Review?*

16 Where an arbitration board is called upon to determine whether a matter is arbitrable, it is well-established that a reviewing court can only intervene in the case of a patently unreasonable error. See for example *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178; *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; and *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487.

accueille l'appel et rend une ordonnance par laquelle il rejette la demande de contrôle judiciaire.

#### IV. Les questions en litige

La question principale en l'espèce concerne la conclusion du Conseil que le grief de M<sup>me</sup> O'Brien est arbitrable. Pour le contrôle de cette conclusion, il faut d'abord essentiellement se demander si les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* sont incorporés dans une convention collective relevant de la compétence du Conseil. Il faut ensuite se demander si la Cour d'appel a eu raison de décider qu'il y a matière à arbitrage du fait que les droits et obligations substantiels prévus par la *LNE* sont incorporés dans la convention collective.

Je souligne en outre que la Commission ontarienne des droits de la personne est intervenue en l'espèce afin de s'assurer que sa compétence ne soit pas écartée parce que l'employée lésée est assujettie à une convention collective à l'égard de laquelle le Conseil a compétence. Elle fait valoir que, si la Cour conclut que le grief est arbitrable, le Conseil et elle-même ont compétence concurrente. À mon sens, il est inutile de trancher cette question pour le moment. Par conséquent, en concluant que l'arbitre des griefs a le pouvoir et la responsabilité de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* en l'espèce, je ne statue pas sur la question de savoir si la compétence de la Commission des droits de la personne est écartée par celle du Conseil.

#### V. Analyse

##### A. *Quelle est la norme de contrôle appropriée?*

Quand un conseil d'arbitrage est appelé à décider s'il y a matière à arbitrage, il est bien établi que la cour de révision ne peut intervenir qu'en cas d'erreur manifestement déraisonnable. Voir, par exemple, *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178, *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245, *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230, et *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487.

This high degree of curial deference to the decisions of arbitration boards is necessary to maintain the integrity of the grievance arbitration process. As Cory J. wrote in *Toronto Board of Education, supra*, at para. 36, “the whole purpose of a system of grievance arbitration is to secure prompt, final and binding settlement of disputes arising out of the interpretation or application of collective agreements and the disciplinary actions taken by an employer”. This is a basic requirement for peace and harmony in industrial relations, which is important both to the parties and to society as a whole. The protective clause found in s. 48(1) of the *LRA* is the legislative recognition that the basic nature of labour disputes requires their prompt and final resolution by expert tribunals.

The patent unreasonableness standard is a very high standard that will not easily be met. In *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 57, the Court described the difference between an unreasonable and patently unreasonable decision in the following terms:

The difference . . . lies in the immediacy or obviousness of the defect. If the defect is apparent on the face of the tribunal’s reasons, then the tribunal’s decision is patently unreasonable. But if it takes some significant searching or testing to find the defect, then the decision is unreasonable but not patently unreasonable. As Cory J. observed in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941, at p. 963, “[i]n the Shorter Oxford English Dictionary ‘patently’, an adverb, is defined as ‘openly, evidently, clearly’”. This is not to say, of course, that judges reviewing a decision on the standard of patent unreasonableness may not examine the record. If the decision under review is sufficiently difficult, then perhaps a great deal of reading and thinking will be required before the judge will be able to grasp the dimensions of the problem. . . . But once the lines of the problem have come into focus, if the decision is patently unreasonable, then the unreasonableness will be evident. [Emphasis added.]

Ce degré élevé de retenue judiciaire à l’égard des décisions des conseils d’arbitrage des griefs est nécessaire pour maintenir l’intégrité de l’arbitrage des griefs. Comme le dit le juge Cory dans *Conseil de l’éducation de Toronto*, précité, par. 36, « le but de l’arbitrage des griefs est d’assurer un règlement rapide, définitif et exécutoire des différends concernant l’interprétation ou l’application d’une convention collective, ainsi que les mesures disciplinaires prises par les employeurs ». C’est une exigence de paix et d’harmonie qui est fondamentale dans le domaine des relations industrielles et qui est importante pour les parties et l’ensemble de la société. La clause de protection contenue dans le par. 48(1) de la *LRT* est la reconnaissance législative que la nature fondamentale des conflits de travail commande un règlement rapide et définitif par des tribunaux possédant l’expertise voulue.

La norme du caractère manifestement déraisonnable est une norme très stricte à laquelle il n’est pas aisé de satisfaire. Dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 57, la Cour expose ainsi la différence entre une décision « déraisonnable » et une décision « manifestement déraisonnable » :

La différence [. . .] réside dans le caractère flagrant ou évident du défaut. Si le défaut est manifeste au vu des motifs du tribunal, la décision de celui-ci est alors manifestement déraisonnable. Cependant, s’il faut procéder à un examen ou à une analyse en profondeur pour déceler le défaut, la décision est alors déraisonnable mais non manifestement déraisonnable. Comme l’a fait observer le juge Cory dans *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, à la p. 963, « [d]ans le Grand Larousse de la langue française, l’adjectif manifeste est ainsi défini : “Se dit d’une chose que l’on ne peut contester, qui est tout à fait évidente” ». Cela ne veut pas dire, évidemment, que les juges qui contrôlent une décision en regard de la norme du caractère manifestement déraisonnable ne peuvent pas examiner le dossier. Si la décision contrôlée par un juge est assez complexe, il est possible qu’il lui faille faire beaucoup de lecture et de réflexion avant d’être en mesure de saisir toutes les dimensions du problème. [. . .] Mais une fois que les contours du problème sont devenus apparents, si la décision est manifestement déraisonnable, son caractère déraisonnable ressortira. [Je souligne.]

See also *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29.

B. *Was the Arbitration Award Patently Unreasonable?*

19 As La Forest J. noted in *Dayco, supra*, at p. 251, the collective agreement is the “foundation” of a grievance arbitrator’s jurisdiction. Absent a violation of the collective agreement, a grievance arbitrator has no jurisdiction over a dispute; if the alleged misconduct does not constitute a violation of the collective agreement, there is no basis on which to conclude that a dispute is arbitrable.

20 In the present case, the parties are in agreement that the express provisions of the collective agreement in question impose no fetters on the employer’s right to discharge a probationary employee. The Union, however, submits that s. 5(1) of the *Human Rights Code* is implicit in the collective agreement between the parties. If this is the case, there is no doubt that the discriminatory discharge of a probationary employee is arbitrable. Under s. 5(1), every person has a right to equal treatment with respect to employment without discrimination. Ms. O’Brien’s grievance — that she was discharged for discriminatory reasons — falls squarely within s. 5(1) of the *Human Rights Code*. If s. 5(1) is implicit in the collective agreement between the parties, the grievance falls squarely within the ambit of the collective agreement as well. But if s. 5(1) of the *Human Rights Code* is not incorporated into the collective agreement between the parties, it is equally obvious that the discriminatory discharge of a probationary employee is not arbitrable.

21 Consequently, the critical issue to be determined at the arbitration hearing was whether or not the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* are incorporated into each collective agreement over which the Board has jurisdiction. Put a different way, it is only once this issue has been resolved that the lines of the problem come into focus. This, in my opinion, is an issue that the Board must resolve correctly. As the Court concluded in *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at para. 49, there may be instances in which the

Voir aussi *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29.

B. *La décision arbitrale était-elle manifestement déraisonnable?*

Comme l’a fait remarquer le juge La Forest dans *Dayco*, précité, p. 251, la convention collective est le « fondement » de la compétence de l’arbitre des griefs. En l’absence d’une violation de la convention collective, l’arbitre des griefs n’a pas compétence; si la conduite reprochée ne constitue pas une violation de la convention collective, aucun motif ne permet de conclure que le différend est arbitrable.

En l’espèce, les parties sont convenues que les dispositions expresses de la convention collective en question ne restreignent aucunement le droit de l’employeur de congédier un employé à l’essai. Le Syndicat soutient toutefois que le par. 5(1) du *Code des droits de la personne* est implicite dans la convention collective entre les parties. Si tel est le cas, il est certain que le congédiement discriminatoire d’un employé à l’essai est arbitrable. Aux termes du par. 5(1), toute personne a droit à un traitement égal en matière d’emploi sans discrimination. Le grief de M<sup>me</sup> O’Brien — elle aurait été congédiée pour des motifs discriminatoires — est nettement visé par le par. 5(1) du *Code des droits de la personne*. Si le par. 5(1) est implicite dans la convention collective entre les parties, le grief est nettement visé également par la convention collective. Mais si le par. 5(1) du *Code des droits de la personne* n’est pas incorporé dans la convention collective entre les parties, il est tout aussi évident que le renvoi discriminatoire d’un employé à l’essai n’est pas arbitrable.

Il est donc essentiel de déterminer à l’audience d’arbitrage si les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* sont incorporés dans toute convention collective à l’égard de laquelle le Conseil a compétence. Autrement dit, c’est seulement une fois que cette question aura été tranchée que les contours du problème se préciseront. Il s’agit là, à mon sens, d’une question que le Conseil doit trancher correctement. Comme la Cour l’a conclu dans *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, par. 49, il peut arriver que la décision d’un



reasonableness of a tribunal's decision is dependent on it having correctly answered a question of law in the course of reaching that decision. If the critical question that the tribunal must answer is a question of law that is outside its area of expertise and that the legislature did not intend to leave to the tribunal, the tribunal must answer that question correctly.

The question of whether the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* are incorporated into each collective agreement over which the Board has jurisdiction is not, in my view, a question that the legislature intended to leave to the Board. The Board's expertise does not lie in answering legal questions of general applicability, but, rather, in the interpretation of collective agreements and the resolution of factual disputes related to those agreements. See for example *Dayco, supra*, at p. 266, and *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at p. 336. Determining whether the substantive rights and obligations of an external statute are incorporated into a collective agreement is a legal question of broad applicability that does not fall within an arbitrator's core area of expertise. Although the Board has the power to determine whether the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* are incorporated into the collective agreement, the Court has the power to interfere if the Board resolved the issue incorrectly.

For the reasons that follow, it is my conclusion that the Board was correct to conclude that the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* are incorporated into each collective agreement over which the Board has jurisdiction. Under a collective agreement, the broad rights of an employer to manage the enterprise and direct the work force are subject not only to the express provisions of the collective agreement, but also to statutory provisions of the *Human Rights Code* and other employment-related statutes.

(1) The Case Law

The leading case regarding the effect of employment-related statutes on the content of collective agreements is *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R.

tribunal puisse être considérée comme raisonnable s'il a tranché correctement une question de droit en rendant cette décision. Si la question critique que le tribunal doit trancher est une question de droit qui échappe à son domaine d'expertise et que le législateur n'entendait pas lui confier, le tribunal doit trancher cette question correctement.

La question de savoir si les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* sont incorporés dans toute convention collective à l'égard de laquelle le Conseil a compétence n'est pas, selon moi, une question que le législateur entendait lui confier. L'expertise du Conseil ne réside pas dans les questions juridiques de portée générale, mais bien dans l'interprétation de conventions collectives et le règlement de conflits factuels y afférents. Voir, par exemple, *Dayco*, précité, p. 266, et *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, p. 336. Examiner si les droits et obligations substantiels prévus par une loi non constitutive sont incorporés dans une convention collective est une question de droit de portée générale qui déborde le domaine d'expertise fondamental de l'arbitre. Bien que le Conseil soit compétent pour décider si les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* sont incorporés dans la convention collective, la Cour a le droit d'intervenir s'il tranche la question incorrectement.

Pour les motifs exposés ci-après, je juge que le Conseil a eu raison de conclure que les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* sont incorporés dans toute convention collective à l'égard de laquelle il a compétence. En vertu d'une convention collective, le droit général de l'employeur de gérer l'entreprise et de diriger le personnel est subordonné non seulement aux dispositions expresses de la convention collective, mais aussi aux dispositions du *Code des droits de la personne* et aux autres lois sur l'emploi.

(1) La jurisprudence

L'arrêt de principe exposant l'effet que les lois sur l'emploi ont sur la teneur des conventions collectives est *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517. Avant

22

23

24

517. Prior to *McLeod*, the prevailing view was that an arbitrator was not authorized to apply statutes in the course of grievance arbitration other than as an aid to interpreting a collective agreement: D. J. M. Brown and D. M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (loose-leaf ed.), at p. 2-60. On this view, an arbitrator had no alternative but to construe and apply a collective agreement in accordance with its express terms and conditions. If the alleged misconduct did not constitute a violation of an express provision of the collective agreement, the subject matter of the dispute was not arbitrable. In *McLeod*, however, the Court established that it is necessary to look outside the collective agreement in order to ascertain the substantive rights and obligations of the parties to that agreement.

25

In *McLeod*, the appellant employee alleged that he had been disciplined for refusing to work beyond 48 hours in a week. The collective agreement between the parties contained a broad management rights clause that expressly stated that the control of all operations and working forces, including the right to discipline employees and to schedule operations, is vested solely in the employer, subject only to the express provisions of the collective agreement. There were no provisions of the collective agreement that limited the right of an employer to require an employee to work overtime beyond 48 hours a week. In the absence of language limiting the broad power vested in the employer, the arbitrator concluded that insofar as the collective agreement was concerned the employer was entitled to discipline an employee who refused to work in excess of 48 hours a week.

26

The Court, however, concluded that an arbitrator must look beyond the four corners of the collective agreement in order to determine the limits on an employer's right to manage operations. Under a collective agreement, this right is subject not only to the express provisions of the agreement, but also to statutory provisions such as s. 11(2) of the *Employment Standards Act, 1968*, S.O. 1968, c. 35 (the "ESA, 1968"). Martland J. held as follows, at p. 523:

cet arrêt, on estimait généralement qu'un arbitre n'était pas autorisé à appliquer des lois dans le cadre de l'arbitrage si ce n'était pour l'aider à interpréter une convention collective : D. J. M. Brown et D. M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (éd. feuilles mobiles), p. 2-60. Selon ce point de vue, l'arbitre n'avait d'autre choix que d'interpréter et d'appliquer une convention collective conformément à ses dispositions expresses. Si le manquement allégué ne constituait pas une violation d'une disposition expresse de la convention collective, il n'y avait pas matière à arbitrage. Dans *McLeod*, la Cour a toutefois conclu qu'il est nécessaire d'aller au-delà de la convention collective afin d'établir les droits et obligations substantiels des parties visées par la convention.

Dans *McLeod*, l'employé appelant a allégué avoir fait l'objet d'une mesure disciplinaire pour avoir refusé de travailler plus de 48 heures dans une même semaine. La convention collective liant les parties contenait une clause générale sur les droits de gestion indiquant expressément que le contrôle des opérations et du personnel, y compris le droit d'imposer des peines disciplinaires ou d'établir le calendrier des opérations, était du ressort exclusif de l'employeur, sous réserve seulement des dispositions expresses de la convention collective. Aucune disposition de la convention collective ne limitait le droit de l'employeur d'exiger qu'un employé travaille plus de 48 heures par semaine. L'arbitre a conclu qu'en l'absence d'une disposition limitant le pouvoir général conféré à l'employeur, ce dernier avait le droit, dans la mesure où la convention collective était concernée, d'imposer une peine disciplinaire à l'employé qui refusait de travailler au-delà de 48 heures dans une semaine.

La Cour a toutefois statué que l'arbitre doit aller au-delà de la convention collective pour déterminer les limites du pouvoir de gestion des opérations que possède l'employeur. En vertu d'une convention collective, ce droit est subordonné non seulement aux dispositions expresses de la convention, mais aussi aux dispositions législatives comme le par. 11(2) de la *Employment Standards Act, 1968*, S.O. 1968, ch. 35 (la « Loi de 1968 »). Le juge Martland dit à la p. 523 :

The basic provision of the Act is that which places a maximum limit upon the working hours of an employee of eight in the day and forty-eight in the week. Any provision of an agreement which purported to give to an employer an unqualified right to require working hours in excess of those limits would be illegal, and the provisions of art. 2.01 of the collective agreement, which provided that certain management rights should remain vested in the Company, could not, in so far as they preserved the Company's right to require overtime work by its employees, enable the Company to require overtime work in excess of those limits.

Put another way, the absence of a provision that expressly prohibits an employer from requiring an employee to work in excess of 48 hours a week does not mean that the right to manage operations includes the right to violate s. 11(2) of the *ESA, 1968*. Management rights must be exercised not only in accordance with the express provisions of the collective agreement, but also in accordance with the employee's statutory rights. As Martland J. concluded, at p. 524, "[b]y the operation of the statute, the right to require overtime beyond 48 hours per week from any individual employee had been taken away from the employer and became subject to the rights of the employee under s. 11(2)".

Major J. states that this case stands for the proposition that a union and employer are restricted from making an agreement contrary to law. This rule, he states, is no more than a modern application of a long-standing rule that courts will not enforce contracts that are illegal or against public policy. This may be true, but I believe it important to consider carefully what it was that made the collective agreement in *McLeod* objectionable. In *McLeod*, the collective agreement did not expressly state that the employer was authorized to require overtime beyond 48 hours a week. It did, however, contain a broad management rights clause that recognized the employer's right to control all operations and working forces, including the right to discipline employees and to schedule operations. The collective agreement was objectionable because the powers it extended to the employer were sufficiently broad to include the

La disposition fondamentale de la Loi est celle qui fixe la durée maximum du travail d'un employé à huit heures par jour et à quarante-huit heures par semaine. Toute disposition d'une convention qui prétendrait donner à l'employeur un droit non restreint d'exiger de ses employés du travail au-delà de cette durée serait illégale, et les dispositions de l'art. 2.01 de la convention collective, qui prévoit que certains droits de la gestion demeurent du ressort de la compagnie, ne peuvent pas, dans la mesure où elles conservent à la compagnie le droit d'exiger du travail supplémentaire de ses employés, habiliter celle-ci à demander qu'ils travaillent au-delà de cette durée maximum.

En d'autres termes, l'absence d'une disposition qui interdit expressément à l'employeur d'exiger qu'un employé travaille plus de 48 heures par semaine ne signifie pas que le droit de gestion des opérations comporte le droit de violer le par. 11(2) de la *Loi de 1968*. Les droits de gestion doivent être exercés non seulement conformément aux dispositions expresses de la convention collective, mais aussi conformément aux droits conférés à l'employé par la loi. Le juge Martland a ajouté : « [d]e par l'effet de la Loi, le droit d'exiger d'un employé quelconque qu'il travaille au-delà d'une période de quarante-huit heures par semaine avait été retiré à l'employeur et devenait assujéti aux droits de l'employé prévus au par. (2) de l'art. 11 » (p. 524).

Le juge Major est d'avis que cet arrêt permet d'affirmer que le syndicat et l'employeur ne peuvent conclure une convention contraire à la loi. Cette règle, dit-il, n'est que l'application moderne d'une ancienne règle selon laquelle les tribunaux ne forceront pas l'exécution de contrats illégaux ou contraires à l'ordre public. Cela est peut-être vrai, mais je crois qu'il importe d'analyser attentivement ce qui était répréhensible dans la convention collective en cause dans *McLeod*. Dans cette affaire-là, la convention collective ne précisait pas expressément que l'employeur était autorisé à obliger un employé à travailler plus de 48 heures par semaine. Elle renfermait cependant une clause générale sur les droits de gestion reconnaissant que le contrôle des opérations et du personnel, y compris le droit d'imposer des peines disciplinaires ou d'établir le calendrier des opérations, était du ressort de l'employeur. Ce qui était répréhensible dans la convention collective,

power to violate its employees' rights under s. 11(2) of the *ESA, 1968*.

28

As a practical matter, this means that the substantive rights and obligations of employment-related statutes are implicit in each collective agreement over which an arbitrator has jurisdiction. A collective agreement might extend to an employer a broad right to manage the enterprise as it sees fit, but this right is circumscribed by the employee's statutory rights. The absence of an express provision that prohibits the violation of a particular statutory right is insufficient to conclude that a violation of that right does not constitute a violation of the collective agreement. Rather, human rights and other employment-related statutes establish a floor beneath which an employer and union cannot contract.

29

As a result, the substantive rights and obligations of the parties to a collective agreement cannot be determined solely by reference to the mutual intentions of the contracting parties as expressed in that agreement. Under *McLeod*, there are certain terms and conditions that are implicit in the agreement, irrespective of the mutual intentions of the contracting parties. More specifically, a collective agreement cannot be used to reserve the right of an employer to manage operations and direct the work force otherwise than in accordance with its employees' statutory rights, either expressly or by failing to stipulate constraints on what some arbitrators regard as management's inherent right to manage the enterprise as it sees fit. The statutory rights of employees constitute a bundle of rights to which the parties can add but from which they cannot derogate.

30

In some sense, *McLeod* is inconsistent with the traditional view that a collective agreement is a private contract between equal parties, and that the parties to the agreement are free to determine what does or does not constitute an arbitrable difference. But this willingness to consider factors other than the parties' expressed intention is consistent with the

c'est qu'elle conférait à l'employeur une autorité suffisamment générale pour comprendre le pouvoir pour l'employeur de violer les droits de ses employés prévus au par. 11(2) de la *Loi de 1968*.

En pratique, cela signifie que les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur l'emploi sont contenus implicitement dans chaque convention collective à l'égard de laquelle l'arbitre a compétence. Une convention collective peut accorder à l'employeur le droit général de gérer l'entreprise comme il le juge indiqué, mais ce droit est restreint par les droits conférés à l'employé par la loi. L'absence d'une disposition expresse qui interdit la violation d'un droit donné ne permet pas de conclure que la violation de ce droit ne constitue pas une violation de la convention collective. Les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi fixent plutôt un minimum auquel l'employeur et le syndicat ne peuvent pas se soustraire par contrat.

Par conséquent, on ne peut pas déterminer les droits et obligations substantiels des parties à une convention collective en se reportant uniquement aux intentions réciproques qu'ont exprimées les parties contractantes dans la convention. En vertu de l'arrêt *McLeod*, certaines dispositions sont implicites dans la convention, quelles que soient les intentions réciproques des parties contractantes. Plus précisément, il est interdit qu'une convention collective réserve le droit de l'employeur de gérer les opérations et de diriger le personnel autrement que conformément aux droits garantis par la loi aux employés, que ce soit expressément ou par omission de préciser les limites à ce que certains arbitres considèrent comme le droit inhérent de la direction de gérer l'entreprise comme elle le juge indiqué. Les droits reconnus aux employés par la loi constituent un ensemble de droits que les parties peuvent élargir mais auquel elles ne peuvent rien enlever.

D'une certaine manière, l'arrêt *McLeod* ne concorde pas avec le point de vue traditionnel selon lequel une convention collective est un contrat privé entre des parties égales et les parties à la convention sont libres de déterminer ce qui constitue ou non un différend arbitrable. Mais le souci de tenir compte de facteurs autres que l'intention exprimée par les

fact that collective bargaining and grievance arbitration has both a private and public function. The collective agreement is a private contract, but a contract that serves a public function: the peaceful resolution of labour disputes. See for example Professor P. Weiler, “The Remedial Authority of the Labour Arbitrator: Revised Judicial Version” (1974), 52 *Can. Bar Rev.* 29, at p. 31. This dual purpose is reflected in the fact that the content of a collective agreement is, in part, fixed by external statutes. Section 48(1) of the *LRA*, for example, dictates that every collective agreement must provide for final and binding settlement by arbitration of all differences arising under a collective agreement. Section 64.5(1) of the *ESA* provides that the Act is enforceable against an employer as if it was part of the collective agreement. In each collective agreement, certain procedural requirements and substantive rights and obligations are mandatory. In *McLeod*, the Court determined that these include the obligation of an employer to exercise its management rights in accordance with the statutory rights of its employees.

## (2) Application of the Case Law

As in *McLeod*, the collective agreement at issue in this appeal expressly recognizes the employer’s broad right to manage the enterprise and direct the work force as it sees fit, subject only to express terms providing otherwise. Article 5.01, under the heading “Management Rights”, provides as follows:

**5.01** The Union recognizes that the management of the operations and the direction of the employees are fixed exclusively in the Employer and shall remain solely with the Employer except as expressly limited by the clear and explicit language of some other provision of this Agreement . . .

Under the traditional view, the management rights recognized therein are unlimited, except to the extent that the express provisions of the collective agreement provide otherwise. In the absence of a provision in the collective agreement that limits the right of the employer to discharge a probationary

parties se concilie avec le fait que la négociation collective et l’arbitrage ont une fonction qui est à la fois privée et publique. La convention collective est un contrat privé, mais un contrat qui sert une fonction publique : le règlement pacifique des conflits de travail. Voir, par exemple, le professeur P. Weiler, « The Remedial Authority of the Labour Arbitrator : Revised Judicial Version » (1974), 52 *R. du B. can.* 29, p. 31. Cette double fonction ressort du fait que le contenu d’une convention collective est fixé, en partie, par des lois non constitutives. Par exemple, le par. 48(1) de la *LRT* prescrit que chaque convention collective doit contenir une disposition sur le règlement, par voie de décision arbitrale définitive, de tout différend que soulève cette convention. Le paragraphe 64.5(1) de la *LNE* prévoit que cette loi s’applique à l’employeur comme si elle faisait partie de la convention collective. Dans chaque convention collective, certaines exigences procédurales et certains droits et obligations substantiels sont obligatoires. Dans *McLeod*, la Cour a déterminé que c’est le cas notamment de l’obligation pour l’employeur d’exercer ses droits de gestion conformément aux droits reconnus aux employés par la loi.

## (2) Application de la jurisprudence

Comme dans *McLeod*, la convention collective en cause en l’espèce reconnaît expressément le droit général de l’employeur de gérer l’entreprise et de diriger le personnel comme il le juge indiqué, sous réserve seulement des dispositions expresses contraires. Sous la rubrique [TRADUCTION] « Droits de gestion », l’art. 5.01 prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

**5.01** Le Syndicat reconnaît que la gestion des opérations et la direction du personnel sont déterminées exclusivement par l’employeur et demeurent exclusivement la prérogative de l’employeur, sauf disposition expresse contraire de la présente convention. . .

Selon le point de vue traditionnel, les droits de gestion reconnus dans cette disposition sont illimités, sauf dispositions expresses contraires de la convention collective. En l’absence, dans la convention collective, d’une disposition qui limite le droit de l’employeur de congédier un employé à l’essai pour des

employee for discriminatory reasons, Ms. O'Brien's grievance is non-arbitrable.

32

Under *McLeod*, a collective agreement cannot extend to an employer the right to violate the statutory rights of its employees. On the contrary, the broad power of the appellant to manage operations and direct employees is subject not only to the express provisions of the agreement, but also to the statutory rights of its employees. Just as the collective agreement in *McLeod* could not extend to the employer the right to require overtime in excess of 48 hours, the collective agreement in the current appeal cannot extend to the appellant the right to discharge an employee for discriminatory reasons. Under a collective agreement, as under laws of general application, the right to direct the work force does not include the right to discharge a probationary employee for discriminatory reasons. The obligation of an employer to manage the enterprise and direct the work force is subject not only to express provisions of the collective agreement, but also to the statutory rights of its employees, including the right to equal treatment in employment without discrimination.

33

The one factor that distinguishes this case from *McLeod* is the fact that there is more evidence that the parties to the agreement specifically turned their minds to the subject matter of the grievance and agreed that it was not arbitrable. In *McLeod*, the collective agreement contained a broad management rights clause, but did not directly address the right of the employer to require overtime beyond 48 hours a week. Thus, it is difficult to prove with any degree of certainty that it was the mutual intention of the parties that the collective agreement extend to the employer the right to require overtime in violation of s. 11(2) of the *ESA, 1968*. In this case, the collective agreement contains both a broad management rights clause and an express statement that “[n]otwithstanding anything in this Agreement, a probationary employee may be discharged at the sole discretion of and for any reason satisfactory to the Employer and such action by the Employer is not subject to the grievance and arbitration procedures and does not constitute a difference between

motifs discriminatoires, le grief de M<sup>me</sup> O'Brien est non arbitrable.

En vertu de l'arrêt *McLeod*, une convention collective ne peut pas accorder à l'employeur le droit de violer les droits reconnus aux employés par la loi. Au contraire, le pouvoir général de l'appelant de gérer les opérations et de diriger le personnel est subordonné non seulement aux dispositions expresses de la convention, mais aussi aux droits reconnus aux employés par la loi. Tout comme la convention collective dans *McLeod* ne pouvait pas accorder à l'employeur le droit d'exiger des heures supplémentaires au-delà de 48 heures, la convention collective en l'espèce ne peut pas conférer à l'appelant le droit de renvoyer un employé pour des motifs discriminatoires. En vertu d'une convention collective, comme sous le régime des lois d'application générale, le droit de diriger le personnel ne comprend pas celui de congédier un employé à l'essai pour des motifs discriminatoires. L'obligation de l'employeur de gérer l'entreprise et de diriger le personnel est subordonnée non seulement aux dispositions expresses de la convention collective, mais aussi aux droits reconnus aux employés par la loi, y compris le droit à un traitement égal, sans discrimination.

La caractéristique qui distingue la présente affaire de *McLeod* est qu'il y a davantage d'éléments de preuve indiquant que les parties à la convention se sont spécifiquement penchées sur la question qui fait l'objet du grief et ont convenu qu'elle n'était pas arbitrable. Dans *McLeod*, la convention collective contenait une clause générale sur les droits de gestion, mais ne traitait pas directement du droit de l'employeur d'exiger que ses employés travaillent plus de 48 heures par semaine. Il est donc difficile de prouver avec certitude que les parties voulaient toutes les deux que la convention collective accorde à l'employeur le droit d'exiger du temps supplémentaire en violation du par. 11(2) de la *Loi de 1968*. En l'espèce, la convention collective comporte une clause générale sur les droits de gestion et une mention expresse que [TRADUCTION] « [m]algré toute disposition de la présente convention, l'employeur peut, à son entière discrétion, congédier un employé à l'essai pour tout motif qu'il juge acceptable et une telle mesure ne peut faire l'objet d'un grief ni être

the parties”. Article 8.06(a) might be understood as an explicit expression of the parties’ mutual intention that the discriminatory discharge of a probationary employee is not arbitrable.

In response to this line of argument, I should state that I am not entirely comfortable attributing this intention to the parties. Although the language of Article 8.06(a) is broad, it cannot be established, as a matter of fact, that the parties reached a common understanding that the discriminatory discharge of a probationary employee is non-arbitrable. It is more likely, in my view, that the mutual intention was to affirm the right of the employer to discharge a probationary employee who did not perform his or her tasks to the employer’s satisfaction. As O’Leary J. rightly observed, it is sometimes difficult for an employer to assess a candidate without hiring that employee for a probationary period; it is not unreasonable that the employer would have the right to assess whether the probationary employee has adequately satisfied the requirements of the post. I find it unlikely, however, that it was the parties’ mutual intention to affirm the right of the employer to discharge a probationary employee on the basis of human rights grounds, namely, race, ancestry, place of origin, colour, ethnic origin, citizenship, creed, sex, sexual orientation, age, record of offences, marital status, same-sex partnership status, family status or handicap.

But even if Article 8.06(a) does, in fact, reflect a common intention that the discriminatory discharge of a probationary employee is not an arbitrable dispute, I remain of the view that Ms. O’Brien’s grievance is arbitrable. One reason I say this is that s. 48(1) of the *LRA* states that every collective agreement shall provide for the final and binding settlement by arbitration of all differences between the parties arising under the collective agreement. Section 48(1) prohibits the parties from enacting provisions stating that a violation of the collective agreement is non-arbitrable. By the operation of s. 5(1) of the *Human Rights Code*, the right of

soumise à l’arbitrage et ne constitue pas un différend entre les parties ». On pourrait considérer que l’al. 8.06a) est l’expression explicite de la volonté réciproque des parties que le congédiement discriminatoire d’un employé à l’essai ne puisse être soumis à l’arbitrage.

En réponse à cet argument, il me faut préciser que je ne suis pas tout à fait à l’aise avec l’idée de prêter cette intention aux parties. Même si le libellé de l’al. 8.06a) est général, on ne peut pas établir automatiquement que les parties en sont arrivées à conclure d’un commun accord que le congédiement discriminatoire d’un employé à l’essai est non arbitrable. À mon avis, il est plus probable que leur intention réciproque était de confirmer le droit de congédier un employé à l’essai qui n’exécute pas ses tâches à la satisfaction de l’employeur. Comme le juge O’Leary l’a fait observer à juste titre, il est parfois difficile pour un employeur d’évaluer un candidat sans tout d’abord l’embaucher pour une période d’essai; il n’est pas déraisonnable que l’employeur ait le droit d’examiner si l’employé à l’essai a rempli correctement les exigences du poste. J’estime qu’il est toutefois peu probable que les parties aient eu l’intention commune de confirmer le droit de l’employeur de congédier un employé à l’essai pour l’un des motifs relatifs aux droits de la personne, c’est-à-dire la race, l’ascendance, le lieu d’origine, la couleur, l’origine ethnique, la citoyenneté, la croyance, le sexe, l’orientation sexuelle, l’âge, l’existence d’un casier judiciaire, l’état matrimonial, le statut de partenaire de même sexe, l’état familial ou un handicap.

Quoi qu’il en soit, même si l’al. 8.06a) démontre effectivement que les parties ne voulaient pas que le congédiement discriminatoire d’un employé à l’essai soit matière à arbitrage, j’estime que le grief de M<sup>me</sup> O’Brien est arbitrable. Et ce, notamment, parce que le par. 48(1) de la *LRT* prévoit que chaque convention collective doit contenir une disposition sur le règlement, par voie de décision arbitrale définitive, de tout différend entre les parties que soulève cette convention. Le paragraphe 48(1) interdit aux parties de prendre des dispositions stipulant qu’une violation de la convention collective est non arbitrable. Par suite de l’application du par. 5(1) du *Code*

34

35

probationary employees to equal treatment without discrimination is implicit in the collective agreement, and thus the discriminatory discharge of a probationary employee constitutes a violation of that agreement. To the extent that Article 8.06(a) establishes that an allegation that the discriminatory discharge of a probationary employer is non-arbitrable, it is void as contrary to s. 48(1) of the *LRA*.

36

More fundamentally, the interpretation of Article 8.06(a) that it reflects a common intention is inconsistent with the principle that under a collective agreement an employer's right to manage operations and direct the work force is subject not only to the express provisions of the collective agreement but also to the employees' statutory rights, irrespective of the parties' subjective intentions. In *McLeod*, the Court stated that any provision that purports to give to an employer the right to require working hours in excess of 48 hours a week is void. The same logic applies to a provision that purports to give to an employer the right to discharge a probationary employee for discriminatory reasons. Even if the parties to the agreement had enacted a substantive provision that clearly expressed that, insofar as the collective agreement is concerned, the employer possessed the right to discharge a probationary employee for discriminatory reasons, that provision would be void. Put simply, there are certain rights and obligations that arise irrespective of the parties' subjective intentions. These include the right of an employee to equal treatment without discrimination and the corresponding obligation of an employer not to discharge an employee for discriminatory reasons. To hold otherwise would lessen human rights protection in the unionized workplace by allowing employers and unions to treat such protections as optional, thereby leaving recourse only to the human rights procedure.

37

The effect of my analysis is to modify Article 8.06(a). Under this analysis, it is only a probationary employee being discharged "at the sole lawful

*des droits de la personne*, le droit des employés à l'essai à un traitement égal, sans discrimination, est implicite dans la convention collective. Le congédiement discriminatoire d'un employé à l'essai constitue donc une violation de cette convention. Dans la mesure où il établit que l'allégation que le congédiement discriminatoire d'un employé à l'essai est non arbitrable, l'al. 8.06a) est nul parce qu'il est contraire au par. 48(1) de la *LRT*.

Ce qui est plus fondamental, c'est que l'interprétation de l'al. 8.06a) selon laquelle elle traduit une intention commune contrevient au principe qu'en vertu d'une convention collective, le droit de l'employeur de gérer les opérations et de diriger le personnel est subordonné non seulement aux dispositions expresses de la convention collective, mais aussi aux droits reconnus aux employés par la loi, peu importe les intentions subjectives des parties. Dans *McLeod*, la Cour dit que toute disposition visant à conférer à l'employeur le droit d'exiger que des employés travaillent plus de 48 heures par semaine est nulle. La même logique s'applique à toute disposition visant à conférer à l'employeur le droit de congédier un employé à l'essai pour des motifs discriminatoires. Même si les parties à la convention avaient adopté une disposition substantielle indiquant clairement que, dans la mesure où la convention collective est concernée, l'employeur a le droit de congédier un employé à l'essai pour des motifs discriminatoires, cette disposition serait nulle. En termes simples, certains droits et obligations existent indépendamment des intentions subjectives des parties. Il s'agit notamment du droit de l'employé à un traitement égal, sans discrimination, et de l'obligation correspondante de l'employeur de ne pas congédier un employé pour des motifs discriminatoires. Toute conclusion contraire affaiblirait la protection des droits de la personne en milieu de travail syndiqué en permettant aux employeurs et aux syndicats de traiter cette protection comme si elle était optionnelle, ce qui ne laisserait comme seul recours qu'une action en matière de droits de la personne.

L'effet de mon analyse est de modifier l'al. 8.06a). Selon cette analyse, la seule question qui n'oppose pas les parties porte sur le fait que



discretion of and for any lawful reason satisfactory to the Employer” that does not constitute a difference between the parties. Any exercise of this discretion otherwise than in accordance with a probationary employee’s rights under the *Human Rights Code* and other employment-related statutes is an arbitrable difference under the collective agreement.

(3) Section 48(12)(j) of the LRA

Having determined that *McLeod* established that an employer’s right to manage the operations and direct the work force is subject not only to the express provisions of the collective agreement but also to the right of each employee to equal treatment without discrimination, the question that arises is whether this principle applies under s. 48(12)(j) of the *LRA*. Put directly, did the enactment of s. 48(12)(j) displace or otherwise restrict the principles established in *McLeod*? If it did not, the Board was correct to conclude that the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* are implicit in a collective agreement over which an arbitrator has jurisdiction.

To begin with, I think it useful to stress the presumption that the legislature does not intend to change existing law or to depart from established principles, policies or practices. In *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610, at p. 614, for example, Fauteux J. (as he then was) wrote that “a legislature is not presumed to depart from the general system of the law without expressing its intentions to do so with irresistible clearness, failing which the law remains undisturbed”. In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1077, Lamer J. (as he then was) wrote that “in the absence of a clear provision to the contrary, the legislator should not be assumed to have intended to alter the pre-existing ordinary rules of common law”.

In my view, s. 48(12)(j) does not clearly indicate that it was the legislature’s intention to alter the principles described above. Quite the opposite. I believe that the amendments to the legislation affirm that

l’employeur puisse, « à son entière discrétion légitime, congédier un employé à l’essai pour tout motif légitime qu’il juge acceptable ». Tout exercice de ce pouvoir discrétionnaire qui ne respecte pas les droits reconnus à l’employé à l’essai par le *Code des droits de la personne* et les autres lois sur l’emploi constitue un différend arbitrable selon la convention collective.

(3) Alinéa 48(12)j) de la LRT

Comme il a été déterminé que *McLeod* a établi que le droit de l’employeur de gérer les opérations et de diriger le personnel est subordonné non seulement aux dispositions expresses de la convention collective mais aussi au droit de chacun des employés à un traitement égal, sans discrimination, il s’agit de savoir si ce principe s’applique en vertu de l’al. 48(12)j) de la *LRT*. Autrement dit, l’adoption de l’al. 48(12)j) a-t-elle écarté ou restreint de quelque manière que ce soit les principes établis dans *McLeod*? Si ce n’est pas le cas, le Conseil a eu raison de conclure que les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* sont implicites dans une convention collective à l’égard de laquelle l’arbitre a compétence.

Tout d’abord, je pense qu’il est utile d’insister sur la présomption que le législateur n’a pas l’intention de modifier le droit existant ni de s’écarter des principes, politiques ou pratiques établis. Dans *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610, p. 614, par exemple, le juge Fauteux (plus tard Juge en chef) écrit : [TRADUCTION] « le législateur n’est pas censé s’écarter du régime juridique général sans exprimer de façon incontestablement claire son intention de le faire, sinon la loi reste inchangée ». Dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1077, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) écrit que « le législateur n’est pas censé, à défaut de disposition claire au contraire, avoir l’intention de modifier les règles de droit commun pré-existantes ».

À mon avis, l’al. 48(12)j) n’indique pas clairement que le législateur avait l’intention de modifier les principes susmentionnés. Bien au contraire. Je crois que les modifications à la loi confirment que

38

39

40

grievance arbitrators have not only the power but also the responsibility to implement and enforce the substantive rights and obligations of human rights and other employment-related statutes as if they were part of the collective agreement. If the right of an employer to manage operations and direct the work force is subject to both the express provisions of the collective agreement and the employee's statutory rights, then it follows that a grievance arbitrator must have the power to implement and enforce those rights.

41 This conclusion is consistent with the modern approach to statutory interpretation. As this Court has repeatedly stated, the proper approach to statutory interpretation is that endorsed by the noted author E. A. Driedger, in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87: "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament". See for example *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21. A consideration of these factors supports the proposition that under s. 48(12)(j) of the *LRA* an arbitrator has the power to enforce the substantive rights and obligations of human rights and other employment-related statutes that are, under the legal principles established in *McLeod*, part of the collective agreement.

(i) *The Plain and Ordinary Meaning of Section 48(12)(j) of the LRA*

42 The primary factor that supports this conclusion is the very language of s. 48(12)(j), which provides that an arbitrator has the power "to interpret and apply human rights and other employment-related statutes, despite any conflict between those statutes and the terms of the collective agreement".

43 The power to interpret and apply a particular statute would, in my view, ordinarily be understood to include the power to implement and enforce the substantive rights and obligations contained therein. The *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989),

les arbitres des griefs ont non seulement le pouvoir mais aussi la responsabilité de mettre en œuvre et de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi comme s'ils faisaient partie de la convention collective. Si le droit de l'employeur de gérer les opérations et de diriger le personnel est subordonné à la fois aux dispositions expresses de la convention collective et aux droits reconnus aux employés par la loi, l'arbitre des griefs doit avoir le pouvoir de mettre en œuvre et de faire respecter ces droits.

Cette conclusion cadre bien avec la méthode moderne d'interprétation législative. Comme la Cour l'a maintes fois répété, la méthode appropriée d'interprétation législative est celle approuvée par le célèbre auteur E. A. Driedger, dans son ouvrage *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87 : [TRADUCTION] « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur ». Voir, par exemple, *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21. L'examen de ces facteurs permet d'affirmer qu'en vertu de l'al. 48(12)j) de la *LRT*, l'arbitre a le pouvoir de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi qui, selon les principes juridiques établis dans *McLeod*, font partie de la convention collective.

(i) *Le sens ordinaire de l'al. 48(12)j) de la LRT*

Le principal facteur qui permet d'arriver à cette conclusion est le libellé même de l'al. 48(12)j), qui prévoit qu'un arbitre a le pouvoir « d'interpréter et d'appliquer les lois ayant trait aux droits de la personne ainsi que les autres lois ayant trait à l'emploi, malgré toute incompatibilité entre ces lois et les conditions de la convention collective ».

J'estime que le pouvoir d'interpréter et d'appliquer une loi comprend celui de mettre en œuvre et de faire respecter les droits et obligations substantiels qui y sont prévus. Selon le *Trésor de la langue française* (1974), t. 3, p. 302, le sens juridique de

vol. I, at p. 577, states that to “apply” means to “bring (a law, rule, test, principle, etc.) into contact with facts, to bring to bear practically, to put into practical operation”. Major J. suggests that my reasons do not respect the intention of the legislature. In my view, the use of the phrase “to interpret and apply human rights and other employment-related statutes” indicates that it was the legislature’s intention that an arbitrator would have the power not only to enforce those rights and obligations that are expressly provided for in the collective agreement, but those that are provided for in human rights and employment-related statutes as well. My colleague’s reasons leave unanswered the question of what result the legislature intended when it specifically incorporated the power of an arbitrator to interpret and apply human rights and other employment-related statutes into the *LRA*.

The appellant submits that the power to interpret and apply human rights and other employment-related statutes arises only when there is a direct conflict between the collective agreement and the statute. Read grammatically, s. 48(12)(j) supports precisely the opposite conclusion. Section 48(12)(j) does not state that the power arises if, and only if, there is a conflict between the collective agreement and the employment-related statute, but that it arises even if there is a conflict between the agreement and the statute. The obvious implication is that a conflict between the collective agreement and an employment-related statute is not a condition precedent of the power to bring that statute into practical operation.

Considered alone, the language of s. 48(12)(j) reinforces the principles discussed above, namely, that the right of an employer to manage operations and direct the work force is subject not only to the express provisions of the collective agreement, but also to its employees’ statutory rights. For this to be the case, an arbitrator must have the power to implement and enforce the substantive rights and obligations of human rights and other employment-related statutes. Section 48(12)(j) does not displace or otherwise restrict the principles discussed above, but, rather, affirms that an arbitrator does, in fact, have the power to bring human rights and other employ-

« appliquer » est « [m]ettre en pratique les dispositions d’une loi, d’un règlement dans tel cas particulier ». Le juge Major estime que ma conclusion ne respecte pas l’intention du législateur. À mon avis, le membre de phrase « d’interpréter et d’appliquer les lois ayant trait aux droits de la personne ainsi que les autres lois ayant trait à l’emploi » indique que le législateur entendait que l’arbitre ait le pouvoir non seulement de faire respecter les droits et obligations expressément prévus dans la convention collective, mais aussi ceux prévus dans les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l’emploi. Les motifs de mon collègue laissent entière la question de savoir à quel résultat s’attendait le législateur en incorporant explicitement dans la *LRT* le pouvoir de l’arbitre d’interpréter et d’appliquer les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l’emploi.

L’appelant fait valoir que le pouvoir d’interpréter et d’appliquer ces lois n’existe que lorsqu’il y a incompatibilité directe entre la convention collective et la loi. Selon son sens grammatical, l’al. 48(12)(j) entraîne la conclusion exactement contraire. Cet alinéa ne prévoit pas que ce pouvoir n’existe que dans les cas où il y a incompatibilité entre la convention collective et la loi sur l’emploi, mais plutôt qu’il existe même en cas d’incompatibilité entre la convention et la loi. Il en découle manifestement que l’existence d’une incompatibilité entre la convention collective et une loi sur l’emploi n’est pas une condition préalable à l’exercice du pouvoir permettant de mettre la loi en application.

Pris isolément, le texte de l’al. 48(12)(j) renforce les principes énoncés ci-dessus, à savoir que le droit de l’employeur de gérer les opérations et de diriger le personnel est subordonné non seulement aux dispositions expresses de la convention collective, mais aussi aux droits reconnus à ses employés par la loi. Pour que cela soit possible, l’arbitre doit avoir le pouvoir de mettre en application et de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l’emploi. L’alinéa 48(12)(j) n’écarte pas et ne restreint pas de quelque manière que ce soit les principes dont il a été question plus haut, mais, au

44

45

ment-related statutes into practical operation. In any event, I am of the view that the inclusion of a management rights clause that is sufficiently broad to include the right of management to discharge a probationary employee for discriminatory reasons gives rise to a conflict between the statute and the collective agreement.

(ii) *The Scheme of the Act*

46

The appellant's primary submission is that an arbitrator has the power to interpret and apply human rights and other employment-related statutes if, and only if, it already has been determined that the arbitrator has jurisdiction over the subject matter of the grievance. According to the appellant, an arbitrator's primary source of jurisdiction is s. 48(1), which states that each collective agreement shall provide for final and binding settlement by arbitration of a difference arising out of that agreement. Section 48(12)(j), on the other hand, sets out the powers that an arbitrator possesses once it already has been determined that a grievance is arbitrable. On this view, the power to interpret and apply other statutes is merely one among nine other incidental powers that an arbitrator may exercise for the purpose of resolving a difference over which she or he already has jurisdiction.

47

To a certain extent, I would agree. Indeed, the structure of s. 48 does seem to suggest that an arbitrator is intended to interpret and apply human rights and other employment-related statutes for the purpose of resolving a dispute that is arbitrable. This understanding of s. 48(12)(j) is consistent with the language of its predecessor, s. 45(8)3 of the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2, which provided as follows:

45. . . .

(8) An arbitrator or arbitration board shall make a final and conclusive settlement of the differences between the parties and, for that purpose, has the following powers:

. . . .

3. To interpret and apply the requirements of human rights and other employment-related statutes,

contraire, il confirme que l'arbitre possède effectivement le pouvoir de mettre en application ces lois. De toute façon, j'estime que l'insertion, au chapitre des droits de gestion, d'une clause assez générale pour inclure le droit de la direction de congédier un employé à l'essai pour des motifs discriminatoires crée une incompatibilité entre la loi et la convention collective.

(ii) *L'esprit de la Loi*

L'appelant fait principalement valoir qu'un arbitre n'a le pouvoir d'interpréter et d'appliquer les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi que s'il a déjà été déterminé qu'il a compétence sur la question faisant l'objet du grief. Selon l'appelant, l'arbitre tire essentiellement son pouvoir du par. 48(1), qui prévoit que chaque convention collective doit contenir une disposition sur le règlement, par voie de décision arbitrale définitive, de tout différend que soulève cette convention. Par contre, l'al. 48(12)(j) énumère les pouvoirs que l'arbitre possède une fois qu'il a été déterminé qu'il y a matière à arbitrage. Selon cette conception, le pouvoir d'interpréter et d'appliquer d'autres lois fait simplement partie des neuf autres pouvoirs accessoires que l'arbitre peut exercer afin de régler un différend à l'égard duquel il a déjà compétence.

Je serais d'accord jusqu'à un certain point. La structure même de l'art. 48 semble effectivement indiquer que l'arbitre est censé interpréter et appliquer les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi afin de régler un différend arbitral. Cette interprétation de l'al. 48(12)(j) cadre bien avec le libellé de la disposition qu'il a remplacée, c'est-à-dire la disposition 45(8)3 de la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1990, ch. L.2 :

45. . . .

(8) L'arbitre ou le conseil d'arbitrage procède au règlement définitif des différends entre les parties et, à cette fin, a les pouvoirs suivants :

. . . .

3. Il peut interpréter et appliquer les exigences des lois ayant trait aux droits de la personne et des

despite any conflict between those requirements and the terms of the collective agreement. [Emphasis added.]

The inclusion of the phrase “for that purpose” provides support for the proposition that the legislature envisioned that a dispute must be arbitrable before an arbitrator obtains the power to interpret and apply human rights and other employment-related statutes.

But even if it is true that a dispute must be arbitrable before an arbitrator obtains the power to interpret and apply the *Human Rights Code*, it does not thereby follow that an alleged contravention of an express provision of a collective agreement is a condition precedent of an arbitrator’s authority to enforce the substantive rights and obligations of employment-related statutes. Under *McLeod*, the broad right of an employer to manage operations and direct the work force is subject not only to the express provisions of the collective agreement but also to the statutory rights of its employees. This means that the right of a probationary employee to equal treatment without discrimination is implicit in each collective agreement. This, in turn, means that the dismissal of an employee for discriminatory reasons is, in fact, an arbitrable difference, and that the arbitrator has the power to interpret and apply the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* for the purpose of resolving that difference.

Consequently, it cannot be inferred from the scheme of the *LRA* that it was the legislature’s intention to displace or otherwise restrict the legal principles enunciated in *McLeod*. The appellant’s submissions in respect of the structure of s. 48 are consistent with the conclusion that the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* are implicit in each collective agreement over which an arbitrator has jurisdiction. If an arbitrator is to enforce an employer’s obligation to exercise its management rights in accordance with the statutory provisions that are implicit in each collective agreement, the arbitrator must have the power to interpret and apply human rights and other

autres lois ayant trait à l’emploi, malgré toute incompatibilité entre ces exigences et les conditions de la convention collective. [Je souligne.]

L’ajout de l’expression « à cette fin » permet d’avancer que l’intention du législateur était que le grief doit être arbitrable avant que l’arbitre ait le pouvoir d’interpréter et d’appliquer les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l’emploi.

Mais même s’il est vrai que le grief doit être arbitrable avant que l’arbitre ait le pouvoir d’interpréter et d’appliquer le *Code des droits de la personne*, il ne s’ensuit pas nécessairement qu’une violation alléguée d’une disposition expresse d’une convention collective soit une condition préalable à son pouvoir de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur l’emploi. En vertu de l’arrêt *McLeod*, le droit général de l’employeur de gérer les opérations et de diriger le personnel est subordonné non seulement aux dispositions expresses de la convention collective mais aussi aux droits reconnus à ses employés par la loi. Cela signifie que le droit d’un employé à l’essai à un traitement égal, sans discrimination, est implicite dans chaque convention collective. En contrepartie, cela veut dire que le congédiement d’un employé pour des motifs discriminatoires est effectivement un différend arbitrable et que l’arbitre a le pouvoir d’interpréter et d’appliquer les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* pour régler ce différend.

Par conséquent, on ne peut pas déduire de l’esprit de la *LRT* que le législateur voulait écarter ou limiter de quelque manière que ce soit les principes juridiques établis dans *McLeod*. Les arguments de l’appelant concernant la structure de l’art. 48 se concilient avec la conclusion que les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* sont implicites dans chaque convention collective à l’égard de laquelle l’arbitre a compétence. S’il doit faire respecter par l’employeur son obligation d’exercer ses droits de gestion conformément aux dispositions législatives implicites dans chaque convention collective, l’arbitre doit avoir le pouvoir d’interpréter et d’appliquer les lois sur les droits de

employment-related statutes. Section 48(12)(j) confirms that an arbitrator does, in fact, have this right.

(iii) *Policy Considerations*

50

In respect of policy considerations, I first note that granting arbitrators the authority to enforce the substantive rights and obligations of human rights and other employment-related statutes advances the stated purposes of the *LRA*, which include promoting the expeditious resolution of workplace disputes. As this Court has repeatedly recognized, the prompt, final and binding resolution of workplace disputes is of fundamental importance, both to the parties and to society as a whole. See for example *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768, at p. 781; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, at p. 489; and *Toronto Board of Education*, *supra*, at para. 36. It is essential that there exist a means of providing speedy decisions by experts in the field who are sensitive to the workplace environment, and which can be considered by both sides to be final and binding.

51

The grievance arbitration process is the means by which provincial governments have chosen to achieve this objective. As Professor P. Weiler puts it, grievance arbitration is both “an antidote to industrial unrest and . . . an instrument of employment justice”: *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), at pp. 91-92. The primary advantage of the grievance arbitration process is that it provides for the prompt, informal and inexpensive resolution of workplace disputes by a tribunal that has substantial expertise in the resolution of such disputes. It has the advantage of both accessibility and expertise, each of which increases the likelihood that a just result will be obtained with minimal disruption to the employer-employee relationship. Recognizing the authority of arbitrators to enforce an employee’s statutory rights substantially advances the dual objectives of: (i) ensuring peace

la personne et les autres lois sur l’emploi. L’alinéa 48(12)(j) confirme que l’arbitre possède effectivement ce pouvoir.

(iii) *Considérations d’intérêt public*

Pour ce qui est des considérations d’intérêt public, je ferai d’abord observer que l’attribution aux arbitres du pouvoir de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l’emploi permet de promouvoir les objectifs déclarés de la *LRT*, qui sont notamment la résolution rapide des conflits de travail. Comme la Cour l’a reconnu à de multiples reprises, le règlement rapide, définitif et exécutoire des conflits de travail revêt une importance fondamentale, tant pour les parties que pour l’ensemble de la société. Voir, par exemple, *Heustis c. Commission d’énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768, p. 781, *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, p. 489, et *Conseil de l’éducation de Toronto*, précité, par. 36. Il est essentiel qu’il existe un moyen d’obtenir rapidement les décisions d’experts qui connaissent bien le milieu de travail, et que ces décisions puissent être considérées comme définitives et exécutoires par les deux parties.

Pour atteindre cet objectif, les gouvernements des provinces ont choisi l’arbitrage. Comme le dit le professeur P. Weiler, l’arbitrage est [TRADUCTION] à la fois « un antidote aux conflits de travail et [. . .] un instrument permettant d’obtenir justice en matière d’emploi » : *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), p. 91-92. Le principal avantage de l’arbitrage est qu’il permet le règlement rapide, informel et peu coûteux des conflits de travail par un tribunal qui possède une expérience considérable du règlement de ce genre de différends. L’arbitrage offre à la fois l’accessibilité et l’expertise, deux attributs qui augmentent les chances d’obtenir un résultat équitable avec une perturbation minimale des rapports employeur-employé. La reconnaissance du pouvoir des arbitres de faire respecter les droits conférés par la loi à l’employé sert essentiellement deux objectifs : (i) assurer la paix dans le domaine des relations

in industrial relations; and (ii) protecting employees from the misuse of managerial power.

Granting arbitrators the authority to enforce the substantive rights and obligations of human rights and other employment-related statutes has the additional advantage of bolstering human rights protection. Major J. correctly observes that if the dispute is non-arbitrable, aggrieved employees have available the same mechanism for enforcing fundamental human rights as any other member of society: they may file a complaint before the Human Rights Commission. But the fact that there already exists a forum for the resolution of human rights disputes does not mean that granting arbitrators the authority to enforce the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* does not further bolster human rights protection. As discussed above, grievance arbitration has the advantage of both accessibility and expertise. It is a reasonable assumption that the availability of an accessible and inexpensive forum for the resolution of human rights disputes will increase the ability of aggrieved employees to assert their right to equal treatment without discrimination, and that this, in turn, will encourage compliance with the *Human Rights Code*.

A countervailing consideration is the fact that the Human Rights Commission has greater expertise than grievance arbitrators in the resolution of human rights violations. In my view, any concerns in respect of this matter are outweighed by the significant benefits associated with the availability of an accessible and informal forum for the prompt resolution of allegations of human rights violations in the workplace. It is of great importance that such disputes are resolved quickly and in a manner that allows for a continuing relationship between the parties. Moreover, expertise is not static, but, rather, is something that develops as a tribunal grapples with issues on a repeated basis. The fact that the Human Rights Commission currently has greater expertise than the Board in respect of human rights violations is an insufficient basis on which to

industrielles et (ii) protéger les employés contre un usage abusif du pouvoir de gestion.

L'attribution aux arbitres du pouvoir de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi comporte en outre l'avantage de renforcer la protection des droits de la personne. Comme le juge Major le fait remarquer à juste titre, s'il n'y a pas matière à arbitrage, les employés lésés disposeront, pour défendre leurs droits fondamentaux de la personne, des mêmes mécanismes que tout autre membre de la société : ils peuvent déposer une plainte devant la Commission des droits de la personne. Mais le fait qu'il existe déjà un forum pour le règlement des conflits touchant les droits de la personne ne veut pas dire que l'attribution aux arbitres du pouvoir de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* ne permet pas de renforcer davantage la protection des droits de la personne. Comme je l'ai dit précédemment, l'arbitrage a l'avantage d'offrir à la fois l'accessibilité et l'expertise. On peut raisonnablement supposer que l'existence d'une instance accessible et peu coûteuse pour le règlement des conflits en matière de droits de la personne augmentera la possibilité pour les employés lésés de faire valoir leur droit à un traitement égal, sans discrimination et, du même coup, encouragera l'observation du *Code des droits de la personne*.

Par contre, la Commission des droits de la personne possède vraisemblablement une plus grande expertise que les arbitres des griefs en matière de règlement des violations des droits de la personne. À mon sens, toutefois, les avantages considérables liés à l'existence d'une instance accessible et informelle permettant qu'une décision soit rapidement rendue sur des allégations de violation de droits de la personne au travail l'emportent sur toutes les inquiétudes qui peuvent exister à cet égard. Il est très important que de tels conflits soient réglés rapidement et d'une manière qui ne coupe pas les rapports entre les parties. De plus, cette expertise n'est pas statique mais, au contraire, elle évolue au fur et à mesure que le tribunal est appelé à se prononcer sur des questions de façon répétée. Certes, la Commission des droits de la personne possède à l'heure actuelle une

52

53

conclude that a grievance arbitrator ought not to have the power to enforce the rights and obligations of the *Human Rights Code*.

54

Support for this conclusion can be found in the Ministry of Labour's 1991 discussion paper, *Proposed Reform of the Ontario Labour Relations Act*, in which the Minister proposed that all collective agreements should be deemed to include the employment-related prohibitions of the *Human Rights Code* (p. 42). This indicates that it is the government's view that grievance arbitrators already possess sufficient expertise to address allegations that an employer contravened the right of each employee to equal treatment without discrimination. Similarly, in its submissions before this Court, the intervener, Human Rights Commission, stated that it believes that the grievance arbitration process has an important role to play in the resolution of human rights issues. It did not intervene on the basis that arbitrators should not have the power to resolve human rights issues, but on the basis that arbitrators and the Board should have concurrent jurisdiction. This suggests that the Commission also is of the view that grievance arbitrators have sufficient expertise to hear alleged violations of the *Human Rights Code*.

#### (4) Conclusion

55

For the foregoing reasons, the Board was correct to conclude that the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* are incorporated into each collective agreement over which an arbitrator has jurisdiction. Because of this interpretation, an alleged violation of the *Human Rights Code* constitutes an alleged violation of the collective agreement, and falls squarely within the Board's jurisdiction. Accordingly, there is no reason to interfere with the Board's finding that the subject matter of Ms. O'Brien's grievance is arbitrable. The Board's finding that the discriminatory discharge of a probationary employee is arbitrable is not patently unreasonable.

plus grande expertise que le Conseil en ce qui a trait aux violations des droits de la personne, mais ce n'est pas un motif suffisant pour conclure que l'arbitre ne devrait pas avoir le pouvoir de faire respecter les droits et obligations prévus par le *Code des droits de la personne*.

Cette conclusion est étayée par le document de travail de 1991 intitulé *Projet de réforme de la Loi de l'Ontario sur les relations de travail* dans lequel le ministère du Travail propose que l'on devrait considérer que toutes les conventions collectives comprennent les interdictions relatives à l'emploi prévues dans le *Code des droits de la personne* (p. 53). Cela signifie que le gouvernement estime que les arbitres des griefs possèdent déjà une expertise suffisante pour se prononcer sur les allégations qu'un employeur a contrevenu au droit de l'employé à un traitement égal, sans discrimination. De même, dans ses observations devant la Cour, l'intervenante, la Commission des droits de la personne, dit qu'elle croit que l'arbitrage a un rôle important à jouer dans le règlement des litiges en matière de droits de la personne. Elle n'est pas intervenue parce que les arbitres ne devraient pas être habilités à régler ce genre de litige, mais plutôt parce que les arbitres et le Conseil devraient avoir compétence concurrente. Cela permet de penser que la Commission croit elle aussi que les arbitres possèdent une expertise suffisante pour connaître des violations alléguées des dispositions du *Code des droits de la personne*.

#### (4) Conclusion

Pour ces motifs, le Conseil a eu raison de conclure que les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* sont incorporés dans toute convention collective à l'égard de laquelle l'arbitre a compétence. Vu cette interprétation, une violation alléguée du *Code des droits de la personne* constitue une violation alléguée de la convention collective et relève directement de la compétence du Conseil. Il n'y a donc aucune raison de modifier la décision du Conseil que la question faisant l'objet du grief de M<sup>me</sup> O'Brien est arbitrable. Sa conclusion que le congédiement discriminatoire d'un employé à l'essai est matière à arbitrage n'est pas manifestement déraisonnable.



### C. *The Court of Appeal's Application of the ESA*

The foregoing analysis is sufficient to dispose of the appeal. The Board's finding that the subject matter of Ms. O'Brien's grievance is arbitrable was not patently unreasonable and should be upheld. However, even if there was no basis on which to conclude that the alleged violation of the *Human Rights Code* is arbitrable, I would still be of the opinion that the analysis furnished by the Court of Appeal would provide sufficient grounds to conclude that Ms. O'Brien's grievance is a proper subject of the arbitration process.

In substantive terms, there is no doubt but that the application of ss. 44 and 64.5(1) of the *ESA* leads to the conclusion that the subject matter of Ms. O'Brien's grievance is arbitrable. Under s. 64.5(1), the terms and conditions of the *ESA* are enforceable against an employer as if they were part of the collective agreement. Under s. 44, an employer is prohibited from dismissing an employee because the employee intends to take or takes pregnancy leave. The joint effect of ss. 44 and 64.5(1) is that each collective agreement is deemed to contain a provision that prohibits the discharge of a probationary employee because she took or intends to take pregnancy leave. Thus, the subject matter of Ms. O'Brien's grievance clearly constitutes a dispute that arises under a collective agreement over which the Board has jurisdiction.

However, the appellant raised a number of objections to the Court of Appeal's decision to resolve the matter with reference to ss. 44 and 64.5(1) of the *ESA*. For the reasons that follow, it is my view that these objections are insufficient to preclude the resolution of the dispute on this basis.

#### (1) Limitations on the Scope of Judicial Review

The appellant's first objection is that the Court of Appeal exceeded its jurisdiction by considering an issue that was not raised at the initial hearing. According to the appellant, the finding that currently is under review is the Board's finding that s. 5(1) of the *Human Rights Code* is enforceable against

### C. *L'application par la Cour d'appel de la LNE*

L'analyse qui précède suffit pour trancher le pourvoi. La conclusion du Conseil que la question faisant l'objet du grief de M<sup>me</sup> O'Brien est arbitrable n'est pas manifestement déraisonnable et devrait être confirmée. Toutefois, même si rien ne permettait de conclure que la violation alléguée du *Code des droits de la personne* est arbitrable, je persisterais à croire que l'analyse de la Cour d'appel fournirait des motifs suffisants pour conclure que le grief de M<sup>me</sup> O'Brien donne à juste titre matière à arbitrage.

Sur le plan substantiel, il n'y a aucun doute que l'application de l'art. 44 et du par. 64.5(1) de la *LNE* mène à la conclusion que la question faisant l'objet du grief de M<sup>me</sup> O'Brien est arbitrable. En vertu du par. 64.5(1), les conditions de la *LNE* s'appliquent à l'employeur comme si elles faisaient partie de la convention collective. En vertu de l'art. 44, il est interdit à l'employeur de congédier une employée parce qu'elle a l'intention de prendre ou prend un congé de maternité. En vertu de l'effet combiné de l'art. 44 et du par. 64.5(1), chaque convention collective est réputée contenir une disposition qui interdit le congédiement d'une employée à l'essai parce qu'elle a pris ou elle a l'intention de prendre un congé de maternité. Ainsi, la question qui fait l'objet du grief de M<sup>me</sup> O'Brien constitue clairement un différend que soulève une convention collective à l'égard de laquelle le Conseil a compétence.

L'appelant a toutefois opposé divers arguments à la décision de la Cour d'appel de trancher l'affaire en se reportant à l'art. 44 et au par. 64.5(1) de la *LNE*. Pour les motifs qui suivent, j'estime que ces arguments sont insuffisants pour empêcher le règlement du différend sur ce fondement.

#### (1) Les limites du contrôle judiciaire

Le premier argument opposé par l'appelant est que la Cour d'appel a outrepassé sa compétence en examinant une question qui n'avait pas été soulevée à l'audience initiale. Selon l'appelant, le contrôle porte sur la conclusion du Conseil que le par. 5(1) du *Code des droits de la personne* s'applique à

56

57

58

59

the employer as if it was part of the collective agreement. On this view, the Court of Appeal had the authority to review the Board's finding that s. 5(1) of the *Human Rights Code* is enforceable against the employer, but did not have the authority to consider whether s. 44 of the *ESA* is enforceable against the employer. Although I do not disagree with the general principle that on judicial review a court is limited to reviewing the tribunal's decision, I do not agree with the appellant's characterization of the finding that currently is under review. As above, the finding under review is not the Board's finding that s. 5(1) of the *Human Rights Code* is enforceable against the employer, but its finding that Ms. O'Brien's grievance is arbitrable.

60

In reviewing a decision on a standard of patent unreasonableness, the reviewing court must consider the decision-making process in its entirety, including the failure of the tribunal to consider all of the relevant factors and legal principles. This reflects the fact that a decision will be patently unreasonable if the tribunal reaches a particular conclusion on account of its failure to take into account legal principles or statutory provisions that clearly are relevant to the issue that must be resolved: *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, at para. 29. Consequently, the mere fact that a board of arbitration has determined that a grievance is arbitrable on grounds that have no basis in law will not lead inexorably to the conclusion that the arbitration award must be quashed. If there are alternative and legally correct grounds that lead to the conclusion that the grievance is arbitrable, quashing the award without considering those grounds would be perverse.

61

In this instance, once the Board concluded that the subject matter of the grievance was arbitrable on the basis that s. 5(1) of the *Human Rights Code* is incorporated into the collective agreement, it was, in effect, unnecessary for the Board to consider the possible impact of ss. 44 and 64.5(1) of the *ESA*. But if there had been no basis on which to conclude that s. 5(1) of the *Human Rights Code* is enforceable against the employer, the Board could not

l'employeur comme s'il faisait partie de la convention collective. D'après lui, la Cour d'appel avait le pouvoir d'examiner si, comme l'avait conclu le Conseil, le par. 5(1) du *Code des droits de la personne* s'applique à l'employeur, mais n'était pas habilitée à faire de même en ce qui concerne l'art. 44 de la *LNE*. Bien que je souscrive au principe général que, lors d'un contrôle judiciaire, la cour de justice doit se limiter à examiner la décision du tribunal, je ne suis pas d'accord avec la façon dont l'appelant a caractérisé la conclusion visée par le contrôle. Encore une fois, c'est la conclusion que le grief de M<sup>me</sup> O'Brien est arbitrable qui est visée par le contrôle et non la conclusion du Conseil que le par. 5(1) du *Code des droits de la personne* s'applique à l'employeur.

Dans son examen d'une décision en fonction de la norme du caractère manifestement déraisonnable, la cour de révision doit prendre en considération le processus décisionnel global, notamment l'omission du tribunal de tenir compte de tous les facteurs et principes juridiques pertinents. Cela signifie qu'une décision sera manifestement déraisonnable si le tribunal tire une conclusion sans prendre en compte les principes juridiques ou les dispositions législatives manifestement pertinents quant à la question à trancher : *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 29. Par conséquent, le simple fait qu'un conseil d'arbitrage ait déterminé qu'un grief est arbitrable en s'appuyant sur des motifs qui ne sont pas fondés en droit ne mènera pas inexorablement à la conclusion que la décision arbitrale doit être annulée. S'il existe des motifs subsidiaires juridiquement corrects qui permettent de conclure que le grief est arbitrable, l'annulation de la décision sans tenir compte de ces motifs serait abusive.

En l'espèce, une fois que le Conseil a conclu qu'il y avait matière à arbitrage parce que le par. 5(1) du *Code des droits de la personne* est incorporé dans la convention collective, il était en fait inutile pour lui d'examiner l'effet possible de l'art. 44 et du par. 64.5(1) de la *LNE*. Mais s'il n'y avait eu aucun motif lui permettant de conclure que le par. 5(1) du *Code des droits de la personne* s'applique à l'employeur, le Conseil n'aurait pas pu décider que la

properly have concluded that the subject matter of Ms. O'Brien's grievance was non-arbitrable without first considering the possible impact of ss. 44 and 64.5(1) of the *ESA*. Thus, it was not improper for the Court of Appeal to take into account the fact that the substantive rights and obligations of the *ESA* are incorporated directly into each collective agreement. If the Court of Appeal had upheld the Divisional Court's decision to reverse the arbitration award without taking into account the potential impact of ss. 44 and 64.5(1) of the *ESA*, it would arguably have committed an error of law.

However, even if the Court of Appeal could, in theory, resolve the matter on this basis, the appellant nonetheless submits that the *ESA* and the collective agreement contain procedural provisions that prevent the Union from litigating the matter on the basis that the alleged misconduct constitutes a violation of s. 44 of the *ESA*.

## (2) Procedural Considerations

The appellant's primary submission in respect of this argument is that the Union is statute-barred from relying on the *ESA*. Section 64.5(4) of the *ESA* states that:

An employee to whom a collective agreement applies (including an employee who is not a member of the trade union) is bound by a decision of the trade union with respect to the enforcement of the Act under the collective agreement, including a decision not to seek the enforcement of the Act.

According to the appellant, s. 64.5(4) binds a union to a prior decision not to seek enforcement of the *ESA*. Under this view, the respondent Union is bound by its prior decision not to seek enforcement of s. 44 of the *ESA* at the initial hearing. However, this interpretation of s. 64.5(4) is inconsistent with both its words and its fundamental purpose.

First, s. 64.5(4) clearly states that an employee is bound by a decision of the trade union with respect to the enforcement of the Act under the collective agreement. It does not, however, provide that the union is bound by a decision not to seek enforcement of the *ESA*. If the purpose of s. 64.5(4) was to

question visée par le grief de M<sup>me</sup> O'Brien était non arbitrable sans tout d'abord analyser l'effet possible de l'art. 44 et du par. 64.5(1) de la *LNE*. La Cour d'appel pouvait donc à bon droit tenir compte du fait que les droits et obligations substantiels prévus par la *LNE* sont incorporés directement dans chaque convention collective. Si elle avait maintenu la décision de la Cour divisionnaire d'annuler la décision arbitrale sans tenir compte de l'effet possible de l'art. 44 et du par. 64.5(1) de la *LNE*, on aurait pu soutenir qu'elle avait commis une erreur de droit.

Toutefois, même si la Cour d'appel pourrait, en théorie, trancher l'affaire sur ce fondement, l'appellant soutient que la *LNE* et la convention collective contiennent des dispositions procédurales qui empêchent le Syndicat de porter l'affaire en justice en faisant valoir que le manquement allégué constitue une violation de l'art. 44 de la *LNE*.

## (2) Considérations de procédure

La principale observation de l'appellant relativement à cet argument est que le Syndicat ne peut pas légalement invoquer la *LNE*. Le paragraphe 64.5(4) de la *LNE* prévoit :

L'employé à qui une convention collective s'applique (y compris l'employé qui n'est pas membre du syndicat) est lié par une décision prise par le syndicat relativement à l'application de la Loi en vertu de la convention, y compris une décision de ne pas tenter d'appliquer la Loi.

Selon l'appellant, en vertu du par. 64.5(4), un syndicat est lié par sa décision antérieure de ne pas tenter de faire appliquer la *LNE*. D'après ce point de vue, le Syndicat intimé est lié par sa décision antérieure de ne pas tenter de faire appliquer l'art. 44 de la *LNE* à l'audience initiale. Toutefois, cette interprétation cadre mal tant avec le libellé qu'avec l'objectif fondamental de cette disposition.

Tout d'abord, le par. 64.5(4) indique clairement que l'employé est lié par la décision du syndicat relative à l'application de la Loi en vertu de la convention collective. Il ne prévoit cependant pas que le syndicat est lié par une décision de ne pas tenter de faire appliquer la *LNE*. Si l'objectif du par.

62

63

64

bind a trade union to its prior decision not to seek enforcement of the *ESA*, one would have expected the legislature to have used language indicating as much. On its face, s. 64.5(4) is directed not at the Union, but rather at the individual employee; it has no bearing on the circumstances in which a union is permitted to seek enforcement of the Act.

65

This interpretation of s. 64.5(4) is consistent not only with its words but also with its basic purpose, namely, to ensure that the union has sole carriage over employment standards issues that arise during the currency of a collective agreement. This accords with established principles governing labour-management relations. Section 64.5(2), for example, provides that an employee to whom a collective agreement applies is not entitled to file or maintain a complaint under the *ESA*. Section 64.5(3), in turn, provides that notwithstanding subs. (2) the Director of Employment Standards may permit an employee to file or maintain a complaint under the Act if the Director considers it appropriate in the circumstances. Each subsection suggests that the default presumption is that the union must decide whether or not to pursue a particular grievance. Section 64.5(4) reinforces this principle by binding an employee to the decision of a union not to seek enforcement of the *ESA*. The purpose of the provision is not to bind a union to a prior decision not to pursue an *ESA* complaint, but, rather, to affirm the principle that an employee to whom a collective agreement applies is not entitled to file or maintain a complaint under the Act.

66

Consequently, s. 64.5(4) has no effect in this appeal. This case does not involve an individual employee who seeks to file or to maintain a complaint under the *ESA* despite the fact that the Union has decided not to seek enforcement of her rights under the Act. As a result, it is not necessary to consider the possibility that the Union has made a “decision”, as the word is used in s. 64.5(4), not to seek enforcement of the *ESA*.

64.5(4) était de prévoir qu’un syndicat est lié par sa décision antérieure de ne pas tenter de faire appliquer la *LNE*, on peut supposer que le législateur aurait utilisé des termes l’indiquant. À première vue, le par. 64.5(4) vise non pas le Syndicat, mais plutôt l’employé; il n’a aucun rapport avec les cas où un syndicat est autorisé à tenter de faire appliquer la Loi.

Cette interprétation du par. 64.5(4) respecte non seulement son libellé mais aussi son objectif fondamental, qui est d’assurer que le syndicat est le seul responsable des questions relatives aux normes d’emploi soulevées pendant la durée d’une convention collective. Cela concorde avec les principes régissant les relations entre employés et employeurs. Par exemple, le par. 64.5(2) prévoit que l’employé auquel une convention collective s’applique n’a pas le droit de déposer ni de maintenir une plainte en vertu de la *LNE*. Par ailleurs, le par. 64.5(3) prévoit que, malgré le paragraphe (2), le directeur des normes d’emploi peut permettre à un employé de déposer ou de maintenir une plainte en vertu de la Loi s’il le juge indiqué dans les circonstances. Chacun de ces paragraphes semble indiquer qu’en vertu de la présomption par défaut, c’est le syndicat qui doit décider s’il y a lieu ou non de présenter un grief. Le paragraphe 64.5(4) vient renforcer ce principe en prévoyant qu’un employé est lié par la décision du syndicat de ne pas tenter de faire appliquer la *LNE*. Cette disposition n’a pas pour but d’obliger un syndicat à s’en tenir à sa décision antérieure de ne pas déposer de plainte en vertu de la *LNE*, mais plutôt de consacrer le principe qu’un employé visé par une convention collective n’a pas le droit de déposer ni de maintenir une plainte en vertu de la Loi.

Le paragraphe 64.5(4) n’a donc aucun effet en l’espèce. Il ne s’agit pas ici d’une employée qui tente de déposer ou de maintenir une plainte en vertu de la *LNE* malgré le fait que le Syndicat a décidé de ne pas tenter de faire appliquer les droits qui lui sont reconnus par la Loi. Il n’est donc pas nécessaire d’examiner si le Syndicat a pris la « décision », pour reprendre le terme du par. 64.5(4), de ne pas tenter de faire appliquer la *LNE*.

In the alternative, the appellant submits that the Union's failure to comply with the procedural requirements of the collective agreement precludes it from seeking enforcement of s. 44 of the *ESA*. Under Article 8.06(a) of the agreement, a discharge grievance must set out the section of the collective agreement that is alleged to have been violated. Ms. O'Brien's initial grievance, however, alleged only that she had been discharged from her position "without justification" and that the decision was "arbitrary, discriminatory, in bad faith and unfair". The grievance did not allege that the employer had violated s. 44 of the *ESA*, or even that she had been discharged because she took pregnancy leave. In the appellant's submission, the Union's failure to allege that s. 44 of the *ESA* had been violated precludes it from subsequently raising s. 44 as a potential basis of liability.

As a general rule, of course, it is important that the parties to a collective agreement comply with the procedural requirements set out therein. If a union intends to plead that the employer has breached the employee's statutory rights, it should, as a matter of general practice, specify the statutory provision that the employer is alleged to have breached. That said, it is important to acknowledge the general consensus among arbitrators that, to the greatest extent possible, a grievance should not be won or lost on the technicality of form, but on its merits. In *Re Blouin Drywall Contractors Ltd. and United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 2486* (1975), 8 O.R. (2d) 103 (C.A.), at p. 108, for example, Brooke J.A. wrote as follows:

Certainly, the board is bound by the grievance before it but the grievance should be liberally construed so that the real complaint is dealt with and the appropriate remedy provided to give effect to the agreement provisions and this whether by way of declaration of rights or duties, in order to provide benefits or performance of obligations or a monetary award required to restore one to the proper position he would have been in had the agreement been performed.

This approach has been adopted by numerous arbitrators. In *Spruce Falls Inc. and I.W.A.-Canada*,

L'appelant fait valoir comme moyen subsidiaire que le Syndicat ne peut tenter de faire appliquer l'art. 44 de la *LNE*, car il ne s'est pas conformé aux exigences procédurales de la convention collective. Selon l'al. 8.06a) de la convention, un grief en matière de congédiement doit préciser la disposition de la convention collective qui aurait été violée. Dans son grief initial, M<sup>me</sup> O'Brien a toutefois simplement allégué qu'elle avait été congédiée « sans motif » et que la décision était « arbitraire, discriminatoire, injuste et entachée de mauvaise foi ». Elle n'y a pas soutenu que l'employeur avait violé l'art. 44 de la *LNE* ni qu'elle avait été congédiée parce qu'elle avait pris un congé de maternité. L'appelant prétend que l'omission du Syndicat d'alléguer que l'art. 44 de la *LNE* a été violé l'empêche d'invoquer ultérieurement cette disposition comme fondement éventuel de la responsabilité.

En règle générale, il est évidemment important que les parties à une convention collective se conforment aux exigences procédurales qui y sont prévues. Si un syndicat veut faire valoir que l'employeur a violé les droits reconnus à un employé par la loi, il doit, suivant la pratique généralement suivie, préciser la disposition de loi que l'employeur aurait violée. Cela dit, il importe de reconnaître le consensus général chez les arbitres que, dans la mesure du possible, un grief ne devrait pas être gagné ni perdu pour un vice de forme, mais plutôt en raison de son bien-fondé. Dans *Re Blouin Drywall Contractors Ltd. and United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 2486* (1975), 8 O.R. (2d) 103 (C.A.), p. 108, par exemple, le juge Brooke écrit :

[TRADUCTION] Certes, le conseil doit s'en tenir au grief dont il est saisi; celui-ci doit toutefois être interprété libéralement de sorte que le grief véritable puisse être tranché et qu'il soit possible d'accorder la réparation appropriée pour donner effet aux dispositions de la convention et ce, que ce soit par une déclaration des droits ou des obligations, afin de verser des prestations ou d'assurer l'exécution des obligations, ou par l'octroi de l'indemnité pécuniaire requise afin de remettre les parties dans la situation dans laquelle elles se seraient trouvées si la convention avait été appliquée.

Cette approche a été reprise par de nombreux arbitres. Dans *Spruce Falls Inc. and I.W.A.-Canada*,

*Local 2995 (Trudel) (Re)* (2002), 106 L.A.C. (4th) 41, at p. 61, the arbitrator observed that a “grievance must be construed so that the ‘real complaint’ is dealt with and an appropriate remedy is provided to bring resolution to the matters which have given rise to the grievance”. In *Peel District School Board and O.P.S.T.F., District 19 (Havery) (Re)* (2000), 84 L.A.C. (4th) 289, the arbitrator rejected the employer’s motion to dismiss on the basis that the employer suffered no prejudice as a consequence of the union’s failure to specify the section of the collective agreement that was alleged to have been breached. See also *Re Harry Woods Transport Ltd. and Teamsters Union, Local 141* (1977), 15 L.A.C. (2d) 140; *Aro Canada Inc. and I.A.M., Re* (1988), 34 L.A.C. (3d) 255; and *Liquid Carbonic Inc. and U.S.W.A., Re* (1992), 25 L.A.C. (4th) 144. These cases reflect the view that procedural requirements should not be stringently enforced in those instances in which the employer suffers no prejudice. It is more important to resolve the factual dispute that gives rise to the grievance.

70

In this case, the employer was aware from the outset that the essence of the grievance was that Ms. O’Brien was discharged as a consequence of taking maternity leave. Although the written grievance did not specify that Ms. O’Brien believed that she had been discharged because she took maternity leave, or that the alleged misconduct constituted a violation of s. 44 of the *ESA*, the employer was fully apprised that this was the factual basis of the grievance. Further, the appellant was provided with a fair opportunity to prepare and make submissions in respect of this matter prior to the Court of Appeal’s determination that the Board was authorized to resolve the dispute with reference to s. 44 of the *ESA*. Considered against this backdrop, I agree with Morden J.A. that the employer suffered no prejudice as a consequence of the Court of Appeal’s decision to resolve the matter with reference to s. 44 of the *ESA*.

71

Thus, if it had been patently unreasonable for the Board of Arbitration to conclude that the grievance was arbitrable because it had the authority to enforce s. 5(1) of the *Human Rights Code* as if it were part

*Local 2995 (Trudel) (Re)* (2002), 106 L.A.C. (4th) 41, p. 61, l’arbitre a fait remarquer qu’il faut [TRADUCTION] « interpréter le grief de manière que le “grief véritable” puisse être tranché et que la réparation appropriée soit accordée afin de régler les questions qui ont donné lieu au grief ». Dans *Peel District School Board and O.P.S.T.F., District 19 (Havery) (Re)* (2000), 84 L.A.C. (4th) 289, l’arbitre a rejeté la requête de l’employeur de rejeter le grief, pour le motif que celui-ci n’avait subi aucun préjudice par suite de l’omission du syndicat de préciser la disposition de la convention collective dont on alléguait la violation. Voir aussi *Re Harry Woods Transport Ltd. and Teamsters Union, Local 141* (1977), 15 L.A.C. (2d) 140, *Aro Canada Inc. and I.A.M., Re* (1988), 34 L.A.C. (3d) 255, et *Liquid Carbonic Inc. and U.S.W.A., Re* (1992), 25 L.A.C. (4th) 144. Ces décisions sont fondées sur l’idée que les exigences procédurales ne devraient pas être rigoureusement appliquées dans les cas où l’employeur ne subit aucun préjudice. Il est plus important de régler le différend d’ordre factuel qui est à l’origine du grief.

En l’espèce, l’employeur savait dès le départ que le grief portait essentiellement que M<sup>me</sup> O’Brien avait été congédiée parce qu’elle avait pris un congé de maternité. Même si le grief écrit ne précisait pas que M<sup>me</sup> O’Brien croyait avoir été congédiée parce qu’elle avait pris un congé de maternité ni que le manquement allégué constituait une violation de l’art. 44 de la *LNE*, l’employeur savait pertinemment que c’était le fondement factuel du grief. De plus, l’appelant a eu la possibilité de préparer et de présenter des observations sur ce point avant que la Cour d’appel détermine que le Conseil était autorisé à trancher le différend en se reportant à l’art. 44 de la *LNE*. Dans ce contexte, je conviens avec le juge Morden que la décision de la Cour d’appel de trancher l’affaire en se reportant à l’art. 44 de la *LNE* n’a causé aucun préjudice à l’employeur.

Ainsi, s’il avait été manifestement déraisonnable pour le Conseil de conclure que le grief est arbitrable parce qu’il est habilité à appliquer le par. 5(1) du *Code des droits de la personne* comme s’il

of the collective agreement, I do not believe that it would have been improper for the Court of Appeal to conclude that the grievance was arbitrable on the basis that the alleged misconduct constituted a violation of s. 44 of the *ESA*. Construing Ms. O'Brien's allegation that the decision to discharge her was "arbitrary, discriminatory, in bad faith and unfair" as sufficiently broad to encompass the allegation that she was discharged because she took maternity leave ensures that the "real complaint" is dealt with and that the matter that gave rise to the grievance is adequately addressed.

#### VI. Disposition

For the foregoing reasons, Ms. O'Brien's grievance is arbitrable. I would therefore dismiss the appeal with costs.

The reasons of Major and LeBel JJ. were delivered by

MAJOR J. (dissenting) — I respectfully disagree with the reasons of Iacobucci J.

Are all employment and human rights statutes incorporated into every collective bargaining agreement? Collective agreements occupy an important role in Canadian management-union relations. As both parties are experienced in various components of labour law including grievance procedures, the courts should reluctantly interfere and only when necessary. In this case, there were alternatives available to the parties. They, having chosen one, should not have had it usurped by the Court of Appeal on its own initiative. Because I believe that courts should assume that parties may set out the limits of their agreements absent express or implied legislative override, and because the parties should be bound by the form and substance of the grievance they chose, I would allow the appeal.

I agree with Iacobucci J.'s characterization of the factual background of this appeal. However, a brief

faisait partie de la convention collective, je ne crois pas qu'il aurait été incorrect pour la Cour d'appel de conclure que le grief était arbitrable parce que le manquement allégué constituait une violation de l'art. 44 de la *LNE*. Conclure que l'allégation de M<sup>me</sup> O'Brien que la décision de la congédier était « arbitraire, discriminatoire, injuste et entachée de mauvaise foi » est suffisamment générale pour comprendre l'allégation qu'elle a été congédiée parce qu'elle a pris un congé de maternité permet d'assurer que le « grief véritable » soit tranché et que la question à l'origine du grief soit adéquatement réglée.

#### VI. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, le grief de M<sup>me</sup> O'Brien est arbitrable. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Major et LeBel rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — Je ne peux en toute déférence souscrire aux motifs du juge Iacobucci.

L'ensemble des lois ayant trait à l'emploi et aux droits de la personne sont-elles incorporées dans chaque convention collective? Les conventions collectives occupent une place importante dans les relations patronales-syndicales au Canada. Les deux parties possédant de l'expérience dans diverses branches du droit du travail, dont les procédures de règlement des griefs, les tribunaux ne devraient intervenir qu'en cas de nécessité. En l'espèce, des solutions de rechange s'offraient aux parties. Celles-ci ayant arrêté leur choix, la Cour d'appel n'aurait pas dû l'écartier de son propre chef. Puisque les tribunaux se doivent, à mon avis, de présumer que les parties peuvent circonscrire le périmètre de leurs ententes en l'absence de disposition législative dérogatoire expresse ou implicite et qu'il convient qu'elles soient liées, dans la forme et le fond, par le grief qu'elles ont déposé, j'accueillerais le pourvoi.

Je suis d'accord avec la façon dont le juge Iacobucci qualifie les faits en l'espèce. Toutefois, un

72

73

74

75

review of some of the procedural history may help put these reasons in context.

### I. Procedural Background

76

In June 1998, Joanne O'Brien, a "counsellor/casual field worker" who had probationary employment status, was dismissed by the Parry Sound Social Services Administration Board. She grieved, making a generalized claim of discrimination under a collective bargaining agreement between Parry Sound and her Union, the Ontario Public Service Employees Union, Local 324 ("OPSEU"). Parry Sound argued that O'Brien was not entitled to arbitration because the collective agreement explicitly did not cover the dismissal of probationary employees. It also claimed that O'Brien, who had never mentioned the *Employment Standards Act*, R.S.O. 1990, c. E.14, in her grievance, had not met the procedural requirements set out by Article 8.06(a) of the collective agreement, which required her to state "the section or sections of the Agreement which are alleged to have been violated". Since s. 64.5(1) of that Act specifies that it is to be treated as part of the collective agreement, Parry Sound argued that the Act should have been raised. The Union replied that the grievance's broad reference to discrimination sufficed, since O'Brien was not relying upon any explicit section of the collective agreement, but was rather relying upon an implicit incorporation of the *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19.

77

In February 1999, a board of arbitrators ruled that it was entitled to consider whether O'Brien had been a victim of discrimination under the *Human Rights Code*. In January 2000, the Ontario Superior Court of Justice (Divisional Court) granted Parry Sound's application for judicial review, ruling that since the agreement did not cover the dismissal of probationary employees, the board of arbitrators had no jurisdiction to arbitrate the dispute. The Union appealed to the Ontario Court of Appeal.

survol de l'historique des procédures mettra les présents motifs en perspective.

### I. Historique des procédures judiciaires

En juin 1998, Joanne O'Brien, « conseillère/travailleuse occasionnelle sur le terrain » ayant un statut d'employée à l'essai, est congédiée par le Conseil d'administration des services sociaux de Parry Sound. Elle dépose un grief, alléguant en termes généraux qu'elle a été victime de discrimination, en vertu d'une convention collective entre le conseil de Parry Sound et le syndicat auquel elle appartient, le Syndicat des employés et employées de la fonction publique de l'Ontario, section locale 324 (« SEEFPO »). Le conseil de Parry Sound fait valoir que M<sup>me</sup> O'Brien n'a pas droit à l'arbitrage parce que, de façon explicite, la convention collective ne couvre pas le congédiement des employés à l'essai. Il soutient également que M<sup>me</sup> O'Brien, qui n'a jamais mentionné la *Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1990, ch. E.14, dans son grief, n'a pas respecté les exigences procédurales énoncées à l'al. 8.06a) de la convention collective, qui lui prescrit d'invoquer [TRADUCTION] « les articles de la convention qui auraient été violés ». Puisque le par. 64.5(1) de la Loi précise qu'elle doit s'appliquer comme si elle faisait partie de la convention collective, le conseil de Parry Sound prétend qu'on aurait dû invoquer la Loi. Le syndicat réplique que le renvoi général à la discrimination dans le grief suffit, car M<sup>me</sup> O'Brien ne s'appuie pas sur un article précis de la convention collective, mais plutôt sur l'incorporation implicite du *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19.

En février 1999, un conseil d'arbitrage conclut qu'il est habilité à examiner la question de savoir si M<sup>me</sup> O'Brien a été victime de discrimination au regard du *Code des droits de la personne*. En janvier 2000, la Cour supérieure de justice de l'Ontario (Cour divisionnaire) accueille la demande de contrôle judiciaire du conseil de Parry Sound, statuant que, puisque la convention ne couvre pas le congédiement des employés à l'essai, le conseil d'arbitrage n'a pas compétence sur le différend. Le syndicat interjette appel devant la Cour d'appel de l'Ontario.



Several months after the hearing, and years after the Union had first brought the grievance on its chosen grounds, the Court of Appeal, *sua sponte*, sought submissions from the parties on a new issue: the applicability of the *Employment Standards Act*. In June 2001, the Court of Appeal held, on the basis of this novel argument, that the board of arbitration had jurisdiction over the grievance. In *obiter dicta*, it also hinted that it believed that the arbitrator may have also had jurisdiction through an implied incorporation of the *Human Rights Code*.

## II. Issues

Two issues arise in this dispute. Is the *Human Rights Code* incorporated by implication into all collective agreements entered into under the Ontario *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A? Was it proper for the Court of Appeal, *sua sponte*, to ignore the procedural requirements negotiated by the parties and raise the *Employment Standards Act* argument? I disagree with Iacobucci J.'s reasons, and would answer both questions in the negative.

His reasons conclude that the *Human Rights Code* is implicitly incorporated into all collective agreements. I respectfully disagree. Unless the legislature passes legislation incorporating the substance of its statutes into collective agreements, it is to be assumed that unions and employers may define which employees and disputes are covered by a collective agreement and therefore have access to binding arbitration, as long as the agreement does not conflict with statute or public policy. Absent legislative action, courts should not on their own initiative interfere with the terms of a collective agreement.

Iacobucci J.'s reasons also conclude that the *Employment Standards Act* may be applied against Parry Sound years after the initial grievance, the process of which had been negotiated and agreed to by the parties, because Parry Sound would suffer no prejudice. I respectfully disagree. Where the parties have negotiated procedural guarantees relating

Plusieurs mois après l'audience et des années après que le syndicat a initialement déposé le grief pour les motifs qu'il a définis, la Cour d'appel demande d'office aux parties de lui présenter des observations sur une nouvelle question : l'applicabilité de la *Loi sur les normes d'emploi*. En juin 2001, la Cour d'appel conclut, sur la base de ce nouvel argument, que le conseil d'arbitrage a compétence sur le grief. Dans des remarques incidentes, la cour tend à penser que la compétence de l'arbitre peut aussi trouver son assise dans l'incorporation implicite du *Code des droits de la personne*.

## II. Questions en litige

Deux questions se posent dans le présent litige. Le *Code des droits de la personne* est-il incorporé implicitement dans toutes les conventions collectives conclues sous le régime de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* de l'Ontario, L.O. 1995, ch. 1, ann. A? Convenait-il que la Cour d'appel, de son propre chef, fasse abstraction des exigences procédurales négociées par les parties et fonde une argumentation sur la *Loi sur les normes d'emploi*? Ne souscrivant pas aux motifs du juge Iacobucci, je répondrais aux deux questions par la négative.

Le juge Iacobucci conclut que le *Code des droits de la personne* est implicitement incorporé dans toutes les conventions collectives. Je ne partage pas cette conclusion. À moins que le législateur n'adopte une législation incorporant la substance de ses lois dans les conventions collectives, on doit présumer que syndicats et employeurs peuvent déterminer quels employés et différends sont couverts par la convention collective et ont donc accès à l'arbitrage obligatoire, dans la mesure où la convention n'entre pas en conflit avec une loi ou l'intérêt public. À défaut d'intervention législative, les tribunaux ne devraient pas, de leur propre initiative, modifier les termes d'une convention collective.

Le juge Iacobucci conclut également que la *Loi sur les normes d'emploi* peut s'appliquer au conseil de Parry Sound des années après le dépôt du grief initial, dont la procédure avait été négociée et convenue par les parties, parce que le conseil de Parry Sound n'en subirait aucun préjudice. Je ne puis souscrire à cette conclusion. Lorsque les parties

78

79

80

81

to the timeliness, form and specificity of grievances, courts should not interfere. OPSEU is a sophisticated party, and should be bound by its decision not to pursue an *Employment Standards Act* claim.

82 O'Brien is not without a remedy. She may use the mechanisms carefully set out by the legislature to vindicate her human rights, and may bring her claim before the Human Rights Commission. This appeal is not one about public policy and human rights. It is about discerning the intent of the parties and the legislature on the appropriate forum for vindicating those rights.

### III. Standard of Review

83 I agree with Iacobucci J.'s treatment of the standard of review: on the question of whether the *Human Rights Code* is incorporated into each labour agreement, the arbitrator must be correct. But if the arbitrator is correct on this issue, then his overall decision is subject to reversal only if it is patently unreasonable.

#### IV. Is the *Human Rights Code* Incorporated Into All Collective Agreements?

##### A. *Intention of the Parties*

84 Some disputes between an employer and an employee are not subject to arbitration; the *Labour Relations Act, 1995*, s. 48(1), states that all differences between the parties in the interpretation of a collective agreement are to be arbitrated, "including any question as to whether a matter is arbitrable". It is permissible for a bargaining agreement simply to not cover certain decisions on matters such as worker training or pensions, or to restrict the scope of the working conditions applicable to some employees, such as temporary workers. An arbitrator would be obligated to conclude that such a dispute is not arbitrable.

ont négocié des garanties procédurales relativement aux délais, à la forme et au caractère spécifique des griefs, les tribunaux devraient s'abstenir d'intervenir. Le SEEFPO est une partie avisée, qui devrait être liée par sa décision de ne pas présenter de plainte en vertu de la *Loi sur les normes d'emploi*.

M<sup>me</sup> O'Brien n'est pas sans recours. Elle peut faire appel aux mécanismes soigneusement conçus par le législateur pour assurer la défense de ses droits de la personne et elle peut porter plainte devant la Commission des droits de la personne. Le présent pourvoi ne met pas en cause des considérations touchant l'intérêt public et les droits de la personne. Il concerne la recherche de l'intention des parties et du législateur quant au forum où il convient de faire valoir ces droits.

### III. Norme de contrôle

Je suis d'accord avec la façon dont le juge Iacobucci traite de la norme de contrôle : sur la question de savoir si le *Code des droits de la personne* est incorporé dans chaque convention collective, la décision de l'arbitre doit être correcte. Mais s'il a correctement jugé sur ce point, l'ensemble de sa décision ne peut alors être infirmé que si elle est manifestement déraisonnable.

#### IV. Le *Code des droits de la personne* est-il incorporé dans toutes les conventions collectives?

##### A. *L'intention des parties*

Certains différends entre employeur et employé ne peuvent être soumis à l'arbitrage; selon le par. 48(1) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, tous les différends entre les parties que soulève l'interprétation d'une convention collective doivent être soumis à l'arbitrage, « y compris la question de savoir s'il y a matière à arbitrage ». Une convention collective peut ne pas viser certaines décisions concernant des questions telles la formation ou les pensions, ou restreindre la portée des conditions de travail applicables à certains employés, tels les travailleurs temporaires. L'arbitre serait forcé de conclure qu'un différend de ce type n'est pas arbitrable.

In the present appeal, the collective agreement does not extend to the grievances of probationary employees over discharge. As with all employees, the rights of probationary employees are determined by the collective agreement. One of the provisions of that agreement states that the right to grieve does not extend to probationary employees grieving discharge during the probationary period. Article 8.06(a) of the collective agreement states:

Notwithstanding anything in this Agreement, a probationary employee may be discharged at the sole discretion of and for any reason satisfactory to the Employer and such action by the Employer is not subject to the grievance and arbitration procedures and does not constitute a difference between the parties.

This language, “difference between the parties”, is a reference to the language in s. 48(1) of the *Labour Relations Act, 1995*, specifying that differences between the parties are to be arbitrated. The intention of the parties is clear: Parry Sound and OPSEU explicitly chose not to bring the discharge of probationary employees under the grievance procedures in their collective agreement. The contract is silent as to other rights the employee or the Union might invoke in order to challenge or remedy a discharge.

#### B. *Intention of the Legislature*

Does the *Human Rights Code* give probationary employees grievance rights under the collective agreement despite the intention of the parties not to cover them? The heart of the answer to this issue lies in the correct interpretation of the short judgment in *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517.

Iacobucci J. states that *McLeod, supra*, stands for the proposition that all employment-related statutes, including the *Human Rights Code*, are implicitly incorporated into every collective bargaining agreement, and that s. 48(12)(j) of the *Labour Relations Act, 1995* codified this common law understanding. Although I agree that the structure and language of s. 48(12)(j) suggest no legislative intent to alter the common law rule from

En l’espèce, la convention collective ne couvre pas les griefs des employés à l’essai qui contestent leur congédiement. Comme pour tous les employés, les droits des employés à l’essai sont définis par la convention collective. L’une de ses dispositions prévoit que le droit de grief n’est pas reconnu aux employés à l’essai qui se plaignent d’avoir été congédiés pendant la période d’essai. L’alinéa 8.06a) de la convention collective dispose :

[TRADUCTION] Malgré toute disposition de la présente convention, l’employeur peut, à son entière discrétion, congédier un employé à l’essai pour tout motif qu’il juge acceptable et une telle mesure ne peut faire l’objet d’un grief ni être soumise à l’arbitrage et ne constitue pas un différend entre les parties.

Les termes « différend entre les parties » renvoient au libellé du par. 48(1) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, lequel précise que les différends entre les parties doivent être soumis à l’arbitrage. L’intention des parties est claire : le conseil de Parry Sound et le SEEFPO ont explicitement choisi de ne pas prévoir dans leur convention collective que le congédiement des employés à l’essai pouvait être soumis à l’arbitrage. Le contrat est muet quant aux autres droits que l’employé ou le syndicat pourrait invoquer pour contester un congédiement ou y remédier.

#### B. *L’intention du législateur*

Le *Code des droits de la personne* accorde-t-il aux employés à l’essai des droits de grief en vertu de la convention collective malgré l’intention des parties de ne pas couvrir cette catégorie d’employés? Le nœud de la réponse à cette question réside dans l’interprétation juste du bref jugement rendu dans *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517.

Le juge Iacobucci dit que, selon *McLeod*, précité, toutes les lois ayant trait à l’emploi, y compris le *Code des droits de la personne*, sont implicitement incorporées dans chaque convention collective et que l’al. 48(12)(j) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* a codifié cette interprétation tirée de la common law. Je conviens que la structure et le libellé de l’al. 48(12)(j) ne traduisent aucune intention du législateur de modifier la règle de common

*McLeod*, I take a different view as to what that rule is.

88

*McLeod* involved a conflict between an earlier version of the *Employment Standards Act* and a collective agreement (*Employment Standards Act, 1968*, S.O. 1968, c. 35). The earlier Act required that an employee consent to overtime hours, but the collective agreement in *McLeod* gave the company the sole authority over operations generally, including the right to “schedule its operations or to extend, limit, curtail or reschedule its operations when in its sole discretion it may deem it advisable to do so” (p. 521). This Court held, at p. 523:

Any provision of an agreement which purported to give to an employer an unqualified right to require working hours in excess of those [overtime] limits would be illegal, and the provisions . . . of the collective agreement, which provided that certain management rights should remain vested in the Company, could not . . . enable the Company to require overtime work in excess of those limits.

89

Iacobucci J. derives from this case the proposition that “[a]s a practical matter, this means that the substantive rights and obligations of employment-related statutes are implicit in each collective agreement over which an arbitrator has jurisdiction” (para. 28). He later states that “a conflict between the collective agreement and an employment-related statute is not a condition precedent of the power to bring that statute into practical operation” (para. 44), and concludes, therefore, that all statutory protections are arbitrable under any collective agreement, even if the agreement purports not to cover the dispute in question.

90

I come to a different conclusion. In *McLeod*, the employer was relying upon the explicit language of the collective agreement, which gave it the sole discretion to set overtime hours. This discretion was in clear and direct opposition to the *Employment Standards Act* of the time. The *McLeod* proposition is more limited than suggested: *McLeod* concludes only that a union and an

law énoncée dans *McLeod*, mais mon opinion diffère quant à la substance de cette règle.

L’affaire *McLeod* portait sur un conflit entre une version antérieure de la *Loi sur les normes d’emploi* et une convention collective (*Employment Standards Act, 1968*, S.O. 1968, ch. 35). La loi antérieure exigeait que l’employé consente à faire des heures supplémentaires, mais la convention collective en cause dans *McLeod* donnait à la compagnie le pouvoir exclusif de gérer les opérations générales, notamment le droit « d’établir un calendrier des opérations, de les étendre, de les limiter, de les diminuer ou d’en refaire le calendrier lorsque, à sa seule discrétion, il lui apparaît raisonnable de le faire » (p. 521). La Cour a conclu, à la p. 523 :

Toute disposition d’une convention qui prétendrait donner à l’employeur un droit non restreint d’exiger de ses employés du travail au-delà de cette durée serait illégale, et les dispositions [. . .] de la convention collective, qui prévoit que certains droits de la gestion demeurent du ressort de la compagnie, ne peuvent pas [. . .] habiliter celle-ci à demander qu’ils travaillent au-delà de cette durée maximum.

Le juge Iacobucci en dégage la proposition qu’« [e]n pratique, cela signifie que les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur l’emploi sont contenus implicitement dans chaque convention collective à l’égard de laquelle l’arbitre a compétence » (par. 28). Il dit plus loin qu’« une incompatibilité entre la convention collective et une loi sur l’emploi n’est pas une condition préalable à l’exercice du pouvoir permettant de mettre la loi en application » (par. 44) et conclut que toutes les protections prévues par la loi sont donc arbitrables en vertu de la convention collective, même si celle-ci ne vise pas le différend en cause.

J’arrive à une conclusion différente. Dans l’affaire *McLeod*, l’employeur se fondait sur le libellé explicite de la convention collective, qui lui donnait entière discrétion pour fixer les heures supplémentaires. Cette discrétion était en contradiction claire et directe avec la *Loi sur les normes d’emploi* de l’époque. La proposition qui se dégage de cet arrêt est plus limitée qu’il n’y paraît. On y

employer are restricted from making an agreement contrary to law. This rule is no more than a modern application of a long-standing rule of the common law of contracts: courts will not enforce contracts that are illegal or against public policy. See *Bank of Toronto v. Perkins* (1883), 8 S.C.R. 603, in which the Court refused to enforce a secured loan made in contravention of the *Banking Act*. Labour contracts are not exempt from this rule.

Iacobucci J.'s reasons too broadly apply *McLeod* to the facts of this case. In *McLeod*, there was a broad management rights clause that was held to be in violation of employee statutory rights granted by the *Employment Standards Act*. Iacobucci J.'s reasons conclude that “[j]ust as the collective agreement in *McLeod* could not extend to the employer the right to require overtime in excess of 48 hours, the collective agreement in the current appeal cannot extend to the appellant the right to discharge an employee for discriminatory reasons” (para. 32).

But here, the appellant does not point to Article 5.01, which purports to give management the power to discharge probationary employees for any reason. It points to Article 8.06(a), stating that such discharges are not covered by the agreement at all, that they are not “differences” as defined by the *Labour Relations Act, 1995*, and implying that they are therefore inarbitrable.

This distinction is crucial. Under *McLeod*, the parties attempted to explicitly “contract around” the protections conferred by statute, which is clearly impermissible. Here, the parties simply chose not to come to agreement on certain kinds of disagreements, explicitly choosing to remove the arbitrator’s jurisdiction. The common law rule that parties may not contract in contravention of public policy does not require parties to agree to arbitrate violations of statutory rights.

Under this more restrained reading of *McLeod*, *supra*, explicit statutory directions override conflicting provisions of collective agreements, but they

conclut uniquement que le syndicat et l’employeur ne peuvent négocier une convention contraire à la loi. Cette règle n’est que l’application moderne d’une ancienne règle de common law en matière contractuelle : les tribunaux ne forceront pas l’exécution de contrats illégaux ou contraires à l’intérêt public. Voir *Bank of Toronto c. Perkins* (1883), 8 R.C.S. 603, où la Cour a refusé d’ordonner l’exécution d’un prêt garanti consenti en contravention de la *Loi des banques*. Les contrats de travail n’échappent pas à cette règle.

Le juge Iacobucci applique trop largement l’arrêt *McLeod* aux faits de l’espèce. Dans *McLeod*, une clause générale sur les droits de gestion a été jugée contraire aux droits reconnus aux employés par la *Loi sur les normes d’emploi*. Le juge Iacobucci conclut que « [t]out comme la convention collective dans *McLeod* ne pouvait pas accorder à l’employeur le droit d’exiger des heures supplémentaires au-delà de 48 heures, la convention collective en l’espèce ne peut pas conférer à l’appelant le droit de renvoyer un employé pour des motifs discriminatoires » (par. 32).

Mais, ici, l’appelant n’invoque pas l’art. 5.01, qui accorde à la direction le pouvoir de congédier des employés à l’essai pour tout motif. Il invoque l’al. 8.06a), affirmant que les congédiements de ce type ne sont aucunement visés par la convention, qu’ils ne constituent pas un « différend » au sens de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* et qu’ils ne sont donc pas arbitrables.

Cette distinction est cruciale. Dans *McLeod*, les parties avaient tenté de contourner explicitement les protections conférées par la loi, ce qui est clairement inadmissible. En l’espèce, les parties ont simplement décidé de ne pas conclure d’entente sur certains types de désaccords, choisissant explicitement de les soustraire à la compétence de l’arbitre. La règle de common law voulant que les parties ne puissent pas par convention aller à l’encontre de l’intérêt public n’exige pas qu’elles s’entendent pour soumettre à l’arbitrage les violations des droits conférés par la loi.

Selon cette interprétation plus restreinte de *McLeod*, précité, les directives législatives explicites l’emportent sur les dispositions contraires des

91

92

93

94

do not affect the parties' ability to define the limits of their agreement. Parties remain free to exclude certain classes of employees, such as probationary, part-time, or temporary employees, from some of the provisions of the agreement, just as they remain free to exclude certain kinds of disputes from the jurisdiction of the arbitrator. They do this by limiting the scope of the grievance procedure on some matters or acknowledging that a party retains the right to make a unilateral final decision on certain questions.

95

Although these labour agreements are entered into under the collective bargaining framework established by the *Labour Relations Act, 1995*, they are essentially private contracts of significant public importance. The decision to inject legislative protections into these private contracts is a serious one, though clearly one within the powers of a legislature. A court should not lightly infer such intent. When the Ontario legislature wishes to insert such protections directly into collective bargaining agreements, it knows how to do so explicitly and clearly. For example, s. 64.5(1) of the *Employment Standards Act* reads:

If an employer enters into a collective agreement, the Act is enforceable against the employer with respect to the following matters as if it were part of the collective agreement:

1. A contravention of or failure to comply with the Act that occurs when the collective agreement is in force.

There is no equivalent provision in the *Human Rights Code*.

96

Iacobucci J.'s reasons state that the legislature must have intended that s. 48(12)(j) grant arbitrators jurisdiction over claims based on statutory protections. But I believe that this provision, coming as it does at the end of a long list of uncontroversial arbitrator's powers (the power to compel document production, the power to fix dates for hearings, the power to summon witnesses, the power to administer oaths, the power to accept oral or written evidence, etc.), does no more than confirm the rule

conventions collectives, mais elles n'affectent pas la capacité des parties de définir les contours de leur entente. Les parties demeurent libres d'exclure certaines catégories d'employés, tels les employés à l'essai, à temps partiel ou temporaires, de certaines dispositions de la convention, tout comme elles conservent la faculté d'exclure certains types de différends de la compétence de l'arbitre. À cette fin, elles peuvent limiter la portée de la procédure de règlement des griefs pour certaines questions ou reconnaître qu'une partie conserve le droit de prendre unilatéralement une décision finale sur certaines questions.

Bien que ces conventions de travail soient conclues dans le cadre de la négociation collective établi par la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, il s'agit essentiellement de contrats privés d'une grande importance pour le public. La décision d'y insérer des protections législatives est une décision sérieuse, bien qu'elle fasse clairement partie des prérogatives du législateur. Les tribunaux ne devraient pas modifier cette intention à la légère. Lorsque le législateur ontarien souhaite agir de la sorte, il sait comment le faire explicitement et clairement. Par exemple, le par. 64.5(1) de la *Loi sur les normes d'emploi* dispose :

Si un employeur conclut une convention collective, la Loi s'applique à l'employeur à l'égard des questions suivantes comme si elle faisait partie de la convention collective :

1. Une contravention à la Loi, ou l'inobservation de celle-ci, qui est commise pendant que la convention collective est en vigueur.

Il n'existe pas de disposition équivalente dans le *Code des droits de la personne*.

Le juge Iacobucci dit dans ses motifs que le législateur doit avoir voulu que l'al. 48(12)(j) confère aux arbitres compétence pour statuer sur des plaintes fondées sur les protections législatives. Mais, à mon sens, cette disposition, à la fin d'une longue liste de pouvoirs arbitraux incontestés (par exemple, le pouvoir d'ordonner la production de documents, celui de fixer des dates d'audience, d'assigner des témoins, de faire prêter serment, de recevoir des témoignages oraux ou écrits, etc.), ne fait que

from *McLeod*. Arbitrators may not enforce any contract that violates public policy by “contracting around” the protections of statute. To read into this innocuous provision the extraordinary power to take jurisdiction of any claim based on statute, despite the plain wishes of the parties to the contract, is a subversion of the legislative intent. If the legislature wished to thus expand the power of arbitrators, it surely would have signalled its intent more clearly.

It is not for the court but rather the legislature to decide that particular statutory protections are so important that they must be injected into every collective agreement. Iacobucci J.’s rather expansive holding stands upon an extension of a 30-year-old case and an inexplicable notion of public policy. It does not respect the intention of the parties and the legislature, and is inconsistent with the court leaving to the legislature the duty of implementing what I take to be new policy.

A more focussed reading of *McLeod*, *supra*, serves the public interest. It allows employers and unions to craft the mutually beneficial agreements most appropriate to their circumstances, subject to explicit legislative direction. In this appeal, it gives Parry Sound the flexibility to hire probationary employees, allowing it to reserve the full panoply of employment benefits and guarantees for employees who have demonstrated their value.

Human rights abuses will not go unchecked. Aggrieved employees will have available the same mechanisms for enforcing their human rights as any other member of society: they may file a complaint before the Human Rights Commission, as the employer urged and as the legislature intended.

Collective agreements reflect the outcome of a sometimes difficult process of negotiation. The content of the agreement may reflect the acknowledged

confirmer la règle énoncée dans *McLeod*. Les arbitres ne peuvent forcer l’application d’un contrat qui viole l’intérêt public en contournant les protections prévues par la loi. Interpréter cette disposition inoffensive comme si elle conférait le pouvoir extraordinaire de s’attribuer compétence sur toute plainte fondée sur une loi, malgré le désir manifeste des parties au contrat, est une subversion de l’intention du législateur. Si celui-ci souhaitait élargir ainsi le pouvoir des arbitres, il aurait sûrement indiqué son intention plus clairement.

Il n’appartient pas à la cour mais plutôt au législateur de décider que des protections législatives particulières revêtent une importance telle qu’elles doivent être insérées dans chaque convention collective. La conclusion très large du juge Iacobucci repose sur une extension de la portée d’une affaire vieille de 30 ans et sur une conception inexplicable de l’intérêt public. Elle ne respecte pas l’intention des parties et du législateur et elle est incompatible avec la règle voulant que la cour laisse au législateur la charge de mettre en œuvre ce qui me semble constituer une nouvelle politique.

Une lecture plus restrictive de *McLeod*, précité, sert l’intérêt public. Elle permet aux employeurs et aux syndicats d’élaborer les ententes mutuellement avantageuses particulièrement adaptées à leur situation, sous réserve d’une directive législative explicite. Dans le présent pourvoi, une telle interprétation donne au conseil de Parry Sound la souplesse nécessaire pour embaucher des employés à l’essai, l’habilitant à réserver la gamme complète des avantages et des protections aux employés qui ont démontré leur valeur.

Cela ne signifie pas que les abus en matière de droits de la personne resteront impunis. Pour défendre leurs droits, les employés lésés disposeront des mêmes mécanismes que tout autre membre de la société : ils peuvent déposer une plainte devant la Commission des droits de la personne, comme le recommande l’employeur et comme l’a voulu le législateur.

Les conventions collectives sont l’aboutissement d’un processus de négociation parfois ardu. Le contenu de la convention peut refléter la reconnaissance

97

98

99

100

ment of the union that it should not be called upon to deal with matters it is not equipped to deal with or that might cause conflicts within its membership. Where remedies are available elsewhere, the silence of the agreement may reflect the wishes of the union that those remedies be used in preference to the remedies available under the agreement. Silence in the agreement does not indicate a denial of a right or its remedies. On the other hand, overloading the grievance and arbitration procedure with issues the parties neither intended nor contemplated channeling there, may make labour arbitration anything but expeditious and cost-effective. The present case speaks for itself in this respect.

101 O'Brien's dismissal is not arbitrable because her Union and her employer agreed not to cover the dismissal of probationary employees in their collective agreement, and the legislature did not intend to require that they do so. She must seek the vindication of her rights before the Human Rights Commission, as would any employee not covered by a collective agreement.

V. The Tardy *Employment Standards Act* Argument

102 As Iacobucci J. notes, there is little question that had OPSEU, Local 324, brought a claim in the original instance under ss. 44 and 64.5(1) of the *Employment Standards Act*, the claim would have been arbitrable. However, Article 8.06(a) of the collective agreement clearly required the Union to state "the section or sections of the Agreement which are alleged to have been violated". OPSEU should therefore have raised s. 44 of the *Employment Standards Act*, barring employment discrimination on the basis of "pregnancy leave", which the legislature has explicitly incorporated into all collective agreements via s. 64.5(1). This OPSEU chose not to do. Even if the failure to raise the *Employment Standards Act* might have been curable or seen as a simple procedural defect, the Union would at the very least have had the obligation to raise the matter at the arbitration stage.

du syndicat qu'il ne devrait pas être appelé à s'occuper de questions pour lesquelles il est mal outillé ou qui peuvent créer des conflits entre ses membres. Lorsqu'il existe ailleurs des recours, le silence de la convention peut traduire le souhait du syndicat de voir ces recours utilisés de préférence à ceux prévus dans la convention. Le silence de la convention ne signifie pas la privation d'un droit ou d'un recours. Par ailleurs, l'arbitrage des conflits de travail risque de ne pas être rapide ni rentable si la procédure de règlement des griefs et d'arbitrage se trouve surchargée de questions que les parties n'entendent pas aborder par cette voie. La présente affaire parle d'elle-même à cet égard.

Le congédiement de M<sup>me</sup> O'Brien n'est pas matière à arbitrage parce que le syndicat et l'employeur ont convenu de ne pas inclure dans la convention collective le congédiement des employés à l'essai, et le législateur n'entendait pas exiger qu'ils le fassent. Elle doit défendre ses droits devant la Commission des droits de la personne, comme tout employé non visé par une convention collective.

V. L'argument tardif fondé sur la *Loi sur les normes d'emploi*

Comme le souligne le juge Iacobucci, il ne fait pas de doute que, si la section locale 324 du SEEFPO avait initialement déposé une plainte en vertu de l'art. 44 et du par. 64.5(1) de la *Loi sur les normes d'emploi*, cette plainte aurait été arbitrable. Toutefois, l'alinéa 8.06a) de la convention collective exige clairement du syndicat qu'il invoque [TRADUCTION] « les articles de la convention qui auraient été violés ». Le SEEFPO aurait donc dû invoquer l'art. 44 de la *Loi sur les normes d'emploi*, qui interdit la discrimination dans l'emploi fondée sur le « congé de maternité » et que le législateur a explicitement incorporé dans toutes les conventions collectives via le par. 64.5(1). Or, le SEEFPO a choisi de ne pas le faire. On aurait peut-être pu remédier à l'omission d'invoquer la *Loi sur les normes d'emploi* ou la considérer comme un simple vice de procédure, mais le syndicat aurait au moins été tenu de soulever la question à l'étape de l'arbitrage.



The Union chose not to raise the *Employment Standards Act* claim at four different stages:

- (i) when it grieved in June 1998,
- (ii) at arbitration in February 1999,
- (iii) at its first appeal before the Ontario Superior Court of Justice (Divisional Court) in January 2000, and
- (iv) at its second appeal before the Ontario Court of Appeal.

This clearly was a decision by the Union not to raise the *Employment Standards Act*. This decision rests with the Union and the employee. In the Court of Appeal, the employer should have been entitled to rely on this decision of the Union. In spite of the Union decision, the Court of Appeal raised the issue *sua sponte* months after the hearing, sought briefing, and decided the case based upon grounds never advanced in the grievance.

OPSEU and Parry Sound, both sophisticated entities, negotiated an agreement calling for certain procedural formalities — among them, that any grievance identify with specificity the section of the collective agreement alleged to have been violated. Furthermore, the *Employment Standards Act* makes clear that it is the union and not the individual who is to control the course of a grievance under the Act.

Section 64.5(2) reads:

An employee to whom a collective agreement applies . . . is not entitled to file or maintain a complaint under the Act.

Section 64.5(4) reads:

An employee to whom a collective agreement applies . . . is bound by a decision of the trade union with respect to the enforcement of the Act under the collective agreement, including a decision not to seek the enforcement of the Act.

The Union and O'Brien should be bound by the specific claims they made and the manner in which

À quatre étapes différentes, le syndicat a choisi de ne pas invoquer la violation de la *Loi sur les normes d'emploi* :

- (i) au dépôt du grief en juin 1998,
- (ii) à l'arbitrage en février 1999,
- (iii) à son premier appel devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario (Cour divisionnaire) en janvier 2000, et
- (iv) à son second appel devant la Cour d'appel de l'Ontario.

Il s'agissait donc bel et bien d'une décision du syndicat de ne pas invoquer la *Loi sur les normes d'emploi*. Cette décision appartient au syndicat et à l'employé. Devant la Cour d'appel, l'employeur aurait dû pouvoir se fonder sur cette décision du syndicat. Malgré la décision du syndicat, la Cour d'appel a soulevé la question de son propre chef plusieurs mois après l'audience, a demandé des exposés à ce sujet et a tranché l'affaire sur la base de moyens qui n'avaient jamais été avancés dans le grief.

Le SEEFPO et le conseil de Parry Sound, deux entités averties, ont négocié une convention établissant certaines formalités procédurales — dont l'exigence que tout grief énonce avec précision l'article de la convention collective qui aurait été violé. De plus, la *Loi sur les normes d'emploi* dit clairement que c'est au syndicat et non au membre individuel qu'appartient la conduite d'une procédure de règlement des griefs en vertu de la Loi.

Texte du paragraphe 64.5(2) :

L'employé à qui une convention collective s'applique [. . .] n'a pas le droit de déposer ni de maintenir une plainte en vertu de la Loi.

Texte du paragraphe 64.5(4) :

L'employé à qui une convention collective s'applique [. . .] est lié par une décision prise par le syndicat relativement à l'application de la Loi en vertu de la convention, y compris une décision de ne pas tenter d'appliquer la Loi.

Le syndicat et M<sup>me</sup> O'Brien devraient être liés par les plaintes spécifiques qu'ils ont déposées et

103

104

105

106

107

they presented them. The Court of Appeal erred in raising this issue, not chosen by the parties.

VI. Conclusion

108 O'Brien's *Human Rights Code* claim is not the subject of the agreement between her employer and her Union, and is therefore not arbitrable. To vindicate these rights, she must proceed before the Human Rights Commission.

109 I would allow the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs, MAJOR and LEBEL JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Ontario Public Service Employees Union, North York.*

*Solicitor for the intervener: Ontario Human Rights Commission, Toronto.*

par la manière dont ils l'ont fait. La Cour d'appel a commis une erreur en soulevant cette question, que les parties avaient décidé de ne pas invoquer.

VI. Conclusion

La plainte de M<sup>me</sup> O'Brien fondée sur le *Code des droits de la personne* ne fait pas l'objet de la convention entre son employeur et son syndicat. Elle n'est donc pas arbitrable. Pour défendre ces droits, elle doit s'adresser à la Commission des droits de la personne.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges MAJOR et LEBEL sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Procureur de l'intimé : Syndicat des employées et employés de la fonction publique de l'Ontario, North York.*

*Procureur de l'intervenante : Commission ontarienne des droits de la personne, Toronto.*