



**R. A. P. Q.**

# Mémoire du RAPQ

**Loi concernant le régime de négociation des  
conventions collectives et de règlements des différends  
dans le secteur municipal (Projet de Loi no. 110)**

**Mémoire du Regroupement des Associations de Pompiers du Québec  
présenté devant la Commission parlementaire  
de l'aménagement du territoire dans le cadre de consultations publiques  
sur le Projet de Loi no. 110**

**Le 12 août 2016**

## **MÉMOIRE DU RAPQ**

### **Loi concernant le régime de négociation des conventions collectives et de règlements des différends dans le secteur municipal**

#### **SECTION I- PRÉSENTATION DU REGROUPEMENT DES ASSOCIATIONS DE POMPIERS DU QUÉBEC ET INTRODUCTION (RAPQ)**

Le RAPQ remercie la Commission de l'aménagement du territoire de lui permettre de présenter et défendre ses positions en regard du projet de Loi no. 110, *Loi concernant le régime de négociation des conventions collectives et de règlements des différends dans le secteur municipal*.

Le RAPQ est formé d'associations de pompiers accréditées selon le Code du travail. Celles-ci représentent les pompiers œuvrant auprès des plus grandes villes du Québec, soient la Ville de Montréal, la Ville de Québec, la Ville de Laval, la Ville de Gatineau, la Ville de Longueuil ainsi que la Ville de Terrebonne. Il représente environ 3 600 pompiers, presque exclusivement permanents, protégeant une population de 3,5 millions de citoyens, soit près de 45% de la population québécoise.

Notre regroupement se donne comme mission première d'être un lieu d'échange de toute problématique ayant trait au métier de pompier, que ce soit en matière de santé et sécurité au travail, y incluant la prévention, ou encore de tout sujet touchant les conditions de travail des membres que nous représentons.

Notre mémoire se veut un document de travail que nous croyons résolument réaliste et constructif bien qu'il constitue une sévère critique du projet de Loi 110, particulièrement en ce qui a trait aux dispositions applicables aux pompiers et policiers.

Le RAPQ est fermement convaincu que la réforme du processus d'arbitrage chez les pompiers et les policiers contenu dans le projet de Loi no. 110, n'est que le reflet de pressions politiques exercées par certains maires dans le cadre du renouvellement du pacte fiscal.

Nous tenterons de vous démontrer que l'intervention du législateur dans ce mécanisme d'arbitrage, déjà fermement encadré par le *Code du travail du Québec* (L.R.Q. chapitre c-27) et par une abondante jurisprudence, n'est nullement requise. En effet, l'actuel système d'arbitrage chez les pompiers et les policiers a atteint une maturité lui conférant un degré d'efficacité qui n'est décrié

que par certains élus municipaux, résolument contre toute forme d'arbitrage de différend.

## SECTION II

### A- EXPOSÉ GÉNÉRAL

L'article 105 du Code du travail interdit toute grève aux policiers et aux pompiers à l'emploi d'une municipalité ou d'une régie intermunicipale. Cette interdiction de grève n'est pas nouvelle : l'article 93 du *Code du travail* adopté en 1964 était au même effet. En fait, les policiers et les pompiers n'ont plus droit de grève depuis l'adoption de la *Loi des différends entre les services publics et les salariés* de 1944.

En contrepartie de cette interdiction de grève, le Code du travail prévoit une procédure de règlement des différends énoncée aux articles 94 à 99.11 du Code du travail actuel qui comprend une médiation facultative et un arbitrage obligatoire des différends par un arbitre choisi par les parties ou à défaut par le Ministre du travail.

En janvier 2015, la Cour suprême du Canada a décidé que le droit de grève est protégé par la liberté d'association énoncée à l'article 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et à l'article 3 de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*.

- Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan, 2015 CSC 4 (Onglet #1)

Dans cet arrêt, la Cour suprême reconnaît cependant que le législateur peut limiter le droit de grève pourvu que ce droit soit remplacé par « l'un ou l'autre des mécanismes véritables de règlement des différends couramment employés en relations de travail »<sup>1</sup>.

Quelques années auparavant, la Cour suprême avait eu à se prononcer sur la validité constitutionnelle d'un mode de nomination d'arbitres de différends dans le secteur public en Ontario où le droit de grève avait été retiré aux employés. Elle y avait alors énoncé des critères permettant de déterminer si les moyens choisis par la législature ontarienne étaient adéquats pour remplacer la grève et le lock-out. Cette décision de la Cour suprême est applicable en droit du travail québécois.

- SCFP c. Ontario (Ministre du travail), 2003 1 RCS 539 (Onglet #2)

---

<sup>1</sup> Onglet #1, paragraphe 25

La première condition énoncée par la Cour est de s'assurer que les parties doivent raisonnablement percevoir que le système mis en place est neutre et crédible, ce qui implique notamment que les personnes choisies pour trancher les différends soient des personnes compétentes en raison de leur impartialité, mais aussi de leur expertise et de leur acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail.<sup>2</sup>

Elle ajoute qu'il faut que le processus soit établi de manière à éviter que l'une ou l'autre partie perçoive raisonnablement que le mécanisme serait une tentative de contrôler le processus de négociation<sup>3</sup>. La Cour suprême appuie l'idée que « l'arbitrage en matière de relations du travail en tant que mécanisme de règlement des différends repose traditionnellement et fonctionnellement sur le consentement » et elle cite avec approbation une partie du mémoire d'une intervenante, la National Academy of Arbitrators (Canadian region) où cette intervenante avait fait valoir que l'arbitrage qui est ou qui est perçu comme étant politique plutôt que rigoureusement quasi-judiciaire n'est plus un arbitrage. La National Academy of Arbitrators avait ajouté ceci avec l'approbation de la Cour suprême<sup>4</sup>:

« Si l'arbitre est l'agent de l'une ou l'autre partie ou du gouvernement ou s'il est perçu comme tel, ou encore s'il est désigné pour servir les intérêts de l'une ou l'autre partie ou du gouvernement, le système s'aliène la confiance des parties qui est essentielle à la paix et à la stabilité des relations du travail... l'absence de confiance dans l'arbitrage entraînerait des conflits de travail et l'interruption des services, lesquels représentent le problème même que l'arbitrage impartial des différends vise à prévenir ». (paragraphe 109)

(Nos soulignements)

Puis, la Cour suprême énonce quatre (4) qualités essentielles à un système d'arbitrage: l'impartialité des décideurs, l'indépendance du système, l'expertise et l'acceptabilité générale dans le milieu du travail.<sup>5</sup>

Pour le RAPQ, le mécanisme d'arbitrage obligatoire des différends prévu au Code du travail du Québec depuis plus de cinquante (50) ans, satisfait aux quatre (4) qualités énoncées par la Cour suprême.

Cependant, le projet de Loi 110 propose d'abroger ces dispositions du *Code du travail* (art. 52) et de remplacer l'arbitrage actuel par un nouveau mécanisme qui ne respecterait pas les quatre (4) qualités précédemment explicitées: ce nouveau mécanisme donne l'impression que le gouvernement veut, au bénéfice

<sup>2</sup> Onglet #2, paragraphe 49

<sup>3</sup> Onglet #2, paragraphe 92

<sup>4</sup> Onglet #2, paragraphe 109

<sup>5</sup> Onglet #2, paragraphes 110 et 111

des employeurs municipaux, contrôler le processus de nomination des futurs décideurs. Le projet de Loi 110 contient plusieurs éléments qui suggèrent la mise en place d'une procédure de règlement des différends qui ne pourra avoir la confiance des parties.

Le RAPQ énonce sommairement les raisons qui lui font craindre une perte de confiance des associations de pompiers envers ce mécanisme s'il était adopté.

## **B- LA GENÈSE DU PROJET DE LOI 110**

Le projet de Loi 110 a été présenté à la population en tant qu'élément d'un pacte fiscal avec les municipalités dont certaines, parmi les plus importantes, réclamaient des modifications au régime de négociation.

### **- Onglet #3 : Revue sommaire de presse**

Cependant, malgré des récriminations publiques de certains élus municipaux, les membres du RAPQ cherchent en vain une étude rigoureuse récente qui aurait pu démontrer le caractère inadéquat du système mis en place au fil des ans dans le *Code du travail*. Cette étude rigoureuse aurait-elle pu faire état de vicissitudes à corriger? Cependant, tel n'est pas le cas. Une telle étude rigoureuse n'existe pas.

Au contraire, le RAPQ rappelle que le gouvernement du Québec, par le Ministère de la sécurité publique, direction de la prévention et de l'organisation policière, avait mis sur pied un comité pour examiner l'arbitrage de différend chez les policiers et les pompiers. Des travaux se sont tenus du 29 juin 2012 au 19 septembre 2013. Ce comité était formé de représentants du gouvernement, de représentants des associations de policiers et de pompiers ainsi que des représentants des employeurs municipaux. Ce comité a suggéré des modifications pour lesquelles les parties concernées se sont dites d'accord. En aucun temps, le système d'arbitrage tel qu'il existe n'a été condamné ni même il n'a été suggéré des modifications au mode de nomination des arbitres.

### **- Onglet #4 : Compte rendu du Comité de travail sur l'arbitrage de différend chez les policiers et les pompiers du 19 septembre 2013**

C'est le seul effort gouvernemental récent sur ces questions. Le dernier groupe de travail qui avait examiné ces questions a été le Comité Boivin qui a déposé son rapport en 1995. Le RAPQ rappelle que de 1980 à 1995, quatre (4) comités nommés par le gouvernement ont déposé autant de rapports : le Rapport Larouche en 1980, le Rapport du Comité Lemieux en 1989, le Rapport du Comité Gabrièle en 1992 et le Rapport Boivin en 1995.

Ces quatre (4) comités ont, aux époques pertinentes, analysé les facettes du régime de négociation des conditions de travail pour les policiers et les pompiers et ont suggéré des modifications qui ont été prises en compte par le législateur. Le RAPQ déplore cependant que le gouvernement n'ait pas cherché à analyser la situation qui prévaut réellement en 2016 afin d'aller au-delà des habituelles critiques de certains élus municipaux.

### **C- UN MÉCANISME ÉTABLI PAR UNE LOI PARTICULIÈRE AU SECTEUR MUNICIPAL**

Puis, le projet de Loi 110 propose l'adoption d'une loi particulière au secteur municipal qui régirait partiellement les relations de travail dans ce secteur, soit le seul aspect de la négociation et de l'arbitrage de différend, les autres dispositions du Code du travail continuant de s'appliquer.

L'adoption d'une loi pour un secteur d'activité particulier peut se justifier en certaines circonstances, mais ce n'est pas le cas en l'espèce. Depuis plus de cinquante (50) ans, le régime de règlement des différends pour les policiers et les pompiers occupe une section particulière du *Code du travail*. Ce régime s'inscrit dans un tout où il est prévu trois (3) types d'arbitrage de différend : l'arbitrage conventionnel, l'arbitrage de première convention collective et l'arbitrage pour les policiers et les pompiers.

En établissant ainsi un régime dans une loi distincte, il s'en dégage une stigmatisation des employés municipaux qui va exactement dans le sens souhaité par certains élus municipaux comme si l'établissement des conditions de travail dans ce secteur avaient toujours été problématiques, ce qui n'est pas le cas, et comme si les élus municipaux qui se sont succédés au fil des ans n'avaient pas été en mesure d'établir des conditions de travail justes et équitables, ce qui n'a nullement été démontré ni dans le passé ni présentement.

De plus, ce projet de loi contribuerait, s'il était adopté, à une fragmentation des mesures législatives concernant les policiers et les pompiers notamment, leurs droits apparaissant tantôt partiellement dans le *Code du travail*, tantôt maintenant partiellement dans la loi instituant le Tribunal administratif du travail, tantôt partiellement dans cette future loi particulière, ce qui n'est guère souhaitable pour la clarté.

Par ailleurs, le RAPQ se demande pourquoi le gouvernement choisit de demander à l'Assemblée nationale d'adopter une telle loi particulière puisqu'une large part du contenu du projet de Loi 110 est à toutes fins utiles un copier-coller des dispositions actuelles du *Code du travail*. En effet, le projet de Loi 110 comprend quarante (40) articles qui concernent les policiers et les pompiers,

dont vingt-trois (23) sont à toutes fins utiles des copier/coller. Le RAPQ fait état des copier/coller suivants :

- Article 6 du projet de Loi 110 : 94 alinéa 2 du C.t.
- Article 7 du projet de Loi 110 : 96 du C.t.
- Article 8 du projet de Loi 110 : 96 du C.t.
- Article 12 du projet de Loi 110 : 99.9 du C.t.
- Article 13 du projet de Loi 110 : 99.9 du C.t.
- Article 14 du projet de Loi 110 : 99.4 alinéa 1 du C.t.
- Article 15 du projet de Loi 110 : 99.3 du C.t.
- Article 16 du projet de Loi 110 : 99.6 du C.t.
- Article 18 du projet de Loi 110 : 81 du C.t.
- Article 19 du projet de Loi 110 : 82 du C.t.
- Article 20 du projet de Loi 110 : 83 du C.t.
- Article 21 du projet de Loi 110 : 84 du C.t.
- Article 22 du projet de Loi 110 : 85 du C.t.
- Article 23 du projet de Loi 110 : 86 du C.t.
- Article 24 du projet de Loi 110 : 87 du C.t.
- Article 25 du projet de Loi 110 : 88 du C.t.
- Article 27 du projet de Loi 110 : 91 du C.t.
- Article 29 du projet de Loi 110 : 99.3 du C.t.
- Article 31 du projet de Loi 110 : 99.9 du C.t.
- Article 32 du projet de Loi 110 : 91.1 du C.t.
- Article 33 du projet de Loi 110 : 93 du C.t.
- Article 34 du projet de Loi 110 : 99.10 du C.t.

- Article 37 du projet de Loi 110 : 139 du C.t.

Sur les dix-sept (17) dispositions qui restent, il faut écarter l'article 2 qui est simplement une définition du secteur municipal, l'article 3 qui est simplement l'énoncé de l'application de la section 2 aux policiers et aux pompiers, l'article 52 qui prévoit l'abrogation des dispositions du *Code du travail* et l'article 53 qui constitue une mesure de concordance dans la *Loi sur l'organisation territoriale municipale*.

Puis, les treize (13) autres dispositions de ce projet de loi auraient pu facilement être intégrées au *Code du travail* actuel :

- Article 1 : Objet et principes (commenté plus bas)
- Articles 4 et 5 : Médiation (commentés plus bas)
- Articles 9, 10 et 11 : Conseil de règlement des différends (commentés plus bas)
- Article 17 : Critères (commenté plus bas)
- Article 26 : Une simple mesure de remplacement des membres du Conseil
- Article 28 : Prévoir un délai de six (6) mois pour rendre une décision (commenté plus bas)
- Article 30 : Durée d'au moins cinq (5) ans de la décision rendue par le Conseil (commenté plus bas)
- Article 35 : Frais et honoraires des décideurs
- Article 36 : Immunité relative des décideurs
- Article 51 : Convention collective d'une durée d'au moins cinq (5) ans (commenté plus bas)

Ce survol des dispositions du projet de loi démontre l'inutilité d'une loi spécifique. L'adoption d'une loi spécifique au secteur municipal plutôt que de procéder à des

modifications au *Code du travail* comme cela s'est fait dans le passé, tend à démontrer une volonté de mainmise du gouvernement sur le processus de désignation des futurs décideurs dans un but essentiellement politique.

En effet, l'adoption d'une telle loi particulière attirerait forcément l'attention sur les employés de ce secteur alors qu'aux yeux de la population, qui n'est pas toujours à même de savoir dans quelle mesure ce projet de loi n'est qu'un copier/coller de plusieurs dispositions actuelles, ou contient des dispositions qui auraient pu normalement être intégrées au *Code du travail*, discréditerait des employés de ce secteur en portant une attention démesurée sur les règles de droits et l'institution de mécanismes présentés comme étant entièrement nouveaux alors qu'en réalité, il existe déjà de tels mécanismes dans des formes et des fonctionnements qui ne sont pas en réalité si éloignés de la réalité.

#### **D- UN NOUVEAU TRIBUNAL**

Le projet de Loi no. 110 propose la création du « Conseil de règlement des différends ». Le projet de loi constituerait donc un nouveau tribunal. Ce faisant, le gouvernement irait à l'encontre de la tendance visant le regroupement des tribunaux comme ce fut le cas par l'institution du Tribunal administratif du travail qui a récemment regroupé la Commission des relations du travail et la Commission des lésions professionnelles. Ce fut le cas aussi dans les années précédentes où le législateur a regroupé sous l'ancienne CRT devenue le TAT le Conseil des services essentiels, la Commission de la construction et la Commission de reconnaissance des associations d'artistes.

De plus, le RAPQ constate qu'il n'a été faite aucune étude ou analyse qui aurait précédé à cette création d'un nouveau tribunal. De fait, pour le RAPQ, si une analyse des dernières décisions rendues par les arbitres de différend avait été effectuée, elle aurait démontré que ces derniers avaient rendu des décisions qui ont été saluées par certaines parties patronales.

- Article du Journal le Soleil du 22 octobre 2014 (**Onglet #5**)

L'institution d'un nouveau tribunal en l'espèce semble davantage une opération politique visant notamment à satisfaire aux récriminations de certains élus

municipaux, récriminations qui ont parfois été largement diffusées, mais dont les fondements réels n'ont pas été démontrés. D'ailleurs, lors des échanges qui ont eu lieu concernant l'adoption du dernier pacte fiscal, il en est ressorti que le ministre cherchait un moyen afin de donner satisfaction à certains maires.

- Extraits d'articles de journaux (Onglet #6)

L'institution d'un nouveau tribunal pourrait être justifiée en certaines circonstances mais en l'espèce, elle invite plutôt les parties à déduire une volonté politique du gouvernement de contrôler la désignation des futurs membres de ce tribunal essentiellement pour satisfaire à certains élus, ce qui amène les membres du RAPQ à percevoir que ce nouveau Conseil serait l'agent de l'une partie au détriment de l'autre étant désigné pour servir les intérêts de cette première partie.

### **E- UNE NOUVELLE LISTE DE DÉCIDEURS**

L'article 99 du *Code du travail* prévoit que si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur la désignation d'un arbitre de différend, le ministre en désigne un « à partir d'une liste dressée par le ministre spécifiquement aux fins de l'arbitrage de différend visé à la présente section ». De fait, sur le site du Ministère du travail, il est possible de consulter cette liste dont la dernière a été signée par Madame la ministre Dominique Vien le 17 mai 2016. Cette liste comporte dix-neuf (19) noms dont cinq (5) ont été ajoutés en 2016.

Le projet de Loi 110 propose de faire table rase de cette liste et de procéder à la confection d'une nouvelle liste de personnes qui seraient dites aptes à occuper un poste au sein du nouveau conseil. Pourquoi ne pas prendre les mêmes personnes qui ont déjà été reconnues par le Ministère du travail pour agir à titre d'arbitre de différend? Cette création d'une nouvelle liste serait-elle issue d'une suspicion entretenue par certains maires envers certains arbitres sans raison ni réelle ni apparente? En l'absence d'un examen critique des personnes qui sont sur cette liste qui aurait pu démontrer le caractère partial de certains, le RAPQ aurait pu comprendre pourquoi le gouvernement aurait choisi cette voie. Mais tel n'est pas le cas.

Le seul fait de vouloir ainsi faire table rase d'une liste établie avec sérieux et de les remplacer par une liste qui serait confectionnée avec des critères analysés plus bas est susceptible d'entraîner de la méfiance envers le processus que cherche à mettre en place le gouvernement.

## **F- LA CONFECTION DE CETTE NOUVELLE LISTE**

Le choix des futurs membres serait le résultat d'un nouveau processus qui laisse perplexe les membres du RAPQ et qui est de nature à entretenir la méfiance envers ce processus.

### **i) Le comité de sélection**

Le projet de Loi 110 propose que les trois (3) membres qui formeraient un conseil de règlement des différends soient choisis parmi les personnes reconnues aptes à être nommées à ce titre par décision du gouvernement.

Le projet de Loi 110 ne propose aucune consultation, ni des parties ni du Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre pour l'élaboration de cette liste.

Ce comité de sélection serait formé et agirait « selon les conditions que le gouvernement détermine » (art. 11 alinéa 2), sans autre précision.

### **ii) Une expertise collective**

Le projet de Loi 110 innoverait en prévoyant que les personnes qui agiraient à titre de membres d'un conseil devraient posséder une expérience collective. Il y est suggéré que « les membres choisis doivent, ensemble, posséder une expérience reconnue dans tous les domaines de compétence prévus au 4<sup>e</sup> alinéa, c'est-à-dire en relations de travail ou dans le domaine municipal ou économique (art. 11 alinéas 1 et 4). (nos soulignements)

Pour le RAPQ, cette expertise collective ne rencontre pas les critères énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt SCFP (Onglet #2) qui est une expertise et une acceptabilité générale dans le milieu du travail. Pour bien comprendre le point de vue du RAPQ, il faut également prendre en compte que le projet de Loi 110 instituerait un tribunal à trois (3) membres dont les décisions seraient prises à la majorité. (Voir art. 25) Or, il pourrait arriver qu'un tribunal puisse être formé de deux (2) personnes qui n'auraient pas d'expertise particulière en relations de travail mais des expertises relatives au secteur municipal et une expertise au secteur économique. Par hypothèse, il pourrait donc arriver que ces deux (2) membres non qualifiés en relations de travail rendent des décisions majoritaires.

### iii) Un engagement exorbitant

Le projet de Loi 110 propose que les personnes qui seraient déclarées aptes à agir à titre de « membres » devraient s'engager par écrit à ne pas agir comme arbitre de grief relativement à l'interprétation ou à l'application d'une décision rendue conformément au présent chapitre (art. 2 alinéa 3, paragraphe 2). (nos soulignements)

Conséquemment, les arbitres de différend qui accepteraient d'être sur cette nouvelle liste devraient s'engager à ne jamais agir à titre d'arbitre de grief dès lors qu'il s'agirait d'une décision rendue par le nouveau conseil sans égard au fait que cet arbitre aurait siégé ou non sur ce conseil.

Un tel engagement paraît au RAPQ exorbitant car il est de nature à éloigner les arbitres professionnels qui gagnent leur vie davantage avec l'arbitrage de grief qu'avec l'arbitrage de différend. Cet engagement exorbitant n'a pas sa raison d'être si ce n'est pour éloigner davantage la possibilité de choisir des personnes qui, de manière professionnelle, font de l'arbitrage. En effet, cette exigence pourrait paraître lourde de conséquence pour ces personnes qui choisiraient donc de ne pas même tenter d'être reconnues par le Comité de sélection.

#### iv) La durée du mandat

Le projet de Loi 110, à l'article 11, 5<sup>e</sup> alinéa, prévoit que la reconnaissance par le gouvernement des personnes pour être aptes à agir sur le nouveau tribunal serait valide « pour une période de cinq (5) ans »; puis à l'article 30, le même projet de loi suggère que le conseil rende des décisions liant les parties pour une durée déterminée d'au moins cinq (5) ans.

Ce lien entre la durée maximale de la reconnaissance de l'aptitude d'une personne à agir à titre de membre du nouveau conseil et la durée des décisions qu'elle serait appelée à rendre n'est pas anodine. Ce lien ouvre la porte à cette perception d'absence d'indépendance institutionnelle du nouveau tribunal puisqu'il est à craindre que les décideurs qui auraient rendu une décision déplaisant à certains employeurs municipaux verraient leur reconnaissance non renouvelée. Il s'ensuit que les personnes déclarées aptes à agir sur ce nouveau tribunal auraient constamment à agir dans la crainte du non renouvellement de leur reconnaissance. Cette incertitude assurerait potentiellement aux employeurs municipaux que les personnes qui auraient pu rendre des décisions non appréciées par des élus municipaux ne pourraient conséquemment contredire ces mêmes élus plus d'une fois.

Théoriquement bien sûr, ce reproche formulé par le RAPQ pourrait aussi valoir pour des pressions de la part de la partie syndicale. Cependant, la genèse du projet de Loi 110, les récriminations publiques des maires, l'engagement public du ministre des affaires municipales et le respect traditionnel des arbitres par les instances syndicales sont autant d'éléments qui démontrent que ce projet de loi est essentiellement destiné à satisfaire à certains élus municipaux dont le fondement de la grogne n'est aucunement démontré.

Ces quelques éléments concernant le processus de sélection font naître une perception d'un manquement à l'indépendance institutionnelle de ce nouveau conseil.

## **G- L'APPLICATION DE LA LOI SOUS LA RESPONSABILITÉ DU MINISTRE DES AFFAIRES MUNICIPALES**

L'article 58 du projet de Loi 110 énonce que l'application de cette loi particulière de relations de travail serait confiée au ministre des affaires municipales plutôt qu'au ministre du travail comme le sont généralement les lois de relations du travail. Le projet de Loi 110 prévoit certes des responsabilités au ministre responsable de l'application du Code du travail : c'est le cas à l'article 5 quant à la désignation d'un médiateur; c'est le cas dans la prolongation de la période de médiation d'au plus trente (30) jours prévu à l'article 6; c'est le cas aussi pour la désignation d'un médiateur pour les mécontentes autres qu'un différend ou un grief prévu à l'article 34 et c'est le cas quant à la réception des rapports du médiateur. Cependant, lorsqu'arrive la section cruciale du passage de la médiation à la désignation d'un conseil de règlement des différends, c'est le ministre des affaires municipales qui en aurait la tâche (voir articles 9, 10, 13).

Or, la mission fondamentale du Ministère des affaires municipales des régions et de l'occupation du territoire est, selon l'article 7 de la *Loi sur le ministère des affaires municipales des régions et de l'occupation du territoire, chap. M-22.1*, de veiller à la bonne administration du système municipal dans l'intérêt des municipalités et de leurs citoyens. Pour ce faire, le ministre s'assure que l'administration municipale gère sainement les deniers publics, aide et soutient les municipalités dans l'exercice de leurs fonctions. La mission du ministre des affaires municipales en est donc une de relation directe entre le ministre des affaires municipales et les élus, employeurs en l'espèce. La détermination de ce que constitue l'intérêt de la municipalité et l'intérêt de la population constituera toujours en une forme d'appréciation politique à géométrie variable. Il y a donc ici un conflit d'intérêts au sens large entre la mission du ministre des affaires municipales et la mission du ministre responsable des relations de travail. Il est à craindre qu'une mainmise du ministre des affaires municipales sur le processus même de désignation des membres du conseil projeté entraîne à tout le moins une perception de mainmise gouvernementale sur le processus.

La préoccupation des membres du RAPQ en regard de ce lien étroit entre le Ministre des affaires municipales des régions et de l'occupation du territoire et la

gestion de la loi quant au Conseil d'arbitrage est d'autant plus importante que le projet de Loi 110 énonce à l'article 1 l'objet de s'assurer des impératifs d'une gestion efficace et efficiente des ressources financières destinées à la prestation des services publics et quatre (4) principes dont celui d'imputabilité de l'institution municipale auprès des contribuables (premier principe) et la responsabilité de l'employeur de gérer ses effectifs et d'en contrôler le niveau de manière à combler ses besoins opérationnels (quatrième principe). Ces principes ne sont pas en soi condamnables mais il devient, pour dire le moins, suspect que le ministre responsable de l'application de la loi de négociation dans le secteur municipal soit confié à celui qui, d'un point de vue d'opportunité politique doit chercher à apprécier le caractère suffisant du respect des impératifs de cette gestion efficace des ressources financières. Qu'il s'agisse du même ministre qui suggérerait au gouvernement le nom des membres d'un conseil constitue une autre faiblesse envers l'obligation d'indépendance institutionnelle de ce conseil.

## **H- DES CRITÈRES IMPOSÉS AUX ARBITRES**

L'article 99.5 du *Code du travail* actuel explicite déjà une liste de critères que doivent respecter les arbitres de différend. D'ailleurs, les sentences arbitrales rendues dans les dernières années démontrent que les arbitres appliquent des critères semblables et aucune partie, ni patronale ni syndicale ne pourrait démontrer la partialité des arbitres.

### **- Extraits de sentences arbitrales (Onglet #7)**

Le projet de Loi 110 propose d'ajouter à l'article 17 un certain nombre d'autres critères. Pourtant, une analyse des sentences arbitrales des dernières années démontrent que ces critères, même s'ils ne sont pas formellement énoncés dans la loi, servent aux arbitres de différend qui rappellent dans plusieurs décisions leur souci de respecter les cadres financiers des villes.

Pour le RAPQ, il n'est ni souhaitable ni même utile d'énoncer formellement autant de critères et de surcroît dans une loi particulière plutôt que d'amender l'article 99.5 du *Code du travail* comme il avait été fait dans le passé. L'énoncé de tels critères renforcerait la perception d'une mainmise gouvernementale sur l'état d'esprit des membres du conseil projeté portant ainsi encore une fois

atteinte à l'indépendance institutionnelle de ce conseil qui doit être neutre, impartial, posséder une expertise et être capable d'évaluer, malgré les récriminations d'élus, malgré des commentaires publics qui pourraient être négatifs, ce qui, selon leur propre jugement, serait souhaitable à adopter comme position relativement aux conditions de travail d'employés municipaux.

Pour le RAPQ, il serait temps que les parties patronales dans le secteur municipal « décrochent » de leurs appréhensions passées, appréhensions qu'elles véhiculaient déjà dans les années 40. On ne peut prétendre en 2016 à l'effet de spirale inflationniste. De plus, les élus municipaux devraient cesser d'entretenir entre eux une sorte d'appréhension de l'arbitrage de différend prévu au *Code du travail*. Cette appréhension ne devrait plus avoir cours car au moins depuis le début des années 2000, plusieurs décisions arbitrales ont donné raison aux arguments des parties patronales et ont accepté comme fondement de leur décision le respect des cadres budgétaires plaidés par les villes. Ces appréhensions sont devenues obsolètes. Il semble cependant qu'il soit toujours politiquement rentable de critiquer les employés municipaux!

## I- CONCLUSIONS

Le RAPQ demande le retrait du projet de Loi 110 et suggère de procéder plutôt à des amendements au *Code du travail* le cas échéant.

En ce qui concerne le processus de médiation, le RAPQ estime que les dispositions actuelles du *Code du travail* sont plus efficaces que celles proposées dans le projet de Loi 110 et plus respectueuses de l'égalité juridique qui doit exister entre les parties patronales et syndicales. Il n'y aurait donc pas lieu de modifier le *Code du travail*. Le RAPQ rappelle également qu'une médiation obligatoire a déjà été tentée dans le passé mais que le législateur a choisi, après avoir reçu l'avis d'expert dans un ou l'autre des quatre (4) rapports précédemment mentionnés, de revenir à une médiation facultative.

En ce qui concerne l'institution d'un nouveau tribunal, le RAPQ estime que cela n'est pas nécessaire. Aucune démonstration, et certes pas de démonstration sérieuse, n'existe pour justifier la mise à l'écart du processus actuel d'arbitrage de différend. Cependant, si le gouvernement maintient sa position de créer un

nouveau tribunal, il n'existe non plus aucune raison sérieuse pour écarter les arbitres professionnels qui sont déjà reconnus par le ministère du travail. Le RAPQ demande donc d'éliminer les obstacles tels que le comité de sélection et l'engagement exorbitant qui serait demandé aux futurs décideurs quant à la possibilité d'agir comme arbitre de grief.

De plus, le RAPQ demande le maintien du mode de nomination des arbitres de différend tel que prévu aux articles 98 et 99 du *Code du travail*. Tout au plus, si des modifications s'avéraient nécessaires, nous croyons que le législateur devrait s'inspirer des consensus établis lors des discussions du comité sur l'arbitrage de différend chez les policiers et les pompiers. **(Onglet #4)**

# ONGLET 1

Saskatchewan Federation of Labour  
 (in its own right and on behalf  
 of the unions and workers in the  
 Province of Saskatchewan),  
 Amalgamated Transit Union, Local 588,  
 Canadian Office and Professional  
 Employees' Union, Local 397,  
 Canadian Union of Public Employees,  
 Locals 7 and 4828,  
 Communications, Energy and Paperworkers'  
 Union of Canada and its Locals,  
 Health Sciences Association of Saskatchewan,  
 International Alliance of Theatrical  
 Stage Employees, Moving Picture  
 Technicians, Artists and Allied Crafts of U.S.,  
 its Territories and Canada, Locals 295,  
 300 and 669, International Brotherhood  
 of Electrical Workers,  
 Locals 529, 2038 and 2067,  
 Saskatchewan Government and  
 General Employees' Union,  
 Saskatchewan Joint Board Retail,  
 Wholesale and Department Store Union,  
 Saskatchewan Provincial Building &  
 Construction Trades Council,  
 Teamsters, Local 395,  
 United Mine Workers of America, Local 7606,  
 United Steel, Paper and Forestry, Rubber,  
 Manufacturing, Energy, Allied Industrial  
 and Service Workers International Union  
 and its Locals, and  
 University of Regina Faculty  
 Association *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the  
 Province of Saskatchewan *Respondent*

and

Attorney General of Canada,  
 Attorney General of Ontario,  
 Attorney General of Quebec,  
 Attorney General of British Columbia,

Saskatchewan Federation of Labour  
 (pour son propre compte et au nom  
 des syndicats et travailleurs de la  
 province de la Saskatchewan),  
 Syndicat uni du transport, section locale 588,  
 Syndicat canadien des employés et employés  
 professionnels et de bureau, section locale 397,  
 Syndicat canadien de la fonction publique,  
 sections locales 7 et 4828,  
 Syndicat canadien des communications,  
 de l'énergie et du papier et ses sections locales,  
 Health Sciences Association of Saskatchewan,  
 Alliance internationale des employés de scène,  
 de théâtre et de cinéma des États-Unis,  
 de ses territoires et du Canada,  
 sections locales 295, 300 et 669,  
 Fraternité internationale des ouvriers  
 en électricité, sections locales 529,  
 2038 et 2067,  
 Saskatchewan Government and  
 General Employees' Union,  
 Saskatchewan Joint Board Retail,  
 Wholesale and Department Store Union,  
 Saskatchewan Provincial Building &  
 Construction Trades Council,  
 Teamsters, Local 395,  
 United Mine Workers of America, Local 7606,  
 Syndicat international des travailleurs unis  
 de la métallurgie, du papier et de la foresterie,  
 du caoutchouc, de la fabrication, de l'énergie,  
 des services et industries connexes  
 et ses sections locales, et University  
 of Regina Faculty Association *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province  
 de la Saskatchewan *Intimée*

et

Procureur général du Canada,  
 procureur général de l'Ontario,  
 procureur général du Québec,  
 procureur général de la Colombie-Britannique,

**Attorney General of Alberta,  
 Attorney General of Newfoundland  
 and Labrador, Saskatchewan Union  
 of Nurses, SEIU-West,  
 United Nurses of Alberta,  
 Alberta Federation of Labour,  
 Professional Institute of the  
 Public Service of Canada,  
 Canadian Constitution Foundation,  
 Air Canada Pilots' Association,  
 British Columbia Civil Liberties Association,  
 Conseil du patronat du Québec,  
 Canadian Employers Council,  
 Canadian Union of Postal Workers,  
 International Association of Machinists  
 and Aerospace Workers,  
 British Columbia Teachers' Federation,  
 Hospital Employees' Union,  
 Canadian Labour Congress,  
 Public Service Alliance of Canada,  
 Alberta Union of Provincial Employees,  
 Confédération des syndicats nationaux,  
 Regina Qu'Appelle Regional  
 Health Authority, Cypress Regional  
 Health Authority,  
 Five Hills Regional Health Authority,  
 Heartland Regional Health Authority,  
 Sunrise Regional Health Authority,  
 Prince Albert Parkland  
 Regional Health Authority,  
 Saskatoon Regional Health Authority,  
 National Union of Public  
 and General Employees,  
 Canada Post Corporation and  
 Air Canada *Intervenors***

**INDEXED AS: SASKATCHEWAN FEDERATION OF  
 LABOUR v. SASKATCHEWAN**

**2015 SCC 4**

File No.: 35423.

2014: May 16; 2015: January 30.

**procureur général de l'Alberta,  
 procureur général de Terre-Neuve-et-  
 Labrador, Saskatchewan Union  
 of Nurses, SEIU-West,  
 United Nurses of Alberta,  
 Alberta Federation of Labour,  
 Institut professionnel de la  
 fonction publique du Canada,  
 Canadian Constitution Foundation,  
 Association des pilotes d'Air Canada,  
 Association des libertés civiles  
 de la Colombie-Britannique,  
 Conseil du patronat du Québec,  
 Conseil canadien des employeurs,  
 Syndicat des travailleurs et  
 travailleuses des postes,  
 Association internationale des machinistes  
 et des travailleurs et travailleuses  
 de l'aérospatiale,  
 British Columbia Teachers' Federation,  
 Hospital Employees' Union,  
 Congrès du travail du Canada,  
 Alliance de la Fonction publique du Canada,  
 Alberta Union of Provincial Employees,  
 Confédération des syndicats nationaux,  
 Regina Qu'Appelle Regional  
 Health Authority,  
 Cypress Regional Health Authority,  
 Five Hills Regional Health Authority,  
 Heartland Regional Health Authority,  
 Sunrise Regional Health Authority,  
 Prince Albert Parkland  
 Regional Health Authority,  
 Saskatoon Regional Health Authority,  
 Syndicat national des employées  
 et employés généraux du secteur public,  
 Société canadienne des postes  
 et Air Canada *Intervenants***

**RÉPERTORIÉ : SASKATCHEWAN FEDERATION OF  
 LABOUR c. SASKATCHEWAN**

**2015 CSC 4**

N° du greffe : 35423.

2014 : 16 mai; 2015 : 30 janvier.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of Association — Right to strike — Public Service Employees — Stare decisis — Whether right to strike is protected by s. 2(d) of Charter — Whether prohibition on essential services employees participating in strike action amounts to substantial interference with meaningful process of collective bargaining and therefore violates s. 2(d) of Charter — If so, whether such violation is justified under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(d) — Public Service Essential Services Act, S.S. 2008, c. P-42.2.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Droit de grève — Salariés de l'État — Stare decisis — L'article 2d) de la Charte protège-t-il le droit de grève? — L'interdiction faite aux salariés qui assurent des services essentiels de prendre part à une grève entrave-t-elle substantiellement le droit à un processus véritable de négociation collective et contrevient-elle ainsi à l'art. 2d) de la Charte? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée par application de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d) — Public Service Essential Services Act, S.S. 2008, c. P-42.2.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Provincial legislation changing certification process and provisions dealing with communications by employers with employees — Whether legislation violates s. 2(d) of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(d) — Trade Union Amendment Act, 2008, S.S. 2008, c. 26.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Loi provinciale modifiant le processus d'accréditation, et dispositions portant sur les communications de l'employeur avec ses salariés — Les mesures législatives contreviennent-elles à l'art. 2d) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d) — Trade Union Amendment Act, 2008, S.S. 2008, c. 26.*

In December, 2007, the newly elected Government of Saskatchewan introduced two statutes: *The Public Service Essential Services Act*, S.S. 2008, c. P-42.2 (PSESA), and *The Trade Union Amendment Act, 2008*, S.S. 2008, c. 26, which became law in May, 2008. The PSESA is Saskatchewan's first statutory scheme to limit the ability of public sector employees who perform essential services to strike. It prohibits unilaterally designated "essential services employees" from participating in any strike action against their employer. These employees are required to continue the duties of their employment in accordance with the terms and conditions of the last collective bargaining agreement. No meaningful mechanism for resolving bargaining impasses is provided.

En décembre 2007, le gouvernement fraîchement élu de la Saskatchewan a déposé deux projets de loi, *The Public Service Essential Services Act*, S.S. 2008, c. P-42.2 (PSESA), et *The Trade Union Amendment Act, 2008*, S.S. 2008, c. 26, qui ont été adoptés en mai 2008. La PSESA est le premier régime législatif de la Saskatchewan à limiter l'exercice du droit de grève des salariés du secteur public qui assurent des services essentiels. Elle interdit unilatéralement aux « salariés [désignés] qui assurent des services essentiels » de prendre part à une grève. Ces salariés doivent continuer d'exercer leurs fonctions conformément aux conditions établies par la convention collective la plus récente. Nul mécanisme véritable n'est prévu pour dénouer l'impasse des négociations collectives.

*The Trade Union Amendment Act, 2008* changes the union certification process by increasing the required level of written support and reducing the period for receiving written support from employees. It also changes the provisions dealing with communications between employers and their employees.

*The Trade Union Amendment Act, 2008* modifie le processus de certification syndicale par l'accroissement du pourcentage d'appui requis de la part des salariés et par la réduction de la période d'obtention par écrit de cet appui. Elle modifie également les règles sur les communications de l'employeur avec ses salariés.

In July 2008, the Saskatchewan Federation of Labour and other unions challenged the constitutionality of both the PSESA and *The Trade Union Amendment Act, 2008*. The trial judge concluded that the right to strike

En juillet 2008, la Saskatchewan Federation of Labour et d'autres syndicats ont contesté la constitutionnalité de la PSESA et de la *Trade Union Amendment Act, 2008*. Le juge de première instance a conclu que le droit

was a fundamental freedom protected by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that the prohibition on the right to strike in the *PSESA* substantially interfered with the s. 2(d) rights of the affected public sector employees. He also found that the absolute ban on the right to strike in the *PSESA* was neither minimally impairing nor proportionate and therefore was not saved by s. 1 of the *Charter*. The declaration of invalidity was suspended for one year. On the other hand, the trial judge concluded that the changes to the certification process and permissible employer communications set out in *The Trade Union Amendment Act, 2008* did not breach s. 2(d).

The Saskatchewan Court of Appeal unanimously allowed the Government of Saskatchewan's appeal with respect to the constitutionality of the *PSESA*. The appeal against the finding that *The Trade Union Amendment Act, 2008* did not violate s. 2(d) of the *Charter* was dismissed.

*Held* (Rothstein and Wagner JJ. dissenting in part): The appeal with respect to the *PSESA* should be allowed. The prohibition against strikes in the *PSESA* substantially interferes with a meaningful process of collective bargaining and therefore violates s. 2(d) of the *Charter*. The infringement is not justified under s. 1. The declaration of invalidity is suspended for one year. The appeal with respect to *The Trade Union Amendment Act, 2008* is dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ.: The right to strike is an essential part of a meaningful collective bargaining process in our system of labour relations. The right to strike is not merely derivative of collective bargaining, it is an indispensable component of that right. Where good faith negotiations break down, the ability to engage in the collective withdrawal of services is a necessary component of the process through which workers can continue to participate meaningfully in the pursuit of their collective workplace goals. This crucial role in collective bargaining is why the right to strike is constitutionally protected by s. 2(d).

In *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, [2007] 2 S.C.R. 391, this Court recognized that the *Charter* values of “[h]uman dignity, equality, liberty, respect for the autonomy of the person and the enhancement of democracy” supported protecting the right to a meaningful process of

de grève est une liberté fondamentale protégée par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que l'interdiction de la grève par la *PSESA* entrave substantiellement l'exercice des droits que garantit l'al. 2d) aux salariés du secteur public en cause. Il a en outre estimé que l'interdiction totale de la grève par la *PSESA* ne porte pas atteinte le moins possible aux droits constitutionnels et que son effet n'est pas proportionné à son objectif, de sorte qu'elle n'est pas sauvegardée par application de l'article premier de la *Charte*. Le juge a suspendu l'effet de sa déclaration d'invalidité pendant un an. Il a par ailleurs conclu que les changements apportés par la *Trade Union Amendment Act, 2008* au processus d'accréditation et aux communications permises à l'employeur ne contreviennent pas à l'al. 2d).

La Cour d'appel de la Saskatchewan a accueilli à l'unanimité l'appel interjeté par le gouvernement de la Saskatchewan relativement à la constitutionnalité de la *PSESA*. Elle a rejeté l'appel de la décision selon laquelle la *Trade Union Amendment Act, 2008* ne contrevient pas à l'al. 2d) de la *Charte*.

*Arrêt* (les juges Rothstein et Wagner sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli relativement à la *PSESA*. L'interdiction de la grève par la *PSESA* entrave substantiellement le droit à un processus véritable de négociation collective et contrevient donc à l'al. 2d) de la *Charte*. L'atteinte n'est pas justifiée par application de l'article premier. L'effet de la déclaration d'invalidité est suspendu pendant un an. L'appel visant la *Trade Union Amendment Act, 2008* est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Cromwell et Karakatsanis : Dans notre régime de relations de travail, le droit de grève constitue un élément essentiel d'un processus véritable de négociation collective. Il n'est pas seulement dérivé du droit à la négociation collective, il en constitue une composante indispensable. Advenant la rupture de la négociation de bonne foi, la faculté de cesser collectivement le travail est une composante nécessaire du processus grâce auquel les travailleurs peuvent continuer de participer véritablement à la poursuite de leurs objectifs liés au travail. Le droit de grève jouit de la protection constitutionnelle en raison de sa fonction cruciale dans le cadre d'un processus véritable de négociation collective.

Dans l'arrêt *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391, la Cour reconnaît que les valeurs inhérentes à la *Charte* que sont « [l]a dignité humaine, l'égalité, la liberté, le respect de l'autonomie de la personne et la mise en valeur de la démocratie » confirment

collective bargaining within the scope of s. 2(d). The right to strike is essential to realizing these values through a collective bargaining process because it permits workers to withdraw their labour in concert when collective bargaining reaches an impasse. Through a strike, workers come together to participate directly in the process of determining their wages, working conditions and the rules that will govern their working lives. The ability to strike thereby allows workers, through collective action, to refuse to work under imposed terms and conditions. This collective action at the moment of impasse is an affirmation of the dignity and autonomy of employees in their working lives.

The right to strike also promotes equality in the bargaining process. This Court has long recognized the deep inequalities that structure the relationship between employers and employees, and the vulnerability of employees in this context. While strike activity itself does not guarantee that a labour dispute will be resolved in any particular manner, or that it will be resolved at all, it is the possibility of a strike which enables workers to negotiate their employment terms on a more equal footing.

In 1935, the *Wagner Act* was adopted in the United States, introducing a model of labour relations that came to inspire legislative schemes across Canada. This model was adopted in Canada because the federal and provincial governments recognized the fundamental need for workers to participate in the regulation of their work environment. One of the goals of the *Wagner* model was to reduce the frequency of strikes by ensuring a commitment to meaningful collective bargaining. The right to strike, however, is not a creature just of the *Wagner* model. Most labour relations models include it because the ability to collectively withdraw services for the purpose of negotiating the terms and conditions of employment — in other words, to strike — is an essential component of the process through which workers pursue collective workplace goals.

Canada's international human rights obligations also mandate protecting the right to strike as part of a meaningful process of collective bargaining. Canada is a party to international instruments which explicitly protect the right to strike. Besides these explicit commitments, other sources confirm the protection of a right to strike recognized in international law. And strikes are protected globally, existing in many of the countries with labour laws outside the *Wagner Act* model.

la protection du droit à un processus véritable de négociation collective dans les limites de l'al. 2d). Le droit de grève est essentiel à la réalisation de ces valeurs par voie de négociation collective, car il permet aux travailleurs de cesser le travail de manière concertée en cas d'impasse de cette négociation collective. En recourant à la grève, les travailleurs s'unissent pour participer directement au processus de détermination de leurs salaires, de leurs conditions de travail et des règles qui régiront leur vie professionnelle. Ainsi, le recours possible à la grève fait en sorte que les travailleurs peuvent, par leur action concertée, refuser de travailler aux conditions imposées par l'employeur. Cette action concertée à l'occasion d'une impasse se veut une affirmation de la dignité et de l'autonomie personnelle des salariés pendant leur vie professionnelle.

Le droit de grève favorise aussi l'égalité dans le processus de négociation. La Cour reconnaît depuis longtemps les inégalités marquées qui façonnent les relations entre employeurs et salariés, ainsi que la vulnérabilité des salariés dans ce contexte. La grève ne garantit pas en soi qu'un conflit de travail sera réglé d'une certaine manière, ni même du tout, mais elle permet aux travailleurs de négocier davantage sur un pied d'égalité relativement à leurs conditions de travail.

Adoptée aux États-Unis en 1935, la *Loi Wagner* a établi un modèle de relations de travail qui a inspiré les régimes législatifs partout au Canada. Les gouvernements fédéral et provinciaux ont adopté ce modèle parce qu'ils ont reconnu le besoin fondamental des travailleurs de participer à la réglementation de leur milieu de travail. Le modèle fondé sur la *Loi Wagner* visait entre autres à réduire le recours à la grève en veillant à ce que les parties se livrent à une véritable négociation collective. Or, il n'est pas le seul à reconnaître le droit de grève. La plupart des modèles de relations de travail le font parce que la faculté de cesser collectivement le travail aux fins de la négociation des conditions de travail — le droit de grève, en somme — constitue une composante essentielle de la poursuite d'objectifs liés au travail par les travailleurs.

Les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne commandent également la protection du droit de grève en tant qu'élément d'un processus véritable de négociation collective. Le Canada est partie à des instruments internationaux qui protègent expressément le droit de grève. Outre ces engagements expressement, d'autres sources confirment la protection du droit de grève que reconnaît le droit international. De nombreux pays dotés de lois du travail étrangères au modèle fondé sur la *Loi Wagner* protègent le droit de grève.

This historical, international, and jurisprudential landscape suggests compellingly that a meaningful process of collective bargaining requires the ability of employees to participate in the collective withdrawal of services for the purpose of pursuing the terms and conditions of their employment through a collective agreement. The ability to engage in the collective withdrawal of services in the process of the negotiation of a collective agreement is, and has historically been, the irreducible minimum of the freedom to associate in Canadian labour relations.

To determine whether there has been an infringement of s. 2(d) of the *Charter*, the test is whether the legislative interference with the right to strike in a particular case amounts to a substantial interference with a meaningful process of collective bargaining. The prohibition in the *PSESA* on designated employees participating in strike action for the purpose of negotiating the terms and conditions of their employment meets this threshold and therefore amounts to a violation of s. 2(d) of the *Charter*.

The breach of s. 2(d) of the *Charter* is not justified under s. 1. The maintenance of essential public services is self-evidently a pressing and substantial objective, but the determinative issue in this case is whether the means chosen by the government are minimally impairing, that is, carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary.

The fact that a service is provided exclusively through the public sector does not inevitably lead to the conclusion that it is properly considered “essential”. Under the *PSESA*, a public employer has the unilateral authority to dictate whether and how essential services will be maintained, including the authority to determine the classifications of employees who must continue to work during the work stoppage, the number and names of employees within each classification, and, for public employers other than the Government of Saskatchewan, the essential services that are to be maintained. Only the number of employees required to work is subject to review by the Saskatchewan Labour Relations Board. And even where an employee has been prohibited from participating in strike activity, the *PSESA* does not tailor his or her responsibilities to the performance of essential services alone. The provisions of the *PSESA* therefore go beyond what is reasonably required to ensure the uninterrupted delivery of essential services during a strike.

Il appert de ce tour d’horizon historique, international et jurisprudentiel qu’un processus véritable de négociation collective exige que les salariés puissent participer à un arrêt collectif du travail aux fins de la détermination de leurs conditions de travail par une convention collective. La faculté de cesser collectivement le travail pendant la négociation d’une convention collective constitue donc — et a toujours constitué — le minimum irréductible de la liberté d’association dans les relations de travail au Canada.

Pour savoir s’il y a atteinte à la liberté garantie par l’al. 2d) de la *Charte*, il faut déterminer si, dans un cas donné, la limitation législative du droit de grève entrave substantiellement le droit à un processus véritable de négociation collective. L’interdiction que fait la *PSESA* aux salariés désignés de prendre part à une grève aux fins de la négociation de leurs conditions de travail satisfait à cette condition, si bien qu’il y a atteinte à la liberté garantie par l’al. 2d) de la *Charte*.

L’atteinte à la liberté que garantit cet alinéa n’est pas justifiée par application de l’article premier. L’interruption des services publics essentiels constitue à l’évidence un objectif urgent et réel, mais la question décisive en l’espèce est celle de savoir si les moyens retenus par l’État portent atteinte le moins possible ou non aux droits constitutionnels en cause, c’est-à-dire s’ils sont ou non soigneusement adaptés de façon que l’atteinte aux droits n’aille pas au delà de ce qui est nécessaire.

Le fait qu’un service est offert uniquement par le secteur public ne mène pas inévitablement à la conclusion qu’il est à juste titre considéré comme « essentiel ». La *PSESA* confère à l’employeur public le pouvoir unilatéral de décider que des services essentiels seront assurés, ainsi que celui de déterminer la manière dont ils le seront, y compris les catégories de salariés qui continueront d’exercer leurs fonctions pendant l’arrêt de travail, le nombre et le nom des salariés de chacune des catégories et, dans le cas d’un employeur public autre que le gouvernement de la Saskatchewan, les services essentiels qui seront assurés. Seul le nombre de salariés qui demeureront au travail peut être révisé par la Saskatchewan Labour Relations Board. Même lorsqu’il est interdit à un salarié de prendre part à une grève, les dispositions de la *PSESA* ne limitent pas ses fonctions à la seule prestation des services essentiels. Elles vont au delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour assurer la prestation ininterrompue des services essentiels durant une grève.

Nor is there any access to a meaningful alternative mechanism for resolving bargaining impasses, such as arbitration. Where strike action is limited in a way that substantially interferes with a meaningful process of collective bargaining, it must be replaced by one of the meaningful dispute resolution mechanisms commonly used in labour relations. Those public sector employees who provide essential services have unique functions which may argue for a less disruptive mechanism when collective bargaining reaches an impasse, but they do not argue for no mechanism at all.

The unilateral authority of public employers to determine whether and how essential services are to be maintained during a work stoppage with no adequate review mechanism, and the absence of a meaningful dispute resolution mechanism to resolve bargaining impasses, justify the conclusion that the *PSESA* is not minimally impairing. It is therefore unconstitutional.

*The Trade Union Amendment Act, 2008*, on the other hand, does not violate s. 2(d). The changes it introduces to the process by which unions may obtain or lose the status of a bargaining representative, as well as the changes to the rules governing employer communication to employees, do not substantially interfere with freedom of association.

*Per* Rothstein and Wagner JJ. (dissenting in part): This Court should not intrude into the policy development role of elected legislators by constitutionalizing the right to strike under the freedom of association guarantee in s. 2(d) of the *Charter*. The statutory right to strike, along with other statutory protections for workers, reflects a complex balance struck by legislatures between the interests of employers, employees and the public. Providing for a constitutional right to strike not only upsets this delicate balance, but also restricts legislatures by denying them the flexibility needed to ensure the balance of interests can be maintained.

Democratically elected legislatures are responsible for determining the appropriate balance between competing economic and social interests in the area of labour relations. This Court has long recognized that it is the role of legislators and not judges to balance competing tensions in making policy decisions, particularly in the area

La *PSESA* ne prévoit pas non plus d'autre moyen véritable (tel l'arbitrage) de mettre fin à l'impasse des négociations. Lorsque le droit de grève est limité d'une manière qui entrave substantiellement le droit à un processus véritable de négociation collective, il doit être remplacé par l'un ou l'autre des mécanismes véritables de règlement des différends qui sont couramment employés en relations de travail. Les salariés du secteur public qui assurent des services essentiels exercent des fonctions dont le caractère unique est susceptible de militer en faveur d'un mécanisme moins perturbateur que la grève lorsque la négociation collective se heurte à une impasse, mais ces fonctions ne sauraient justifier l'absence de tout mécanisme de règlement des différends.

Le pouvoir unilatéral de l'employeur public de décider que des services essentiels seront assurés durant un arrêt de travail et de déterminer la manière dont ils le seront, à l'exclusion de tout mécanisme de contrôle approprié, sans compter l'absence d'un mécanisme véritable de règlement des différends, justifie la conclusion selon laquelle la *PSESA* porte atteinte plus qu'il n'est nécessaire aux droits constitutionnels en cause. Il est donc inconstitutionnel.

Par contre, la *Trade Union Amendment Act, 2008* ne contrevient pas à l'al. 2d). Les modifications qu'elle apporte au processus d'accréditation ou de désaccréditation d'un agent négociateur, ainsi qu'aux règles applicables aux communications de l'employeur avec ses salariés, n'entravent pas de manière substantielle la liberté d'association.

*Les juges* Rothstein et Wagner (dissidents en partie) : Notre Cour ne devrait pas s'immiscer dans l'élaboration de politiques par les élus en constitutionnalisant le droit de grève sur le fondement de la liberté d'association que garantit l'al. 2d) de la *Charte*. Comme les autres protections que la loi accorde aux travailleurs, le droit de grève d'origine législative rend compte de l'équilibre complexe établi par les législateurs entre les intérêts respectifs des employeurs, des salariés et du public. Protéger constitutionnellement le droit de grève a pour effet non seulement de bouleverser cet équilibre délicat, mais aussi de limiter le pouvoir des législateurs en les privant de la souplesse nécessaire au maintien de cet équilibre.

C'est au législateur démocratiquement élu qu'il revient d'établir le juste équilibre entre les intérêts économiques et sociaux qui s'opposent dans le domaine des relations de travail. Notre Cour reconnaît depuis longtemps que, lorsqu'il s'agit de prendre des décisions de politique générale, il appartient au législateur et non aux

of socio-economic policy. The legislative branch requires flexibility to deal with changing circumstances and social values. Canadian labour relations is a complex web of intersecting interests, rights and obligations, and has far-reaching implications for Canadian society. It is not the role of this Court to transform all policy choices it deems worthy into constitutional imperatives. The exercise of judicial restraint is essential in ensuring that courts do not upset the balance by usurping the responsibilities of the legislative and executive branches.

Constitutionalizing a right to strike restricts governments' flexibility, impedes their ability to balance the interests of workers with the broader public interest, and interferes with the proper role and responsibility of governments. Constitutionalizing a right to strike introduces great uncertainty into labour relations: it will make all statutory limits on the right to strike presumptively unconstitutional. By constitutionalizing a broad conception of the right to strike, the majority binds the governments hands and limits its ability to respond to changing needs and circumstances in the dynamic field of labour relations.

Constitutionalizing a right to strike enshrines a political understanding of the concept of "workplace justice" that favours the interests of employees over those of employers and even over those of the public. While employees are granted constitutional rights, constitutional obligations are imposed on employers. Employers and the public are equally entitled to justice: true workplace justice looks at the interests of all implicated parties. In the public sector, strikes are a political tool. The public expects that public services, and especially essential services, will be delivered. Thus unions attempt to pressure the government to agree to certain demands in order that these services be reinstated. Public sector labour disputes are unique in that the government as employer must take into account that any additional expenditures incurred to meet employee demands will come from public funds.

It is incorrect to say that without the right to strike a constitutionalized right to bargain collectively is meaningless. The threat of work stoppage is not what motivates good faith bargaining. It is the statutory duty, and after *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007]

tribunaux de mettre en balance les intérêts concurrents, spécialement en ce qui concerne la politique socio-économique. Le pouvoir législatif a besoin d'une marge de manœuvre pour adapter la loi à l'évolution du contexte et des valeurs sociales. Un entrelacement complexe d'intérêts, de droits et d'obligations interreliés caractérise les relations de travail au Canada, lesquelles ont de grandes répercussions sur la société canadienne. Il n'appartient pas à la Cour de transformer en diktat constitutionnel tout choix de politique générale qu'elle tient pour valable. La déférence judiciaire s'impose afin que les tribunaux ne rompent pas l'équilibre en usurpant les attributions des organes législatif et exécutif.

Constitutionnaliser le droit de grève réduit la marge de manœuvre de l'État, entrave sa faculté de mettre en balance les intérêts des travailleurs et ceux des citoyens en général et empiète sur la fonction et les attributions de l'État. Conférer la protection constitutionnelle au droit de grève est de nature à créer une grande incertitude dans le monde des relations de travail, car toute limitation du droit de grève par le législateur sera dès lors tenue pour inconstitutionnelle. Par la consécration constitutionnelle d'une conception large du droit de grève, les juges majoritaires ligotent l'État et l'empêchent de donner suite à l'évolution des besoins et de la réalité dans le monde bouillonnant des relations de travail.

La constitutionnalisation du droit de grève consacre une interprétation politique de la notion de « justice au travail » qui favorise les intérêts des salariés au détriment de ceux des employeurs, voire du public. Si les salariés se voient conférer des droits constitutionnels, les employeurs, eux, se voient imposer des obligations constitutionnelles. Les employeurs et le public ont autant droit à la justice que les salariés : la véritable justice au travail se soucie des intérêts de tous les intéressés. Dans le secteur public, la grève est un outil politique. La population s'attend à la prestation de services publics, en particulier ceux qui sont essentiels. Les syndicats tentent donc de faire pression sur l'État pour qu'il accède à certaines demandes en échange de la reprise du travail. Les conflits de travail du secteur public revêtent un caractère unique en ce que l'État, en tant qu'employeur, doit tenir compte du fait que les sommes supplémentaires requises pour accéder aux demandes des salariés seront prélevées sur les fonds publics.

Il est erroné d'affirmer que, sans le droit de grève, le droit constitutionnel de négocier collectivement perd tout son sens. Ce n'est pas la menace d'un arrêt de travail qui incite les parties à négocier de bonne foi. C'est l'obligation en ce sens que prévoient la loi et, depuis l'arrêt *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining*

2 S.C.R. 391, the constitutional duty, not the possibility of job action, that compels employers to bargain in good faith. The statutory right to strike allows both employers and employees to exercise economic and political power. Now by constitutionalizing only the ability of employees to exert such power, the majority disturbs the delicate balance of labour relations in Canada and impedes the achievement of true workplace justice.

The conclusion that the right to strike is an indispensable component of collective bargaining does not accord with recent jurisprudence. There is nothing in the concept of collective bargaining as it was defined by this Court in *Health Services, Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, and *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3, that would imply that employees have a constitutional right to strike and that employers have a constitutional obligation to preserve the jobs of those employees. The threshold for overturning prior judgments is high. While the s. 2(d) jurisprudence has developed since the Labour Trilogy, neither this development, nor any change in the circumstances of Canadian labour relations justifies a departure from precedent. If anything, developments in the law support a finding that the right to freedom of association does not require constitutionalizing the right to strike. This is because recent s. 2(d) jurisprudence has already established a right to meaningful, good faith collective bargaining.

International bodies disagree as to whether the right to strike is protected under international labour and human rights instruments. The current state of international law on the right to strike is unclear and provides no guidance in determining whether this right is an essential element of freedom of association.

A right to strike is not required to ensure the constitutional guarantee of freedom of association. Therefore, the *PSESA*, which restricts the ability of public sector workers who provide essential services to strike, does not violate the right to meaningful collective bargaining protected under s. 2(d) of the *Charter*. The *PSESA*'s controlled strike regime does not render effectively impossible, nor substantially interfere with, the ability of associations representing affected public sector employees to submit representations to employers and to have

*Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, la Constitution, non le recours possible à un moyen de pression, qui force l'employeur à négocier de bonne foi. Le droit de grève d'origine législative permet aux employeurs et aux salariés d'exercer leurs pouvoirs économiques et politiques. Or, en constitutionnalisant seulement la faculté des salariés d'exercer ces pouvoirs, les juges majoritaires rompent l'équilibre délicat des relations de travail au Canada et font obstacle à une véritable justice au travail.

La conclusion selon laquelle le droit de grève constitue une composante indispensable de la négociation collective est incompatible avec la jurisprudence récente. La notion de négociation collective définie par notre Cour dans les arrêts *Health Services, Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, et *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3, ne donne en rien à penser que les salariés jouissent du droit constitutionnel de faire la grève et que l'employeur a l'obligation constitutionnelle de protéger les emplois des grévistes. Les conditions auxquelles on peut rompre avec un jugement antérieur sont strictes. Si la jurisprudence relative à l'al. 2d) a évolué depuis la trilogie en droit du travail, ni cette évolution, ni un quelconque changement dans les relations de travail au Canada ne justifient que l'on s'écarte de la jurisprudence de notre Cour. Au contraire, l'évolution du droit permet de conclure que le droit à la liberté d'association ne commande pas la constitutionnalisation du droit de grève car la jurisprudence récente relative à l'al. 2d) reconnaît déjà le droit à un processus véritable de négociation collective de bonne foi.

Les organismes internationaux ne s'entendent pas quant à savoir si les instruments internationaux en matière de droit du travail et de droits de la personne protègent ou non le droit de grève. L'état actuel du droit international sur le recours à la grève est incertain et n'offre pas de repères qui permettent à la Cour de décider si ce droit constitue ou non un élément essentiel de la liberté d'association.

Le droit de grève n'est pas nécessaire à la protection constitutionnelle de la liberté d'association. Par conséquent, la *PSESA*, qui limite le droit de grève des travailleurs du secteur public assurant des services essentiels, ne porte pas atteinte au droit à une négociation collective véritable garantie par l'al. 2d) de la *Charte*. Le régime de grève contrôlée qu'elle établit ne prive pas dans les faits les associations qui représentent les salariés du secteur public en cause du droit de présenter des observations à l'employeur et de les voir prises en compte et débattues

them considered and discussed in good faith. The *PSESA* facilitates consultation between employers and unions regarding the designation of essential services and the evidence in this case demonstrates that good faith collective bargaining took place. A violation of s. 2(d) of the *Charter* cannot be founded simply on allegations that the legislation does not provide an adequate dispute resolution process; s. 2(d) does not entail such a right. Moreover, the goal of strikes is not to ensure meaningful collective bargaining, but instead to exert political pressure on employers. Finally, the statutory balance struck by the Government of Saskatchewan is eminently reasonable. Canadian federal and provincial governments have made a constitutional commitment “to provid[e] essential public services of reasonable quality to all Canadians” (*Constitution Act, 1982*, s. 36(1)(c)). As a result, the Government of Saskatchewan cannot subject itself to arbitral awards that could make it unaffordable to deliver on its undertaking. It has devised a particular legislative framework in order to safeguard the continued delivery of essential services to the community during labour disputes. This Court should defer to the government’s policy choices in balancing the interests of employers, employees, and the public.

*The Trade Union Amendment Act, 2008* does not infringe the right to freedom of association.

#### Cases Cited

By Abella J.

**Overruled:** *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; **referred to:** *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Perrault v. Gauthier* (1898), 28 S.C.R. 241; *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] S.C.R. 609; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733; *Gagnon v. Foundation Maritime Ltd.*, [1961] S.C.R. 435; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156; *Re Service Employees’ International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1983), 4 D.L.R. (4th) 231; *Williams*

de bonne foi, ni n’entrave substantiellement l’exercice de ce droit. Elle facilite la consultation entre employeurs et syndicats sur la désignation des services essentiels et, selon la preuve offerte en l’espèce, il y a eu négociation de bonne foi. La seule allégation voulant que la loi n’offre pas de mécanisme adéquat de règlement des différends ne permet pas de conclure à la violation des droits protégés par l’al. 2d) de la *Charte*; cet alinéa ne garantit pas le droit à pareil mécanisme. En outre, la grève n’a pas pour objectif de garantir le déroulement d’une négociation collective véritable, mais bien d’exercer une pression politique sur l’employeur. Enfin, l’équilibre établi par le gouvernement de la Saskatchewan est éminemment raisonnable. Le gouvernement fédéral et ses homologues provinciaux doivent respecter l’engagement constitutionnel de « fournir à tous les Canadiens, à un niveau de qualité acceptable, les services publics essentiels » (*Loi constitutionnelle de 1982*, al. 36(1)c)). Le gouvernement de la Saskatchewan ne peut donc pas s’en remettre à des décisions arbitrales susceptibles de faire en sorte que la province n’ait plus les moyens de donner suite à son engagement. Il a conçu un cadre législatif unique afin d’assurer à la collectivité la prestation continue de services essentiels pendant un conflit de travail. La Cour devrait déférer aux choix politiques de l’État dans l’établissement d’un équilibre entre les intérêts respectifs des employeurs, des employés et du public.

*The Trade Union Amendment Act, 2008* ne porte pas atteinte au droit à la liberté d’association.

#### Jurisprudence

Citée par la juge Abella

**Rejeté :** *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; **arrêts mentionnés :** *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Association de la police montée de l’Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Perrault c. Gauthier* (1898), 28 R.C.S. 241; *Canadian Pacific Railway Co. c. Zambri*, [1962] R.C.S. 609; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733; *Gagnon c. Foundation Maritime Ltd.*, [1961] R.C.S. 435; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156; *Re Service Employees’*

*v. Aristocratic Restaurants (1947) Ltd.*, [1951] S.C.R. 762; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157; *Re Alberta Union of Provincial Employees and the Crown in Right of Alberta* (1980), 120 D.L.R. (3d) 590; *Demir v. Turkey*, No. 34503/97, ECHR 2008-V; *Enerji Yapi-Yol Sen v. Turquie*, No. 68959/01, April 21, 2009 (HUDOC); *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. United Kingdom*, No. 31045/10, April 8, 2014 (HUDOC); *Attorney-General v. National Labour Court*, [1995-6] Isr. L.R. 149; *New Histadrut General Workers' Union v. State of Israel* (2006), 25 I.L.L.R. 375; *Koach La Ovdim v. Jerusalem Cinematheque* (2009), 29 I.L.L.R. 329; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793; *Dunnore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367.

By Rothstein and Wagner JJ. (dissenting in part)

*R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Plourde v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 SCC 54, [2009] 3 S.C.R. 465; *Canadian Union of Public Employees v. Labour Relations Board (Nova Scotia)*, [1983] 2 S.C.R. 311; *Perfection Foods Limited v. Retail Wholesale Dairy Worker Union, Local 1515* (1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 147; *David Polowin Real Estate Ltd. v. Dominion of Canada General*

*International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1983), 4 D.L.R. (4th) 231; *Williams c. Aristocratic Restaurants (1947) Ltd.*, [1951] R.C.S. 762; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157; *Re Alberta Union of Provincial Employees and the Crown in Right of Alberta* (1980), 120 D.L.R. (3d) 590; *Demir c. Turquie*, n° 34503/97, CEDH 2008-V; *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*, n° 68959/01, 21 avril 2009 (HUDOC); *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. United Kingdom*, n° 31045/10, 8 avril 2014 (HUDOC); *Attorney-General c. National Labour Court*, [1995-6] Isr. L.R. 149; *New Histadrut General Workers' Union c. State of Israel* (2006), 25 I.L.L.R. 375; *Koach La Ovdim c. Jerusalem Cinematheque* (2009), 29 I.L.L.R. 329; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793; *Dunnore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367.

Citée par les juges Rothstein et Wagner (dissidents en partie)

*S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2009 CSC 54, [2009] 3 R.C.S. 465; *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Conseil des relations du travail (Nouvelle-Écosse)*, [1983] 2 R.C.S. 311; *Perfection Foods Limited c. Retail Wholesale Dairy Worker Union, Local 1515* (1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 147; *David*

*Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *J.B. v. Canada*, Communication No. 118/1982 (1986), U.N. Doc. CCPR/C/OP/2, *Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol*, vol. 2 (1990), p. 34; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Turp v. Canada (Justice)*, 2012 FC 893, [2014] 1 F.C.R. 439; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016.

### Statutes and Regulations Cited

*Agricultural Employees Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 16.  
*Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2, ss. 50(a), 88.1, 89.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b), (d).  
*Constitution Act, 1982*, s. 36(1)(c).  
 Constitution of France, preamble § 7.  
 Constitution of Italy, art. 40.  
 Constitution of Portugal, art. 57.  
 Constitution of South Africa, s. 23(2).  
 Constitution of Spain, art. 28(2).  
*Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 1(1) “collective bargaining”.  
*Labour Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. L-1, s. 22(a).  
*Labour Code*, CQLR, c. C-27, s. 53.  
*Labour Relations Act*, C.C.S.M., c. L10, s. 62.  
*Labour Relations Act*, R.S.N.L. 1990, c. L-1, s. 71.  
*Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 17.  
*Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, c. L-1, s. 60(1)(a).  
*Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, s. 11(1).  
*National Labor Relations Act*, 49 Stat. 449 (1935) (codified as amended at 29 U.S.C. §§ 151-169).  
*Public Service Essential Services Act*, S.S. 2008, c. P-42.2, ss. 2(c) “essential services”, (i) “public employer”, 6, 7(2), 9(2), 18.  
*Public Service Essential Services Regulations*, R.R.S., c. P-42.2, Reg. 1, App., Table 1.  
*Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, c. 475, s. 35(a).  
*Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17 [rep. 2013, c. S-15.1, s. 10-11], s. 2(b).  
*Trade Union Amendment Act, 2008*, S.S. 2008, c. 26, ss. 3, 6, 7, 11.  
*Trade Unions Act, 1872*, S.C. 1872, c. 30.

### Treaties and Other International Instruments

*Charter of the Organization of American States*, Can. T.S. 1990 No. 23, art. 45(c).

*Polowin Real Estate Ltd. c. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *J.B. c. Canada*, Communication n° 118/1982 (1986), Doc. N.U. CCPR/C/OP/2, *Sélection de décisions du Comité des droits de l’homme prises en vertu du Protocole facultatif*, vol. 2 (1991), p. 36; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Turp c. Canada (Justice)*, 2012 CF 893, [2014] 1 R.C.F. 439; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016.

### Lois et règlements cités

*Acte des Associations Ouvrières, 1872*, S.C. 1872, c. 30.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b), d).  
*Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2, art. 50a), 88.1, 89.  
*Code du travail*, RLRQ, c. C-27, art. 53.  
 Constitution de l’Afrique du Sud, art. 23(2).  
 Constitution de l’Espagne, art. 28(2).  
 Constitution de l’Italie, art. 40.  
 Constitution de la France, préambule § 7.  
 Constitution du Portugal, art. 57.  
*Labour Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. L-1, art. 22(a).  
*Labour Relations Act*, R.S.N.L. 1990, c. L-1, art. 71.  
*Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, c. L-1, art. 60(1)(a).  
*Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, art. 11(1).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 36(1)(c).  
*Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, c. 1, ann. A, art. 17.  
*Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles*, L.O. 2002, c. 16.  
*Loi sur les relations du travail*, C.P.L.M., c. L10, art. 62.  
*Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, c. I-4, art. 1(1) « négociations collectives ».  
*National Labor Relations Act*, 49 Stat. 449 (1935) (modifiée et codifiée au 29 U.S.C. §§ 151-169).  
*Public Service Essential Services Act*, S.S. 2008, c. P-42.2, art. 2(c) « essential services », (i) « public employer », 6, 7(2), 9(2), 18.  
*Public Service Essential Services Regulations*, R.R.S., c. P-42.2, règl. 1, ann., Tableau 1.  
*Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, c. 475, art. 35(a).  
*Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17 [abr. 2013, c. S-15.1, art. 10-11], art. 2(b).  
*Trade Union Amendment Act, 2008*, S.S. 2008, c. 26, art. 3, 6, 7, 11.

### Traités et autres instruments internationaux

*Charte de l’Organisation des États Américains*, R.T. Can. 1990 n° 23, art. 45c).

*Convention (No. 87) concerning freedom of association and protection of the right to organize*, 68 U.N.T.S. 17, art. 3(1).

*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221 [the *European Convention on Human Rights*], art. 11.

*European Social Charter*, E.T.S. No. 35 [revised E.T.S. No. 163], art. 6(4).

*International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, art. 22.

*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, art. 8(1), (2), (3).

#### Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated June 2014, release 50).

Adams, Roy J. *Labour Left Out: Canada's Failure to Protect and Promote Collective Bargaining as a Human Right*. Ottawa: Canadian Centre for Policy Alternatives, 2006.

Adams, Roy J. "The Supreme Court, Collective Bargaining and International Law: A Reply to Brian Langille" (2008), 14 *C.L.E.L.J.* 317.

Adell, Bernard, Michel Grant and Allen Ponak. *Strikes in Essential Services*. Kingston: IRC Press, 2001.

Arthurs, H. W. "Tort Liability for Strikes in Canada: Some Problems of Judicial Workmanship" (1960), 38 *Can. Bar Rev.* 346.

Bellace, Janice R. "The ILO and the right to strike" (2014), 153 *Int'l Lab. Rev.* 29.

Canada. Task Force on Labour Relations. *Canadian Industrial Relations: The Report of the Task Force on Labour Relations*. Ottawa: Privy Council Office, 1969.

Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.

D'Aoust, Claude, and François Delorme. "The Origin of the Freedom of Association and of the Right to Strike in Canada: An Historical Perspective" (1981), 36 *Relat. ind.* 894.

Davidov, Guy. "Judicial Development of Collective Labour Rights — Contextually" (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 235.

Deakin, Simon, and Gillian S. Morris. *Labour Law*, 6th ed. Oxford: Hart, 2012.

England, Geoffrey. "Some Thoughts on Constitutionalizing the Right to Strike" (1988), 13:2 *Queen's L.J.* 168.

*Charte sociale européenne*, S.T.E. n° 35 [révisée S.T.E. n° 163], art. 6(4).

*Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 68 R.T.N.U. 17, art. 3(1).

*Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221 [la *Convention européenne des droits de l'homme*], art. 11.

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, art. 22.

*Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, art. 8(1), (2), (3).

#### Doctrine et autres documents cités

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed., Aurora (Ont.), Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated June 2014, release 50).

Adams, Roy J. *Labour Left Out: Canada's Failure to Protect and Promote Collective Bargaining as a Human Right*, Ottawa, Canadian Centre for Policy Alternatives, 2006.

Adams, Roy J. « The Supreme Court, Collective Bargaining and International Law : A Reply to Brian Langille » (2008), 14 *C.L.E.L.J.* 317.

Adell, Bernard, Michel Grant and Allen Ponak. *Strikes in Essential Services*, Kingston, IRC Press, 2001.

Arthurs, H. W. « Tort Liability for Strikes in Canada : Some Problems of Judicial Workmanship » (1960), 38 *R. du B. can.* 346.

Bellace, Janice R. « The ILO and the right to strike » (2014), 153 *Int'l Lab. Rev.* 29.

Canada. Équipe spécialisée en relations de travail. *Les relations du travail au Canada : Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail*, Ottawa, Bureau du Conseil privé, 1969.

Conférence internationale du Travail. Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations. *Liberté syndicale et négociation collective*, Genève, Bureau international du Travail, 1994.

Conférence internationale du Travail, 102<sup>e</sup> sess., *Commission de l'application des normes de la conférence : Extraits du compte rendu des travaux*, Genève, Bureau international du Travail, 2013.

Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2009.

D'Aoust, Claude, and François Delorme. « The Origin of the Freedom of Association and of the Right to Strike in Canada : An Historical Perspective » (1981), 36 *Relat. ind.* 894.

- Ewing, K. D., and John Hendy. "The Dramatic Implications of *Demir and Baykara*" (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 165.
- Fudge, Judy, and Eric Tucker. "The Freedom to Strike in Canada: A Brief Legal History" (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 333.
- Hepple, Bob. "The Right to Strike in an International Context" (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 133.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2014, release 1).
- International Labour Conference. Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. *Freedom of Association and Collective Bargaining*. Geneva: International Labour Office, 1994.
- International Labour Conference, 102nd Sess. *Conference Committee on the Application of Standards: Extracts from the Record of Proceedings*. Geneva: International Labour Office, 2013.
- International Labour Organization. *Constitution of the International Labour Organization*, Ann. (online: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62\\_LIST\\_ENTRIE\\_ID:2453907:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO)).
- International Labour Organization. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 5th rev. ed. Geneva: International Labour Office, 2006.
- Kahn-Freund, Otto, and Bob Hepple. *Laws Against Strikes*. London: Fabian Society, 1972.
- Langille, Brian. "What Is a Strike?" (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 355.
- Langille, Brian A. "Can We Rely on the ILO?" (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 273.
- Novitz, Tonia. "Connecting Freedom of Association and the Right to Strike: European Dialogue with the ILO and its Potential Impact" (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 465.
- Oliphant, Benjamin. "Exiting the Freedom of Association Labyrinth: Resurrecting the Parallel Liberty Standard Under 2(d) & Saving the Freedom to Strike" (2012), 70:2 *U.T. Fac. L. Rev.* 36.
- Palmer, Bryan D. "Labour Protest and Organization in Nineteenth-Century Canada, 1820-1890" (1987), 20 *Labour* 61.
- Regenbogen, Sonia. "The International Labour Organization and Freedom of Association: Does Freedom of Association Include the Right to Strike?" (2012), 16 *C.L.E.L.J.* 385.
- Davidov, Guy. « Judicial Development of Collective Labour Rights — Contextually » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 235.
- Deakin, Simon, and Gillian S. Morris. *Labour Law*, 6th ed., Oxford, Hart, 2012.
- England, Geoffrey. « Some Thoughts on Constitutionalizing the Right to Strike » (1988), 13:2 *Queen's L.J.* 168.
- Fudge, Judy, and Eric Tucker. « The Freedom to Strike in Canada : A Brief Legal History » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 333.
- Hepple, Bob. « The Right to Strike in an International Context » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 133.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Carswell, 2007 (updated 2014, release 1).
- Kahn-Freund, Otto, and Bob Hepple. *Laws Against Strikes*, London, Fabian Society, 1972.
- Langille, Brian. « What Is a Strike? » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 355.
- Langille, Brian A. « Can We Rely on the ILO? » (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 273.
- Novitz, Tonia. « Connecting Freedom of Association and the Right to Strike : European Dialogue with the ILO and its Potential Impact » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 465.
- Oliphant, Benjamin. « Exiting the Freedom of Association Labyrinth : Resurrecting the Parallel Liberty Standard Under 2(d) & Saving the Freedom to Strike » (2012), 70:2 *R.D.U.T.* 36.
- Organisation internationale du Travail. *Constitution de l'Organisation internationale du Travail*, ann. (en ligne : [http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:62:0::NO:62:P62\\_LIST\\_ENTRIE\\_ID:2453907:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO)).
- Organisation internationale du Travail. *La liberté syndicale : Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT*, 5<sup>e</sup> éd. rév., Genève, Bureau international du Travail, 2006.
- Palmer, Bryan D. « Labour Protest and Organization in Nineteenth-Century Canada, 1820-1890 » (1987), 20 *Le Travail* 61.
- Regenbogen, Sonia. « The International Labour Organization and Freedom of Association : Does Freedom of Association Include the Right to Strike? » (2012), 16 *C.L.E.L.J.* 385.
- Rubin, Neville, in consultation with Evance Kalula and Bob Hepple, eds. *Code of International Labour Law : Law, Practice and Jurisprudence*, vol. I, *Essentials of International Labour Law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2005.

- Rubin, Neville, in consultation with Evance Kalula and Bob Hepple, eds. *Code of International Labour Law: Law, Practice and Jurisprudence*, vol. I, *Essentials of International Labour Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Servais, Jean-Michel. "ILO Law and the Right to Strike" (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 147.
- Sweptston, Lee. "Human rights law and freedom of association: Development through ILO supervision" (1998), 137 *Int'l Lab. Rev.* 169.
- Trudeau, Gilles. "La grève au Canada et aux États-Unis: d'un passé glorieux à un avenir incertain" (2004), 38 *R.J.T.* 1.
- Valticos, N., and G. von Potobsky. *International Labour Law*, 2nd rev. ed. Deventer, the Netherlands: Kluwer Law and Taxation, 1995.
- Verge, Pierre, et Dominic Roux. "L'affirmation des principes de la liberté syndicale, de la négociation collective et du droit de grève selon le droit international et le droit du travail canadien: deux solitudes?", dans Pierre Verge, dir., *Droit international du travail: Perspectives canadiennes*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010, 437.
- Weiler, Paul. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswell, 1980.
- Weiss, Manfred, and Marlene Schmidt. *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, 4th rev. ed. Alphen aan den Rijn, the Netherlands: Kluwer Law International, 2008.
- Servais, Jean-Michel. « ILO Law and the Right to Strike » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 147.
- Sweptston, Lee. « Droits de l'homme et liberté syndicale : évolution sous le contrôle de l'OIT » (1998), 137 *Rev. int. trav.* 187.
- Trudeau, Gilles. « La grève au Canada et aux États-Unis : d'un passé glorieux à un avenir incertain » (2004), 38 *R.J.T.* 1.
- Valticos, N., and G. von Potobsky. *International Labour Law*, 2nd rev. ed., Deventer, the Netherlands, Kluwer Law and Taxation, 1995.
- Verge, Pierre, et Dominic Roux. « L'affirmation des principes de la liberté syndicale, de la négociation collective et du droit de grève selon le droit international et le droit du travail canadien : deux solitudes? », dans Pierre Verge, dir., *Droit international du travail : Perspectives canadiennes*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010, 437.
- Weiler, Paul. *Reconcilable Differences : New Directions in Canadian Labour Law*, Toronto, Carswell, 1980.
- Weiss, Manfred, and Marlene Schmidt. *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, 4th rev. ed., Alphen aan den Rijn, the Netherlands, Kluwer Law International, 2008.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Klebuc C.J.S. and Richards, Ottenbreit, Caldwell and Herauf JJ.A.), 2013 SKCA 43, 414 Sask. R. 70, 575 W.A.C. 70, 361 D.L.R. (4th) 132, 280 C.R.R. (2d) 187, [2013] 6 W.W.R. 453, 227 C.L.R.B.R. (2d) 1, 2013 CLLC ¶220-032, [2013] S.J. No. 235 (QL), 2013 CarswellSask 252 (WL Can.), setting aside in part a decision of Ball J., 2012 SKQB 62, 390 Sask. R. 196, 254 C.R.R. (2d) 288, [2012] 7 W.W.R. 743, 211 C.L.R.B.R. (2d) 1, 2012 CLLC ¶220-016, [2012] S.J. No. 49 (QL), 2012 CarswellSask 64 (WL Can.). Appeal allowed in part, Rothstein and Wagner JJ. dissenting in part.

*Rick Engel, Q.C., Craig D. Bavis and Peter Barnacle*, for the appellants.

*Graeme G. Mitchell, Q.C., Barbara C. Mysko and Katherine M. Roy*, for the respondent.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (le juge en chef Klebuc et les juges Richards, Ottenbreit, Caldwell et Herauf), 2013 SKCA 43, 414 Sask. R. 70, 575 W.A.C. 70, 361 D.L.R. (4th) 132, 280 C.R.R. (2d) 187, [2013] 6 W.W.R. 453, 227 C.L.R.B.R. (2d) 1, 2013 CLLC ¶220-032, [2013] S.J. No. 235 (QL), 2013 CarswellSask 252 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge Ball, 2012 SKQB 62, 390 Sask. R. 196, 254 C.R.R. (2d) 288, [2012] 7 W.W.R. 743, 211 C.L.R.B.R. (2d) 1, 2012 CLLC ¶220-016, [2012] S.J. No. 49 (QL), 2012 CarswellSask 64 (WL Can.). Pourvoi accueilli en partie, les juges Rothstein et Wagner sont dissidents en partie.

*Rick Engel, c.r., Craig D. Bavis et Peter Barnacle*, pour les appelants.

*Graeme G. Mitchell, c.r., Barbara C. Mysko et Katherine M. Roy*, pour l'intimée.

*Mark R. Kindrachuk, Q.C., and Sean Gaudet, for the intervener the Attorney General of Canada.*

*Robert E. Charney and Sarah Wright, for the intervener the Attorney General of Ontario.*

*Caroline Renaud and Amélie Pelletier Desrosiers, for the intervener the Attorney General of Quebec.*

*Keith Evans, for the intervener the Attorney General of British Columbia.*

*Roderick Wiltshire, for the intervener the Attorney General of Alberta.*

*Chantelle MacDonald Newhook, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.*

*Gary L. Bainbridge and Marcus R. Davies, for the intervener the Saskatchewan Union of Nurses.*

*Drew S. Plaxton, for the intervener SEIU-West.*

Written submissions only by *Ritu Khullar, Q.C., and Vanessa Cosco, for the interveners the United Nurses of Alberta and the Alberta Federation of Labour.*

Written submissions only by *Peter C. Engelmann and Colleen Bauman, for the intervener the Professional Institute of the Public Service of Canada.*

*Darryl Cruz and Brandon Kain, for the intervener the Canadian Constitution Foundation.*

*Steve Waller and Christopher Rootham, for the intervener the Air Canada Pilots' Association.*

*Lindsay M. Lyster, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.*

Written submissions only by *Louise Laplante, Nancy Ménard-Cheng and Sébastien Beauregard, for the intervener Conseil du patronat du Québec.*

*Mark R. Kindrachuk, c.r., et Sean Gaudet, pour l'intervenant le procureur général du Canada.*

*Robert E. Charney et Sarah Wright, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.*

*Caroline Renaud et Amélie Pelletier Desrosiers, pour l'intervenant le procureur général du Québec.*

*Keith Evans, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.*

*Roderick Wiltshire, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.*

*Chantelle MacDonald Newhook, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.*

*Gary L. Bainbridge et Marcus R. Davies, pour l'intervenant Saskatchewan Union of Nurses.*

*Drew S. Plaxton, pour l'intervenant SEIU-West.*

Argumentation écrite seulement par *Ritu Khullar, c.r., et Vanessa Cosco, pour les intervenantes United Nurses of Alberta et Alberta Federation of Labour.*

Argumentation écrite seulement par *Peter C. Engelmann et Colleen Bauman, pour l'intervenant l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada.*

*Darryl Cruz et Brandon Kain, pour l'intervenante Canadian Constitution Foundation.*

*Steve Waller et Christopher Rootham, pour l'intervenante l'Association des pilotes d'Air Canada.*

*Lindsay M. Lyster, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.*

Argumentation écrite seulement par *Louise Laplante, Nancy Ménard-Cheng et Sébastien Beauregard, pour l'intervenant le Conseil du patronat du Québec.*

*John D. R. Craig and Christopher D. Pigott*, for the intervener the Canadian Employers Council.

*Paul J. J. Cavalluzzo and Adrienne Telford*, for the interveners the Canadian Union of Postal Workers and the International Association of Machinists and Aerospace Workers.

*Joseph J. Arvay, Q.C., and Catherine J. Boies Parker*, for the interveners the British Columbia Teachers' Federation and the Hospital Employees' Union.

Written submissions only by *Steven Barrett and Ethan Poskanzer*, for the intervener the Canadian Labour Congress.

*Andrew Raven and Andrew Astritis*, for the intervener the Public Service Alliance of Canada.

*Patrick G. Nugent and Tamara Friesen*, for the intervener the Alberta Union of Provincial Employees.

*Éric Lévesque and Benoît Laurin*, for the intervener Confédération des syndicats nationaux.

*Evert van Olst, Q.C., and Leah Schatz*, for the interveners the Regina Qu'Appelle Regional Health Authority, the Cypress Regional Health Authority, the Five Hills Regional Health Authority, the Heartland Regional Health Authority, the Sunrise Regional Health Authority, the Prince Albert Parkland Regional Health Authority and the Saskatoon Regional Health Authority.

*Paul Champ and Bijon Roy*, for the intervener the National Union of Public and General Employees.

Written submissions only by *Brian W. Burkett*, for the interveners the Canada Post Corporation and Air Canada.

*John D. R. Craig et Christopher D. Pigott*, pour l'intervenant le Conseil canadien des employeurs.

*Paul J. J. Cavalluzzo et Adrienne Telford*, pour les intervenants le Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes et l'Association internationale des machinistes et des travailleurs et travailleuses de l'aérospatiale.

*Joseph J. Arvay, c.r., et Catherine J. Boies Parker*, pour les intervenants British Columbia Teachers' Federation and Hospital Employees' Union.

Argumentation écrite seulement par *Steven Barrett et Ethan Poskanzer*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

*Andrew Raven et Andrew Astritis*, pour l'intervenante l'Alliance de la Fonction publique du Canada.

*Patrick G. Nugent et Tamara Friesen*, pour l'intervenant Alberta Union of Provincial Employees.

*Éric Lévesque et Benoît Laurin*, pour l'intervenante la Confédération des syndicats nationaux.

*Evert van Olst, c.r., et Leah Schatz*, pour les intervenantes Regina Qu'Appelle Regional Health Authority, Cypress Regional Health Authority, Five Hills Regional Health Authority, Heartland Regional Health Authority, Sunrise Regional Health Authority, Prince Albert Parkland Regional Health Authority et Saskatoon Regional Health Authority.

*Paul Champ et Bijon Roy*, pour l'intervenant le Syndicat national des employées et employés généraux du secteur public.

Argumentation écrite seulement par *Brian W. Burkett*, pour les intervenantes la Société canadienne des postes et Air Canada.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell and Karakatsanis was delivered by

[1] ABELLA J. — In the *Alberta Reference (Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.))*, [1987] 1 S.C.R. 313, this Court held that the freedom of association guaranteed under s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* did not protect the right to collective bargaining or to strike. Twenty years later, in *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, [2007] 2 S.C.R. 391, this Court held that s. 2(d) protects the right of employees to engage in a meaningful process of collective bargaining. The rights were further enlarged in *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, [2011] 2 S.C.R. 3, where the Court accepted that a meaningful process includes employees' rights to join together to pursue workplace goals, to make collective representations to the employer, and to have those representations considered in good faith, including having a means of recourse should the employer not bargain in good faith. And, most recently, in *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, [2015] 1 S.C.R. 3, the Court recognized that a process of collective bargaining could not be meaningful if employees lacked the independence and choice to determine and pursue their collective interests. Clearly the arc bends increasingly towards workplace justice.

[2] The question in this appeal is whether a prohibition on designated employees participating in strike action for the purpose of negotiating the terms and conditions of their employment amounts to a substantial interference with their right to a meaningful process of collective bargaining and, as a result, violates s. 2(d) of the *Charter*. The question of whether other forms of collective work stoppage are protected by s. 2(d) of the *Charter* is not at issue here.

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

[1] LA JUGE ABELLA — Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (le « *Renvoi relatif à l'Alberta* »), notre Cour statue que la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne protège ni le droit de négociation collective, ni le droit de grève. Vingt ans plus tard, dans l'arrêt *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391, la Cour décide que l'al. 2d) protège le droit des salariés de prendre part à un processus véritable de négociation collective. La portée de ce droit s'accroît ensuite dans l'arrêt *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, [2011] 2 R.C.S. 3, où la Cour reconnaît que ce processus véritable comprend le droit des salariés de se regrouper en vue d'atteindre des objectifs liés au travail, de faire des représentations collectives à leur employeur et de les voir prises en compte de bonne foi, ce qui comprend l'accès à une voie de recours pour le cas où l'employeur ne négocierait pas de bonne foi. Et plus récemment, dans l'arrêt *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 3, la Cour reconnaît qu'un processus de négociation collective ne peut être véritable lorsque les salariés n'ont pas la liberté de choix et l'indépendance voulues pour décider de leurs intérêts collectifs et les poursuivre. Ce parcours fait ressortir une inclination croissante à favoriser la justice au travail.

[2] La question en litige est celle de savoir si l'interdiction faite aux salariés désignés de prendre part à une grève aux fins de la négociation de leurs conditions de travail entrave substantiellement leur droit à un processus véritable de négociation collective et, de ce fait, porte atteinte aux droits que leur garantit l'al. 2d) de la *Charte*. La question de savoir si d'autres formes d'arrêt collectif du travail sont protégées ou non par cette disposition n'a pas à être tranchée en l'espèce.

[3] The conclusion that the right to strike is an essential part of a meaningful collective bargaining process in our system of labour relations is supported by history, by jurisprudence, and by Canada's international obligations. As Otto Kahn-Freund and Bob Hepple recognized:

The power to withdraw their labour is for the workers what for management is its power to shut down production, to switch it to different purposes, to transfer it to different places. A legal system which suppresses the freedom to strike puts the workers at the mercy of their employers. This — in all its simplicity — is the essence of the matter.

(*Laws Against Strikes* (1972), at p. 8)

The right to strike is not merely derivative of collective bargaining, it is an indispensable component of that right. It seems to me to be the time to give this conclusion constitutional benediction.

[4] This applies too to public sector employees. Those public sector employees who provide essential services undoubtedly have unique functions which may argue for a less disruptive mechanism when collective bargaining reaches an impasse, but they do not argue for no mechanism at all. Because Saskatchewan's legislation abrogates the right to strike for a number of employees and provides no such alternative mechanism, it is unconstitutional.

#### Background

[5] On December 19, 2007, the newly elected Government of Saskatchewan introduced two statutes which ground this appeal: *The Public Service Essential Services Act*, S.S. 2008, c. P-42.2 (*PSESA*), and *The Trade Union Amendment Act, 2008*, S.S. 2008, c. 26. They became law on May 14, 2008.

[6] Prior to the enactment of *The Public Service Essential Services Act*, public sector strikes were regulated on an *ad hoc* basis in Saskatchewan.

[3] L'histoire, la jurisprudence et les obligations internationales du Canada confirment que, dans notre régime de relations de travail, le droit de grève constitue un élément essentiel d'un processus véritable de négociation collective. Otto Kahn-Freund et Bob Hepple l'ont d'ailleurs reconnu :

[TRADUCTION] Le pouvoir des travailleurs de cesser le travail équivaut à celui de la direction de cesser la production, de la réorienter, de la déplacer. Le régime juridique qui supprime la liberté de grève met les salariés à la merci de l'employeur. Là réside tout simplement l'essentiel.

(*Laws Against Strikes* (1972), p. 8)

Le droit de grève n'est pas seulement dérivé de la négociation collective, il en constitue une composante indispensable. Le temps me paraît venu de le consacrer constitutionnellement.

[4] Les salariés du secteur public sont tout autant visés. Ceux d'entre eux qui assurent des services essentiels ont certainement des fonctions dont le caractère unique est susceptible de militer en faveur d'un mécanisme moins perturbateur que la grève lorsque la négociation collective se heurte à une impasse, mais ne saurait justifier l'absence de tout mécanisme de règlement des différends. Parce qu'elle supprime le droit de grève d'un certain nombre de salariés sans le remplacer par un tel mécanisme, la loi saskatchewanaise en cause est inconstitutionnelle.

#### Contexte

[5] Le 19 décembre 2007, le gouvernement fraîchement élu de la Saskatchewan a déposé deux projets de loi qui forment l'assise du pourvoi : *The Public Service Essential Services Act*, S.S. 2008, c. P-42.2 (*PSESA*) et *The Trade Union Amendment Act, 2008*, S.S. 2008, c. 26. Ces textes législatifs ont été adoptés le 14 mai 2008.

[6] Avant l'adoption de la *Public Service Essential Services Act*, le législateur de la Saskatchewan intervenait de manière ponctuelle lorsqu'une grève

Without a regime in place, it was often difficult to ensure the adequate provision of essential services during labour disputes. In April 1999, for example, 8,400 members of the Saskatchewan Union of Nurses participated in a province-wide strike and many health care facilities throughout the province lost the capacity to provide critical care to patients. Similarly, in 2001, health care employees represented by the Canadian Union of Public Employees withdrew their services, seriously affecting the delivery of health care:

As the strike progressed, the impact on health care services became more serious. In the Regina area alone, elective procedures were cancelled, patients were transferred out of province to alternate provincial sites, and there were no admissions to permanent beds, convalescent beds, palliative beds or respite beds. Admissions to long term care facilities were halted. All day support programs and Meals on Wheels programs were cancelled. Eighty-eight beds at the Regina General Hospital were closed, which left it functioning at 75 percent, and 110 beds at the Pasqua Hospital were closed, leaving it functioning at only 54 percent of capacity. Operating room theatres were reduced from eight to one at the Regina General Hospital, and from seven to one at the Pasqua Hospital, being the only two operating hospitals in the city. The women's health centre was closed and five children's beds were closed in in-patient rehabilitation at Wascana Rehabilitation Centre, in addition to eight adult rehabilitation beds.

And from December 2006 to February 2007, the Saskatchewan Government and General Employees' Union engaged in lawful strike action. A large number of highway workers, snow plow operators, and corrections workers participated, sparking concerns about public safety.

[7] As a result of these experiences, in 2007 the newly elected provincial government moved to implement an essential services labour relations regime in the province. The *PSESA* is Saskatchewan's first statutory scheme to regulate and limit the ability of public sector employees who perform "essential

survenait dans le secteur public. Sans dispositions applicables en la matière, il était souvent difficile d'assurer la prestation adéquate de services essentiels pendant un conflit de travail. En avril 1999, par exemple, 8 400 membres de la Saskatchewan Union of Nurses ont fait la grève à la grandeur de la province, et de nombreux établissements de santé n'ont plus été en mesure d'offrir aux patients des soins indispensables. De même, en 2001, des salariés du secteur de la santé représentés par le Syndicat canadien de la fonction publique ont cessé le travail et compromis ainsi sérieusement la prestation de soins de santé :

[TRADUCTION] Au fur et à mesure que la grève se poursuivait, l'effet sur les services de santé s'accroissait. Dans la seule région de Regina, les interventions non urgentes étaient annulées, les patients étaient envoyés dans d'autres provinces et il n'y avait pas d'attribution de lits permanents, non plus que de lits réservés aux soins de convalescence, aux soins palliatifs ou au service de relève. L'accès aux soins de longue durée était lui aussi suspendu. Toutes les activités d'aide de jour ou de popote roulante étaient annulées. Quatre-vingt-huit lits étaient fermés à l'hôpital général de Regina, qui fonctionnait à 75 pour 100 de sa capacité, et 110 lits étaient fermés à l'hôpital Pasqua, qui fonctionnait à seulement 54 pour 100 de sa capacité. Le nombre de blocs opératoires était passé de huit à un à l'hôpital général de Regina, et de sept à un à l'hôpital Pasqua. Il s'agissait des deux seuls hôpitaux de la ville où des activités chirurgicales avaient lieu. Le centre de santé des femmes était fermé, et au service des patients hospitalisés du centre de réadaptation Wascana, cinq lits réservés aux enfants étaient fermés, en plus de huit lits réservés aux adultes.

De plus, de décembre 2006 à février 2007, le Saskatchewan Government and General Employees' Union a fait la grève légalement. Un grand nombre d'employés de la voirie, de préposés au déneigement et d'employés des services correctionnels ont pris part au moyen de pression, ce qui a fait craindre pour la sécurité publique.

[7] Par suite de ces événements, le gouvernement provincial nouvellement élu a entrepris en 2007 la mise en œuvre d'un régime de services essentiels dans la province. La *PSESA* est le premier régime législatif de la Saskatchewan à réglementer et à limiter l'exercice du droit de grève des salariés du

services” to strike. The *Act* applies to every “public employer” in Saskatchewan and to every “employee” of a public employer who is represented by a union.

[8] Under the *PSESA*, designated “essential services employees” are prohibited from participating in any work stoppage against their public employer. In the event of a strike, those employees are required to continue “the duties of [their] employment with the public employer in accordance with the terms and conditions of the last collective bargaining agreement”, and are prohibited from refusing to continue those duties “without lawful excuse”. Contravention of any provision under the *PSESA* is a summary conviction offence that could result in an increasing fine for every day the offence continues.

[9] The *PSESA* sets out a broad definition of “essential services”:

s. 2(c)

(i) with respect to services provided by a public employer other than the Government of Saskatchewan, services that are necessary to enable a public employer to prevent:

- (A) danger to life, health or safety;
  - (B) the destruction or serious deterioration of machinery, equipment or premises;
  - (C) serious environmental damage; or
  - (D) disruption of any of the courts of Saskatchewan;
- and

(ii) with respect to services provided by the Government of Saskatchewan, services that:

- (A) meet the criteria set out in subclause (i); and
- (B) are prescribed;<sup>1</sup>

<sup>1</sup> The “prescribed” services referred to in s. 2(c)(ii) are listed in Table 1 of the Appendix of *The Public Service Essential Services Regulations*, R.R.S., c. P-42.2, Reg. 1, enacted in 2009.

secteur public qui assurent des [TRADUCTION] « services essentiels ». Elle s’applique à tout « employeur public » de la Saskatchewan et à tout « salarié » d’un employeur public représenté par un syndicat.

[8] La *PSESA* interdit aux [TRADUCTION] « salariés [désignés] qui assurent des services essentiels » de prendre part à un arrêt de travail. En cas de grève, ces salariés doivent continuer d’exercer « leurs fonctions [. . .] conformément aux conditions établies par la convention collective la plus récente », et ils ne peuvent refuser de le faire « sans excuse valable ». L’infraction de l’une ou l’autre des dispositions de la *PSESA* constitue une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et rend passible d’une amende dont le montant s’accroît chaque jour où l’infraction se poursuit.

[9] La *PSESA* définit largement les [TRADUCTION] « services essentiels » :

[TRADUCTION]

al. 2(c)

(i) dans le cas de services fournis par un employeur public autre que le gouvernement de la Saskatchewan, les services nécessaires pour permettre à l’employeur public d’empêcher, selon le cas :

- (A) la mise en danger de la vie, de la santé ou de la sécurité;
- (B) la destruction ou la détérioration grave de machines, de matériel ou de locaux;
- (C) l’endommagement grave de l’environnement;
- (D) la perturbation des tribunaux de la Saskatchewan;

(ii) dans le cas de services fournis par le gouvernement de la Saskatchewan, les services qui

- (A) répondent aux critères énoncés au sous-alinéa (i) et
- (B) qui sont visés par règlement<sup>1</sup>;

<sup>1</sup> Le service « visé par règlement » dont il est question au sous-al. 2(c)(ii) figure au Tableau 1 de l’annexe du *Public Service Essential Services Regulations*, R.R.S., c. P-42.2, règl. 1, entré en vigueur en 2009.

[10] A “public employer” is defined as:

s. 2(i)

- (i) the Government of Saskatchewan;
- (ii) a Crown corporation as defined in *The Crown Corporations Act, 1993*;
- (iii) a regional health authority as defined in *The Regional Health Services Act*;
- (iv) an affiliate as defined in *The Regional Health Services Act*;
- (v) the Saskatchewan Cancer Agency continued pursuant to *The Cancer Agency Act*;
- (vi) the University of Regina;
- (vii) the University of Saskatchewan;
- (viii) the Saskatchewan Polytechnic;
- (ix) a municipality;
- (x) a board as defined in *The Police Act, 1990*;
- (xi) any other person, agency or body, or class of persons, agencies or bodies, that:
  - (A) provides an essential service to the public; and
  - (B) is prescribed;

[11] A public employer and the union are to negotiate an “essential services agreement” to govern how public services are to be maintained in the event of a work stoppage. In the event that the negotiations break down, the public employer has the authority to unilaterally designate, by “notice”, which public services it considers to be essential, the classifications of employees required to continue to work during a work stoppage, and the names and number of employees in each of the classifications. Further notice may be given by the public employer at any time, either to increase or decrease the numbers of employees required to maintain essential services.

[10] Le terme [TRADUCTION] « employeur public » est défini comme suit :

[TRADUCTION]

al. 2(i)

- (i) le gouvernement de la Saskatchewan;
- (ii) une société d’État au sens de la *Crown Corporations Act, 1993*;
- (iii) un office régional de la santé au sens de la loi intitulée *The Regional Health Services Act*;
- (iv) un affilié au sens de la *Regional Health Services Act*;
- (v) la Saskatchewan Cancer Agency prorogée en vertu de la *Cancer Agency Act*;
- (vi) l’Université de Regina;
- (vii) l’Université de la Saskatchewan;
- (viii) la Saskatchewan Polytechnic;
- (ix) une municipalité;
- (x) un conseil au sens de la loi intitulée *The Police Act, 1990*;
- (xi) tout autre organisme, personne ou agence, ou catégorie d’organismes, de personnes ou d’agences :
  - (A) qui fournit un service essentiel au public et
  - (B) qui est visée par règlement;

[11] L’employeur public et le syndicat doivent négocier un [TRADUCTION] « accord sur les services essentiels » qui détermine la manière dont les services publics seront assurés advenant un arrêt de travail. S’ils n’y parviennent pas, l’employeur public a le pouvoir de désigner unilatéralement, au moyen d’un « avis », les services publics qui sont tenus pour essentiels et les catégories de salariés qui doivent continuer d’exercer leurs fonctions durant un arrêt de travail, ainsi que de préciser les noms et le nombre des salariés de chacune de ces catégories. L’employeur public peut à tout moment donner un nouvel avis à l’effet d’augmenter ou de diminuer le nombre de salariés tenus d’assurer des services essentiels.

[12] Where the employer is the Government of Saskatchewan, essential services are prescribed by regulation.

[13] The Saskatchewan Labour Relations Board has limited jurisdiction to review the numbers of employees required to work in a given classification during a strike, but it has no authority to review whether any particular service is essential, which classifications involve the delivery of genuinely essential services, or whether specific employees named by the employer to work during the strike have been reasonably selected.

[14] The second statute at issue in this appeal is *The Trade Union Amendment Act, 2008*. It introduced stricter requirements for a union to be certified by increasing the required level of written support from 25% to 45% of employees; by reducing the period for receiving written support from the employees from six months to three; and by eliminating the automatic certification previously available when over 50% of the employees had given written support prior to the application. The Saskatchewan Labour Board no longer had any discretion to decide whether a representation vote by secret ballot was needed.

[15] *The Trade Union Amendment Act, 2008* also decreased the level of employee support required for decertification. The predecessor legislation, *The Trade Union Act, R.S.S. 1978, c. T-17* (repealed by S.S. 2013, c. S-15.1), had set out a process by which employees in a bargaining unit could apply to have a union decertified as the bargaining representative. That provision was changed in *The Trade Union Amendment Act, 2008* by decreasing the required level of advanced written support for decertification from 50% plus one to 45%. The period within which the required written support was to be submitted was reduced from six months to three.

[16] Finally, it was no longer an “unfair labour practice” for an employer to communicate “facts and its opinions to its employees” during the exercise

[12] Lorsque l’employeur est le gouvernement de la Saskatchewan, les services essentiels sont visés par règlement.

[13] La Saskatchewan Labour Relations Board (la Commission) possède une compétence limitée qui lui permet de réviser le nombre de salariés d’une catégorie tenus d’exercer leurs fonctions lors d’une grève, mais elle ne peut aucunement examiner si un service est essentiel ou non, déterminer quelles catégories de salariés assurent véritablement des services essentiels ou si les salariés choisis par l’employeur pour exercer leurs fonctions pendant la grève l’ont été de manière raisonnable ou non.

[14] *La Trade Union Amendment Act, 2008* est la seconde loi en cause dans le pourvoi. Elle a resserré les conditions d’accréditation d’un syndicat en faisant passer de 25 à 45 p. 100 le pourcentage des salariés qui doivent donner leur appui par écrit, en ramenant de six à trois mois la période au cours de laquelle ces appuis doivent être ainsi obtenus et en supprimant l’octroi automatique de l’accréditation lorsque plus de 50 p. 100 des salariés donnaient leur appui par écrit avant le dépôt de la demande. La Commission n’a plus de pouvoir discrétionnaire pour décider si, lors d’un scrutin de représentation, le vote doit être secret ou non.

[15] *La Trade Union Amendment Act, 2008* a également abaissé le pourcentage d’appui des salariés requis pour la révocation de l’accréditation. La loi antérieure intitulée *The Trade Union Act, R.S.S. 1978, c. T-17* (abrogée par S.S. 2013, c. S-15.1), établissait le processus par lequel les membres d’une unité de négociation pouvaient demander la révocation de l’accréditation d’un syndicat à titre d’agent négociateur. *La Trade Union Amendment Act, 2008* a modifié cette disposition en ramenant de 50 p. 100 plus un à 45 p. 100 le pourcentage d’appui — obtenu au préalable et par écrit — nécessaire à cette fin. La période au cours de laquelle l’appui doit être donné par écrit est passée de six à trois mois.

[16] Enfin, la communication par l’employeur [TRADUCTION] « de faits ou d’opinions à ses salariés » lorsque ceux-ci exercent les droits que leur

of their rights under *The Trade Union Amendment Act, 2008*.

[17] In July 2008, the Saskatchewan Federation of Labour and other unions challenged the constitutionality of both the *PSESA* and *The Trade Union Amendment Act, 2008*. The Saskatchewan Union of Nurses, the Canadian Union of Public Employees, the Service Employees International Union-West, and the Saskatchewan Government and General Employees' Union each subsequently commenced separate proceedings challenging only the constitutionality of the *PSESA*.

[18] Both sets of challenges were decided by the trial judge, Ball J., under s. 2(d) of the *Charter*. In his view, the majority decisions in the *Alberta Reference* had been superseded by this Court's interpretation of the scope of s. 2(d) of the *Charter* in *Health Services* and *Fraser* to include protection for the right to engage in collective action to achieve workplace goals. While recognizing that the Court had not yet directly considered whether strike activity was encompassed by s. 2(d), Ball J. nonetheless concluded that "the right to strike is a fundamental freedom protected by s. 2(d) of the *Charter*".

[19] He accordingly found that the prohibition on the right to strike in the *PSESA* substantially interfered with the s. 2(d) rights of the affected public sector employees. He acknowledged that while Canadian and international law supports the restriction or prohibition of strikes by essential services employees, after an extensive and thoughtful analysis, he found that the absolute ban on the right to strike in the *PSESA* was neither minimally impairing nor proportionate for essentially the following reasons:

- Saskatchewan failed to engage in meaningful consultation or negotiation with respect to the *PSESA* and *The Public Service Essential Services Regulations*.

confère la *Trade Union Amendment Act, 2008* n'est plus considérée comme une « pratique déloyale ».

[17] En juillet 2008, la Saskatchewan Federation of Labour et d'autres syndicats ont contesté la constitutionnalité de la *PSESA* et de la *Trade Union Amendment Act, 2008*. Le Saskatchewan Union of Nurses, le Syndicat canadien de la fonction publique, le Service Employees International Union-West et le Saskatchewan Government and General Employees' Union ont ensuite contesté dans des instances distinctes la constitutionnalité de la seule *PSESA*.

[18] En première instance, le juge Ball statue sur les deux séries d'instances en application de l'al. 2d) de la *Charte*. À son avis, la décision des juges majoritaires de la Cour dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* est supplantée par les arrêts *Health Services* et *Fraser* dans lesquels la Cour se prononce sur la portée de l'al. 2d) de la *Charte* et conclut que cet alinéa protège également le droit d'agir de manière concertée en vue de la réalisation d'objectifs liés au travail. Après avoir reconnu que la Cour n'a pas encore directement examiné si l'al. 2d) protège le droit de grève ou non, le juge Ball conclut néanmoins que [TRADUCTION] « le droit de grève est une liberté fondamentale protégée par l'al. 2d) de la *Charte* ».

[19] Il opine donc que l'interdiction de la grève par la *PSESA* entrave substantiellement l'exercice des droits que garantit l'al. 2d) aux salariés du secteur public en cause. Il reconnaît que le droit canadien et le droit international permettent de limiter ou de supprimer le droit de grève des salariés qui assurent des services essentiels. Cependant, à l'issue d'une analyse approfondie et réfléchie, il estime que l'interdiction totale de la grève par la *PSESA* ne porte pas atteinte le moins possible aux droits constitutionnels et que son effet n'est pas proportionné à son objectif, et ce, pour les raisons suivantes :

- La Saskatchewan n'a pas tenu une véritable consultation ou négociation sur la *PSESA* et le *Public Service Essential Services Regulations*.

- Good-faith negotiation in determining essential services designations is not possible under the *PSESA* since one side has the capacity to impose an agreement.
- The definition of “essential services” is “very broad”. In the absence of an agreement with the Unions about what the definition means, employers are entitled unilaterally to decide what they included.
- The definition of “public employer” is also overbroad. There was no evidence that some of the designated public employers actually employed any employees who were engaged in the delivery of essential services.
- The power of public employers during a work stoppage to designate how essential services are to be maintained and by whom was unilateral and required no consultation with the Unions.
- The unilateral decision-making power granted to public employers was unnecessary. There was no explanation for why the Unions were denied any input into naming essential services employees.
- The *PSESA* goes beyond what is reasonably required to ensure the uninterrupted delivery of essential services during a strike.
- Compared to analogous legislation in other Canadian jurisdictions, the *PSESA* is uniquely restrictive of the right to strike and devoid of both review mechanisms and alternate means of addressing workplace issues.
- La *PSESA* ne permet pas aux parties de négocier de bonne foi la désignation de services essentiels, car l’une d’elles peut imposer ses choix à l’autre.
- Le terme [TRADUCTION] « service essentiel » est « très largement » défini. Faute d’un accord avec le syndicat, l’employeur peut décider unilatéralement en quoi il consiste.
- La définition du terme [TRADUCTION] « employeur public » est elle aussi trop large. Nul élément de preuve n’établit que les salariés de certains des employeurs publics désignés assurent vraiment des services essentiels.
- Le pouvoir de l’employeur public de déterminer, lors d’un arrêt de travail, quelles personnes assureront les services essentiels et la manière dont elles le feront est unilatéral, et son exercice n’exige pas la consultation du syndicat.
- Il n’était pas nécessaire d’accorder à l’employeur public un pouvoir de décision unilatéral. Nul motif n’a été invoqué pour refuser au syndicat la possibilité de faire valoir son point de vue sur la désignation des salariés appelés à assurer les services essentiels.
- La *PSESA* va au delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour garantir la prestation ininterrompue de services essentiels durant une grève.
- La *PSESA* restreint plus le droit de grève que les dispositions apparentées des autres ressorts canadiens et elle ne prévoit ni un mécanisme de révision, ni quelque autre moyen de régler des questions liées au travail.

[20] The declaration of invalidity was suspended for one year.

[20] L’effet de la déclaration d’invalidité est suspendu pendant un an.

[21] In his analysis of the second statutory scheme, *The Trade Union Amendment Act, 2008*, on the other hand, Ball J. concluded that the legislation

[21] En revanche, dans son analyse du second régime législatif, celui établi par la *Trade Union Amendment Act, 2008*, le juge Ball conclut que les

did not breach s. 2(d). While he acknowledged that the changes to the certification process introduced by *The Trade Union Amendment Act, 2008* had the effect of reducing the success rate of union applications for certification, he held that s. 2(d) does not require the enactment of legislation that ensures that unions succeed easily in their efforts to be certified; “it precludes the enactment of legislation that interferes with the freely expressed wishes of employees in the exercise of their s. 2(d) rights”.

[22] With respect to the broadened scope of permissible employer communications, Ball J. held that permitting employers to communicate facts and opinions is consistent with the employers’ freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter*. He concluded that both the purpose and effect of the relevant provision is that employers could only communicate with employees in a manner that does not infringe on the ability of the employees to engage their collective bargaining rights.

[23] The Saskatchewan Court of Appeal unanimously allowed the Government of Saskatchewan’s appeal with respect to the constitutionality of the *PSESA*, concluding that “[w]hile the Court’s freedom of association jurisprudence has evolved in recent years, it has not shifted far enough, or clearly enough, to warrant a ruling by this Court that the right to strike is protected by s. 2(d) of the *Charter*”. The appeal against the trial judge’s finding that *The Trade Union Amendment Act, 2008* did not violate s. 2(d) of the *Charter* was dismissed.

[24] I agree with the trial judge. Along with their right to associate, speak through a bargaining representative of their choice, and bargain collectively with their employer through that representative, the right of employees to strike is vital to protecting the meaningful process of collective bargaining within s. 2(d). As the trial judge observed, without the right to strike, “a constitutionalized right to bargain collectively is meaningless”.

dispositions ne portent pas atteinte aux droits garantis par l’al. 2d). Même s’il reconnaît que les changements apportés au processus d’accréditation ont pour effet de réduire les chances qu’un syndicat soit accrédité, il conclut que l’al. 2d) n’exige pas l’adoption de dispositions qui permettent aux syndicats d’obtenir aisément leur accréditation, mais [TRADUCTION] « empêche l’adoption de dispositions qui font obstacle au vœu librement exprimé par les salariés dans l’exercice des droits qu’il garantit à ces derniers ».

[22] S’agissant de l’élargissement de ce que l’employeur est autorisé à communiquer aux salariés, le juge Ball estime que permettre à l’employeur de communiquer des faits et des opinions se concilie avec la liberté d’expression que lui garantit l’al. 2b) de la *Charte*. Il conclut que la disposition pertinente a pour objet et pour effet de seulement permettre à l’employeur de communiquer avec les salariés d’une manière qui n’entrave pas leur exercice du droit de négocier collectivement.

[23] La Cour d’appel de la Saskatchewan accueille à l’unanimité l’appel interjeté par le gouvernement de la Saskatchewan relativement à la constitutionnalité de la *PSESA*. Elle conclut que [TRADUCTION] « [l]a jurisprudence de la cour sur la liberté d’association a évolué ces dernières années, mais que les changements survenus ne sont pas assez importants ou manifestes pour qu’elle puisse statuer que le droit de grève est protégé par l’al. 2d) de la *Charte* ». Elle rejette l’appel de la décision du juge de première instance selon laquelle la *Trade Union Amendment Act, 2008* ne porte pas atteinte au droit garanti par l’al. 2d) de la *Charte*.

[24] Je me range à l’avis du juge de première instance. De pair avec le droit de s’associer, de s’exprimer par l’entremise de l’agent négociateur de leur choix et de négocier collectivement avec leur employeur par l’entremise de cet agent, le droit de grève des salariés est indispensable à la protection du processus véritable de négociation collective pour l’application de l’al. 2d). Comme le fait observer le juge, sans le droit de grève, [TRADUCTION] « le droit constitutionnel de négocier collectivement perd tout son sens ».

[25] Where strike action is limited in a way that substantially interferes with a meaningful process of collective bargaining, it must be replaced by one of the meaningful dispute resolution mechanisms commonly used in labour relations. Where essential services legislation provides such an alternative mechanism, it would more likely be justified under s. 1 of the *Charter*. In my view, the failure of any such mechanism in the *PSESA* is what ultimately renders its limitations constitutionally impermissible.

#### Analysis

[26] Section 2 of the *Charter* guarantees the following:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(d) freedom of association.

[27] The trial judge in this case relied on changes in this Court's s. 2(d) jurisprudence to depart from the precedent set by the majority in the *Alberta Reference*.

[28] The recognition of the broader purpose underlying s. 2(d) led the Court to conclude in *Health Services* that "s. 2(d) should be understood as protecting the right of employees to associate for the purpose of advancing workplace goals through a process of collective bargaining" (para. 87). In reaching this conclusion, McLachlin C.J. and LeBel J. held that none of the majority's reasons in the *Alberta Reference* which had excluded collective bargaining from the scope of s. 2(d) "survive[d] scrutiny, and the rationale for excluding inherently collective activities from s. 2(d)'s protection has been overtaken by *Dunmore*" (*Health Services*, at para. 36).

[29] This Court reaffirmed in *Fraser* that a meaningful process under s. 2(d) must include, at a minimum, employees' rights to join together to pursue

[25] Lorsque le législateur limite le droit de grève d'une manière qui entrave substantiellement un processus véritable de négociation collective, il doit le remplacer par l'un ou l'autre des mécanismes véritables de règlement des différends couramment employés en relations de travail. La loi qui prévoit un tel mécanisme de rechange voit sa justification accrue au regard de l'article premier de la *Charte*. À mon avis, l'absence d'un tel mécanisme dans la *PSESA* représente ce qui, en fin de compte, rend les restrictions apportées par celle-ci inadmissibles sur le plan constitutionnel.

#### Analyse

[26] L'article 2 de la *Charte* garantit ce qui suit :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

d) liberté d'association.

[27] Le juge de première instance invoque l'évolution de la jurisprudence de la Cour relative à l'al. 2d) pour s'écarter de l'opinion charnière des juges majoritaires dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*.

[28] Dans l'arrêt *Health Services*, l'élargissement de l'objet de l'al. 2d) amène la Cour à conclure que « l'al. 2d) devrait être interprété comme ayant pour effet de protéger le droit d'employés de s'associer en vue d'atteindre des objectifs [liés] au [. . .] travail par un processus de négociation collective » (par. 87). Ce faisant, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel estiment qu'aucune des raisons exposées par les juges majoritaires dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* — qui exclut la négociation collective du champ d'application de la disposition — « ne résist[e] à l'examen et [que] le raisonnement à l'origine de l'exclusion des activités purement collectives de la protection de l'al. 2d) a été écarté dans *Dunmore* » (*Health Services*, par. 36).

[29] Dans l'arrêt *Fraser*, notre Cour réaffirme que, pour l'application de l'al. 2d), un processus véritable doit, à tout le moins, englober le droit des

workplace goals, to make collective representations to the employer, and to have those representations considered in good faith, including having a means of recourse should the employer not bargain in good faith.

[30] The evolution in the Court's approach to s. 2(d) was most recently summarized by McLachlin C.J. and LeBel J. in *Mounted Police*, where they said:

The jurisprudence on freedom of association under s. 2(d) of the *Charter* . . . falls into two broad periods. The first period is marked by a restrictive approach to freedom of association. The second period gradually adopts a generous and purposive approach to the guarantee.

. . . after an initial period of reluctance to embrace the full import of the freedom of association guarantee in the field of labour relations, the jurisprudence has evolved to affirm a generous approach to that guarantee. This approach is centred on the purpose of encouraging the individual's self-fulfillment and the collective realization of human goals, consistent with democratic values, as informed by "the historical origins of the concepts enshrined" in s. 2(d) . . . [paras. 30 and 46]

[31] They confirmed that freedom of association under s. 2(d) seeks to preserve "employee autonomy against the superior power of management" in order to allow for a meaningful process of collective bargaining (para. 82).

[32] Given the fundamental shift in the scope of s. 2(d) since the *Alberta Reference* was decided, the trial judge was entitled to depart from precedent and consider the issue in accordance with this Court's revitalized interpretation of s. 2(d): *Canada (Attorney General) v. Bedford*, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 42.

[33] Dickson C.J.'s dissenting reasons in the *Alberta Reference* were influential in the development of the more "generous approach" in the recent

salariés de se regrouper en vue de poursuivre des objectifs liés au travail, de faire des représentations collectives à l'employeur et de les voir prises en compte de bonne foi, ce qui comprend l'accès à une voie de recours advenant que l'employeur ne négocie pas de bonne foi.

[30] Dans le tout récent arrêt *Police montée*, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel résumant comme suit l'évolution de l'interprétation de l'al. 2d) par la Cour :

La jurisprudence sur la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte* [compte] deux périodes importantes. La première s'est caractérisée par une interprétation restrictive de la liberté d'association. La seconde a, pour sa part, graduellement privilégié une interprétation généreuse et fondée sur l'objet de la garantie constitutionnelle.

. . . après une période initiale marquée par une réticence à reconnaître toute la portée de la liberté d'association en matière de relations de travail, la jurisprudence a évolué vers une approche généreuse de cette liberté. Cette approche visait essentiellement à encourager l'épanouissement individuel et la réalisation collective des objectifs humains, dans le respect des valeurs démocratiques, à la lumière des « origines historiques des concepts en-châssés » dans l'al. 2d) . . . [par. 30 et 46]

[31] Ils confirment que la liberté d'association garantie à l'al. 2d) vise à protéger « l'autonomie collective des employés contre le pouvoir supérieur de l'administration » afin de permettre le déroulement d'un processus véritable de négociation collective (par. 82).

[32] Étant donné la rupture fondamentale d'avec le *Renvoi relatif à l'Alberta* concernant la portée de l'al. 2d), le juge de première instance était fondé de déroger à celle-ci et d'examiner les questions au regard de l'interprétation actualisée de l'al. 2d) par notre Cour (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 42).

[33] Les motifs de dissidence du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* ont contribué au caractère plus « généreux » de la jurisprudence

jurisprudence. Recognizing that association “has always been vital as a means of protecting the essential needs and interests of working people” (at p. 368), and that Canada’s international human rights obligations required protection for both the formation and essential activities of labour unions, including collective bargaining and the freedom to strike, Dickson C.J. concluded that “effective constitutional protection of the associational interests of employees in the collective bargaining process requires concomitant protection of their freedom to withdraw . . . their services [collectively], subject to s. 1 of the *Charter*” (at p. 371). (See also *Perrault v. Gauthier* (1898), 28 S.C.R. 241, at p. 256, and *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] S.C.R. 609, at pp. 618 and 621.)

[34] His views are supported by the history of strike activity in Canada and globally.

[35] This Court referenced this history in *Health Services*:

In England, as early as the end of the Middle Ages, workers were getting together to improve their conditions of employment. They were addressing petitions to Parliament, asking for laws to secure better wages or other more favourable working conditions. Soon thereafter, strike activity began (M.-L. Beaulieu, *Les Conflits de Droit dans les Rapports Collectifs du Travail* (1955), at pp. 29-30). [para. 45]

[36] In England in the 19th century, strike action was the subject of criminal sanction under the common law doctrine of criminal conspiracy, reflected in the *Combination Acts* of 1799 and 1800. Even when certain forms of trade unionism and collective bargaining became legal under the *Combination Act* of 1825, strike activity itself remained criminal: *Health Services*, at paras. 47-48. This state of affairs continued in England “until the ‘legislative settlement’ of the 1870s . . . lifted the threat of criminal sanctions from all but violent forms of behaviour associated with industrial action”: Simon Deakin and Gillian S. Morris, *Labour Law* (6th ed. 2012), at p. 8.

récente. Après avoir reconnu que l’association « a toujours joué un rôle vital dans la protection des besoins et des intérêts essentiels des travailleurs » (p. 368) et que les obligations internationales du Canada au chapitre des droits de la personne commandent la protection tant de la formation de syndicats que des activités fondamentales de ceux qui sont formés, dont la négociation collective et la grève, le juge en chef Dickson conclut que « la protection constitutionnelle efficace des intérêts des associations de travailleurs dans le processus de négociation collective requiert la protection concomitante de leur liberté de cesser collectivement de fournir leurs services, sous réserve de l’article premier de la *Charte* » (p. 371). (Voir également *Perrault c. Gauthier* (1898), 28 R.C.S. 241, p. 256, et *Canadian Pacific Railway Co. c. Zambri*, [1962] R.C.S. 609, p. 618 et 621.)

[34] L’histoire du recours à la grève au Canada et ailleurs dans le monde appuie son opinion.

[35] La Cour renvoie d’ailleurs à cette histoire dans *Health Services* :

En Angleterre, dès la fin du Moyen-Âge, les travailleurs se regroupaient pour demander de meilleures conditions de travail. Ils présentaient des pétitions au Parlement, réclamant des lois leur accordant de meilleurs salaires ou d’autres conditions de travail plus avantageuses. Peu après, ils ont commencé à organiser des grèves (M.-L. Beaulieu, *Les Conflits de Droit dans les Rapports Collectifs du Travail* (1955), p. 29-30). [par. 45]

[36] Dans l’Angleterre du 19<sup>e</sup> siècle, la grève exposait à des sanctions pénales du fait que la common law l’assimilait à un complot criminel, comme en faisaient foi les *Combination Acts* (lois sur la coalition) de 1799 et 1800. Même lorsque certaines formes de syndicalisme et de négociation collective ont été légalisées par la *Combination Act* de 1825, la grève est demeurée un acte criminel (*Health Services*, par. 47-48). La situation a perduré en Angleterre [TRADUCTION] « jusqu’à ce que, au cours de la décennie 1870, une mesure législative supprime le caractère pénal de tout acte non violent associé à un moyen de pression » (Simon Deakin et Gillian S. Morris, *Labour Law* (6<sup>e</sup> éd. 2012), p. 8).

[37] British labour law was influential in the development of Canadian labour law prior to the 1940s, but the extent to which the restrictions on collective action were actually adopted and enforced in Canada appears to be unclear: *Health Services*, at paras. 43 and 50. As Judy Fudge and Eric Tucker wrote in describing the Canadian experience:

The collective dimension of striking was covered by combination law, but just what that law was in early and mid-nineteenth century Canada is even more opaque than the status of English master and servant law. However, regardless of the formal law, historians have not identified a single case in which workers were successfully prosecuted under combination law simply for the act of striking. It is also clear that the social practice of workers striking to improve terms and conditions of employment became deeply rooted during this era.

(“The Freedom to Strike in Canada: A Brief Legal History” (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 333, at pp. 340-41)

[38] What is known, however, is that workers participated in strike activity long before the modern system of labour relations was introduced in Canada. Strikes and collective bargaining were seen to go hand in hand since both “are creatures of working class action: working people turned to these methods to improve their lot in industry from the earliest days of nineteenth century Canadian capitalism”: Geoffrey England, “Some Thoughts on Constitutionalizing the Right to Strike” (1988), 13:2 *Queen’s L.J.* 168, at p. 175. See also Gilles Trudeau, “La grève au Canada et aux États-Unis: d’un passé glorieux à un avenir incertain” (2004), 38 *R.J.T.* 1; Claude D’Aoust and François Delorme, “The Origin of the Freedom of Association and of the Right to Strike in Canada: An Historical Perspective” (1981), 36 *Relat. ind.* 894; Bryan D. Palmer, “Labour Protest and Organization in Nineteenth-Century Canada, 1820-1890” (1987), 20 *Labour* 61; Fudge and Tucker.

[39] The acceptance of the crucial role of strike activity led to its eventual decriminalization. In

[37] Le droit britannique du travail a influencé l’évolution de notre droit du travail jusqu’à la décennie 1940, mais on ignore dans quelle mesure les restrictions apportées à l’action concertée au Royaume-Uni ont réellement été adoptées et appliquées au Canada (*Health Services*, par. 43 et 50). Voici ce qu’écrivent Judy Fudge et Eric Tucker au sujet de la situation canadienne :

[TRADUCTION] Les règles et principes régissant les coalitions s’appliquaient à la dimension collective de la grève, mais leur teneur réelle au Canada au début et au milieu du 19<sup>e</sup> siècle est encore plus obscure que l’applicabilité des règles et principes régissant les rapports entre employeur et employé. Cependant, quel que soit l’état du droit positif, les historiens ne relèvent aucune affaire dans laquelle des travailleurs auraient été condamnés sous le régime du droit applicable aux coalitions uniquement pour avoir fait la grève. En outre, il ne fait aucun doute que le recours des travailleurs à la grève pour améliorer leurs conditions de travail s’est fermement implanté durant cette période.

(« The Freedom to Strike in Canada : A Brief Legal History » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 333, p. 340-341)

[38] On sait cependant que les travailleurs ont pris part à des grèves bien avant que le Canada ne se dote d’un régime moderne de relations de travail. On considérerait que la grève et la négociation collective allaient de pair puisque tous deux [TRADUCTION] « émanaient des actions de la classe ouvrière; les travailleurs y ont eu recours afin d’améliorer leur sort au tout début du capitalisme canadien, au dix-neuvième siècle » (Geoffrey England, « Some Thoughts on Constitutionalizing the Right to Strike » (1988), 13:2 *Queen’s L.J.* 168, p. 175. Voir également Gilles Trudeau, « La grève au Canada et aux États-Unis : d’un passé glorieux à un avenir incertain » (2004), 38 *R.J.T.* 1; Claude D’Aoust et François Delorme, « The Origin of the Freedom of Association and of the Right to Strike in Canada : An Historical Perspective » (1981), 36 *Relat. ind.* 894; Bryan D. Palmer, « Labour Protest and Organization in Nineteenth-Century Canada, 1820-1890 » (1987), 20 *Le Travail* 61; Fudge et Tucker).

[39] La reconnaissance du rôle crucial de la grève a finalement mené à sa décriminalisation. En 1872,

1872, Parliament began the process of eliminating the criminal prohibition against collective action by enacting the Canadian *The Trade Unions Act, 1872*, S.C. 1872, c. 30. Through a series of legislative reforms, “the taint of criminal liability” had finally been removed from all trade unions in Canada by 1892: George W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at ¶ 1.80. Parliament recognized the importance of this legislative reform for workers:

[In enacting the 1872 *Trade Unions Act*], the Canadian Parliament recognized the value for the individual of collective actions in the context of labour relations. As Sir John A. Macdonald mentioned in the House of Commons, the purpose of the *Trade Unions Act* of 1872 was to immunize unions from existing laws considered to be “opposed to the spirit of the liberty of the individual” (*Parliamentary Debates*, vol. III, 5th Sess., 1st Parl., May 7, 1872, at p. 392, as cited by M. Chartrand, “The First Canadian Trade Union Legislation: An Historical Perspective” (1984), 16 *Ottawa L. Rev.* 267, at p. 267).

(*Health Services*, at para. 52)

[40] McLachlin C.J. and LeBel J. further explain in *Health Services* that,

[b]efore the adoption of the modern statutory model of labour relations, the majority of strikes were motivated by the workers’ desire to have an employer recognize a union and bargain collectively with it (D. Glenday and C. Schrenk, “Trade Unions and the State: An Interpretative Essay on the Historical Development of Class and State Relations in Canada, 1889-1947” (1978), 2 *Alternate Routes* 114, at p. 128; M. Thompson, “Wagnerism in Canada: Compared to What?”, in *Proceedings of the XXXIst Conference — Canadian Industrial Relations Association* (1995), 59, at p. 60; C. D. Baggaley, *A Century of Labour Regulation in Canada* (February 1981), Working Paper No. 19, prepared for the Economic Council of Canada, at p. 57). [para. 54]

[41] And in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, [2013] 3 S.C.R. 733, at para. 35, the Court noted that “[s]trikes and picketlines have been used by Canadian unions to exert economic

le législateur canadien a entrepris de lever l’interdiction criminelle de l’action concertée par l’adoption de l’*Acte des Associations Ouvrières, 1872*, S.C. 1872, c. 30. En 1892, après une série de réformes législatives, les syndicats cessaient enfin de voir leurs activités [TRADUCTION] « tenues pour criminelles » (George W. Adams, *Canadian Labour Law* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), ¶ 1.80). Le Parlement a reconnu l’importance de cette réforme législative pour les travailleurs :

[Par l’adoption de l’*Acte des Associations Ouvrières, 1872*], le Parlement canadien a reconnu la valeur des activités collectives pour les individus dans le contexte des relations du travail. Comme l’a déclaré sir John A. Macdonald à la Chambre des communes, l’*Acte des Associations ouvrières, 1872* visait à soustraire les syndicats à l’application des lois en vigueur considérées comme [TRADUCTION] « incompatibles avec l’esprit de liberté individuelle » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 5<sup>e</sup> sess., 1<sup>re</sup> lég., 7 mai 1872, p. 392, passage cité par M. Chartrand, « The First Canadian Trade Union Legislation : An Historical Perspective » (1984), 16 *R.D. Ottawa* 267, p. 267).

(*Health Services*, par. 52)

[40] La juge en chef McLachlin et le juge LeBel expliquent en outre dans l’arrêt *Health Services* :

Avant l’adoption du modèle légal contemporain des relations du travail, la majorité des grèves s’expliquaient par le désir des travailleurs d’amener l’employeur à reconnaître le syndicat et à négocier collectivement avec lui (D. Glenday et C. Schrenk, « Trade Unions and the State : An Interpretative Essay on the Historical Development of Class and State Relations in Canada, 1889-1947 » (1978), 2 *Alternate Routes* 114, p. 128; M. Thompson, « Wagnerism in Canada : Compared to What? », dans *Actes du XXXI<sup>e</sup> Congrès de l’Association canadienne des relations industrielles* (1995), 59, p. 60; C. D. Baggaley, *A Century of Labour Regulation in Canada* (février 1981), Cahier de recherche n° 19, préparé par le Conseil économique du Canada, p. 57). [par. 54]

[41] Dans l’arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 401*, [2013] 3 R.C.S. 733, par. 35, la Cour fait observer que « [l]es syndicats canadiens recourent

pressure and bargain with employers for over a century”.

[42] In 1935, the *Wagner Act* was adopted in the United States, introducing a model of labour relations that came to inspire legislative schemes across Canada. This model was adopted in Canada because the federal and provincial governments “recognized the fundamental need for workers to participate in the regulation of their work environment”, and, in doing so, “confirmed what the labour movement had been fighting for over centuries and what it had access to in the laissez-faire era through the use of strikes — the right to collective bargaining with employers” (*Health Services*, at para. 63). One of the goals of the Wagner model, therefore, was to reduce the frequency of strikes by ensuring a commitment to meaningful collective bargaining.

[43] As this Court noted in *Health Services*, the “unprecedented number of strikes, caused in large part by the refusal of employers to recognize unions and to bargain collectively, led to governments adopting the American *Wagner Act* model of legislation” (para. 54). In implementing statutorily protected bargaining rights, modern labour relations legislation was “designed to secure a greater measure of industrial peace to the public by encouraging collective bargaining and conciliation procedures rather than strikes as a method of resolving industrial disputes” (*Gagnon v. Foundation Maritime Ltd.*, [1961] S.C.R. 435, at pp. 443-44, per Ritchie J.).

[44] Modern labour relations legislation in Canada accordingly limited certain forms of strike activities and replaced the freedom to collectively engage in the withdrawal of services with statutorily protected rights to organize and engage in collective bargaining. As Judy Fudge and Eric Tucker noted, this model gave workers collective bargaining protection as a trade-off for limitations imposed on the freedom to strike:

aux grèves et aux lignes de piquetage pour exercer des pressions économiques et négocier avec les employeurs depuis plus d’un siècle ».

[42] Adoptée aux États-Unis en 1935, la *Loi Wagner* a établi un modèle de relations de travail qui a inspiré les régimes législatifs partout au Canada. Les gouvernements fédéral et provinciaux ont adopté ce modèle parce qu’ils ont « reconnu le besoin fondamental des travailleurs de participer à la réglementation de leur milieu de travail » et, ce faisant, ils « ont confirmé la validité de l’objectif central des luttes syndicales depuis des siècles, que le mouvement syndical a atteint pendant la période de laissez-faire en déclenchant des grèves : le droit de négocier collectivement avec les employeurs » (*Health Services*, par. 63). Le modèle fondé sur la *Loi Wagner* visait donc entre autres à réduire le recours à la grève en veillant à ce que les parties se livrent à une véritable négociation collective.

[43] Dans l’arrêt *Health Services*, notre Cour fait remarquer que le « nombre sans précédent de grèves, causées en grande partie par le refus des employeurs de reconnaître les syndicats et de négocier collectivement avec eux, a amené les gouvernements à adopter le modèle [. . .] américain fondé sur la *Loi Wagner* » (par. 54). En établissant des droits de négociation protégés par la loi, la législation moderne [TRADUCTION] « vise à favoriser la paix industrielle dans l’intérêt des citoyens en incitant à la négociation collective et aux mesures de conciliation plutôt qu’à la grève pour régler les conflits de travail » (*Gagnon c. Foundation Maritime Ltd.*, [1961] R.C.S. 435, p. 443-444, le juge Ritchie).

[44] Au Canada, la législation moderne du travail a donc limité le recours à certaines formes de grève et remplacé la liberté des travailleurs de cesser collectivement le travail par le droit de se syndiquer et celui de négocier collectivement, tous deux légalement protégés. Les professeurs Judy Fudge et Eric Tucker font observer que ce modèle garantit aux travailleurs le droit de négocier collectivement en contrepartie de la limitation de leur liberté de grève :

The loss of the freedom to strike for recognition was accompanied by a certification procedure that enabled employees to obtain union representation through a democratic process, and also imposed on employers a duty to recognize and to bargain in good faith with certified unions. The loss of the freedom to strike during the life of a collective agreement came with a right to enforce the terms of that agreement through binding arbitration. And, of course, the postponement of strikes until after conciliation . . . also came with a statutory freeze on terms and conditions. Finally, the new regime also gave workers a right to strike in the Hohfeldian sense, by prohibiting employers from terminating the contract of employment merely because the worker was on strike. The scope of the right to resume employment varies from jurisdiction to jurisdiction, but it protects striking workers' jobs in most situations. [p. 350]

[45] As George W. Adams writes, "All statutes have a policy commitment to the postponement of the reciprocal rights of lockout and strike until the exhaustion of all settlement mechanisms" (§ 1.250). The trade-off in the Wagner labour relations model, limiting the ability to strike in favour of an emphasis on negotiated solutions for workplace issues, remains at the heart of labour relations in Canada. That is not to say it is the only model available, but it is the prevailing model in this country and the one under the s. 2(d) microscope in this case.

[46] It is important to point out, however, that the right to strike is not a creature just of the Wagner model. Most labour relations models include it. And where history has shown the importance of strike action for the proper functioning of a given model of labour relations, as it does in Wagner-style schemes, it should come as no surprise that the suppression of legal strike action will be seen as substantially interfering with meaningful collective bargaining. That is because it has long been recognized that the ability to collectively withdraw services for the purpose of negotiating the terms and conditions of employment — in other words, to strike — is an essential component of the process through which workers pursue collective workplace

[TRANSDUCTION] La perte de la liberté de faire la grève pour obtenir la reconnaissance syndicale s'est accompagnée de l'établissement d'une procédure d'accréditation qui permet aux salariés d'être représentés par un syndicat au terme d'un processus démocratique et qui oblige l'employeur à reconnaître un syndicat accrédité et à négocier de bonne foi avec lui. La perte de la liberté de grève pendant la durée de la convention collective a été compensée par le droit de faire respecter les dispositions de la convention au moyen de l'arbitrage obligatoire. Et, bien sûr, l'imposition de la conciliation avant tout recours à la grève [. . .] a aussi été compensée par le gel des dispositions de la convention. Enfin, le nouveau régime a également accordé aux travailleurs un droit de grève au sens où l'entendait Hohfeld, c'est-à-dire qu'il a interdit à l'employeur de résilier le contrat de travail d'un travailleur pour le seul motif qu'il a fait la grève. Le droit de reprendre le travail a une portée qui varie d'un ressort à l'autre, mais dans la plupart des cas, il protège l'emploi du travailleur en grève. [p. 350]

[45] Selon George W. Adams, [TRANSDUCTION] « [t]outes les lois consacrent l'obligation de reporter l'exercice du droit de lock-out et du droit de grève jusqu'à l'épuisement de tous les mécanismes de règlement » (§ 1.250). Le compromis établi par le modèle de relations de travail fondé sur la *Loi Wagner*, qui limite l'exercice du droit de grève pour mettre l'accent sur le règlement négocié de questions liées au travail, reste au cœur des relations de travail au Canada. Ce n'est certes pas le seul modèle existant, mais c'est celui qui s'applique au pays et qui doit être examiné à la loupe au regard de l'al. 2d).

[46] Il importe toutefois de souligner que la reconnaissance du droit de grève n'est pas propre au seul modèle *Wagner*; elle est de la plupart des modèles de relations de travail. Et lorsque l'histoire montre l'importance de la grève pour le bon fonctionnement d'un modèle de relations de travail en particulier, comme c'est le cas du modèle fondé sur la *Loi Wagner*, on ne doit pas s'étonner que la suppression du droit de grève légal soit considérée comme une entrave substantielle à la négociation collective véritable. En effet, on reconnaît depuis longtemps que le pouvoir des travailleurs de cesser collectivement le travail aux fins de la négociation de leurs conditions de travail — le droit de grève, en somme — constitue une composante essentielle de

goals. As Prof. H. D. Woods wrote in his landmark 1968 report, the “acceptance of collective bargaining carries with it a recognition of the right to invoke the economic sanction of the strike” (*Canadian Industrial Relations: The Report of the Task Force on Labour Relations* (1969), at p. 175). The strike is “an indispensable part of the Canadian industrial relations system” and “has become a part of the whole democratic system” (pp. 129 and 176).

[47] Bob Hepple writes that “the strike weapon as a last resort is an essential safety-valve, a sanction aimed at achieving meaningful participation” (“The Right to Strike in an International Context” (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 133, at p. 139).

[48] The recognition that strikes, while a powerful form of economic pressure, are nonetheless critical components of the promotion of industrial — and therefore socio-economic — peace, was also cogently summarized in *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 156:

Labour disputes may touch important sectors of the economy, affecting towns, regions, and sometimes the entire country. The cost to the parties and the public may be significant. Nevertheless, our society has come to see it as justified by the higher goal of achieving resolution of employer-employee disputes and the maintenance of economic and social peace. The legally limited use of economic pressure and the infliction of economic harm in a labour dispute has come to be accepted as a legitimate price to pay to encourage the parties to resolve their differences in a way that both can live with (see generally G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at pp. 1-11 to 1-15). [para. 25]

[49] As Gilles Trudeau wrote, [TRANSLATION] “[t]he strike was at the heart of the industrial relations system that prevailed throughout most of the 20th century . . . in Canada” (p. 5). Its significance as an economic sanction to collective bargaining

la poursuite, par les travailleurs, d’objectifs liés au travail. Comme l’indique le professeur H. D. Woods dans le rapport décisif qu’il a déposé en 1968, « [a]ccepter un régime de négociation collective, c’est implicitement reconnaître le droit de recours aux sanctions économiques » (*Les relations du travail au Canada : Rapport de l’Équipe spécialisée en relations de travail* (1969), p. 192). La grève fait “partie intégrante du régime canadien de relations du travail” et elle “est devenue partie intégrante de notre régime démocratique”» (p. 142 et 193).

[47] Pour Bob Hepple, [TRADUCTION] « la grève, comme arme de dernier recours, constitue une soupape de sûreté essentielle, une sanction qui vise l’obtention d’une participation véritable » (« The Right to Strike in an International Context » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 133, p. 139).

[48] Dans l’arrêt *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, on résume avec à-propos l’idée que la grève, même si elle constitue un moyen de pression économique redoutable, constitue néanmoins une composante cruciale de la promotion de la paix industrielle et partant, socio-économique :

Les conflits de travail peuvent toucher des secteurs importants de l’économie et avoir des répercussions sur des villes, des régions et, parfois, sur le pays tout entier. Il peut en résulter des coûts importants pour les parties et le public. Néanmoins, notre société en est venue à reconnaître que ces coûts sont justifiés eu égard à l’objectif supérieur de la résolution des conflits de travail et du maintien de la paix économique et sociale. Désormais, elle accepte aussi que l’exercice de pressions économiques, dans les limites autorisées par la loi, et l’infliction d’un préjudice économique lors d’un conflit de travail représentent le prix d’un système qui encourage les parties à résoudre leurs différends d’une manière acceptable pour chacune d’elles (voir, de manière générale, G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 1-11 à 1-15). [par. 25]

[49] Comme l’écrit Gilles Trudeau, « [l]a grève est au centre même du système de relations industrielles qui a prévalu pendant la majeure partie du 20<sup>e</sup> siècle [. . .] au Canada » (p. 5). C’est son importance comme sanction économique ou menace

— or threat thereof — is what led Dickson C.J. to conclude in the *Alberta Reference*, as previously noted, that “effective constitutional protection of the associational interests of employees in the collective bargaining process requires concomitant protection of their freedom to withdraw collectively their services, subject to s. 1 of the *Charter*” (p. 371).

[50] The inevitability of the need for the ability of employees to withdraw services collectively was also accepted by McLachlin C.J. and LeBel J. in *R.W.D.S.U.*, where they recognized that the purpose of strikes — placing economic pressure on employers — is a legitimate and integral means of achieving workplace objectives:

Occasionally, . . . negotiations stall and disputes threaten labour peace. When this happens, it has come to be accepted that, within limits, unions and employers may legitimately exert economic pressure on each other to the end of resolving their dispute. *Thus, employees are entitled to withdraw their services, inflicting economic harm directly on their employer and indirectly on third parties which do business with their employer.* [Emphasis added; para. 24.]

[51] The preceding historical account reveals that while strike action has variously been the subject of legal protections and prohibitions, the ability of employees to withdraw their labour in concert has long been essential to meaningful collective bargaining. Protection under s. 2(d), however, does not depend solely or primarily on the historical/legal pedigree of the right to strike. Rather, the right to strike is constitutionally protected because of its crucial role in a meaningful process of collective bargaining.

[52] Within this context and for this purpose, the strike is unique and fundamental. In *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1983), 4 D.L.R. (4th) 231 (Ont. H.C.J.), Galligan J. emphasized the importance of strikes to the process of collective bargaining:

de sanction économique qui amène le juge en chef Dickson à conclure dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, comme je le mentionne précédemment, que « la protection constitutionnelle efficace des intérêts des associations de travailleurs dans le processus de négociation collective requiert la protection concomitante de leur liberté de cesser collectivement de fournir leurs services, sous réserve de l'article premier de la *Charte* » (p. 371).

[50] Dans l'arrêt *S.D.G.M.R.*, où ils reconnaissent que la grève, du fait qu'elle exerce une pression économique sur l'employeur, constitue un moyen légitime et fondamental d'atteindre des objectifs liés au travail, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel conviennent en outre de la nécessité inéluctable que les salariés puissent cesser collectivement le travail :

. . . il arrive que des négociations cessent et que des conflits menacent la paix dans les relations du travail. On a alors accepté que, le cas échéant, les syndicats et les employeurs puissent légitimement exercer, dans une certaine mesure, des pressions économiques les uns sur les autres en vue de résoudre le différend qui les oppose. *En conséquence, les salariés jouissent du droit de cesser de fournir leurs services, ce qui cause un préjudice économique directement à leur employeur et indirectement aux tiers qui font affaire avec lui.* [Italiques ajoutés; par. 24.]

[51] Les données historiques qui précèdent révèlent que même si la grève a fait l'objet parfois de protections, parfois d'interdictions, la faculté des salariés de cesser le travail de manière concertée est depuis longtemps essentielle à la négociation collective véritable. Or, la protection offerte par l'al. 2d) ne dépend pas seulement ou principalement du profil historique et juridique du droit de grève. En fait, le droit de grève jouit de la protection constitutionnelle en raison de sa fonction cruciale dans le cadre d'un processus véritable de négociation collective.

[52] Dans ce contexte et à cette fin, la grève constitue une mesure unique et fondamentale. Dans *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1983), 4 D.L.R. (4th) 231 (H.C.J. Ont.), le juge Galligan fait ressortir l'importance de la grève dans le processus de négociation collective :

... freedom of association contains a sanction that can convince an employer to recognize the workers' representatives and bargain effectively with them. That sanction is the freedom to strike. By the exercise of that freedom the workers, through their union, have the power to convince an employer to recognize the union and to bargain with it.

... If that sanction is removed the freedom is valueless because there is no effective means to force an employer to recognize the workers' representatives and bargain with them. When that happens the *raison d'être* for workers to organize themselves into a union is gone. Thus I think that *the removal of the freedom to strike renders the freedom to organize a hollow thing.* [Emphasis added; p. 249.]

[53] In *Health Services*, this Court recognized that the *Charter* values of “[h]uman dignity, equality, liberty, respect for the autonomy of the person and the enhancement of democracy” supported protecting the right to a meaningful process of collective bargaining within the scope of s. 2(d) (para. 81). And, most recently, drawing on these same values, in *Mounted Police* it confirmed that protection for a meaningful process of collective bargaining requires that employees have the ability to pursue their goals and that, at its core, s. 2(d) aims

to protect the individual from “state-enforced isolation in the pursuit of his or her ends” . . . . The guarantee functions to protect individuals against more powerful entities. By banding together in the pursuit of common goals, individuals are able to prevent more powerful entities from thwarting their legitimate goals and desires. In this way, the guarantee of freedom of association empowers vulnerable groups and helps them work to right imbalances in society. It protects marginalized groups and makes possible a more equal society. [para. 58]

[54] The right to strike is essential to realizing these values and objectives through a collective bargaining process because it permits workers to withdraw their labour in concert when collective bargaining reaches an impasse. Through a strike, workers come

[TRANSLATION] . . . la liberté d'association se double d'une sanction susceptible de convaincre l'employeur de reconnaître les représentants des travailleurs et de négocier véritablement avec eux. Cette sanction correspond à la liberté de grève. Grâce à celle-ci, les travailleurs disposent, par l'entremise de leur syndicat, du pouvoir de convaincre l'employeur de reconnaître leur syndicat et de négocier avec lui.

... Sans cette sanction, la liberté d'association n'a plus de valeur car les travailleurs n'ont plus de moyen de forcer l'employeur à reconnaître leurs représentants et à négocier avec eux. La raison d'être de la formation d'un syndicat par des travailleurs cesse dès lors d'exister. C'est pourquoi j'estime que *la suppression de la liberté de grève rend vaine la liberté des travailleurs de se syndiquer.* [Italiques ajoutés; p. 249.]

[53] Dans l'arrêt *Health Services*, la Cour reconnaît que les valeurs inhérentes à la *Charte* que sont « [l]a dignité humaine, l'égalité, la liberté, le respect de l'autonomie de la personne et la mise en valeur de la démocratie » confirment la protection du droit à un processus véritable de négociation collective dans les limites de l'al. 2d) (par. 81). Plus récemment, dans l'arrêt *Police montée*, elle s'en remet à ces mêmes valeurs pour confirmer que la protection d'un processus véritable de négociation collective exige que les employés puissent poursuivre leurs objectifs et que l'alinéa vise essentiellement à protéger

l'individu contre « tout isolement imposé par l'État dans la poursuite de ses fins » [ . . . ] Cette garantie permet de protéger les individus contre des entités plus puissantes. En s'unissant pour réaliser des objectifs communs, des personnes sont capables d'empêcher des entités plus puissantes de faire obstacle aux buts et aux aspirations légitimes qu'elles peuvent avoir. Le droit à la liberté d'association confère donc certains pouvoirs aux groupes vulnérables et les aide à corriger les inégalités au sein de la société. Il protège ainsi les groupes marginalisés et favorise la formation d'une société plus équitable. [par. 58]

[54] Le droit de grève est essentiel à la réalisation de ces valeurs et de ces objectifs par voie de négociation collective, car il permet aux travailleurs de cesser le travail de manière concertée en cas d'impasse de cette négociation collective. En recourant à

together to participate directly in the process of determining their wages, working conditions and the rules that will govern their working lives (Fudge and Tucker, at p. 334). The ability to strike thereby allows workers, through collective action, to refuse to work under imposed terms and conditions. This collective action at the moment of impasse is an affirmation of the dignity and autonomy of employees in their working lives.

[55] Striking — the “powerhouse” of collective bargaining — also promotes equality in the bargaining process: England, at p. 188. This Court has long recognized the deep inequalities that structure the relationship between employers and employees, and the vulnerability of employees in this context. In the *Alberta Reference*, Dickson C.J. observed that

[t]he role of association has always been vital as a means of protecting the essential needs and interests of working people. Throughout history, workers have associated to overcome their vulnerability as individuals to the strength of their employers. [p. 368]

And this Court affirmed in *Mounted Police* that

... s. 2(d) functions to prevent individuals, who alone may be powerless, from being overwhelmed by more powerful entities, while also enhancing their strength through the exercise of collective power. Nowhere are these dual functions of s. 2(d) more pertinent than in labour relations. Individual employees typically lack the power to bargain and pursue workplace goals with their more powerful employers. Only by banding together in collective bargaining associations, thus strengthening their bargaining power with their employer, can they meaningfully pursue their workplace goals.

The right to a meaningful process of collective bargaining is therefore a necessary element of the right to collectively pursue workplace goals in a meaningful way . . . . [The] process of collective bargaining will not be meaningful if it denies employees the power to pursue their goals. [paras. 70-71]

la grève, les travailleurs s'unissent pour participer directement au processus de détermination de leurs salaires, de leurs conditions de travail et des règles qui régiront leur vie professionnelle (Fudge et Tucker, p. 334). Ainsi, le recours possible à la grève fait en sorte que les travailleurs peuvent, par leur action concertée, refuser de travailler aux conditions imposées par l'employeur. Cette action concertée directe lors d'une impasse se veut une affirmation de la dignité et de l'autonomie personnelle des salariés pendant leur vie professionnelle.

[55] La grève — le « moteur » de la négociation collective — favorise aussi l'égalité dans le processus de négociation (England, p. 188). La Cour reconnaît depuis longtemps les inégalités marquées qui façonnent les relations entre employeurs et salariés, ainsi que la vulnérabilité des salariés dans ce contexte. Dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, le juge en chef Dickson fait observer ce qui suit :

L'association a toujours joué un rôle vital dans la protection des besoins et des intérêts essentiels des travailleurs. Au cours de l'histoire, les travailleurs se sont associés pour surmonter leur vulnérabilité individuelle face à l'employeur. [p. 368]

Et, dans l'arrêt *Police montée*, la Cour confirme :

... l'al. 2d) vise à la fois à empêcher que des personnes — qui, isolées, demeureraient impuissantes — soient opprimées par des entités plus puissantes et à accroître leur influence par l'exercice d'un pouvoir collectif. Or, cette double fonction de l'al. 2d) ne peut être plus évidente que dans le cadre des relations de travail. En effet, les employés, agissant individuellement, ne disposent habituellement pas du pouvoir de négocier et de poursuivre des objectifs relatifs à leurs conditions de travail avec un employeur plus puissant. Seul le regroupement en association en vue de négocier collectivement — qui augmente ainsi leur pouvoir de négociation — permet à des employés de poursuivre véritablement leurs objectifs relatifs à leurs conditions de travail.

Le droit à un processus véritable de négociation collective constitue donc un élément nécessaire du droit de poursuivre collectivement et de manière véritable des objectifs relatifs au travail [. . .] Un processus de négociation collective n'aura toutefois pas un caractère véritable s'il empêche les employés de poursuivre leurs objectifs. [par. 70-71]

Judy Fudge and Eric Tucker point out that it is “the possibility of the strike which enables workers to negotiate with their employers on terms of approximate equality” (p. 333). Without it, “bargaining risks being inconsequential — a dead letter” (Prof. Michael Lynk, “Expert Opinion on Essential Services”, at par. 20; A.R., vol. III, at p. 145).

[56] In their dissent, my colleagues suggest that s. 2(d) should not protect strike activity as part of a right to a meaningful process of collective bargaining because “true workplace justice looks at the interests of all implicated parties” (para. 125), including employers. In essentially attributing equivalence between the power of employees and employers, this reasoning, with respect, turns labour relations on its head, and ignores the fundamental power imbalance which the entire history of modern labour legislation has been scrupulously devoted to rectifying. It drives us inevitably to Anatole France’s aphoristic fallacy: “The law, in its majestic equality, forbids the rich as well as the poor to sleep under bridges, to beg in the streets, and to steal bread.”

[57] Strike activity itself does not guarantee that a labour dispute will be resolved in any particular manner, or that it will be resolved at all. And, as the trial judge recognized, strike action has the potential to place pressure on *both* sides of a dispute to engage in good faith negotiations. But what it does permit is the employees’ ability to engage in negotiations with an employer on a more equal footing (see *Williams v. Aristocratic Restaurants (1947) Ltd.*, [1951] S.C.R. 762, at p. 780; *Mounted Police*, at paras. 70-71).

[58] Moreover, while the right to strike is best analyzed through the lens of freedom of association, expressive activity in the labour context is directly related to the *Charter*-protected right of workers to associate to further common workplace goals under s. 2(d) of the *Charter*: *Fraser*, at para. 38; *Alberta (Information and Privacy Commissioner)*, at para. 30. Strike action “bring[s] the] debate on the

Judy Fudge et Eric Tucker relèvent que c’est [TRADUCTION] « l’éventualité de la grève qui permet aux travailleurs de négocier leurs conditions de travail presque sur un pied d’égalité avec l’employeur » (p. 333). Sans le droit de grève, [TRADUCTION] « la négociation risque de n’être qu’un vœu pieux » (Professeur Michael Lynk, opinion d’expert sur les services essentiels, par. 20; d.a., vol. III, p. 145).

[56] Dans leurs motifs de dissidence, mes collègues laissent entendre que l’al. 2d) ne devrait pas protéger le recours à la grève comme élément d’un processus véritable de négociation collective parce que « la véritable justice au travail se souci[e] des intérêts de tous les intéressés » (par. 125), y compris l’employeur. Soit dit en tout respect, en tenant essentiellement pour équivalents le pouvoir des salariés et celui des employeurs, ils méconnaissent la réalité des relations de travail et font abstraction du déséquilibre fondamental des forces en présence que la législation moderne du travail s’est toujours efforcée de corriger. Cela nous ramène inexorablement au sophisme aphoristique d’Anatole France : « La loi, dans un grand souci d’égalité, interdit aux riches comme aux pauvres de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain. »

[57] Faire la grève ne garantit pas en soi qu’un conflit de travail sera réglé d’une certaine manière, ni même du tout. Le juge de première instance reconnaît que la grève peut faire pression sur les *deux* parties au conflit pour qu’elles négocient de bonne foi. Elle permet toutefois aux salariés de négocier davantage sur un pied d’égalité avec l’employeur (voir *Williams c. Aristocratic Restaurants (1947) Ltd.*, [1951] R.C.S. 762, p. 780; *Police montée*, par. 70-71).

[58] Qui plus est, même s’il est préférable de considérer le droit de grève sous l’angle de la liberté d’association, l’activité expressive dans le contexte du travail est directement liée au droit que l’al. 2d) de la *Charte* garantit aux travailleurs de s’associer en vue de poursuivre des objectifs communs (*Fraser*, par. 38; *Alberta (Information and Privacy Commissioner)*, par. 30). La grève a pour effet de

labour conditions with an employer into the public realm”: *Alberta (Information and Privacy Commissioner)*, at para. 28. Cory J. recognized this dynamic in *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901:

Often it is only by means of a strike that union members can publicize and emphasize the merits of their position as they see them with regard to the issues in dispute. It is essential that both the labour and management side be able to put forward their position so the public fully understands the issues and can determine which side is worthy of public support. Historically, to put forward their position, management has had far greater access to the media than have the unions. At times unions had no alternative but to take strike action and by means of peaceful picketing put forward their position to the public. This is often the situation today. [p. 916]

[59] As Dickson C.J. observed, “[t]he very nature of a strike, and its *raison d’être*, is to influence an employer by joint action which would be ineffective if it were carried out by an individual” (*Alberta Reference*, at p. 371).

[60] Alternative dispute resolution mechanisms, on the other hand, are generally not associational in nature and may, in fact, reduce the effectiveness of collective bargaining processes over time: Bernard Adell, Michel Grant and Allen Ponak, *Strikes in Essential Services* (2001), at p. 8. Such mechanisms can help avoid the negative consequences of strike action in the event of a bargaining impasse, but as Dickson C.J. noted in *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460, they do not, in the same way, help to realize what is protected by the values and objectives underlying freedom of association:

... as I indicated in the *Alberta Labour Reference*, the right to bargain collectively and therefore the right to strike involve more than purely economic interests of workers ... [A]s yet, it would appear that Canadian legislatures have not discovered an alternative mode of industrial dispute resolution which is as sensitive to the

« transporter sur la place publique le débat sur les conditions de travail imposées par un employeur » (*Alberta (Information and Privacy Commissioner)*, par. 28). Le juge Cory le reconnaît également dans l’arrêt *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901 :

La grève est souvent le seul moyen dont disposent les syndiqués pour rendre public et faire valoir le bien-fondé de leur position à l’égard des questions en litige. Il est essentiel que les travailleurs et la direction soient tous les deux en mesure de faire valoir leur position afin que le public comprenne parfaitement les questions et puisse opter pour la partie qui mérite son appui. De tout temps, à ce chapitre, la direction a eu accès beaucoup plus facilement aux médias que les syndicats. À certains moments, ceux-ci n’avaient d’autre choix que de déclencher une grève et de faire connaître leur position au public au moyen d’un piquetage pacifique. C’est souvent le cas aujourd’hui. [p. 916]

[59] Le juge en chef Dickson fait d’ailleurs observer que « [l]a nature même d’une grève, sa raison d’être, est d’influencer l’employeur par une action commune qui serait inefficace si elle était exercée par une seule personne » (*Renvoi relatif à l’Alberta*, p. 371).

[60] Par contre, les autres mécanismes de règlement des différends ne relèvent généralement pas de l’association et peuvent en fait nuire avec le temps à l’efficacité du processus de négociation collective (Bernard Adell, Michel Grant et Allen Ponak, *Strikes in Essential Services* (2001), p. 8). Ces mécanismes peuvent permettre d’échapper aux conséquences néfastes de la grève en cas d’impasse des négociations, mais comme le signale le juge en chef Dickson dans l’arrêt *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460, ils ne permettent pas, de la même manière, de réaliser ce que protègent les valeurs et les objectifs qui sous-tendent la liberté d’association :

... comme je l’ai souligné dans le *Renvoi relatif [à l’Alberta]*, le droit de négocier collectivement et, partant, celui de faire la grève, ne mettent pas en jeu que des intérêts purement économiques des travailleurs, [...] Même si, jusqu’à maintenant, les législateurs canadiens ne semblent pas avoir découvert un autre mode de règlement

associational interests of employees as the traditional strike/lock-out mechanism . . . [pp. 476-77]

That is why, in the *Alberta Reference*, Dickson C.J. dealt with alternative dispute resolution mechanisms not as part of the scope of s. 2(d), but as part of his s. 1 analysis: pp. 374-75.

[61] The ability to engage in the collective withdrawal of services in the process of the negotiation of a collective agreement is therefore, and has historically been, the “irreducible minimum” of the freedom to associate in Canadian labour relations (Paul Weiler, *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), at p. 69).

[62] Canada’s international human rights obligations also mandate protecting the right to strike as part of a meaningful process of collective bargaining. These obligations led Dickson C.J. to observe that

there is a clear consensus amongst the [International Labour Organization] adjudicative bodies that [*Convention (No. 87) concerning freedom of association and protection of the right to organize*, 68 U.N.T.S. 17 (1948)] goes beyond merely protecting the formation of labour unions and provides protection of their essential activities — that is of collective bargaining and the freedom to strike. [*Alberta Reference*, at p. 359]

[63] At the time of the *Alberta Reference*, Dickson C.J.’s reliance on Canada’s commitments under international law did not attract sufficient collegial support to lift his views out of their dissenting status, but his approach has more recently proven to be a magnetic guide.

[64] LeBel J. confirmed in *R. v. Hape*, [2007] 2 S.C.R. 292, that in interpreting the *Charter*, the Court “has sought to ensure consistency between its interpretation of the *Charter*, on the one hand, and Canada’s international obligations and the relevant principles of international law, on the other”:

des conflits de travail qui tiennent aussi bien compte des intérêts collectifs des salariés que le mécanisme traditionnel de la grève et du lock-out . . . [p. 476-477]

C’est pourquoi dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, le juge en chef Dickson se prononce sur les autres mécanismes de règlement des différends non pas au regard de l’al. 2d), mais dans le cadre de son analyse fondée sur l’article premier (p. 374-375).

[61] La faculté des travailleurs de cesser collectivement le travail pendant la négociation d’une convention collective constitue donc — et a toujours constitué — le [TRADUCTION] « minimum irréductible » de la liberté d’association dans les relations de travail au Canada (Paul Weiler, *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), p. 69).

[62] Les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne commandent également la protection du droit de grève en tant qu’élément d’un processus véritable de négociation collective. Ces obligations ont amené le juge en chef Dickson à faire observer ce qui suit :

. . . il existe un consensus manifeste au sein des organes décisionnels de l’[Organisation internationale du Travail] suivant lequel la [*Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 68 R.T.N.U. 17 (1948)] ne se borne pas uniquement à protéger la formation des syndicats mais protège leurs activités fondamentales, soit la négociation collective et le droit de grève. [*Renvoi relatif à l’Alberta*, p. 359]

[63] À l’époque du *Renvoi relatif à l’Alberta*, les engagements internationaux du Canada invoqués par le juge en chef Dickson n’ont pas convaincu un nombre suffisant de ses collègues de se rallier à lui, de sorte que son opinion est demeurée dissidente, mais l’approche du Juge en chef s’est révélée être un repère magnétique ces dernières années.

[64] Dans *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, le juge LeBel confirme que, en interprétant la *Charte*, la Cour « a tenté d’assurer la cohérence entre son interprétation de la *Charte*, d’une part, et les obligations internationales du Canada et les principes applicables du droit international, d’autre part » (par. 55).

para. 55. And this Court reaffirmed in *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, [2013] 3 S.C.R. 157, at para. 23, “the Charter should be presumed to provide at least as great a level of protection as is found in the international human rights documents that Canada has ratified”.

[65] Given this presumption, Canada’s international obligations clearly argue for the recognition of a right to strike within s. 2(d). Canada is a party to two instruments which explicitly protect the right to strike. Article 8(1) of the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, to which Canada acceded in May 1976, provides that the “States Parties to the present Covenant undertake to ensure . . . (d) the right to strike, provided that it is exercised in conformity with the laws of the particular country”. (See also affidavit of Prof. Patrick Macklem (Expert Report), sworn December 21, 2010.) In Dickson C.J.’s view, the qualification that the right had to be exercised in conformity with domestic law appeared to allow for the regulation of the right, but not its legislative abrogation (*Alberta Reference*, at p. 351, citing *Re Alberta Union of Provincial Employees and the Crown in Right of Alberta* (1980), 120 D.L.R. (3d) 590 (Alta. Q.B.), at p. 597; see also Hepple, at p. 138).

[66] In addition, in 1990, just over two years after the *Alberta Reference* was decided, Canada signed and ratified the *Charter of the Organization of American States*, Can. T.S. 1990 No. 23. Article 45(c) states:

Employers and workers, both rural and urban, have the right to associate themselves freely for the defense and promotion of their interests, including the right to collective bargaining and the workers’ right to strike, and recognition of the juridical personality of associations and the protection of their freedom and independence, all in accordance with applicable laws;

[67] Besides these explicit commitments, other sources tend to confirm the protection of the right to strike recognized in international law. Canada is a

Puis, dans *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 3 R.C.S. 157, par. 23, la Cour confirme qu’« il faut présumer que la Charte accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne ».

[65] Étant donné cette présomption, les obligations internationales du Canada militent nettement en faveur de la reconnaissance d’un droit de grève protégé par l’al. 2d). Le Canada est partie à deux instruments qui protègent expressément le droit de grève. L’alinéa d) du paragraphe 1 de l’article 8 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, auquel le Canada a adhéré en 1976, dispose que « [l]es États parties au présent Pacte s’engagent à assurer [. . .] d) Le droit de grève, exercé conformément aux lois de chaque pays »; voir également l’affidavit du professeur Patrick Macklem (rapport d’expert) en date du 21 décembre 2010. Pour le juge en chef Dickson, la réserve portant que ce droit doit être exercé conformément au droit interne paraît autoriser sa réglementation, mais non sa suppression législative (*Renvoi relatif à l’Alberta*, p. 351, où il cite l’arrêt *Re Alberta Union of Provincial Employees and the Crown in Right of Alberta* (1980), 120 D.L.R. (3d) 590 (B.R. Alb.), p. 597; voir également Hepple, p. 138).

[66] De plus, en 1990, seulement deux ans après que la Cour s’est prononcée dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, le Canada a signé et ratifié la *Charte de l’Organisation des États Américains*, R.T. Can. 1990 n° 23, dont le paragraphe c) de l’article 45 dispose :

Les employeurs et les travailleurs, ruraux ou urbains, ont le droit de s’associer librement pour la défense et la promotion de leurs intérêts, notamment le droit de négociation collective et le droit de grève, l’attribution de la personnalité juridique à ces associations et la protection de leur liberté et de leur indépendance, conformément à la législation pertinente;

[67] Outre ces deux engagements exprès, d’autres sources tendent à confirmer la protection du droit de grève que reconnaît le droit international.

party to the International Labour Organization (ILO) *Convention (No. 87) concerning freedom of association and protection of the right to organize*, ratified in 1972. Although *Convention No. 87* does not explicitly refer to the right to strike, the ILO supervisory bodies, including the Committee on Freedom of Association and the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, have recognized the right to strike as an indissociable corollary of the right of trade union association that is protected in that convention: see Pierre Verge and Dominic Roux, “L’affirmation des principes de la liberté syndicale, de la négociation collective et du droit de grève selon le droit international et le droit du travail canadien: deux solitudes?”, in Pierre Verge, ed., *Droit international du travail: Perspectives canadiennes* (2010), 437, at p. 460; Janice R. Bellace, “The ILO and the right to strike” (2014), 153 *Int’l Lab. Rev.* 29, at p. 30. Striking, according to the Committee of Experts, is “one of the essential means available to workers and their organizations for the promotion and protection of their economic and social interests”: *Freedom of Association and Collective Bargaining* (1994), at para. 147; Jean-Michel Servais, “ILO Law and the Right to Strike” (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 147, at p. 150.

[68] Under the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* signatory states are not permitted to take “legislative measures which would prejudice, or apply the law in such a manner as would prejudice, the guarantees provided for in [*Convention No. 87*]”: Article 8(3) of the *ICESCR*. The principles relating to the right to strike were summarized by the Committee on Freedom of Association as follows:

521. The Committee has always recognized the right to strike by workers and their organizations as a legitimate means of defending their economic and social interests.

522. The right to strike is one of the essential means through which workers and their organizations may promote and defend their economic and social interests.

Le Canada adhère à la *Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical* de l’Organisation internationale du Travail (OIT), qu’il a ratifiée en 1972. Bien que la *Convention (n° 87)* ne renvoie pas expressément au droit de grève, les organismes de contrôle d’application de l’OIT, dont le Comité de la liberté syndicale et la Commission d’experts pour l’application des conventions et recommandations, reconnaissent que le droit de grève est indissociable du droit de regroupement en syndicat que protège la convention (voir Pierre Verge et Dominic Roux, « L’affirmation des principes de la liberté syndicale, de la négociation collective et du droit de grève selon le droit international et le droit du travail canadien : deux solitudes? », dans Pierre Verge, dir., *Droit international du travail : Perspectives canadiennes* (2010), 437, p. 460; Janice R. Bellace, « The ILO and the right to strike » (2014), 153 *Rev. int. trav.* 29, p. 30. Pour la Commission d’experts, la grève est « un des moyens essentiels dont disposent les travailleurs et leurs organisations pour promouvoir et pour défendre leurs intérêts économiques et sociaux » (*Liberté syndicale et négociation collective* (1994), par. 147; Jean-Michel Servais, « ILO Law and the Right to Strike » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 147, p. 150).

[68] Les États signataires du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* se voient empêcher par la *Convention (n° 87)* de « prendre des mesures législatives portant atteinte — ou d’appliquer la loi de façon à porter atteinte — aux garanties prévues dans [cette] convention » (Paragraphe 3 de l’article 8 du *PIDESC*, qui renvoie à la *Convention (n° 87)*). Le Comité de la liberté syndicale résume comme suit les principes liés au droit de grève :

521. Le comité a toujours reconnu aux travailleurs et à leurs organisations le droit de grève comme moyen légitime de défense de leurs intérêts économiques et sociaux.

522. Le droit de grève est un des moyens essentiels dont disposent les travailleurs et leurs organisations pour promouvoir et pour défendre leurs intérêts économiques et sociaux.

523. The right to strike is an intrinsic corollary to the right to organize protected by Convention No. 87.

523. Le droit de grève est un corollaire indissociable du droit syndical protégé par la convention n° 87.

526. The occupational and economic interests which workers defend through the exercise of the right to strike do not only concern better working conditions or collective claims of an occupational nature, but also the seeking of solutions to economic and social policy questions and problems facing the undertaking which are of direct concern to the workers. [References omitted.]

526. Les intérêts professionnels et économiques que les travailleurs défendent par le droit de grève se rapportent non seulement à l'obtention de meilleures conditions de travail ou aux revendications collectives d'ordre professionnel, mais englobent également la recherche de solutions aux questions de politique économique et sociale et aux problèmes qui se posent à l'entreprise, et qui intéressent directement les travailleurs. [Citations omises.]

(ILO, *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO* (5th rev. ed. 2006))

(OIT, *La liberté syndicale : Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT* (5<sup>e</sup> éd. rév. 2006))

[69] Though not strictly binding, the decisions of the Committee on Freedom of Association have considerable persuasive weight and have been favourably cited and widely adopted by courts, tribunals and other adjudicative boards around the world, including our Court: *Lynk*, at para. 9; *Health Services*, at para. 76; *Alberta Reference*, at pp. 354-55, per Dickson C.J. The relevant and persuasive nature of the Committee on Freedom of Association jurisprudence has developed over time through custom and practice and, within the ILO, it has been the leading interpreter of the contours of the right to strike: *Bellace*, at p. 62. See also Roy J. Adams, "The Supreme Court, Collective Bargaining and International Law: A Reply to Brian Langille" (2008), 14 *C.L.E.L.J.* 317, at p. 321; Neville Rubin, in consultation with Evance Kalula and Bob Hepple, eds., *Code of International Labour Law: Law, Practice and Jurisprudence*, vol. I, *Essentials of International Labour Law* (2005), at p. 31.

[69] Même si, à strictement parler, elles n'ont pas d'effet obligatoire, les décisions du Comité de la liberté syndicale ont une force persuasive considérable et elles ont été citées avec approbation et largement reprises à l'échelle mondiale par les cours de justice, les tribunaux administratifs et d'autres décideurs, y compris notre Cour (*Lynk*, par. 9; *Health Services*, par. 76; *Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 354-355, le juge en chef Dickson). Le Comité de la liberté syndicale a vu s'accroître avec le temps la pertinence et le caractère persuasif de ses décisions dans l'usage et dans la pratique et, au sein de l'OIT, c'est à lui principalement qu'il a incombé de délimiter le droit de grève (*Bellace*, p. 62. Voir aussi Roy J. Adams, « The Supreme Court, Collective Bargaining and International Law : A Reply to Brian Langille » (2008), 14 *C.L.E.L.J.* 317, p. 321; Neville Rubin, en consultation avec Evance Kalula et Bob Hepple, dir., *Code of International Labour Law : Law, Practice and Jurisprudence*, vol. I, *Essentials of International Labour Law* (2005), p. 31).

[70] Canada is also a party to the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171 (*ICCPR*), which incorporates *Convention No. 87* and the obligations it sets out; see Article 22(3); Tonia Novitz, "Connecting Freedom of Association and the Right to Strike: European Dialogue with the ILO and its Potential Impact" (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 465, at p. 472; Roy J. Adams, at p. 324.

[70] Le Canada est également partie au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171 (*PIDCP*), auquel sont incorporées la *Convention (n° 87)* et les obligations qu'elle crée (voir le paragraphe 3 de l'article 22; Tonia Novitz, « Connecting Freedom of Association and the Right to Strike : European Dialogue with the ILO and its Potential Impact » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 465, p. 472; Roy J. Adams, p. 324).

[71] Additionally, there is an emerging international consensus that, if it is to be meaningful, collective bargaining requires a right to strike. The European Court of Human Rights now shares this view. After concluding in *Demir v. Turkey* [GC], No. 34503/97, ECHR 2008-V, that freedom of association under Article 11 of the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221, protects a right to collective bargaining, it went on in *Enerji Yapi-Yol Sen v. Turquie*, No. 68959/01, April 21, 2009 (HUDOC), to conclude that a right to strike is part of what ensures the effective exercise of a right to collective bargaining:

The terms of the Convention require that the law should allow trade unions, in any manner not contrary to Article 11, to act in defence of their members' interests. Strike action, which enables a trade union to make its voice heard, constitutes an important aspect in the protection of trade union members' interests . . . . The Court also observes that the right to strike is recognised by the International Labour Organisation's (ILO) supervisory bodies as an indissociable corollary of the right of trade union association that is protected by ILO Convention C87 on trade union freedom and the protection of trade union rights (for the Court's consideration of elements of international law other than the Convention, see *Demir et Baykara* . . .). It recalls that the European Social Charter also recognises the right to strike as a means of ensuring the effective exercise of the right to collective bargaining.

(Unofficial translation of *Enerji Yapi-Yol Sen*, at para. 24, cited in K. D. Ewing and John Hendy, "The Dramatic Implications of *Demir and Baykara*" (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 165, at pp. 181-82 (text in brackets in Ewing and Hendy); see also *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. United Kingdom*, No. 31045/10, April 8, 2014 (HUDOC).)

[72] Even though German labour relations are not based on the Wagner model, German courts too have concluded that strike action is protected when it is complementary to collective bargaining, that is, when the strike action is aimed at the achievement of a collective agreement and is proportionate to that

[71] Par ailleurs, un consensus se dégage à l'échelle internationale en ce qui concerne la nécessité du droit de grève pour une négociation collective véritable. La Cour européenne des droits de l'homme partage désormais cet avis. Ainsi, après avoir conclu dans l'arrêt *Demir c. Turquie* [GC], n° 34503/97, CEDH 2008-V que la liberté d'association prévue à l'article 11 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, 213 R.T.N.U. 221, protège le droit de négocier collectivement, elle a ensuite estimé, dans l'arrêt *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*, n° 68959/01, 21 avril 2009 (HUDOC), par. 24, que c'est le droit de grève qui garantit l'exercice réel du droit de négocier collectivement :

Or ce qu'exige la Convention, c'est que la législation permette aux syndicats, selon les modalités non contraires à l'article 11, de lutter pour la défense des intérêts de leurs membres [ . . . ] La grève, qui permet à un syndicat de faire entendre sa voix, constitue un aspect important pour les membres d'un syndicat dans la protection de leurs intérêts [ . . . ] La Cour note également que le droit de grève est reconnu par les organes de contrôle de l'Organisation internationale du travail (OIT) comme le corollaire indissociable du droit d'association syndicale protégé par la Convention C87 de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical (pour la prise en compte par la Cour des éléments de droit international autres que la Convention, voir *Demir et Baykara* . . .). Elle rappelle que la Charte sociale européenne reconnaît aussi le droit de grève comme un moyen d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective.

(Voir également *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. United Kingdom*, n° 31045/10, 8 avril 2014 (HUDOC).)

[72] En Allemagne, même si les dispositions qui régissent les relations de travail ne sont pas fondées sur la *Loi Wagner*, les tribunaux estiment eux aussi que le recours à la grève est protégé lorsqu'il complète la négociation collective, c'est-à-dire lorsque la grève vise la conclusion d'une convention

aim (Hepple, at p. 135; Manfred Weiss and Marlene Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany* (4th rev. ed. 2008), at paras. 484-86).

[73] Israeli courts have also held that freedom of association is a basic right, derived from the right to human dignity. They have interpreted freedom of association to include the right to organize, the right to bargain collectively, and the right to strike: *Attorney-General v. National Labour Court*, [1995-6] Isr. L.R. 149 (H.C.J.), at p. 162; *New Histadrut General Workers' Union v. State of Israel* (2006), 25 I.L.L.R. 375, at para. 10; *Koach La Ovdim v. Jerusalem Cinematheque* (2009), 29 I.L.L.R. 329, at p. 331; Guy Davidov, "Judicial Development of Collective Labour Rights — Contextually" (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 235, at p. 241.

[74] And strikes, as collective action, are protected globally, existing in many countries with labour laws outside the *Wagner Act* model: J.-M. Servais, at p. 148. Moreover, several countries have explicitly included the right to strike in their constitutions, including France (Constitution of 1946, § 7 of the preamble), Italy (Constitution of 1948, art. 40), Portugal (Constitution of 1976, art. 57), Spain (Constitution of 1978, art. 28(2)), and South Africa (Constitution of 1996, s. 23(2)) (Hepple, at p. 135). The *European Social Charter* similarly recognizes the importance of the freedom to strike for meaningful collective bargaining (E.T.S. No. 35, 1961 (revised E.T.S. No. 163, 1996), Article 6(4)).

[75] This historical, international, and jurisprudential landscape suggests compellingly to me that s. 2(d) has arrived at the destination sought by Dickson C.J. in the *Alberta Reference*, namely, the conclusion that a meaningful process of collective bargaining requires the ability of employees to participate in the collective withdrawal of services for the purpose of pursuing the terms and conditions of their employment through a collective agreement. Where good faith negotiations break down, the ability to engage in the collective withdrawal of services is a necessary component of the process through which workers can continue to participate

collective et que son exercice est proportionné à cet objectif (Hepple, p. 135; Manfred Weiss et Marlene Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany* (4<sup>e</sup> éd. rév. 2008), par. 484-486).

[73] Les tribunaux israéliens tiennent également la liberté d'association pour un droit fondamental dérivé du droit à la dignité humaine. Ils ont statué que la liberté d'association englobe le droit de se syndiquer, le droit de négocier collectivement et le droit de faire la grève (*Attorney-General c. National Labour Court*, [1995-6] Isr. L.R. 149 (H.C.J.), p. 162; *New Histadrut General Workers' Union c. State of Israel* (2006), 25 I.L.L.R. 375, par. 10; *Koach La Ovdim c. Jerusalem Cinematheque* (2009), 29 I.L.L.R. 329, p. 331; Guy Davidov, « Judicial Development of Collective Labour Rights — Contextually » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 235, p. 241).

[74] La grève comme moyen d'action concertée est protégée dans de nombreux pays dotés de lois du travail étrangères au modèle fondé sur la *Loi Wagner* (J.-M. Servais, p. 148). De plus, maints pays ont expressément intégré le droit de grève à leur Constitution, y compris la France (Constitution de 1946, § 7 du préambule), l'Italie (Constitution de 1948, art. 40), le Portugal (Constitution de 1976, art. 57), l'Espagne (Constitution de 1978, par. 28(2)) et l'Afrique du Sud (Constitution de 1996, par. 23(2)) (B. Hepple, p. 135). De même, la *Charte sociale européenne* reconnaît l'importance de la liberté de grève aux fins d'une négociation collective véritable (S.T.E. n° 35, 1961 (révisée S.T.E. n° 163, 1996), paragraphe 4 de l'article 6).

[75] Ce tour d'horizon historique, international et jurisprudentiel me convainc que l'interprétation de l'al. 2d) est aujourd'hui celle que préconisait le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, à savoir qu'un processus véritable de négociation collective exige que les salariés puissent cesser collectivement le travail aux fins de la détermination de leurs conditions de travail par voie de négociation collective. Advenant la rupture de la négociation de bonne foi, la faculté de cesser collectivement le travail est une composante nécessaire du processus par lequel les salariés peuvent continuer de participer véritablement à la poursuite de

meaningfully in the pursuit of their collective workplace goals. In this case, the suppression of the right to strike amounts to a substantial interference with the right to a meaningful process of collective bargaining.

[76] In their dissenting reasons, however, my colleagues urge deference to the legislature in interpreting the scope of s. 2(d). This Court has repeatedly held that the rights enumerated in the *Charter* should be interpreted generously: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 156; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344. It is not clear to me why s. 2(d) should be interpreted differently: *Health Services*, at para. 26; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, at para. 162; *Mounted Police*, at para. 47. In the context of constitutional adjudication, deference is a conclusion, not an analysis. It certainly plays a role in s. 1, where, if a law is justified as proportionate, the legislative choice is maintained. But the whole purpose of *Charter* review is to assess a law for constitutional compliance. If the touchstone of *Charter* compliance is deference, what is the point of judicial scrutiny?

[77] This brings us to the test for an infringement of s. 2(d). The right to strike is protected by virtue of its unique role in the collective bargaining process. In *Health Services*, this Court established that s. 2(d) prevents the state from substantially interfering with the ability of workers, acting collectively through their union, to exert meaningful influence over their working conditions through a process of collective bargaining (para. 90). And in *Mounted Police*, McLachlin C.J. and LeBel J. confirmed that

[t]he balance necessary to ensure the meaningful pursuit of workplace goals can be disrupted in many ways. Laws and regulations may restrict the subjects that can be discussed, or impose arbitrary outcomes. They may ban recourse to collective action by employees without

leurs objectifs liés au travail. Dans le présent dossier, supprimer le droit de grève revient à entraver substantiellement l'exercice du droit à un processus véritable de négociation collective.

[76] Dans leurs motifs de dissidence, mes collègues nous exhortent cependant à déférer au législateur pour déterminer la portée de l'al. 2d). La Cour a maintes fois rappelé que les droits énoncés dans la *Charte* doivent être interprétés généreusement (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 156; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344). Je ne vois pas du tout pourquoi l'al. 2d) devrait être interprété autrement (*Health Services*, par. 26; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, par. 162; *Police montée*, par. 47). Lorsqu'il s'agit de statuer sur la constitutionnalité d'une mesure, la déférence s'entend d'une conclusion, non d'une démarche analytique. Elle joue certes un rôle pour l'application de l'article premier, de sorte que, lorsqu'une disposition est justifiée en raison de sa proportionnalité, le choix du législateur est respecté. Or, le contrôle constitutionnel vise précisément à déterminer si une disposition législative respecte la *Charte* ou non. Si la déférence devient la pierre angulaire du respect de la *Charte*, à quoi bon se livrer à un examen judiciaire?

[77] Cela nous amène au test qui permet de déterminer s'il y a ou non atteinte au droit garanti à l'al. 2d). Le droit de grève est protégé en raison de sa fonction unique dans le processus de négociation collective. Dans *Health Services*, la Cour dit de cet alinéa qu'il empêche l'État d'entraver substantiellement la faculté des travailleurs d'agir de manière concertée par l'entremise de leur syndicat afin d'exercer une influence véritable sur leurs conditions de travail dans le cadre d'un processus de négociation collective (par. 90). La juge en chef McLachlin et le juge LeBel confirment d'ailleurs ce qui suit dans *Police montée* :

L'équilibre nécessaire à la poursuite véritable d'objectifs relatifs au travail peut être rompu de maintes façons. Des lois et des règlements peuvent restreindre les sujets susceptibles de faire l'objet de négociation ou imposer des résultats arbitraires. Ils peuvent interdire l'action collective

adequate countervailing protections, thus undermining their bargaining power. . . . Whatever the nature of the restriction, *the ultimate question to be determined is whether the measures disrupt the balance between employees and employer that s. 2(d) seeks to achieve, so as to substantially interfere with meaningful collective bargaining* . . . [Emphasis added; para. 72.]

[78] The test, then, is whether the legislative interference with the right to strike in a particular case amounts to a substantial interference with collective bargaining. The *PSESA* demonstrably meets this threshold because it prevents designated employees from engaging in *any* work stoppage as part of the bargaining process. It must therefore be justified under s. 1 of the *Charter*.

[79] The maintenance of essential public services is self-evidently a pressing and substantial objective, as the Unions acknowledge. The Unions also accept the trial judge's further conclusion that the government's objective — ensuring the continued delivery of essential services — is rationally connected to the "basic structure of the legislation, including the sanctions imposed on employees and their unions to ensure compliance with its provisions".

[80] The determinative issue here, in my view, is whether the means chosen by the government are minimally impairing, that is, "carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary" (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160).

[81] The trial judge concluded that the provisions of the *PSESA* "go beyond what is reasonably required to ensure the uninterrupted delivery of essential services during a strike". I agree. The *unilateral* authority of public employers to determine whether and how essential services are to be maintained during a work stoppage with no adequate review mechanism, and the absence of a meaningful

des employés sans offrir de mesures de protection adéquate en compensation et réduire ainsi leur pouvoir de négociation. [. . .] Quelle que soit la nature de la restriction, *il faut essentiellement déterminer si les mesures en question perturbent l'équilibre des rapports de force entre les employés et l'employeur que l'al. 2d) vise à établir, de telle sorte qu'elles interfèrent de façon substantielle avec un processus véritable de négociation collective* . . . [Italiques ajoutés; par. 72.]

[78] Le test consiste alors à déterminer si, dans un cas donné, l'entrave législative au droit de grève équivaut ou non à une entrave substantielle à la négociation collective. Il appert que la *PSESA* satisfait à cette condition en ce qu'elle empêche les salariés désignés de se livrer à *tout* arrêt de travail dans le cadre du processus de négociation. Sa justification doit donc être démontrée au regard de l'article premier de la *Charte*.

[79] L'ininterruption des services publics essentiels constitue à l'évidence un objectif urgent et réel. Les syndicats le reconnaissent et conviennent en outre avec le juge de première instance qu'il doit exister un lien rationnel entre l'objectif de l'État — assurer la prestation ininterrompue de services essentiels — et [TRADUCTION] « la structure fondamentale de la loi, notamment les sanctions imposées aux salariés et à leurs syndicats pour faire en sorte que ceux-ci respectent ses dispositions ».

[80] J'estime que la question décisive en l'espèce est celle de savoir si les moyens retenus par l'État portent atteinte le moins possible ou non aux droits constitutionnels en cause, c'est-à-dire si la mesure législative est ou non « soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire » (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160).

[81] Le juge de première instance conclut que les dispositions de la *PSESA* [TRADUCTION] « vont au delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour assurer la prestation ininterrompue de services essentiels durant une grève ». J'abonde dans le même sens. Le pouvoir *unilatéral* de l'employeur public de décider que des services essentiels seront assurés durant un arrêt de travail et de déterminer

dispute resolution mechanism to resolve bargaining impasses, justify the trial judge's conclusion that the *PSESA* impairs the s. 2(d) rights more than is necessary.

[82] In *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793, L'Heureux-Dubé J. explained why public sector strike action engages singular considerations:

When "public" employees strike, the pressure exerted on the employer is not largely financial, as in the private sector, but rather arises from the disruption of services upon which society depends for the daily activities of its members. While consumers may simply go to another source for goods and services provided by private enterprise, alternatives to the services targeted by the special regimes may be unavailable or very difficult and expensive to obtain. [para. 32]

[83] That is why the trial judge accepted that "the principle that it is unacceptable to risk the health and safety of others as a means to resolve a public sector collective bargaining dispute is well established in Canada".

[84] But it is important to keep in mind Dickson C.J.'s admonition in the *Alberta Reference* that "essential services" be properly interpreted:

It is . . . necessary to define "essential services" in a manner consistent with the justificatory standards set out in s. 1. The logic of s. 1 in the present circumstances requires that an essential service be one the interruption of which would threaten serious harm to the general public or to a part of the population. In the context of an argument relating to harm of a non-economic nature I find the decisions of the Freedom of Association Committee of the I.L.O. to be helpful and persuasive. These decisions have consistently defined an essential service as a service "whose interruption would endanger the life, personal safety or health of the whole or part of the population"

la manière dont ils le seront, à l'exclusion de tout mécanisme de contrôle approprié, sans compter l'absence d'un véritable mécanisme de règlement des différends, justifie la conclusion du juge selon laquelle la *PSESA* porte atteinte plus qu'il n'est nécessaire aux droits garantis par l'al. 2d).

[82] Dans l'arrêt *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793, la juge L'Heureux-Dubé explique en quoi, dans le secteur public, la grève met en jeu des considérations bien particulières :

Lorsque des « fonctionnaires » font la grève, les pressions exercées sur l'employeur ne sont pas essentiellement financières, comme dans le secteur privé, mais découlent plutôt de l'interruption de services dont la société dépend pour les activités quotidiennes de ses membres. Tandis que les consommateurs peuvent tout simplement s'adresser à une autre source pour obtenir des biens et des services fournis par l'entreprise privée, il peut être impossible ou très difficile et très onéreux d'obtenir d'autres services en remplacement de ceux visés par les régimes spéciaux. [par. 32]

[83] Voilà pourquoi le juge de première instance reconnaît en l'espèce que [TRADUCTION] « le principe selon lequel il est inacceptable de mettre en péril la santé et la sécurité d'autrui pour régler un différend lors d'une négociation collective dans le secteur public est bien établi au Canada ».

[84] Il importe cependant de se rappeler la mise en garde du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, à savoir qu'il faut bien définir les « services essentiels » :

Il est [. . .] nécessaire de définir les « services essentiels » d'une manière qui soit conforme aux normes justificatrices énoncées à l'article premier. La logique de l'article premier, dans les présentes circonstances, exige qu'un service essentiel soit un service dont l'interruption menacerait de causer un préjudice grave au public en général ou à une partie de la population. Dans le contexte d'un argument relatif à un préjudice non économique, je conclus que les décisions du Comité de la liberté syndicale du B.I.T. [Bureau international du Travail] sont utiles et convaincantes. Ces décisions ont toujours défini un service essentiel comme un service « dont l'interruption

(*Freedom of Association: Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the I.L.O., supra*). In my view, and without attempting an exhaustive list, persons essential to the maintenance and administration of the rule of law and national security would also be included within the ambit of essential services. *Mere inconvenience to members of the public does not fall within the ambit of the essential services justification for abrogating the freedom to strike.* [Emphasis added; pp. 374-75.]

[85] In other words, the fact that a service is provided exclusively through the public sector does not inevitably lead to the conclusion that it is properly considered “essential”. In some circumstances, the public may well be deprived of a service as a result of strike action without being deprived of any essential service at all that would justifiably limit the ability to strike during negotiations. As Ball J. wrote:

... all of the services provided by public sector workers are not essential. It cannot be credibly argued, for example, that the services provided by every employee of every governmental ministry, Crown corporation and agency, every city, town and village, and every educational institution, are so essential that their discontinuance would jeopardize the health and safety of the community. Can it be said that the community would be at risk if employees at casinos and liquor stores in Saskatchewan decided to withdraw their services in support of higher wages? [para. 96]

[86] This need for demarcated limits on both the right of essential services employees to strike and, concomitantly, on the extent to which services may justifiably be limited as “essential”, is reflected too in international law. As the trial judge noted:

International law also recognizes the necessity of limitations on the right to strike of essential service workers. . . . The jurisprudence under ILO Convention No. 87, the ICSECR [*sic*] and the ICCPR has been consistent. As expressed by Prof. Patrick Macklem:

pourrait mettre en péril la vie, la sécurité ou la santé de la personne dans une partie ou dans la totalité de la population » (*La liberté syndicale : Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du B.I.T., précité*). À mon avis, et sans tenter d'en donner une liste exhaustive, les personnes essentielles au maintien et à l'application de la primauté du droit et à la sécurité nationale seraient aussi incluses dans le champ des services essentiels. *Le simple inconvénient subi par des membres du public ne constitue pas un motif du ressort des services essentiels justifiant l'abrogation du droit de grève.* [Italiques ajoutés; p. 374-375.]

[85] En d'autres termes, le fait qu'un service est offert uniquement par le secteur public ne mène pas inévitablement à la conclusion qu'il est à juste titre considéré comme « essentiel ». Dans certaines circonstances, il se peut bien que la population soit privée d'un service à cause d'une grève sans être pour autant privée d'un service essentiel qui justifie la limitation du droit de grève pendant les négociations. Comme le dit le juge de première instance Ball :

[TRADUCTION] . . . les services assurés par les travailleurs du secteur public ne sont pas tous essentiels. On ne saurait faire droit à la prétention selon laquelle, par exemple, le travail de chacun des salariés de tous les ministères, de tous les organismes et sociétés d'État, dans tous les villages et les villes, et de tous les établissements d'enseignement, correspond à un service si essentiel que son interruption mettrait en péril la santé et la sécurité de la collectivité. Peut-on dire que la collectivité serait en danger si les salariés des casinos et de la société des alcools de la Saskatchewan cessaient le travail afin d'appuyer leur demande d'augmentation de salaire? [par. 96]

[86] Le droit international fait également état de la nécessité de limiter précisément tant le droit de grève des salariés qui assurent des services essentiels que, de façon concomitante, les services qui peuvent à juste titre être qualifiés d'« essentiels ». Le juge de première instance signale :

[TRADUCTION] Le droit international reconnaît également la nécessité de limiter le droit de grève des travailleurs qui assurent des services essentiels [. . .] La jurisprudence relative à l'application de la Convention n° 87 de l'OIT, du PIDESC [*sic*] et du PIDCP est constante. Voici ce qu'en conclut le professeur Patrick Macklem :

Each of these instruments has been interpreted as enshrining the right to strike, and their respective supervisory bodies have insisted that the right to strike may be restricted or prohibited:

- (a) in the public service only for public servants exercising authority in the name of the state;
- (b) in essential services in the strict sense of the term (that is, services the interruption of which would endanger the life, personal safety or health of the whole or part of the population); or
- (c) in the event of an acute national emergency and for a limited period of time.

(Paragraph 127, citing affidavit of Patrick Macklem sworn December 21, 2010.)

See also *Lynk*, at paras. 19-20; *Verge and Roux*, at pp. 461-62. And within the general category of essential services, the ILO has recognized that “certain classes of personnel . . . should not be deprived of the right to strike, because the interruption of their functions does not in practice affect life, personal safety or health”: *Servais*, at p. 154.

[87] Under the *PSESA*, however, the categories of workers whose right to strike may be abrogated because they provide essential services is subject to the employer’s unilateral discretion. The scheme requires a public employer and a trade union to first attempt to negotiate the terms of an essential services agreement. Section 6(2) of the *Act* contemplates that the employer must “advise the trade union” of the services it considers to be essential within the meaning of the *Act*. And where the employer is the Government of Saskatchewan, the prescribed essential services have been identified by regulation, without any room for further discussion about what constitutes an essential service. It is, as a result, not even clear that the scheme necessarily contemplates that the designation of certain services as essential will be the subject of negotiation under an agreement.

[88] Moreover, s. 7(2) of the *PSESA* states that under an essential services agreement, the number

Chacun de ces instruments a été interprété comme garantissant le droit de grève, et l’organe chargé de son contrôle d’application a insisté sur le fait que le droit de grève ne peut être limité ou supprimé que dans le cas :

- a) des salariés de la fonction publique qui exercent un pouvoir au nom de l’État,
- b) de services essentiels au sens strict (c’est-à-dire dont l’interruption pourrait mettre en péril soit la vie d’une partie ou de la totalité de la population, soit sa sécurité ou sa santé personnelles, ou
- c) d’une urgence nationale extrême, mais seulement pendant une période limitée.

(Paragraphe 127, citant l’extrait de l’affidavit de Patrick Macklem daté du 21 décembre 2010.)

Voir également *Lynk*, par. 19-20; *Verge et Roux*, p. 461-462. Pour ce qui concerne les services essentiels en général, l’OIT reconnaît que [TRADUCTION] « les salariés de certaines catégories ne devraient pas être privés du droit de grève puisque l’interruption de leur travail ne compromet pas dans les faits la vie, la sécurité ou la santé des citoyens » (*Servais*, p. 154).

[87] Or, suivant la *PSESA*, la détermination des salariés auxquels le droit de vote est retiré parce qu’ils assurent des services essentiels relève du pouvoir discrétionnaire unilatéral de l’employeur. Le régime dispose que l’employeur public et le syndicat tentent d’abord de négocier un accord sur les services essentiels. Aux termes du par. 6(2), l’employeur doit [TRADUCTION] « informer le syndicat » des services qu’il juge essentiels au sens de la *PSESA*. Lorsque l’employeur est le gouvernement de la Saskatchewan, les services essentiels sont visés par règlement, ce qui exclut tout débat sur ce qui constitue ou non un service essentiel. Par conséquent, il n’est même pas certain que, suivant le régime, la désignation de certains services jugés essentiels fera nécessairement l’objet de la négociation d’un accord.

[88] Qui plus est, le par. 7(2) de la *PSESA* prévoit que, dans un accord sur les services essentiels,

of employees within each classification “is to be determined without regard to the availability of other persons to provide essential services”. As the trial judge found:

The apparent purpose of s. 7(2) is to enable managers and non-union administrators to avoid the inconvenience and pressure that would ordinarily be brought to bear by a work stoppage. Yet if qualified personnel are available to deliver requisite services, it should not matter if they are managers or administrators. If anything s. 7(2) works at cross purposes to ensuring the uninterrupted delivery of essential services during a work stoppage. [para. 192]

[89] And in the event that an agreement cannot be reached, s. 9(2) gives a public employer the unilateral authority to dictate whether and how essential services will be maintained, including the authority to determine the classifications of employees who must continue to work during the work stoppage, the number and names of employees within each classification, and, for public employers other than the Government of Saskatchewan, the essential services that are to be maintained. As the trial judge found, “[o]f the unilateral designations made by public employers under s. 9(2) only one, that of the number of employees required to work, is subject to review by the [Saskatchewan Labour Relations Board].” There is no jurisdiction for the Board to even *consider* significant dimensions of an employer’s unilateral designation with regard to the maintenance of essential services, such as whether any particular service is essential, or which job classifications involve the delivery of genuinely essential services.

[90] There is no evidence to support Saskatchewan’s position that the objective of ensuring the continued delivery of essential services requires unilateral rather than collaborative decision-making authority. And its view that public employers can be relied upon to make fair decisions has the potential

le nombre de salariés de chacune des catégories [TRADUCTION] « est établi sans égard à la disponibilité d’autres personnes pour fournir les services essentiels ». Le juge de première instance tire la conclusion suivante :

[TRADUCTION] L’objet manifeste du par. 7(2) est de faire en sorte que les gestionnaires et les administrateurs non syndiqués n’aient pas à subir les inconvénients et les pressions auxquels ils seraient normalement exposés lors d’un arrêt de travail. Or, si des membres compétents du personnel sont disponibles pour fournir les services requis, il importe peu qu’il s’agisse de gestionnaires ou d’administrateurs. En fait, le par. 7(2) va à l’encontre de la prestation ininterrompue de services essentiels lors d’un arrêt de travail. [par. 192]

[89] Lorsque les parties ne peuvent parvenir à un accord, le par. 9(2) de la *PSESA* confère à l’employeur public le pouvoir unilatéral de décider que des services essentiels seront assurés ainsi que celui de déterminer la manière dont ils le seront, y compris les catégories de salariés qui continueront d’exercer leurs fonctions pendant l’arrêt de travail, le nombre et le nom des salariés de chacune des catégories et, dans le cas d’un employeur public autre que le gouvernement de la Saskatchewan, les services essentiels qui seront assurés. Le juge de première instance fait observer que, [TRADUCTION] « [p]armi les désignations unilatérales de l’employeur public fondées sur le par. 9(2), une seule — le nombre de salariés qui demeureront au travail — peut être révisée par la [Saskatchewan Labour Relations Board ou la Commission]. » Nulle compétence n’est conférée à celle-ci pour qu’elle *examine* des aspects importants de la désignation unilatérale de l’employeur intervenue pour assurer des services essentiels, comme la question de savoir si un service en particulier est essentiel ou non ou si, selon la classification des fonctions, il y a prestation de services vraiment essentiels.

[90] La preuve n’étaye pas la thèse de la Saskatchewan selon laquelle l’objectif d’assurer la prestation continue de services essentiels requiert l’octroi d’un pouvoir décisionnel exercé de manière unilatérale et non concertée. De plus, la foi qu’elle met dans l’aptitude de l’employeur public à prendre

to sacrifice the right to a meaningful process of collective bargaining on the altar of aspirations. The history of barriers to collective bargaining over the past century represents a compelling reality check to such optimism.

[91] And even where an employee has been prohibited from participating in strike activity, the *PSESA* does not tailor his or her responsibilities to the performance of essential services alone. Section 18(1)(a) of the *PSESA* requires that in the event of a work stoppage, all essential services employees must continue “the duties of [their] employment with the public employer in accordance with the terms and conditions of the last collective bargaining agreement” and must not fail to continue those duties “without lawful excuse” (s. 18(2)). Requiring those affected employees to perform both essential *and* non-essential work during a strike action undercuts their ability to participate meaningfully in and influence the process of pursuing collective workplace goals.

[92] All this is in addition to the absence of an impartial and effective dispute resolution process to challenge public employer designations under s. 9(2) of the legislation, a particular concern in light of the significant definitional latitude given to public employers. As noted, the ILO’s Committee on Freedom of Association defined essential services as those needed to prevent a “clear and imminent threat to the life, personal safety or health of the whole or part of the population” (*Freedom of Association*, at para. 581). The definition of “essential services” under the *PSESA* requires basic judgments to be made about when life, health, safety, or environmental concerns, among others, justify essential services designation. These are fundamental questions, yet all are permitted to be answered unilaterally by the employer under the *Act* with no access to an effective dispute resolution mechanism for reviewing disputed employer designations.

[93] Nor is there any access to a meaningful alternative mechanism for resolving bargaining

de justes décisions risque de sacrifier sur l’autel de aspirations le droit à un processus véritable de négociation collective. Les obstacles auxquels s’est heurtée la négociation collective au cours du siècle dernier ne justifient pas un tel optimisme.

[91] Même lorsqu’il est interdit à un salarié de prendre part à une grève, les dispositions de la *PSESA* ne limitent pas ses fonctions à la seule prestation des services essentiels. L’alinéa 18(1)a dispose que, en cas d’arrêt de travail, tous les salariés qui assurent des services essentiels continuent d’accomplir [TRADUCTION] « [leurs] fonctions conformément aux conditions établies dans la convention collective la plus récente » et qu’ils ne peuvent s’en abstenir « sans une excuse légitime » (par. 18(2)). Exiger de ces salariés la prestation de services *tant* essentiels *que* non essentiels durant une grève les empêche de participer véritablement à la poursuite d’objectifs liés au travail et de contribuer à définir les modalités de ce processus.

[92] Tous ces éléments s’ajoutent à l’inexistence d’un processus de règlement des différends à la fois impartial et efficace qui permette de contester les désignations de l’employeur public fondées sur le par. 9(2) de la loi, une inexistence particulièrement préoccupante au vu de la grande latitude accordée à l’employeur public pour définir les services essentiels. Rappelons que le Comité de la liberté syndicale de l’OIT tient pour essentiels les services qui préviennent une « menace évidente et imminente pour la vie, la sécurité et la santé dans tout ou partie de la population » (*La liberté syndicale*, par. 581). Définir les « services essentiels » pour l’application de la *PSESA* exige de faire preuve de jugement dans la détermination des situations où, par exemple, la vie, la santé, la sécurité ou le souci environnemental justifie la désignation de services essentiels. Or, la *PSESA* permet à l’employeur de soupeser seul ces considérations fondamentales, les salariés ne disposant d’aucun mécanisme efficace de règlement des différends qui permette la révision de désignations contestées de l’employeur.

[93] La *PSESA* ne prévoit pas non plus d’autre moyen véritable (tel l’arbitrage) de mettre fin à

impasses, such as arbitration. Paul Weiler persuasively explained why such an alternative is crucial for essential services employees:

If we pull all the teeth of a union by requiring provision of imperative public safety services, such that any remaining strike option does not afford the union significant bargaining leverage, then I believe the union should have access to arbitration at its option. [Emphasis deleted; p. 237.]

[94] Not surprisingly, Dickson C.J. was alive to the profound bargaining imbalance the union inherits when the removal of the right to strike is not accompanied by a meaningful mechanism for resolving collective bargaining disputes:

Clearly, if the freedom to strike were denied and no effective and fair means for resolving bargaining disputes were put in its place, employees would be denied any input at all in ensuring fair and decent working conditions, and labour relations law would be skewed entirely to the advantage of the employer. It is for this reason that legislative prohibition of freedom to strike must be accompanied by a mechanism for dispute resolution by a third party. I agree with the Alberta International Fire Fighters Association at p. 22 of its factum that “It is generally accepted that employers and employees should be on an equal footing in terms of their positions in strike situations or at compulsory arbitration where the right to strike is withdrawn”. *The purpose of such a mechanism is to ensure that the loss in bargaining power through legislative prohibition of strikes is balanced by access to a system which is capable of resolving in a fair, effective and expeditious manner disputes which arise between employees and employers.* [Emphasis added.]

(*Alberta Reference*, at p. 380)

[95] The trial judge compared the PSESA with other Canadian essential services labour relations schemes and was struck by how uniquely restrictive the PSESA was:

... no other essential services legislation in Canada comes close to prohibiting the right to strike as broadly,

l’impasse des négociations. Paul Weiler explique de manière convaincante en quoi l’existence d’un tel moyen est indispensable aux salariés qui assurent des services essentiels :

[TRADUCTION] Lorsque l’obligation d’assurer des services jugés essentiels à la sécurité publique enlève tout son mordant à l’action syndicale de telle sorte que les mesures de grève autorisées privent le syndicat de tout rapport de force important, ce dernier devrait pouvoir recourir à son gré à l’arbitrage. [Italique omis; p. 237.]

[94] Le juge en chef Dickson n’est évidemment pas insensible au profond déséquilibre qui survient à la table de négociation lorsqu’un syndicat se voit retirer le droit de grève sans pouvoir recourir à un mécanisme véritable de règlement des différends liés à la négociation collective :

Manifestement, si le droit de grève devait être refusé et s’il n’était remplacé par aucun moyen efficace et juste de résoudre les conflits de travail, les employés se verraient refuser tout apport susceptible d’assurer des conditions de travail équitables et décentes et le droit des relations de travail s’en trouverait faussé entièrement à l’avantage de l’employeur. C’est pour cette raison que l’interdiction législative de la grève doit s’accompagner d’un mécanisme de règlement des différends par un tiers. Je suis d’accord avec ce que dit l’Alberta International Fire Fighters Association à la p. 22 de son mémoire, savoir que [TRADUCTION] « Il est généralement reconnu qu’employeurs et employés doivent être sur un pied d’égalité en situation de grève ou d’arbitrage obligatoire lorsque le droit de grève est retiré ». *Le but d’un tel mécanisme est d’assurer que la perte du pouvoir de négociation par suite de l’interdiction législative des grèves est compensée par l’accès à un système qui permet de résoudre équitablement, efficacement et promptement les différends mettant aux prises employés et employeurs.* [Italiques ajoutés.]

(*Renvoi relatif à l’Alberta*, p. 380)

[95] Le juge de première instance compare la PSESA à d’autres régimes de relations de travail au Canada qui prévoient des services essentiels, et il se dit frappé de constater à quel point les dispositions de la PSESA sont les plus restrictives :

[TRADUCTION] ... au Canada, aucune autre loi sur les services essentiels n’interdit le droit de grève aussi largement

and as significantly, as the [PSESA]. No other essential services legislation is as devoid of access to independent, effective dispute resolution processes to address employer designations of essential service workers and, where those designations have the effect of prohibiting meaningful strike action, an independent, efficient, over-all dispute mechanism. . . .

Canadian legislation prohibiting strikes by firefighters and police officers, where the level of essentiality is very high, invariably provides compensatory access to arbitration to resolve collective bargaining disputes. The same is true for legislation prohibiting strikes by hospital workers. Although that legislation contains a variety of approaches for determining when and how access should be provided, the point is that it is invariably provided.

There is a pragmatic reason why “no strike” legislation almost always provides for access to independent, effective dispute resolution processes: mechanisms of that kind can operate as a safety valve against an explosive buildup of unresolved labour relations tensions.

[96] Given the breadth of essential services that the employer is entitled to designate unilaterally without an independent review process, and the absence of an adequate, impartial and effective alternative mechanism for resolving collective bargaining impasses, there can be little doubt that the trial judge was right to conclude that the scheme was not minimally impairing. Quite simply, it impairs the s. 2(d) rights of designated employees much more widely and deeply than is necessary to achieve its objective of ensuring the continued delivery of essential services.

[97] *The Public Service Essential Services Act* is therefore unconstitutional.

[98] The Unions had alternatively argued that the PSESA interferes with freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter* by limiting the ability

et de manière aussi importante que la [PSESA], et de loin. Aucune autre loi en la matière ne limite autant l'accès à un mécanisme indépendant et efficace de règlement des différends qui permette la révision de la désignation par l'employeur des travailleurs qui assurent des services essentiels et, lorsque cette désignation revient à empêcher l'exercice véritable du droit de grève, ne limite autant l'accès à un mécanisme indépendant et efficace de règlement des différends en général. . . .

Les lois canadiennes qui suppriment le droit de grève des pompiers et des policiers — dont le caractère essentiel des fonctions est indéniable — prévoient toujours, en contrepartie, l'accès à l'arbitrage pour le règlement des conflits de travail. Il en est de même des lois qui interdisent la grève aux travailleurs des services hospitaliers. Bien que ces lois recourent à différentes méthodes pour déterminer à quelles conditions et de quelle manière un tel accès doit être accordé, il demeure qu'elles en prévoient toujours un.

Une raison d'ordre pratique explique pourquoi les lois qui interdisent la grève prévoient presque toujours l'accès à un mécanisme indépendant et efficace de règlement des différends. En effet, un tel mécanisme sert de soupape de sûreté et empêche l'accumulation dangereuse de tensions non résolues dans les relations de travail.

[96] Vu l'ampleur des services essentiels que l'employeur peut désigner unilatéralement à l'exclusion de tout contrôle indépendant et l'absence d'un autre moyen à la fois adéquat, indépendant et efficace de mettre fin à l'impasse de la négociation collective, le juge de première instance a certes raison de conclure que le régime ne porte pas atteinte le moins possible aux droits constitutionnels en cause. En somme, elle porte atteinte aux droits que l'al. 2d) garantit aux salariés désignés de manière bien plus étendue et marquée qu'il n'est nécessaire pour atteindre son objectif d'assurer la prestation ininterrompue de services essentiels.

[97] *La Public Service Essential Services Act* est donc inconstitutionnelle.

[98] Les syndicats font valoir subsidiairement que la PSESA entrave la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte* en ce qu'elle limite la

of essential services employees to conduct and participate in strike activity. In light of the conclusion that the limits on strike activity in the *PSESA* violate the s. 2(d) rights of public sector employees, it is unnecessary to realign the arguments under s. 2(b).

[99] As for *The Trade Union Amendment Act, 2008*, this Court has long recognized that the freedom of association protects the “right to join associations that are of [employees’] choosing and independent of management, to advance their interests”: *Mounted Police*, at para. 112; see *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, at para. 30. In *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367, this Court stated that “s. 2(d) protects the freedom to establish, belong to and maintain an association” (p. 402), and in *Health Services* it was reaffirmed that s. 2(d) guarantees employees “the right to unite” (para. 89).

[100] But I agree with the trial judge, whose conclusion was upheld by the Court of Appeal, that in introducing amendments to the process by which unions may obtain (or lose) the status of a bargaining representative, *The Trade Union Amendment Act, 2008* does not substantially interfere with the freedom to freely create or join associations. This conclusion is reinforced by the trial judge’s findings that when compared to other Canadian labour relations statutory schemes, these requirements are not an excessively difficult threshold such that the workers’ right to associate is substantially interfered with.

[101] I also agree with the trial judge that permitting an employer to communicate “facts and its opinions to its employees” does not strike an unacceptable balance so long as the communication is done in a way

that does not infringe upon the ability of the employees to engage their collective bargaining rights in accordance with their freely expressed wishes.

faculté des salariés qui assurent des services essentiels de prendre part à une grève. Puisque je conclus que la limitation du recours à la grève porte atteinte aux droits des salariés du secteur public garantis à l’al. 2d), point n’est besoin d’examiner leur thèse au regard de l’al. 2b).

[99] S’agissant de la *Trade Union Amendment Act, 2008*, notre Cour reconnaît depuis longtemps que la liberté d’association protège « le droit [des salariés] d’adhérer à l’association de leur choix et, indépendamment de la direction, de faire valoir leurs intérêts » (*Police montée*, par. 112; voir *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, par. 30). Dans l’arrêt *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367, la Cour affirme que « l’al. 2d) protège la liberté de constituer une association, de la maintenir et d’y appartenir » (p. 402) et, dans l’arrêt *Health Services*, elle rappelle que l’al. 2d) garantit aux salariés « le droit de s’unir » (par. 89).

[100] Je conviens toutefois avec le juge de première instance — et avec la Cour d’appel, qui confirme sa conclusion — qu’en introduisant des modifications au processus par lequel un syndicat obtient (ou perd) la qualité d’agent négociateur, la *Trade Union Amendment Act, 2008* n’entrave pas de manière substantielle la liberté des travailleurs de former des associations et d’y adhérer. Qui plus est, le juge de première instance constate, après confrontation des exigences de cette loi et de celles d’autres régimes législatifs sur les relations de travail au Canada, que leur respect n’est pas difficile au point d’entraver substantiellement la liberté d’association des travailleurs.

[101] Je conviens également avec lui que permettre à l’employeur de communiquer [TRADUCTION] « des faits et des opinions à ses salariés » ne rend pas inacceptable l’équilibre obtenu, à condition que la communication soit faite

[TRADUCTION] sans porter atteinte à la faculté des salariés d’exercer leurs droits de négociation collective conformément à leur volonté librement exprimée.

[102] Accordingly, I would uphold the conclusion that *The Trade Union Amendment Act, 2008* does not violate s. 2(d) of the *Charter*.

[103] In light of the conclusion that the *PSESA* is unconstitutional, I would therefore allow the Unions' appeal with costs throughout and suspend the declaration of invalidity for one year. I would dismiss the appeal in respect of *The Trade Union Amendment Act, 2008* but, in the circumstances, without costs.

The reasons of Rothstein and Wagner JJ. were delivered by

ROTHSTEIN AND WAGNER JJ. (dissenting in part) —

#### I. Introduction

[104] This case requires the Court to consider whether the right to strike is constitutionally protected under s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant unions challenge Saskatchewan's *The Public Service Essential Services Act, S.S. 2008, c. P-42.2* ("*PSESA*"), which restricts the ability of public sector workers who provide essential services to strike. The majority finds that these workers do have a constitutional right to strike. We disagree.

[105] McLachlin C.J. and LeBel J., writing for a unanimous Court in *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156, cautioned that

[j]udging the appropriate balance between employers and unions is a delicate and essentially political matter. Where the balance is struck may vary with the labour climates from region to region. This is the sort of question better dealt with by legislatures than courts. Labour relations is a complex and changing field, and courts should be reluctant to put forward simplistic dictums. [para. 85]

[102] Je suis donc d'avis de confirmer la conclusion selon laquelle la *Trade Union Amendment Act, 2008* ne contrevient pas aux droits garantis à l'al. 2d) de la *Charte*.

[103] Vu ma conclusion selon laquelle la *PSESA* est inconstitutionnelle, je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi des syndicats avec dépens devant toutes les cours et de suspendre la déclaration d'invalidité pendant un an. Je suis aussi d'avis de rejeter le pourvoi relatif à la *Trade Union Amendment Act, 2008*, mais sans dépens, étant donné les circonstances.

Version française des motifs des juges Rothstein et Wagner rendus par

LES JUGES ROTHSTEIN ET WAGNER (dissidents en partie) —

#### I. Introduction

[104] Dans la présente affaire, la Cour doit examiner si le droit de grève est protégé par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les syndicats appelants contestent *The Public Service Essential Services Act, S.S. 2008, c. P-42.2* (la « *PSESA* »), une loi de la Saskatchewan limitant le droit de grève des travailleurs du secteur public qui assurent des services essentiels. Les juges majoritaires estiment que ces travailleurs ont un droit de grève garanti par la Constitution. Nous ne sommes pas de leur avis.

[105] Dans l'arrêt *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel font la mise en garde suivante au nom des juges unanimes de la Cour :

La détermination du juste équilibre entre employeurs et syndicats est une question délicate et essentiellement politique. Le point d'équilibre peut varier selon le climat des relations du travail d'une région à l'autre. Il s'agit du genre de question que le législateur est mieux en mesure de trancher que les tribunaux. Le domaine des relations du travail est complexe et changeant, et les tribunaux devraient hésiter à établir des règles simplistes. [par. 85]

Thirteen years later, the majority in this case ignores this sage warning in reaching its conclusion. Our colleagues have taken it upon themselves to determine “the appropriate balance between employers and unions”, despite the fact that this balance is not any less delicate or political today than it was in 2002. In our respectful view, the majority is wrong to intrude into the policy development role of elected legislators by constitutionalizing the right to strike.

[106] In the Labour Trilogy, this Court firmly rejected the proposition that the right to strike in Canada is constitutionally entrenched (*Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (the “*Alberta Reference*”); *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460 (collectively, the “Labour Trilogy”). Then, in *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, and *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, despite the evolution in the s. 2(d) jurisprudence, this Court rejected the idea that there is a constitutional right to a dispute resolution process. The majority (at para. 1) now casts off these and other precedents and injects a one-sided view of “workplace justice” into s. 2(d) of the *Charter*. The majority has so inflated the right to freedom of association that its scope is now wholly removed from the words of s. 2(d).

[107] The statutory right to strike, along with other statutory protections for workers, reflects a complex balance struck by legislatures between the interests of employers, employees, and the public. Providing for a constitutional right to strike not only upsets this delicate balance, but also restricts legislatures by denying them the flexibility needed to ensure the balance of interests can be maintained. We are compelled to dissent.

Aujourd’hui, 13 années plus tard, les juges majoritaires de la Cour font abstraction de ces sages propos pour arriver à leur conclusion. Ils se font forts de déterminer « [le] juste équilibre entre employeurs et syndicats » même si, de nos jours, cet équilibre ne constitue pas moins une question délicate et politique qu’en 2002. À notre humble avis, en constitutionnalisant le droit de grève, les juges majoritaires s’immiscent à tort dans l’élaboration de politiques par les élus.

[106] Dans la trilogie sur le droit du travail, notre Cour rejette fermement l’idée que le droit de grève jouit de la protection constitutionnelle au Canada (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (le « *Renvoi relatif à l’Alberta* »); *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460 (les trois arrêts formant la « trilogie en droit du travail »)). Puis, dans les arrêts *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, et *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, la Cour nie l’existence d’un droit constitutionnel à un processus de règlement des différends malgré l’évolution de la jurisprudence relative à l’al. 2d). Les juges majoritaires (au par. 1) écartent aujourd’hui ces arrêts et d’autres pour attribuer à l’al. 2d) de la *Charte* un objectif de « justice au travail » à sens unique. Ils accroissent ainsi la portée du droit à la liberté d’association au point de la dissocier totalement du libellé de l’al. 2d).

[107] Le droit de grève d’origine législative, tout comme les autres protections que la loi accorde aux travailleurs, rend compte de l’équilibre complexe établi par les législateurs entre les intérêts respectifs des employeurs, des employés et du public. Protéger constitutionnellement le droit de grève a pour effet non seulement de bouleverser cet équilibre délicat, mais aussi de limiter le pouvoir des législateurs en les privant de la souplesse nécessaire au maintien de cet équilibre. Force nous est donc d’exprimer notre dissidence.

## II. Analysis

### A. *There Is No Right to Strike Under Section 2(d) of the Charter*

[108] The majority purports to recognize a violation of s. 2(d) of the *Charter* only where a “prohibition on designated employees participating in strike action for the purpose of negotiating the terms and conditions of their employment amounts to a substantial interference with [the] right to a meaningful process of collective bargaining” (para. 2). It attempts to minimize the impact of its decision by stating that the right to strike is only protected where it interferes with the right to meaningful collective bargaining, a right which has already been recognized in *Health Services, Fraser, and Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3. But our colleagues’ reasons, in their entirety, reveal the true ambit of this decision: they have created a stand-alone constitutional right to strike.

[109] The majority’s reasons include numerous references to the right to strike as being “essential” to, “crucial”, and an “indispensable” component of meaningful collective bargaining. The majority describes the right to strike as “vital to protecting the meaningful process of collective bargaining within s. 2(d)” (para. 24). If the right to strike is a necessary element of meaningful collective bargaining, it will not only apply on a case-by-case basis; logically, any limitation on the right to strike will infringe s. 2(d) of the *Charter*. With respect, to accept this decision as simply an espousal of the right to meaningful collective bargaining disregards the substance of the majority’s reasons.

(1) The Historical Right to Strike That the Majority Invokes Does Not Justify Constitutionalizing the Modern, Statutory Right to Strike

[110] The majority attempts to ground its new-found constitutional right to strike in the long history of strikes. There is no dispute that, at common law,

## II. Analyse

### A. *L’alinéa 2d) de la Charte ne garantit pas le droit de grève*

[108] Les juges majoritaires prétendent ne vouloir reconnaître l’atteinte à un droit garanti par l’al. 2d) de la *Charte* que lorsque « l’interdiction faite aux salariés désignés de prendre part à une grève aux fins de la négociation de leurs conditions de travail entrave substantiellement leur droit à un processus véritable de négociation collective » (par. 2). Ils minimisent l’incidence de leur décision en affirmant qu’il n’y a protection que dans la mesure où l’inexistence du droit de grève entrave le droit à une négociation collective véritable, lequel a déjà été reconnu par notre Cour dans les arrêts *Health Services, Fraser* et *Association de la police montée de l’Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3. Or, il appert de leurs motifs considérés globalement que nos collègues entendent en fait créer un droit constitutionnel autonome de recours à la grève.

[109] Les juges majoritaires disent maintes fois du droit de grève qu’il constitue une composante « essentielle », « cruciale » et « nécessaire » d’une négociation collective véritable. Ils ajoutent qu’il est « indispensable à la protection du processus véritable de négociation collective pour l’application de l’al. 2d) » (par. 24). S’il s’agit d’une composante nécessaire à la négociation collective véritable, il ne s’appliquera pas seulement au cas par cas. Logiquement, toute limitation du droit de grève contreviendra à l’al. 2d) de la *Charte*. Sauf le respect dû à nos collègues, voir dans leurs motifs la simple reconnaissance du droit à la négociation collective véritable, c’est faire abstraction de la teneur de leur opinion.

(1) Le droit de grève historique qu’invoquent les juges majoritaires ne justifie pas la constitutionnalisation du droit de grève moderne d’origine législative

[110] Les juges majoritaires tentent de justifier leur décision de reconnaître aujourd’hui la constitutionnalité du droit de grève en s’appuyant sur

employees are permitted to refuse to work (see G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at ¶ 11.90; H. W. Arthurs, “Tort Liability for Strikes in Canada: Some Problems of Judicial Workmanship” (1960), 38 *Can. Bar Rev.* 346, at p. 349).

[111] But the majority conflates this common law right to withdraw labour with the modern, statutory right to strike, which imposes obligations on employers: “Historically, there was no legal ‘right’ to strike at common law, entailing a correlative obligation on an employer to refrain from retaliatory measures, but rather a common law ‘freedom’ to do so” (B. Oliphant, “Exiting the Freedom of Association Labyrinth: Resurrecting the Parallel Liberty Standard Under 2(d) & Saving the Freedom to Strike” (2012), 70:2 *U.T. Fac. L. Rev.* 36, at p. 41). Thus, at common law, employers are not obligated to refrain from terminating striking workers or from hiring replacement employees to perform their functions (see B. Langille, “What Is a Strike?” (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 355, at pp. 368-69).

[112] This historical common law right to strike is a fundamental component of our legal system insofar as it reflects the idea that employees have no obligation to continue to work under conditions they consider to be unsatisfactory: no legislature can force an individual or a group into servitude. The majority correctly remarks that “[t]he ability to strike thereby allows workers, through collective action, to refuse to work under imposed terms and conditions” (para. 54). The majority, however, is not constitutionalizing this fundamental historical right. Rather, it constitutionalizes a *duty* on employers not to terminate employees who have withdrawn their labour, nor to hire replacement workers.

[113] In the words of Justice Richards of the Saskatchewan Court of Appeal (as he then was) the majority invokes “the *contemporary* right to strike, a right significantly bound up with, integrated into, and defined by a specific statutory regime” (2013

la longue histoire du recours à ce moyen de pression. Nul ne conteste que la common law permet au salarié de refuser de travailler (voir G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), ¶ 11.90; H. W. Arthurs, « Tort Liability for Strikes in Canada : Some Problems of Judicial Workmanship » (1960), 38 *R. du B. can.* 346, p. 349).

[111] Or, les juges majoritaires confondent ce droit que reconnaît la common law de cesser le travail et le droit de grève moderne d’origine législative, lequel impose des obligations à l’employeur : [TRADUCTION] « Traditionnellement, la common law ne prévoit pas un “droit” de grève qui s’accompagne de l’obligation corrélatrice de l’employeur de ne pas user de représailles contre le salarié, mais elle reconnaît une “liberté” de grève » (B. Oliphant, « Exiting the Freedom of Association Labyrinth : Resurrecting the Parallel Liberty Standard Under 2(d) & Saving the Freedom to Strike » (2012), 70:2 *R.D.U.T.* 36, p. 41). Ainsi, la common law n’empêche pas l’employeur de congédier les travailleurs en grève ou d’embaucher des briseurs de grève pour exercer leurs fonctions (voir B. Langille, « What Is a Strike? » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 355, p. 368-369).

[112] Le droit de grève historique issu de la common law est une composante fondamentale de notre système de droit en ce qu’il rend l’idée que le salarié n’est pas tenu de continuer le travail dans des conditions qu’il juge insatisfaisantes, nul législateur ne pouvant réduire une personne ou un groupe de personnes à la servitude. Les juges majoritaires font observer à juste titre que « le recours possible à la grève fait en sorte que les travailleurs peuvent, par leur action concertée, refuser de travailler aux conditions imposées par l’employeur » (par. 54). Cependant, ils ne constitutionnalisent pas ce droit historique fondamental, mais bien l’*obligation* qui empêche l’employeur de congédier les salariés qui cessent le travail et d’embaucher des briseurs de grève.

[113] Pour reprendre les mots du juge Richards de la Cour d’appel de la Saskatchewan, maintenant Juge en chef, les juges majoritaires invoquent [TRADUCTION] « le droit de grève *contemporain*, un droit qui est étroitement lié à un régime législatif,

SKCA 43, 414 Sask. R. 70, at para. 61 (emphasis in original)). This statutory regime is not found in s. 2(d) of the *Charter* or anywhere else in Canadian constitutional law.

(2) Courts Must Demonstrate Deference in the Field of Labour Relations

[114] While *Charter* rights must be interpreted generously, this Court has cautioned that it is nevertheless “important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question”: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344. (See also *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157, at para. 19, per Abella J.) Our colleagues assert that affording deference to legislative choices erodes the role of judicial scrutiny (para. 76). In so doing, they overlook that within the Canadian constitutional order each institution plays a unique role. The exercise of judicial restraint is essential in ensuring that courts do not upset the balance by usurping the responsibilities of the legislative and executive branches.

[115] This Court has long recognized that it is the role of legislators and not judges to balance competing tensions in making policy decisions. As this Court recognized in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493:

In carrying out their duties, courts are not to second-guess legislatures and the executives; they are not to make value judgments on what they regard as the proper policy choice; this is for the other branches. Rather, the courts are to uphold the Constitution and have been expressly invited to perform that role by the Constitution itself. But respect by the courts for the legislature and executive role is as important as ensuring that the other branches respect each others' role and the role of the courts. [Emphasis added; para. 136.]

qui y est intégré et qui y est défini » (2013 SKCA 43, 414 Sask. R. 70, par. 61(en italique dans l'original)). Ce régime législatif n'est prévu ni à l'al. 2d) de la *Charte*, ni par ailleurs en droit constitutionnel canadien.

(2) Les tribunaux doivent faire preuve de déférence dans le domaine des relations de travail

[114] La *Charte* et les droits qu'elle garantit doivent certes être interprétés généreusement, mais notre Cour a rappelé qu'il « importe de ne pas aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question » (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; voir aussi *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157, par. 19, la juge Abella). Nos collègues soutiennent que déférer au choix du législateur compromet la fonction du contrôle judiciaire (par. 76). Ils oublient que, dans l'ordre constitutionnel canadien, chacun des organes du gouvernement exerce un pouvoir qui lui est propre. La déférence judiciaire s'impose afin que les tribunaux ne rompent pas l'équilibre en usurpant les pouvoirs des organes législatif et exécutif.

[115] Notre Cour reconnaît depuis longtemps que, lorsqu'il s'agit de prendre des décisions de politique générale, il appartient au législateur et non aux tribunaux de mettre en balance les intérêts qui s'opposent. Comme l'affirme la Cour dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493 :

Les tribunaux n'ont pas, pour accomplir leurs fonctions, à se substituer après coup aux législatures ou aux gouvernements; ils ne doivent pas passer de jugement de valeur sur ce qu'ils considèrent comme les politiques à adopter; cette tâche appartient aux autres organes de gouvernement. Il incombe plutôt aux tribunaux de faire respecter la Constitution, et c'est la Constitution elle-même qui leur confère expressément ce rôle. Toutefois, il est tout aussi important, pour les tribunaux, de respecter eux-mêmes les fonctions du pouvoir législatif et de l'exécutif que de veiller au respect, par ces pouvoirs, de leur rôle respectif et de celui des tribunaux. [Nous soulignons; par. 136.]

[116] This is particularly true in the area of socio-economic policy. The legislative branch requires flexibility in this area to deal with changing circumstances and social values. Canadian labour relations is a complex web of intersecting interests, rights, and obligations, and has far-reaching implications for Canadian society. Our colleagues clearly believe that providing an affirmative right to strike, with protection for the striking workers' positions, is a worthy policy choice. But it is not the role of this Court to transform all policy choices that the majority deems worthy into constitutional imperatives. The majority here sets aside the legislature's choice regarding the right to strike and, in so doing, it imposes constitutional burdens on third party employers and limits their rights. It restricts the ability of governments to balance the competing interests of employers, employees, and the public. Relying on a constitutional freedom to impose restrictions on third parties in the absence of clear constitutional wording to that effect threatens to undermine Canada's constitutional order.

[117] The majority's justification for disturbing the government's policy choices fails to acknowledge the constitutional guarantees that already exist to protect employees. Reaching back to Dickson C.J.'s concerns in the Labour Trilogy (and even further to 19th century French novelists), the majority ignores significant evolution in the jurisprudence of s. 2(d) of the *Charter*. This Court has asserted on numerous occasions that s. 2(d) guarantees *meaningful* collective bargaining (see *Health Services, Fraser and Mounted Police*). Therefore, a right to collective bargaining without a right to strike cannot possibly be "meaningless", as the majority states (para. 24). This constitutional right had not been recognized when Dickson C.J. wrote his reasons in the Labour Trilogy, and certainly not in *fin de siècle* France. What the majority is constitutionalizing is a particular policy, which cuts directly against this Court's approach to s. 2(d) most recently stated in *Mounted Police*: "... th[e] right is one that guarantees

[116] Cela se révèle spécialement exact en matière de politique socio-économique. Le pouvoir législatif a besoin d'une marge de manœuvre pour adapter la loi à l'évolution du contexte et des valeurs sociales. Un entrelacement complexe d'intérêts, de droits et d'obligations interreliés caractérise les relations de travail au Canada, et celles-ci ont de grandes répercussions sur la société canadienne. Nos collègues croient manifestement à l'opportunité du choix de politique générale de reconnaître le droit de grève comme tel et de protéger les emplois des travailleurs qui l'exercent. Or, il n'appartient pas à la Cour de transformer en diktat constitutionnel tout choix de politique générale tenu pour valable par la majorité de ses juges. En l'occurrence, les juges majoritaires écartent le choix du législateur concernant l'exercice du droit de grève et, ce faisant, ils imposent des obligations constitutionnelles à des tiers employeurs et limitent les droits de ces derniers. La possibilité pour l'État d'établir un équilibre entre les intérêts opposés des salariés, des employeurs et des citoyens en est réduite. Invoquer une liberté constitutionnelle pour imposer une limite à un tiers malgré l'absence dans la Constitution d'un libellé clair en ce sens pourrait compromettre l'ordre constitutionnel canadien.

[117] Dans leur justification de la mise à l'écart du choix de politique générale du gouvernement, les juges majoritaires omettent de reconnaître les garanties constitutionnelles dont bénéficient déjà les salariés. Se reportant aux préoccupations du juge en chef Dickson dans les arrêts de la trilogie en droit du travail (et même à des auteurs français du 19<sup>e</sup> siècle), ils font abstraction de l'évolution marquée qu'a connue la jurisprudence relative à l'al. 2d) de la *Charte*. Notre Cour a affirmé nombre de fois que cette disposition garantit le droit à la négociation collective *véritable* (voir *Health Services, Fraser et Police montée*). Dès lors, sans le droit de grève, le droit à la négociation collective ne peut aucunement « perd[re] tout son sens » comme le prétendent les juges majoritaires (par. 24). Ce droit constitutionnel n'avait pas encore vu le jour lorsque le juge en chef Dickson a rédigé ses motifs dans la trilogie en droit du travail, et certainement pas dans la France fin de siècle. Les juges majoritaires constitutionnalisent

a process rather than an outcome or access to a particular model of labour relations” (para. 67).

[118] Democratically elected legislatures are responsible for determining the appropriate balance between competing economic and social interests in the area of labour relations. Strike action is one of many constituent elements factored into this statutory balance of power. There is always a public interest in avoiding protracted labour disputes, and the public interest in labour relations is amplified where the government or private sector delivers essential services, and indeed in all cases where the government is the employer.

[119] The majority reasons, in describing the impact of public sector strikes in Saskatchewan prior to the enactment of the *PSESA*, illustrate the potentially devastating results of strikes in the area of essential services on the health and safety of individuals (para. 6). Because the government bears the responsibility to protect the public interest, and is responsible to the electorate for doing so, it is reasonable that a legislative regime limit such detrimental strikes. The importance of such legislation is underscored by the government’s constitutional commitments. The federal and provincial governments have committed to “providing essential public services of reasonable quality to all Canadians” (s. 36(1)(c) of the *Constitution Act, 1982*). In constitutionalizing a right to strike, the majority restricts governments’ flexibility and impedes their ability to balance the interests of workers with the broader public interest.

[120] Over time governments have adapted and modified labour relations schemes to fit changing circumstances. The majority’s decision to constitutionalize a particular conception of a strike imposes obligations on others and ignores the public interest. In so doing, it interferes with the proper role and responsibility of governments. Governments, not courts, are charged with adapting legislation to

un choix politique, ce qui va carrément à l’encontre de ce qu’affirme la Cour au sujet de l’al. 2d) dans le récent arrêt *Police montée* : « Ce droit garantit [. . .] un processus plutôt qu’un résultat ou que l’accès à un modèle particulier de relations de travail » (par. 67).

[118] C’est au législateur démocratiquement élu qu’il revient d’établir le juste équilibre entre les intérêts économiques et sociaux qui s’opposent dans le monde du travail. La grève est l’un des nombreux éléments pris en compte dans cet équilibre des forces établi par le législateur. Il est toujours dans l’intérêt public d’échapper à de longs conflits de travail, et l’intérêt public lié aux relations de travail s’accroît lorsque l’État ou le secteur privé assurent des services essentiels, voire chaque fois que l’État est l’employeur.

[119] Les répercussions des grèves dans le secteur public en Saskatchewan avant l’adoption de la *PSESA* — dont font état les juges majoritaires — montrent les effets potentiellement dévastateurs d’une grève qui touche des services essentiels dans les domaines de la santé et de la sécurité des citoyens (par. 6). Vu l’obligation de l’État de défendre l’intérêt public et son engagement envers l’électorat à s’en acquitter, il est raisonnable qu’un régime législatif limite pareille grève préjudiciable. À l’importance d’un tel régime législatif s’ajoute l’engagement des gouvernements fédéral et provinciaux de « fournir à tous les Canadiens, à un niveau acceptable, les services publics essentiels » (al. 36(1)c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*). Par la constitutionnalisation du droit de grève, nos collègues réduisent la marge de manœuvre des législateurs et leur faculté de mettre en balance l’intérêt des travailleurs et celui des citoyens en général.

[120] Au fil des ans, les gouvernements ont mis les régimes de relations de travail au diapason des réalités nouvelles. La décision des juges majoritaires de constitutionaliser une conception particulière de la grève a pour conséquence l’imposition d’obligations à autrui et fait fi de l’intérêt public. Elle empiète ainsi sur la fonction et les attributions de l’État. Ce n’est pas à une cour de justice, mais bien

changing circumstances in order to achieve a balance between the interests of employers, employees, and the public. Constitutionalizing selected aspects of the modern, statutory right to strike denies governments the flexibility they require to effectively adapt labour relations legislation.

[121] Statutory collective bargaining regimes in Canada are modelled on the American *National Labor Relations Act*, 49 Stat. 449 (1935), 29 U.S.C. §§ 151-169 (the “*Wagner Act*”). Governments adopted this model in response to an “unprecedented number of strikes, caused in large part by the refusal of employers to recognize unions and to bargain collectively” (*Health Services*, at para. 54). Wagner model legislation imposes limitations on workers’ ability to strike in exchange for alternative processes that ensure greater stability and predictability. For example, the freedom to engage in recognition strikes was replaced with a democratic union certification process, and the ability to strike during the life of an employment contract was replaced with a process of binding arbitration through which the terms of the agreement could be enforced. Legislatures created, and have since refined, a balance between competing interests in the labour relations sphere by imposing constraints on all parties involved.

[122] Canadian labour relations are heavily regulated and nowhere is this more evident than in the ability of workers to strike. In most Canadian labour relations regimes, employees are only permitted to strike in very specific circumstances. For example, in the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2, strikes are generally only permitted where the term of a collective agreement has elapsed, the union has given notice to the employer, there has been a failure to negotiate or a failure to reach a collective agreement, the Minister of Labour has received a notice of dispute or taken certain prescribed actions, the prescribed time period has elapsed, and the union has held a vote by secret strike ballot where a majority of employees voting approve the strike (see ss. 88.1 and 89). The result of these conditions is

à l’État, qu’il incombe d’adapter les lois aux situations nouvelles afin d’établir un équilibre entre les intérêts respectifs des employeurs, des salariés et des citoyens. Accorder la protection constitutionnelle à certains volets du droit de grève moderne d’origine législative prive l’État de la souplesse nécessaire à l’adaptation de la législation du travail.

[121] Au Canada, les régimes de négociation collective prévus par la loi s’inspirent de la *National Labor Relations Act*, 49 Stat. 449 (1935), 29 U.S.C. §§ 151-169, des États-Unis (la « *Loi Wagner* »). Ce modèle a été adopté en réponse au « nombre sans précédent de grèves, causées en grande partie par le refus des employeurs de reconnaître les syndicats et de négocier collectivement avec eux » (*Health Services*, par. 54). Les dispositions inspirées de la *Loi Wagner* limitent la faculté des travailleurs de faire la grève, mais donnent accès à des procédures qui accroissent la stabilité et la prévisibilité. Par exemple, la liberté de recourir à la grève pour obtenir la reconnaissance d’un syndicat a été troquée contre un processus démocratique d’accréditation syndicale, et la possibilité de faire la grève pendant la durée d’un contrat de travail, contre un processus d’arbitrage obligatoire qui permet de faire respecter les dispositions de la convention collective. Les différents législateurs ont créé un équilibre, qu’ils ont rajusté depuis, entre les intérêts qui s’opposent dans le monde du travail par l’imposition de limites à chacune des parties en cause.

[122] Au Canada, les relations de travail sont étroitement réglementées, une réalité que met d’autant plus en évidence le droit des travailleurs de faire la grève. Dans la plupart des régimes applicables, les salariés ne peuvent faire la grève que s’ils satisfont à des conditions bien précises. À titre d’exemple, le *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2 n’autorise généralement la grève que lorsque la convention collective est échue, que le syndicat a donné un avis à l’employeur, qu’il n’y a pas eu de négociation ou qu’aucune convention collective n’a été conclue, que le ministre du Travail a reçu un avis l’informant du différend ou qu’il a pris certaines mesures prévues au Code, que le délai prescrit a expiré ou que, à l’issue d’un vote de grève au scrutin secret tenu par le syndicat, la majorité des

that actions such as recognition strikes or sympathy strikes are not permitted.

[123] Constitutionalizing a right to strike introduces great uncertainty into labour relations. In Canada, the ability of workers to strike and the limits placed on this ability are essential to the balance between employers, employees, and the public interest. The majority's reasons will make all statutory limits on the right to strike presumptively unconstitutional, a significant concern since all labour relations statutes contain extensive limits on the conditions under which workers may strike. Will governments be forced to defend all of these limits under s. 1 of the *Charter*, no matter how ingrained they may be in Canadian labour relations? What is the true scope of this new, constitutionalized right to strike? Despite our general understanding of *Charter* rights applying broadly to all Canadians, has the majority now created a fundamental freedom that can only be exercised by government employees and the 17 percent of the private sector workforce that is unionized?: R. J. Adams, *Labour Left Out: Canada's Failure to Protect and Promote Collective Bargaining as a Human Right* (2006), at p. 19. Are workers without collective agreements able to exercise this new right? The majority sidesteps these fundamental questions.

[124] These unanswered questions reveal why courts must be deferential. The unbridled right to strike that the majority endorses has far-reaching consequences that are difficult to predict and even more difficult to address once that right is constitutionalized. By constitutionalizing this broad conception of the right to strike, the majority binds the government's hands and limits its ability to respond to changing needs and circumstances in the dynamic field of labour relations.

salariés votants ont approuvé la grève (voir art. 88.1 et 89). Ces conditions font en sorte que certaines activités, telle la grève visant la reconnaissance d'un syndicat ou la grève de soutien, ne sont pas autorisées.

[123] Conférer la protection constitutionnelle au droit de grève est de nature à créer une grande incertitude dans le monde du travail. Au Canada, la faculté des travailleurs de faire la grève et les limitations dont elle est l'objet sont essentielles à l'équilibre entre les intérêts respectifs des employeurs, des salariés et des citoyens. La décision des juges majoritaires fera en sorte que soit tenue pour inconstitutionnelle toute limitation du droit de grève par le législateur, ce qui est fort préoccupant dans la mesure où toutes les lois du travail renferment des dispositions qui limitent considérablement l'exercice de ce droit. Les gouvernements devront-ils justifier toutes ces limitations au regard de l'article premier de la *Charte* sans égard à l'enracinement de celles-ci dans les relations de travail au Canada? Quelle sera la portée réelle de ce droit de grève qui jouira désormais de la protection constitutionnelle? Malgré notre interprétation commune voulant que les droits garantis par la *Charte* s'appliquent à tous les Canadiens dans leur ensemble, les juges majoritaires auront-ils créé une liberté fondamentale que seuls pourront exercer les salariés de l'État et 17 p. 100 des travailleurs syndiqués du secteur privé? (R. J. Adams, *Labour Left Out : Canada's Failure to Protect and Promote Collective Bargaining as a Human Right* (2006), p. 19). Les travailleurs qui ne sont pas parties à une convention collective pourront-ils exercer ce nouveau droit? Les juges majoritaires esquivent ces questions fondamentales.

[124] Ces questions laissées sans réponses sont de nature à justifier la déférence judiciaire. L'exercice du droit absolu de recourir à la grève que consacrent les juges majoritaires s'accompagnera d'effets importants difficiles à prévoir et auxquels il sera encore plus difficile de remédier une fois le droit constitutionnalisé. Par la consécration constitutionnelle du droit de grève, nos collègues ligotent l'État et l'empêchent de donner suite à l'évolution des besoins et de la réalité dans le monde bouillonnant des relations de travail.

(3) The Court Must Not Constitutionalize Particular Political Positions in Labour Relations

[125] Under the rubric of “workplace justice”, our colleagues, relying on a 19th century conception of the relationship between employers and workers, enshrine a political understanding of this concept that favours the interests of employees over those of employers and even over those of the public. While employees are granted constitutional rights, constitutional obligations are imposed on employers. Employers and the public are equally as entitled to justice as employees — true workplace justice looks at the interests of all implicated parties.

[126] As Binnie J. cautioned in *Plourde v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 SCC 54, [2009] 3 S.C.R. 465, “[c]are must be taken . . . not to hand to one side (labour) a lopsided advantage because employees bargain through their union (and can thereby invoke freedom of association) whereas employers, for the most part, bargain individually” (para. 57). This echoes the Court’s holding in *Pepsi-Cola* quoted above. Similarly, McIntyre J.’s warning in the *Alberta Reference* about the danger of excessively restricting the legislature’s discretion in the field of labour law is as true today as it was in 1987:

Labour law . . . is a fundamentally important as well as an extremely sensitive subject. It is based upon a political and economic compromise between organized labour — a very powerful socio-economic force — on the one hand, and the employers of labour — an equally powerful socio-economic force — on the other. The balance between the two forces is delicate and the public-at-large depends for its security and welfare upon the maintenance of that balance. . . . There is clearly no correct balance which may be struck giving permanent satisfaction to the two groups, as well as securing the public interest. The whole process is inherently dynamic and unstable. Care must be taken . . . in considering whether constitutional protection should be given to one aspect of this dynamic and evolving process while leaving the others subject to the social pressures of the day. [Emphasis added; p. 414.]

(3) La Cour ne doit pas constitutionnaliser un parti pris politique en matière de relations de travail

[125] Au nom de la « justice au travail » et en se fondant sur une conception des relations entre employeurs et salariés qui date du 19<sup>e</sup> siècle, nos collègues adhèrent à une interprétation politique de cet objectif qui favorise les intérêts des salariés au détriment de ceux des employeurs, voire du public. Si les salariés se voient conférer des droits constitutionnels, les employeurs, eux, se voient imposer des obligations constitutionnelles. Les employeurs et le public ont autant droit à la justice que les salariés — la véritable justice au travail se souciant des intérêts de tous les intéressés.

[126] Dans l’arrêt *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2009 CSC 54, [2009] 3 R.C.S. 465, le juge Binnie nous exhorte à « éviter [. . .] d’accorder à une partie (les salariés) un avantage disproportionné parce que les salariés négocient par l’entremise de leur syndicat (et peuvent en conséquence invoquer la liberté d’association) alors que les employeurs, dans la plupart des cas, négocient individuellement » (par. 57), des propos qui font écho à ceux tenus par la Cour dans l’arrêt *Pepsi-Cola*. Aussi, dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, le juge McIntyre met en garde contre le danger de trop restreindre le pouvoir discrétionnaire du législateur en matière de droit du travail, et ses propos valent autant aujourd’hui qu’en 1987 :

Le droit du travail [. . .] constitue un sujet d’importance fondamentale, mais aussi extrêmement délicat. Il est fondé sur un compromis politique et économique entre d’une part, le syndicalisme, qui constitue une force socio-économique fort puissante, et d’autre part, le patronat, qui constitue une force socio-économique tout aussi puissante. L’équilibre entre ces deux forces est fragile et la sécurité et le bien-être de la population en général dépendent du maintien de cet équilibre. [. . .] Manifestement il n’existe pas de juste équilibre qui puisse satisfaire de façon permanente les deux groupes, tout en sauvegardant l’intérêt public. L’ensemble du processus est fondamentalement dynamique et instable. Il faut [. . .] faire preuve de prudence lorsqu’on se demande si une protection constitutionnelle devrait être accordée à l’un des aspects de ce processus dynamique et changeant, tout en abandonnant les autres sujets aux pressions sociales du jour. [Nous soulignons; p. 414.]

The majority ignores these wise admonitions.

[127] In the private sector, strikes operate as an economic weapon, a stand-off as to whether employers can forgo or limit carrying on business for longer than employees can forgo wages. In the public sector, strikes are a political tool. The public expects that public services, and especially essential services, will be delivered. Thus unions attempt to pressure the government to agree to certain demands in order that these services be reinstated. Public sector labour disputes are also unique in that the government as employer must take into account that any additional expenditures incurred to meet employee demands will come from public funds. To hold that s. 2(d) of the *Charter* protects a particular economic or political weapon of employees, the right to strike together with employer obligations and demands on public resources, plainly tips the balance of power against employers and the public and fails to respect the important role played by democratically elected legislators in balancing the complex competing interests at stake in labour relations. Under a statutory scheme, the legislature is able to make adjustments in appropriate circumstances (e.g. back-to-work legislation or restrictions on strikes by essential service workers). When the right to strike is constitutionalized, elected legislators are faced with an unwarranted hurdle that interferes with their ability to achieve this balance.

(4) The Right to Strike Is Not an Indispensable Component of Collective Bargaining as Defined by This Court

[128] The majority finds that “the right to strike is an essential part of a meaningful collective bargaining process” and that “[t]he right to strike is not merely derivative of collective bargaining, it is an indispensable component of that right” (para. 3).

Les juges majoritaires demeurent sourds à ces sages appels à la retenue.

[127] Dans le secteur privé, la grève constitue une arme économique et donne lieu à un affrontement dont l'issue tient à la durée pendant laquelle l'employeur peut renoncer en tout ou en partie à ses activités, et les salariés à leur rémunération. Dans le secteur public, la grève est un outil politique. La population s'attend à la prestation de services publics, en particulier ceux qui sont essentiels. Les syndicats tentent donc de faire pression sur l'État pour qu'il accède à certaines demandes en échange de la reprise du travail. Les conflits de travail du secteur public revêtent également un caractère unique en ce que l'État, en tant qu'employeur, doit tenir compte du fait que les sommes supplémentaires requises pour accéder aux demandes des salariés seront prélevées sur les fonds publics. Statuer que l'al. 2d) de la *Charte* protège le recours à une arme économique ou politique donnée, à savoir le droit de grève, de pair avec les obligations faites à l'employeur et la ponction sur les ressources publiques, fait manifestement pencher la balance contre l'employeur et contre le public, et ne respecte pas la fonction importante d'un législateur démocratiquement élu dans l'établissement d'un équilibre entre les intérêts complexes qui s'opposent en matière de relations de travail. Le législateur peut, par l'adoption d'un régime législatif, effectuer des réglages lorsque les circonstances l'exigent (p. ex., légiférer pour forcer le retour au travail ou pour restreindre le droit de grève par la désignation de travailleurs tenus d'assurer des services essentiels). Lorsque le droit de grève est protégé par la Constitution, le législateur élu se heurte à un obstacle indu qui l'empêche d'établir cet équilibre.

(4) Le droit de grève n'est pas une composante indispensable du droit à la négociation collective selon la définition retenue par la Cour

[128] Pour les juges majoritaires, « le droit de grève constitue un élément essentiel d'un processus véritable de négociation collective » et « [il] n'est pas seulement dérivé de la négociation collective, il en constitue une composante indispensable »

Such statements expressly contradict the right to meaningful collective bargaining as it was so recently recognized and defined by this Court in *Health Services and Fraser*.

[129] In *Fraser*, the majority explains that s. 2(d) of the *Charter* protects a right to collective bargaining, that is, “a process that allows employees to make representations and have them considered in good faith by employers, who in turn must engage in a process of meaningful discussion” (para. 54). Nothing in the concept of collective bargaining, as this Court has defined the term, includes a constitutional right for employees to strike with a concomitant constitutional obligation on employers to not hire replacement workers or to take the employees back at the end of the strike.

[130] The majority in *Fraser* found a constitutionally protected dispute resolution process unnecessary. The Court interpreted the *Ontario Agricultural Employees Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 16 (“*AEPA*”), as including a requirement that employers consider employee representations in good faith. The Court noted that “the Minister . . . stated that the *AEPA* was not intended to ‘extend collective bargaining to agricultural workers’”, but said that this statement

may be understood as an affirmation that the *AEPA* did not institute the dominant *Wagner* model of collective bargaining, or bring agricultural workers within the ambit of the [*Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A], not that the Minister intended to deprive farm workers of the protections of collective bargaining that s. 2(d) grants. [para. 106]

Despite the fact that the *AEPA* contained no dispute resolution mechanism, only a bare requirement that employers consider employee representations in good faith, the Court concluded that the Act did not violate s. 2(d) of the *Charter* (para. 107).

(par. 3). De telles affirmations contredisent expressément le droit à la négociation collective véritable que la Cour a récemment reconnu et défini dans les arrêts *Health Services* et *Fraser*.

[129] Dans l’arrêt *Fraser*, les juges majoritaires expliquent que l’al. 2d) de la *Charte* protège le droit à la négociation collective, c’est-à-dire à « un processus qui permet aux employés de formuler des observations et d’obtenir leur examen de bonne foi par l’employeur, qui doit en outre participer à un dialogue véritable à leur sujet » (par. 54). Le droit à la négociation collective, au sens où l’entend la Cour, n’englobe pas un droit constitutionnel des salariés de faire la grève qui se double de l’interdiction constitutionnelle faite à l’employeur d’embaucher des briseurs de grève ou de son obligation constitutionnelle de reprendre les salariés après la grève.

[130] Dans le même arrêt, les juges formant la majorité concluent qu’il n’est pas nécessaire d’accorder la protection constitutionnelle au processus de règlement des différends. Selon l’interprétation de la Cour, la *Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles* (Ontario), L.O. 2002, c. 16 (« *LPEA* »), oblige notamment l’employeur à examiner de bonne foi les observations de ses salariés. Les juges majoritaires relèvent que, pour « la ministre[,] [. . .] la *LPEA* ne vise pas [TRADUCTION] “l’application de la négociation collective aux travailleurs agricoles” », mais ils affirment que l’on peut

en déduire que la *LPEA* n’instaure pas le modèle *Wagner*, prédominant en matière de négociation collective, ou qu’elle ne fait pas bénéficier les travailleurs agricoles du régime de la [*Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, c. 1, ann. A]. Toutefois, ces commentaires ne signifient pas que la ministre voulait priver ces employés du droit de négociation collective garanti à l’al. 2d). [par. 106]

Même si la *LPEA* ne prévoyait aucun mécanisme de règlement des différends et obligeait seulement l’employeur à examiner de bonne foi les observations des salariés, la Cour conclut que la Loi ne porte pas atteinte au droit garanti à l’al. 2d) de la *Charte* (par. 107).

[131] The majority's reasons overlook this Court's findings in *Fraser*. The trial judge in this case held, and the majority agrees, that without the right to strike "a constitutionalized right to bargain collectively is meaningless" (2012 SKQB 62, 390 Sask. R. 196, at para. 92; majority reasons, at para. 24). With respect, this is plainly incorrect — it is not the threat of work stoppage that motivates good faith bargaining. Before *Health Services*, there was a legal duty on employers to bargain in good faith under various labour relations statutes (see, e.g., the current duty in the *Canada Labour Code*, s. 50(a); *Ontario Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 17; *Saskatchewan Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17, s. 2(b); *British Columbia Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, s. 11(1); *Alberta Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, c. L-1, s. 60(1)(a); *Manitoba Labour Relations Act*, C.C.S.M., c. L10, s. 62; *Quebec Labour Code*, CQLR, c. C-27, s. 53; *Newfoundland and Labrador Labour Relations Act*, R.S.N.L. 1990, c. L-1, s. 71; *New Brunswick Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 1(1), definition of "collective bargaining"; *Nova Scotia Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, c. 475, s. 35(a) (see *Canadian Union of Public Employees v. Labour Relations Board (Nova Scotia)*, [1983] 2 S.C.R. 311); *Prince Edward Island Labour Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. L-1, s. 22(a) (see *Perfection Foods Limited v. Retail Wholesale Dairy Worker Union, Local 1515* (1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 147)). After *Health Services*, this duty was constitutionalized. It is the statutory duty, and is now this *constitutional duty*, not the possibility of job action, that compels employers to bargain in good faith. To say that this constitutional right is meaningless without a concomitant constitutionalized dispute resolution process would be to say that individuals can never vindicate their rights through the courts or other public institutions.

[131] Nos collègues font abstraction des conclusions de notre Cour dans l'arrêt *Fraser*. Dans la présente affaire, le juge de première instance affirme — et les juges majoritaires conviennent — que sans le droit de grève, [TRADUCTION] « le droit constitutionnel de négocier collectivement perd tout son sens » (2012 SKQB 62, 390 Sask. R. 196, par. 92; motifs des juges majoritaires, par. 24). Sauf leur respect, cette affirmation est simplement erronée, car ce n'est pas la menace d'un arrêt de travail qui incite les parties à négocier de bonne foi. Avant l'arrêt *Health Services*, différentes lois sur les relations de travail obligeaient l'employeur à négocier de bonne foi (voir p. ex. l'obligation que prévoient actuellement le *Code canadien du travail*, al. 50a), la *Loi de 1995 sur les relations de travail* (Ontario), L.O. 1995, c. 1, ann. A, art. 17; la *Trade Union Act* (Saskatchewan), R.S.S. 1978, c. T-17, al. 2(b); le *Labour Relations Code* (Colombie-Britannique), R.S.B.C. 1996, c. 244, par. 11(1); le *Labour Relations Code* (Alberta), R.S.A. 2000, c. L-1, al. 60(1)a); la *Loi sur les relations du travail* (Manitoba), C.P.L.M., c. L10, art. 62; le *Code du travail* (Québec), RLRQ, c. C-27, art. 53; la *Labour Relations Act* (Terre-Neuve-et-Labrador), R.S.N.L. 1990, c. L-1, art. 71; la *Loi sur les relations industrielles* (Nouveau-Brunswick), L.R.N.-B. 1973, c. I-4, par. 1(1) (définition du terme « négociations collectives »); la *Trade Union Act* (Nouvelle-Écosse), R.S.N.S. 1989, c. 475, al. 35(a) (voir *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Conseil des relations du travail (Nouvelle-Écosse)*, [1983] 2 R.C.S. 311), et la *Labour Act* (Île-du-Prince-Édouard), R.S.P.E.I. 1988, c. L-1, al. 22(a) (voir *Perfection Foods Limited c. Retail Wholesale Dairy Worker Union, Local 1515* (1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 147)). Depuis l'arrêt *Health Services*, son obligation est constitutionnalisée. C'est l'obligation prévue par la loi — aujourd'hui devenue *obligation constitutionnelle* —, et non le recours possible à un moyen de pression, qui force l'employeur à négocier de bonne foi. Affirmer que, sans l'existence concomitante d'un processus constitutionnalisé de règlement des différends, le droit constitutionnel à la négociation collective perd tout son sens et revient à dire que les individus ne peuvent jamais faire valoir leurs droits devant les tribunaux ou d'autres décideurs publics.

[132] The goal of strike action is not to guarantee a right that was statutory and is now constitutionally guaranteed. Instead, it is to apply economic or political pressure on employers to meet union demands. As the majority of the Court stated in *Fraser*:

... legislatures are [not] constitutionally required, in all cases and for all industries, to enact laws that set up a uniform model of labour relations imposing a statutory duty to bargain in good faith, statutory recognition of the principles of exclusive majority representation and a statutory mechanism for resolving bargaining impasses and disputes regarding the interpretation or administration of collective agreements . . . . What is protected is associational activity, not a particular process or result. [para. 47]

[133] When the right to strike was simply statutory, both employers and employees were able to exercise economic and political power through labour action. In certain circumstances, employees had the right to strike, while employers had the right to lock out. Even when meaningful collective bargaining was constitutionalized, good faith was required of both sides of the bargaining table. In *Health Services*, the majority of the Court noted that the employees' right to collective bargaining "requires both employer and employees to meet and to bargain in good faith, in the pursuit of a common goal of peaceful and productive accommodation" (para. 90; see also *Fraser*, at para. 40). Now, by constitutionalizing only the ability of employees to exert economic and political pressure, the majority disturbs the delicate balance of labour relations in Canada and impedes the achievement of true workplace justice.

[134] The majority asserts that employees must have some "means of recourse should the employer not bargain in good faith" (para. 29). In the event that bargaining does not occur in good faith, workers *have* recourse: they can bring a claim under the relevant statutory provision or, in some cases, directly under s. 2(d) of the *Charter*, which is precisely what was done in *Health Services*.

[132] L'objectif de la grève n'est pas de protéger un droit qui était légal et qui est désormais constitutionnel. Il est plutôt d'exercer une pression économique ou politique afin que l'employeur accède aux demandes du syndicat. Voici ce que disent les juges majoritaires de la Cour dans *Fraser* :

... la Constitution [n'exige pas] que les législateurs, dans tous les cas et pour tous les secteurs d'activité, adoptent des lois établissant un modèle uniforme de relations de travail. Selon la Cour d'appel, ce modèle imposerait l'obligation de négocier de bonne foi, reconnaîtrait les principes du monopole syndical et du vote majoritaire et prévoirait un mécanisme pour dénouer les impasses des négociations et résoudre les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective [. . .] Or, c'est l'activité associative qui est protégée, et non un processus ou un résultat particulier. [par. 47]

[133] Lorsque le droit de grève était seulement conféré par la loi, employeurs et salariés disposaient de moyens de pression pour exercer leurs pouvoirs économiques et politiques. Dans certaines circonstances, les salariés avaient un droit de grève, et l'employeur un droit de lock-out. Même après que la négociation collective véritable eut obtenu la protection constitutionnelle, chacune des deux parties était tenue de faire preuve de bonne foi à la table de négociation. Dans l'arrêt *Health Services*, les juges majoritaires de la Cour signalent que le droit des salariés de négocier collectivement « implique que l'employeur et les employés se rencontrent et négocient de bonne foi en vue de réaliser leur objectif commun d'accommodement par des moyens pacifiques et productifs » (par. 90; voir également *Fraser*, par. 40). Or, en constitutionnalisant la faculté des salariés d'exercer une pression économique ou politique, les juges majoritaires rompent l'équilibre délicat des relations de travail au Canada et font obstacle à une véritable justice au travail.

[134] Les juges majoritaires font valoir que les salariés doivent avoir accès à une « voie de recours advenant que l'employeur ne négocie pas de bonne foi » (par. 29). Lorsque l'employeur ne négocie pas de bonne foi, les travailleurs *ont* bel et bien un recours, car ils peuvent se pourvoir en application de la disposition législative pertinente ou, dans certains cas, sur le fondement de l'al. 2d) de la *Charte*, ce qui a été le cas dans l'affaire *Health Services*.

[135] The majority's conclusion that the right to strike is "an indispensable component" of collective bargaining (at para. 3) does not accord with recent jurisprudence. There is nothing in the concept of collective bargaining as it has been defined by this Court in *Health Services, Fraser and Mounted Police* that would imply that employees have a constitutional right to strike and that employers have a constitutional obligation to preserve the jobs of those employees.

[136] Contrary to *Fraser*, the majority now says that "[t]he right to strike is not merely derivative of collective bargaining, it is an indispensable component of that right" (para. 3). However, the majority also says that the right to strike is protected simply because "the right to strike is an essential part of a meaningful collective bargaining process" (para. 3). This must mean that the right is indeed derivative — a right to strike is protected only because it derives from the right to collective bargaining, a right which was itself derived from the protection of freedom of association (see *Fraser*, at paras. 46, 54, 66 and 99). As earlier noted, the result is to inflate the right to freedom of association to such an extent that its scope is now completely divorced from the words of s. 2(d) of the *Charter* themselves.

(5) This Court Should Not Depart From Its Precedents in This Case

[137] In our legal system, certainty in the law is achieved through the application of precedents. To overrule a precedent is to displace community expectations founded on that decision. As the Ontario Court of Appeal aptly observed in *David Polowin Real Estate Ltd. v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161, per Laskin J.A., "[t]he values underlying the principle of *stare decisis* are well known: consistency, certainty, predictability and sound judicial administration. . . . Adherence to precedent . . . enhances the legitimacy and acceptability of judge-made law, and by so doing enhances the appearance of justice" (paras. 119-20).

[135] La conclusion des juges majoritaires selon laquelle le droit de grève constitue « une composante indispensable » de la négociation collective (par. 3) est incompatible avec la jurisprudence récente. La notion de négociation collective définie par notre Cour dans les arrêts *Health Services, Fraser et Police montée* ne donne en rien à penser que les salariés jouissent du droit constitutionnel de faire la grève et que l'employeur a l'obligation constitutionnelle de protéger les emplois des grévistes.

[136] Contrairement à l'opinion exprimée dans l'arrêt *Fraser*, les juges majoritaires soutiennent aujourd'hui que « [l]e droit de grève n'est pas seulement dérivé de la négociation collective, [mais qu']il en constitue une composante indispensable » (par. 3). Ils ajoutent toutefois que le droit de grève jouit d'une protection seulement parce qu'il « constitue un élément essentiel d'un processus véritable de négociation collective » (par. 3). Il s'ensuit nécessairement que ce droit est effectivement dérivé — le droit de grève est protégé seulement parce qu'il est dérivé du droit à la négociation collective, lequel est lui-même dérivé de la protection accordée à la liberté d'association (voir *Fraser*, par. 46, 54, 66 et 99). Nous le répétons, la portée du droit à la liberté d'association s'en trouve dès lors exagérée au point où elle n'a plus rien à voir avec le libellé même de l'al. 2d) de la *Charte*.

(5) La Cour devrait s'abstenir en l'espèce de rompre avec ses décisions antérieures

[137] Dans notre système de justice, le respect des décisions antérieures assure la certitude du droit. Lorsqu'on écarte un précédent, on induit les citoyens en erreur sur le droit applicable. Dans l'arrêt *David Polowin Real Estate Ltd. c. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161, la Cour d'appel de l'Ontario, par la voix du juge Laskin, fait judicieusement observer que [TRADUCTION] « [l]es valeurs qui fondent le principe du *stare decisis* sont bien connues : cohérence, certitude, prévisibilité et saine administration de la justice. [. . .] Suivre la jurisprudence [. . .] promeut la légitimité et la recevabilité du droit prétoire et, ce faisant, accroît l'apparence de justice » (par. 119-120).

[138] For this reason, the threshold for overturning prior judgments is high (see *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 44; *Fraser*, at para. 57). In determining whether the threshold is met, courts must balance certainty against correctness (*Bedford*, at para. 47). As Binnie J. observed in *Plourde*, “[i]t would be unfortunate, absent compelling circumstances, if the precedential value of a . . . decision of this Court was thought to expire with the tenure of the particular panel of judges that decided it” (para. 13).

[139] In reaching its conclusion, the majority departs from significant precedents of this Court. Twenty-seven years ago, in the Labour Trilogy, this Court held that s. 2(d) does not protect the right to strike. The majority overrules this finding (para. 77). But the Labour Trilogy’s precedents are not the only ones reversed by the majority. In finding that s. 2(d) of the *Charter* now protects the right to a dispute resolution mechanism (strike action), our colleagues also depart from this Court’s finding in *Fraser*, made less than four years ago, that freedom of association “does not require the parties to conclude an agreement or accept any particular terms and does not guarantee a legislated dispute resolution mechanism in the case of an impasse” (para. 41).

[140] Further, in its heavy-handed treatment of Saskatchewan’s legislative policy choices in the field of labour relations, the majority defies this Court’s cautions in *Pepsi-Cola* that legislatures, not the courts, should deal with the delicate and political balance of interests in labour relations (para. 85).

[141] In *Bedford*, this Court explained that a lower court may deviate from binding appellate jurisprudence where there is a new legal issue or a significant change in the circumstances or evidence:

[138] C’est pourquoi les conditions auxquelles on peut rompre avec un jugement antérieur sont strictes (voir *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 44; *Fraser*, par. 57). Pour savoir s’il est satisfait à ces conditions, le tribunal doit mettre en balance la certitude et la justesse (*Bedford*, par. 47). Le juge Binnie fait d’ailleurs observer dans l’arrêt *Plourde* qu’« [i]l serait regrettable, en l’absence de circonstances impérieuses, qu’une décision [. . .] de la Cour perde sa valeur de précédent avec le départ de l’un ou de plusieurs des juges qui y ont participé » (par. 13).

[139] Pour arriver à leur conclusion, les juges majoritaires rompent avec d’importantes décisions de la Cour. Il y a 27 ans, dans la trilogie en droit du travail, notre Cour a jugé que l’al. 2d) ne protégeait pas le droit de grève. Les juges majoritaires infirment aujourd’hui cette conclusion (par. 77). Les arrêts de la trilogie ne sont pas les seuls qu’ils écartent. En statuant que l’al. 2d) de la *Charte* protège désormais le droit à un mécanisme de règlement des différends (la grève), nos collègues se dissocient également de la conclusion tirée par la Cour dans l’arrêt *Fraser* il y a moins de quatre ans, à savoir que la liberté d’association « n’oblige pas les parties à conclure une convention ou à accepter des clauses particulières ni ne garantit un mécanisme légal de règlement des différends permettant de dénouer les impasses » (par. 41).

[140] En outre, lorsqu’ils critiquent sévèrement les choix de politique législative de la Saskatchewan dans le domaine des relations de travail, les juges majoritaires font abstraction de la mise en garde de la Cour dans l’arrêt *Pepsi-Cola*, à savoir qu’établir le délicat équilibre politique entre les intérêts qui s’opposent en matière de relations de travail devrait relever du législateur, non des tribunaux (par. 85).

[141] Dans l’arrêt *Bedford*, la Cour explique qu’un tribunal inférieur peut s’éloigner des décisions des juridictions d’appel lorsqu’il s’agit de trancher une question de droit nouvelle ou qu’une modification importante de la situation ou de la preuve est survenue :

... a trial judge can consider and decide arguments based on *Charter* provisions that were not raised in the earlier case; this constitutes a new legal issue. Similarly, the matter may be revisited if new legal issues are raised as a consequence of significant developments in the law, or if there is a change in the circumstances or evidence that fundamentally shifts the parameters of the debate. [para. 42]

In this case, neither developments in the s. 2(d) jurisprudence, nor any change in the circumstances of Canadian labour relations justifies the trial judge's departure from Supreme Court precedent.

[142] The majority concludes that the high threshold for overruling the Labour Trilogy's finding on the right to strike has been met on the basis that the "historical, international, and jurisprudential landscape" indicate that "s. 2(d) has arrived at the destination sought by Dickson C.J. [in dissent] in the *Alberta Reference*" (para. 75). With respect, the sources relied on by the majority to demonstrate this change in circumstances do not provide a basis to overturn the many relevant precedents of this Court.

[143] Many of the sources identified by the majority existed at the time this Court rendered its decisions in the Labour Trilogy. For instance, the history of strike activity in Canada and abroad canvassed by the majority at paras. 36 to 55 was information available to this Court when it considered the Labour Trilogy appeals. It cannot now form the basis for an entirely different result than that reached by this Court in 1987. The criterion that, in order for a precedent to be overruled, there must be "a change in the circumstances or evidence that fundamentally shifts the parameters of the debate" (*Bedford*, at para. 42) is manifestly unsatisfied.

[144] While there has been an evolution in the s. 2(d) jurisprudence sufficient to be termed a "significant developmen[t] in the law" (*Bedford*, at para. 42), that evolution does not support departing from the Labour Trilogy's conclusion that there is

À mon avis, le juge du procès peut se pencher puis se prononcer sur une prétention d'ordre constitutionnel qui n'a pas été invoquée dans l'affaire antérieure; il s'agit alors d'une nouvelle question de droit. De même, le sujet peut être réexaminé lorsque de nouvelles questions de droit sont soulevées par suite d'une évolution importante du droit ou qu'une modification de la situation ou de la preuve change radicalement la donne. [par. 42]

En l'espèce, ni l'évolution de la jurisprudence relative à l'al. 2d), ni un quelconque changement dans les relations de travail au Canada ne justifient la décision du juge de première instance de s'écarter de la jurisprudence de notre Cour.

[142] Les juges majoritaires concluent qu'il est satisfait aux conditions strictes auxquelles on peut rompre avec la conclusion sur le droit de grève tirée dans trilogie en droit du travail au motif que « [c]e tour d'horizon historique, international et jurisprudential » indique que « l'interprétation de l'al. 2d) est aujourd'hui celle que préconisait le juge en chef Dickson [dissident] dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* » (par. 75). Sauf leur respect, les sources qu'ils invoquent à l'appui de l'existence d'une telle modification de la situation ne permettent pas de revenir sur les nombreux arrêts de notre Cour en la matière.

[143] Bon nombre des sources invoquées par les juges majoritaires existaient lorsque la Cour a rendu les arrêts formant la trilogie en droit du travail. Par exemple, l'histoire de la grève au Canada et à l'étranger que les juges majoritaires relatent aux par. 36 à 55 faisait partie du dossier de la Cour lorsqu'elle a entendu les appels de la trilogie. Ces données historiques ne sauraient aujourd'hui étayer un résultat complètement différent de celui auquel est parvenue la Cour en 1987. La condition voulant qu'un précédent ne puisse être écarté que si « une modification de la situation ou de la preuve change radicalement la donne » (*Bedford*, par. 42) n'est manifestement pas respectée.

[144] La jurisprudence relative à l'al. 2d) a certes suffisamment évolué pour que l'on puisse y voir une « évolution importante du droit » (*Bedford*, par. 42), mais cette mutation ne permet pas d'écarter la conclusion tirée dans les arrêts de la trilogie en

no constitutional right to strike. If anything, developments in the law since 1987 support a finding that the right to freedom of association *does not* require constitutionalization of the right to strike. This is because recent s. 2(d) jurisprudence has already established a right to collective bargaining that protects the ability of workers in associations “to exert meaningful influence over working conditions through a process of collective bargaining conducted in accordance with the duty to bargain in good faith” and mandates “both employer and employees to meet and to bargain in good faith, in the pursuit of a common goal of peaceful and productive accommodation” (*Health Services*, at para. 90).

[145] Subsequent to the *Alberta Reference*, this Court made it clear that the right to collective bargaining under s. 2(d) of the *Charter* does not include a statutory dispute resolution process. Most recently, in *Fraser*, the majority affirmed:

It follows that *Health Services* does not support the view of the Ontario Court of Appeal in this case that legislatures are constitutionally required, in all cases and for all industries, to enact laws that set up a uniform model of labour relations imposing a statutory duty to bargain in good faith, statutory recognition of the principles of exclusive majority representation and a statutory mechanism for resolving bargaining impasses and disputes regarding the interpretation or administration of collective agreements . . . [para. 47]

[146] The majority in this appeal states that the supposed absence of any dispute resolution mechanism in the *PSESA* “is what ultimately renders its limitations [on the right to strike] constitutionally impermissible” (para. 25).

[147] However, a finding that there is a constitutional right to strike (or to an alternative statutory dispute resolution process), is an express contradiction of this Court’s ruling in *Fraser* that s. 2(d) of the *Charter* does not require a statutory

droit du travail, à savoir qu’il n’existe pas de droit de grève protégé par la Constitution. Au contraire, l’évolution du droit depuis 1987 permet de conclure que le droit à la liberté d’association *ne* commande *pas* la constitutionnalisation du droit de grève. Cela tient au fait que la jurisprudence récente relative à l’al. 2d) reconnaît déjà un droit à la négociation collective qui protège la faculté des travailleurs syndiqués « d’exercer une véritable influence sur les conditions de travail par l’entremise d’un processus de négociation collective menée de bonne foi » et qui exige que « l’employeur et les employés se rencontrent et négocient de bonne foi en vue de réaliser leur objectif commun d’accommodement par des moyens pacifiques et productifs » (*Health Services*, par. 90).

[145] Au cours des années qui ont suivi le *Renvoi relatif à l’Alberta*, la Cour a bien précisé que le droit à la négociation collective garanti par l’al. 2d) de la *Charte* n’englobe aucun processus de règlement des différends prévu par la loi. Plus récemment, dans l’arrêt *Fraser*, les juges majoritaires se sont exprimés comme suit :

Dès lors, l’arrêt *Health Services* n’étaye pas l’opinion de la Cour d’appel de l’Ontario en l’espèce, selon laquelle la Constitution exige que les législateurs, dans tous les cas et pour tous les secteurs d’activité, adoptent des lois établissant un modèle uniforme de relations du travail. Selon la Cour d’appel, ce modèle imposerait l’obligation de négocier de bonne foi, reconnaîtrait les principes du monopole syndical et du vote majoritaire et prévoirait un mécanisme pour dénouer les impasses des négociations et résoudre les différends relatifs à l’interprétation ou à l’application d’une convention collective . . . [par. 47]

[146] Dans le présent pourvoi, les juges majoritaires affirment que l’absence prétendue d’un mécanisme de règlement des différends dans la *PSESA* « représente ce qui, en fin de compte, rend les restrictions apportées [au droit de grève] inadmissibles sur le plan constitutionnel » (par. 25).

[147] Or, conclure à l’existence du droit à la grève (ou, sinon, à un processus de règlement des différends prévu par la loi) contredit expressément l’arrêt *Fraser* dans lequel la Cour statue que l’al. 2d) de la *Charte* ne requiert pas l’établissement par la loi

dispute resolution process (para. 41). While s. 2(d) jurisprudence has evolved since 1987, such changes cannot be used to justify contradicting the decisions that brought about these very same changes.

[148] Even more puzzling, the majority claims that the Court affirmed in *Fraser* that a meaningful process under s. 2(d) of the *Charter* must include some “means of recourse should the employer not bargain in good faith” (para. 29). They do so despite explicit language to the contrary in that case (see *Fraser*, at para. 41). In misinterpreting the content of *Fraser*, our colleagues overrule that decision without acknowledging that they are doing so.

[149] The more “generous approach” to s. 2(d) of the *Charter*, referred to by the majority at para. 33, does not license this Court to indeterminately expand the scope of freedom of association. In imposing constitutional limitations on the legislature in this case, the majority disregards *stare decisis* and the certainty and predictability it is intended to foster.

(6) International Law Is Not Determinative of the Content of Section 2(d) of the Charter

[150] Contrary to the majority’s approach, international law provides no guidance to this Court in determining whether the right to strike is encompassed within s. 2(d) of the *Charter* for at least one key reason: the current state of international law on the right to strike is unclear.

[151] Caution must be exercised where the current state of international law is subject to conflicting interpretations. As explained below, international bodies disagree as to whether the right to strike is protected under international labour and human rights instruments. Where this Court opts to rely on non-binding interpretations of international conventions, it should not cherry pick interpretations to support its conclusions.

d’un processus de règlement des différends (par. 41). L’évolution de la jurisprudence relative à l’al. 2d depuis 1987 ne permet pas de contredire les décisions mêmes qui jalonnent cette évolution.

[148] Plus déroutante encore est l’opinion de nos collègues selon laquelle, dans *Fraser*, notre Cour réaffirme que, pour l’application de l’al. 2d de la *Charte*, un processus véritable doit englober quelque « voie de recours advenant que l’employeur ne négocie pas de bonne foi » (par. 29). Ils s’expriment en ce sens malgré la teneur explicitement contraire de cet arrêt (voir *Fraser*, par. 41). Du fait de leur interprétation erronée, ils écartent cette décision sans le reconnaître.

[149] L’interprétation « généreuse » de l’al. 2d de la *Charte* à laquelle renvoient les juges majoritaires au par. 33 de leurs motifs n’autorise pas la Cour à repousser indéfiniment les limites de la liberté d’association. En soumettant en l’espèce le législateur à des contraintes constitutionnelles, les juges majoritaires méconnaissent le principe du *stare decisis*, ainsi que la certitude et la prévisibilité que ce principe est censé promouvoir.

(6) Le droit international n’est pas décisif en ce qui concerne la teneur de l’al. 2d) de la Charte

[150] Contrairement à ce que soutiennent les juges majoritaires, le droit international n’offre pas de repères qui permettent à la Cour de décider si le droit de grève bénéficie ou non de la protection de l’al. 2d) de la *Charte*. Il y a au moins une raison majeure à cela : l’état actuel du droit international sur le recours à la grève est incertain.

[151] Il faut user de prudence lorsque l’état actuel du droit international se prête à des interprétations contradictoires. Comme nous l’expliquons plus loin, les organismes internationaux ne s’entendent pas sur la question de savoir si les instruments internationaux sur le droit du travail et les droits de la personne protègent ou non le droit de grève. Si la Cour décide de s’appuyer sur des interprétations non contraignantes de conventions internationales, elle ne doit pas retenir que les interprétations qui étayaient ses conclusions.

[152] For instance, the majority invokes the International Labour Organization (“ILO”) *Convention (No. 87) concerning freedom of association and protection of the right to organize*, 68 U.N.T.S. 17 (“*Convention No. 87*”), as confirming the protection of the right to strike in international law (see para. 67), despite the fact that this right is not found in the text of the convention, nor is it found in the ILO Constitution (online) or the Declaration of Philadelphia (which concerns the aims and purposes of the ILO; see the Annex to the ILO Constitution). Article 3(1) of *Convention No. 87* protects the rights of workers’ and employers’ organizations to “formulate their programmes”, but there is debate as to whether this includes the right to strike.

[153] ILO bodies themselves disagree on the interpretation of ILO *Convention No. 87*. The Committee on Freedom of Association (“CFA”) and the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (“COE”) have endorsed a right to strike in ILO *Convention No. 87 (Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO)* (5th rev. ed. 2006), at para. 520; L. Swepston, “Human rights law and freedom of association: Development through ILO supervision” (1998), 137 *Int’l Lab. Rev.* 169, at p. 187; S. Regenbogen, “The International Labour Organization and Freedom of Association: Does Freedom of Association Include the Right to Strike?” (2012), 16 *C.L.E.L.J.* 385, at p. 404). However, these bodies do not perform judicial functions and do not enforce obligations under ILO conventions — the CFA is an investigative body and the COE, the first stage of the ILO supervisory process, simply provides observations (B. A. Langille, “Can We Rely on the ILO?” (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 273, at pp. 285 and 287; N. Valticos and G. von Potobsky, *International Labour Law* (2nd rev. ed. 1995), at paras. 661-62). The Conference Committee on the Application of Standards is the second stage of the ILO supervisory process. This tripartite committee consisting of government, employer, and worker representatives has not reached a consensus on whether freedom of association includes the right to strike (Regenbogen, at pp. 398-400 and 404; Valticos and

[152] À titre d’exemple, les juges majoritaires soutiennent que la *Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical* de l’Organisation internationale du Travail (« OIT »), 68 R.T.N.U. 17 (« *Convention (n° 87)* »), confirme la protection du droit de grève à l’échelle internationale (par. 67), alors que ce droit ne figure ni dans le texte de la convention, ni dans la Constitution de l’OIT (en ligne), ni dans la Déclaration de Philadelphie (qui porte sur les buts et objectifs de l’OIT) (voir l’annexe de la Constitution de l’OIT). Le paragraphe 1 de l’article 3 de la *Convention (n° 87)* protège le droit des organisations de travailleurs et d’employeurs de « formuler leur programme d’action », mais la question de savoir si ce droit comprend celui de faire la grève est l’objet de débats.

[153] Les organismes de l’OIT eux-mêmes ne s’entendent pas sur l’interprétation de la *Convention (n° 87)* de l’OIT. Le Comité de la liberté syndicale et la Commission d’experts pour l’application des conventions et recommandations reconnaissent l’existence d’un droit de grève dans la *Convention (n° 87) (La liberté syndicale : Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d’administration du BIT)* (5<sup>e</sup> éd. rév. 2006), par. 520; L. Swepston, « Droits de l’homme et liberté syndicale : évolution sous le contrôle de l’OIT » (1998), 137 *Rev. int. trav.* 187, p. 206; S. Regenbogen, « The International Labour Organization and Freedom of Association : Does Freedom of Association Include the Right to Strike? » (2012), 16 *C.L.E.L.J.* 385, p. 404). Or, ces organismes n’exercent pas de fonctions judiciaires et ne veillent pas au respect des obligations prévues dans les conventions de l’OIT — le Comité de la liberté syndicale est un organisme d’enquête et la Commission d’experts pour l’application des conventions et recommandations, qui se situe au premier palier de la procédure de contrôle de l’OIT, s’en tient à la formulation d’observations (B. A. Langille, « Can We Rely on the ILO? » (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 273, p. 285 et 287; N. Valticos et G. von Potobsky, *International Labour Law* (2<sup>e</sup> éd. rév. 1995), par. 661-662). La Commission de l’application des normes de la Conférence constitue le second palier de la procédure de contrôle. Cette commission tripartite composée de représentants de l’État, du patronat et des

von Potobsky, at paras. 663-64; International Labour Conference, 102nd Sess., *Conference Committee on the Application of Standards: Extracts from the Record of Proceedings* (2013)).

[154] The *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171 (“*ICCPR*”), does not include an explicit right to strike. While freedom of association is protected under art. 22(1), the U.N. Human Rights Committee, which receives and considers complaints regarding conformity to obligations under the *ICCPR*, found that art. 22 does not protect the right to strike (*J.B. v. Canada*, Communication No. 118/1982 (1986), reported in U.N. Doc. CCPR/C/OP/2, *Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol*, vol. 2 (1990), p. 34, at para. 6.4). Article 22(3) does explicitly refer to ILO *Convention No. 87*, but given the lack of agreement as to whether this Convention protects the right to strike, the reference alone cannot create this right.

[155] The *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3 (“*ICESCR*”), in art. 8(1)(d), protects a qualified right to strike. Specifically, the right is subject to explicit restrictions as it applies to public sector workers. Article 8(2) states: “This article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces or of the police or of the administration of the State.” Even if we accept that there is a general right to strike in international law, which is far from certain, the express restriction on this right in art. 8(2) demonstrates that the measures at issue are not precluded.

[156] There is thus no clear consensus under international law that the right to strike is an essential element of freedom of association.

travailleurs n’est pas parvenue à un consensus sur l’inclusion du droit de grève dans la liberté d’association (Regenbogen, p. 398-399 et 404; Valticos et von Potobsky, par. 663-664; Conférence internationale du Travail, 102<sup>e</sup> sess., *Commission de l’application des normes de la conférence : Extraits du compte rendu des travaux* (2013)).

[154] Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171 (« *PIDCP* »), ne prévoit pas expressément le droit de grève. Bien que le paragraphe 1 de l’article 22 protège la liberté d’association, le Comité des droits de l’homme des Nations Unies, qui reçoit et examine les plaintes concernant le respect des obligations prévues par le *PIDCP*, a estimé que l’article 22 ne protège pas le droit de grève (*J.B. c. Canada*, Communication n<sup>o</sup> 118/1982 (1986), publié dans Doc. N.U. CCPR/C/OP/2, *Sélection de décisions du Comité des droits de l’homme prises en vertu du Protocole facultatif*, vol. 2 (1991), p. 36, par. 6.4). Le paragraphe 3 de l’article 22 renvoie expressément à la *Convention (n<sup>o</sup> 87)* de l’OIT, mais faute d’accord quant à savoir si elle protège ou non le droit de grève, ce seul renvoi ne peut être la source de ce droit.

[155] Le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3 (« *PIDESC* »), à l’alinéa d) du paragraphe 1 de son article 8, protège jusqu’à un certain point le droit de grève dans la mesure où il prévoit expressément l’application possible de restrictions dans le cas des travailleurs du secteur public. Le paragraphe 2 de l’article 8 dispose en effet que « [l]e présent article n’empêche pas de soumettre à des restrictions légales l’exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de la fonction publique. » À supposer même qu’un droit de grève général soit reconnu à l’échelle internationale, ce qui est loin d’être avéré, la limitation éventuelle de ce droit conformément au paragraphe 2 de l’article 8 montre que les mesures contestées ne sont pas exclues.

[156] Du droit international ne se dégage donc aucun consensus net selon lequel le droit de grève constitue un élément essentiel de la liberté d’association.

[157] Further, this Court has indicated that obligations under international law that are *binding* on Canada are of primary relevance to this Court's interpretation of the *Charter*. In *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, LeBel J. notes that "[i]n interpreting the scope of application of the *Charter*, the courts should seek to ensure compliance with Canada's binding obligations under international law where the express words are capable of supporting such a construction" (para. 56 (emphasis added)). Similarly, in *Divito*, Abella J., quoting McLachlin C.J. and LeBel J. in *Health Services*, at para. 70, states that "the *Charter* should be presumed to provide at least as great a level of protection as is found in the international human rights documents that Canada has ratified" (para. 23 (emphasis added)). While other sources of international law can have some persuasive value in appropriate circumstances, they should be granted much less weight than sources under which Canada is bound (see, e.g., P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at pp. 36-39 to 36-43; P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at pp. 395-400).

[158] The majority notes that the right to strike is contained in a number of foreign constitutions, as well as in the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221 (1950), and the *European Social Charter* (E.T.S. No. 35, 1961, revised E.T.S. No. 163, 1996) (paras. 71 and 74). However, the express inclusion of the right to strike in domestic constitutions and charters other than our own has little relevance to this Court's interpretation of "freedom of association" under s. 2(d). If anything, the absence of an express right to strike in the *Charter* — which was enacted subsequent to many of the constitutions cited by the majority — indicates Parliament and the provincial legislatures' intention to exclude such a right (see *Alberta Reference*, at pp. 414-16).

[159] There is good reason to accord little weight to international instruments to which Canada is not a party. It is the role of the government to accept international obligations on behalf of Canada, not

[157] Par ailleurs, selon la Cour, les obligations qui *lient* le Canada en droit international importent au premier chef dans son interprétation de la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, le juge LeBel souligne que « [l]orsque le libellé exprès de la *Charte* le permet, la détermination de la portée de celle-ci doit tendre à assurer le respect des obligations du Canada en droit international » (par. 56 (nous soulignons)). De même, dans l'arrêt *Divito*, la juge Abella affirme en reprenant les motifs de la juge en chef McLachlin et du juge LeBel dans *Health Services* (par. 70) qu'« il faut présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne » (par. 23 (nous soulignons)). S'il est vrai que d'autres sources de droit international peuvent avoir force persuasive dans les cas qui s'y prêtent, il convient de leur reconnaître une valeur moins grande que celle des sources qui lient le Canada (voir p. ex. P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), p. 36-39 à 36-43; P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4<sup>e</sup> éd. 2009), p. 427-433).

[158] Les juges majoritaires signalent que le droit de grève est inscrit dans la constitution de nombreux pays étrangers, ainsi que dans la *Convention européenne des droits de l'homme*, 213 R.T.N.U. 221 (1950), et dans la *Charte sociale européenne* (S.T.E. n° 35, 1961, révisée S.T.E. n° 163, 1996) (par. 71 et 74). Cependant, l'inclusion expresse du droit de grève dans d'autres constitutions et chartes que les nôtres ne saurait influencer la Cour dans son interprétation de la « liberté d'association » prévue à l'al. 2d). Le fait que le droit de grève ne soit pas expressément prévu dans la *Charte* — dont l'adoption est postérieure à celle de bon nombre des constitutions citées par les juges majoritaires — est plutôt de nature à indiquer que les législateurs fédéral et provinciaux ont voulu écarter ce droit (voir *Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 414-416).

[159] Il existe une bonne raison d'accorder peu d'importance aux instruments internationaux auxquels le Canada n'est pas partie. C'est au gouvernement, non aux tribunaux, qu'il appartient d'assujettir

the courts (see Hogg, at pp. 11-2 to 11-4). Judicial review and the use of international law as an interpretive aid should not become a euphemism for this Court interfering in the government's prerogative over foreign affairs (see *Turp v. Canada (Justice)*, 2012 FC 893, [2014] 1 F.C.R. 439; Hogg, at p. 1-20). Moreover, their invocation of international law is particularly problematic given the unique historic context in which labour relations have developed within different countries.

[160] International law is of no help to this Court in determining whether freedom of association in s. 2(d) of the *Charter* includes a right to strike.

**B. *The PSESA Does Not Violate Section 2(d) of the Charter***

[161] For the reasons above, s. 2(d) does not confer a *Charter* right to strike. The question remains whether the *PSESA* nevertheless violates the right to a process of meaningful collective bargaining protected under s. 2(d). In our respectful view, it does not.

[162] The majority in this appeal retreats from the test for determining whether legislation interferes with the constitutional right to collective bargaining that was emphatically established by this Court in *Fraser*.

[163] The *PSESA*'s "controlled strike" regime does not render effectively impossible nor substantially interfere with the ability of associations representing affected public sector employees to submit representations to employers and to have them considered and discussed in good faith. There are three reasons for this conclusion: there is evidence that good faith collective bargaining took place under the *PSESA* framework; *Fraser* and *Health Services* both held that there is no right to a dispute resolution mechanism; and the goal of strikes is not to ensure meaningful collective bargaining, but instead to exert political and economic pressure on employers. Moreover, insofar as the

le Canada à des obligations internationales (voir Hogg, p. 11-2 à 11-4). Le contrôle judiciaire et l'application du droit international ne devraient pas offrir des moyens détournés d'empiéter sur la prérogative du gouvernement en matière d'affaires étrangères (voir *Turp c. Canada (Justice)*, 2012 CF 893, [2014] 1 R.C.F. 439; Hogg, p. 1-20). De plus, leur mise en relief du droit international se révèle particulièrement problématique étant donné le contexte historique unique dans lequel ont évolué les relations de travail dans les différents pays.

[160] Le droit international n'est d'aucune aide à la Cour pour déterminer si la liberté d'association prévue à l'al. 2d) de la *Charte* englobe le droit de grève.

**B. *La PSESA ne porte pas atteinte aux droits garantis par l'al. 2d) de la Charte***

[161] Pour les motifs qui précèdent, l'al. 2d) de la *Charte* ne garantit pas le droit de grève. Il nous faut toutefois examiner si la *PSESA* porte néanmoins atteinte au droit à un processus véritable de négociation collective garanti par l'al. 2d). Soit dit en tout respect, nous croyons que ce n'est pas le cas.

[162] Les juges majoritaires rompent avec le critère qui permet de déterminer si une loi porte atteinte ou non au droit constitutionnel de négocier collectivement et que la Cour énonce très clairement dans l'arrêt *Fraser*.

[163] Le régime de « grève contrôlée » établi par la *PSESA* ne prive pas dans les faits les associations qui représentent les salariés du secteur public en cause du droit de présenter des observations à l'employeur et de les voir prises en compte et débattues de bonne foi, ni n'entrave substantiellement l'exercice de ce droit. Il y a trois raisons à cela. Il appert de la preuve qu'il y a eu négociation collective de bonne foi dans le cadre établi par la *PSESA*; dans les arrêts *Fraser* et *Health Services*, la Cour nie l'existence d'un droit à un mécanisme de règlement des différends; la grève n'a pas pour objectif de garantir le déroulement d'une négociation collective véritable, mais bien

Government of Saskatchewan restricts the jurisdiction of the Labour Relations Board (“LRB”), it does so in good faith and is justified. Saskatchewan essential service workers do not require a right to strike in order to ensure that their s. 2(d) rights are respected.

[164] First, the *PSESA* facilitates consultation between employers and unions regarding the designation of essential services. Although the right to collective bargaining under s. 2(d) does not protect a particular outcome (*Fraser*, at para. 45), the fact that essential services agreements have been achieved in the provincial public sector during the currency of the *PSESA* indicates that there has been no substantial interference with the right to meaningful collective bargaining. The first collective agreement to be signed after the *PSESA* came into force — the 2009-2012 agreement between the Public Service Commission (“PSC”) and the Saskatchewan Government and General Employees’ Union (“SGEU”) — was signed only eight months after the preceding agreement ended, over three months faster than the average time to reach a collective agreement. Essential services agreements were also signed between the PSC and the SGEU, and between the PSC and the Canadian Union of Public Employees, Local 600. Tentative collective agreements were reached between the Saskatchewan Association of Health Organizations and each of the Canadian Union of Public Employees, the Service Employees International Union, and the SGEU in August 2010; these were later ratified.

[165] Moreover, s. 6 of the *PSESA* requires public employers to negotiate with trade unions with a view to concluding an essential services agreement. The evidence demonstrates that such good faith collective bargaining took place. For instance, the trial judge held that urban municipalities, the University of Regina, and the University of Saskatchewan all engaged in meaningful consultations with unions (para. 189). In fact, the Government of Saskatchewan *exceeded* the requirements of s. 6(3) of the *PSESA*: the PSC consulted the SGEU regarding

d’exercer une pression politique et économique sur l’employeur. Par ailleurs, si le gouvernement de la Saskatchewan limite la compétence de la Labour Relations Board (la « Commission »), elle le fait de bonne foi et sa décision est justifiée. Les travailleurs de la Saskatchewan qui assurent des services essentiels n’ont pas besoin d’un droit de grève pour faire respecter les droits qu’ils tirent de l’al. 2d).

[164] Premièrement, la *PSESA* facilite la consultation entre employeurs et syndicats sur la désignation des services essentiels. Le droit à la négociation collective protégé à l’al. 2d) ne garantit pas l’obtention d’un résultat donné (*Fraser*, par. 45), mais il appert de la conclusion d’accords sur les services essentiels dans le secteur public sous le régime de la *PSESA* que le droit à une négociation collective véritable n’a fait l’objet d’aucune entrave substantielle dans la province. La première convention collective intervenue après l’entrée en vigueur de la *PSESA* entre la Public Service Commission (la « PSC ») et le Saskatchewan Government and General Employees’ Union (le « SGEU ») pour la période 2009-2012 a été signée seulement huit mois après l’expiration de la convention précédente, soit dans un délai d’au moins trois mois inférieur au délai habituel. La PSC et le SGEU, de même que la PSC et le Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 600, ont également conclu des accords sur les services essentiels. En août 2010, l’Association of Health Organizations de la Saskatchewan s’est entendue avec le Syndicat canadien de la fonction publique, le Service Employees International Union et le SGEU sur le texte de conventions collectives qui ont ensuite été entérinées.

[165] Qui plus est, l’art. 6 de la *PSESA* exige que les employeurs du secteur public négocient avec les syndicats afin de conclure un accord sur les services essentiels. Selon la preuve, ils se sont acquittés de cette obligation de bonne foi. À titre d’exemple, le juge de première instance conclut que les municipalités urbaines, l’Université de Regina et l’Université de la Saskatchewan ont toutes véritablement consulté les syndicats (par. 189). En fait, le gouvernement de la Saskatchewan a *surpassé* les exigences du par. 6(3) de la *PSESA* : la PSC a

which services (other than those relating to health and safety) would be designated as essential in *The Public Service Essential Services Regulations*, R.R.S., c. P-42.2, Reg. 1. As a result of these consultations, a number of changes were made to the *Regulations*.

[166] Second, this Court determined in both *Health Services* and *Fraser* that s. 2(d) does not entail a right to a dispute resolution mechanism. A violation of s. 2(d) cannot be found here simply on allegations that the legislation does not provide an adequate dispute resolution process. As Rothstein J. observed in dissent in *Mounted Police*, the inconsistency between the majority's position here and the Court's decision in *Fraser* is rendered all the more puzzling when one compares the vulnerability of the agricultural workers in that case, who were found not to require a dispute resolution mechanism, with the greatly enhanced position of the public service providers who now come before this Court.

[167] Finally, the appellants argue that this Court must defer to the trial judge's finding that, in absence of the ability of workers to strike, there can be no assurance that collective bargaining will occur in good faith. As discussed earlier, this mischaracterizes the primary purpose of the strike, which is to exert political and economic pressure, not to ensure good faith collective bargaining, which is protected by statute and, since *Health Services*, by s. 2(d) of the *Charter*.

[168] The statutory balance struck by the Government of Saskatchewan is eminently reasonable. The narrow scope of the LRB's powers of review is justifiable in the essential services context, where public health, safety, and security are at stake. As noted earlier, the Government of Saskatchewan, together with the federal and other provincial governments, has a constitutional commitment to "provid[e] essential public services of reasonable quality to all Canadians"

consulté le SGEU en vue de déterminer quels services (hormis ceux liés à la santé et à la sécurité) seraient tenus pour essentiels suivant le *Public Service Essential Services Regulations*, R.R.S., c. P-42.2, règl. 1. À la suite de ces consultations, nombre de modifications ont été apportées au Règlement.

[166] Deuxièmement, dans les arrêts *Health Services* et *Fraser*, la Cour statue que l'al. 2d) ne garantit pas le droit à un mécanisme de règlement des différends. À elles seules, les allégations voulant que la PSESA n'offre aucun mécanisme adéquat de règlement des différends ne permettent pas en l'espèce de conclure à la violation des droits protégés par l'al. 2d). Comme le fait observer en dissidence le juge Rothstein dans l'arrêt *Police montée*, l'écart entre l'opinion des juges majoritaires et celle qui sous-tend l'arrêt *Fraser* est encore plus déconcertant dans la mesure où, dans cette autre affaire, les travailleurs agricoles à qui la Cour n'a pas jugé nécessaire d'accorder l'accès à un mécanisme de règlement des différends étaient bien plus vulnérables que ne le sont les préposés aux services publics qui s'adressent aujourd'hui à la Cour.

[167] Enfin, les appelants soutiennent que la Cour doit déférer à la conclusion du juge de première instance selon laquelle, lorsque les travailleurs ne peuvent recourir à la grève, on ne peut être assuré qu'il y aura négociation collective de bonne foi. Nous le répétons, cette affirmation dénature l'objectif premier d'une grève, à savoir exercer une pression politique et économique, et non faire en sorte qu'il y ait négociation collective de bonne foi, ce que garantit la loi et, depuis l'arrêt *Health Services*, l'al. 2d) de la *Charte*.

[168] L'équilibre établi par le législateur en Saskatchewan est éminemment raisonnable. La portée restreinte du pouvoir de révision de la Commission se justifie dans le contexte de la prestation de services essentiels lorsque la santé, la sûreté et la sécurité du public sont en jeu. Rappelons que le gouvernement de la Saskatchewan, de même que le gouvernement fédéral et ses homologues provinciaux, doivent respecter l'engagement constitutionnel de « fournir à

(s. 36(1)(c) of the *Constitution Act, 1982*). In view of this commitment, the Government of Saskatchewan cannot subject itself to arbitral awards that could make it unaffordable for the province to deliver on its undertaking. Yet, that is an inherent concern in constitutionalizing the right to strike and finding that a limitation to this right could only be justified if there is “a meaningful alternative mechanism for resolving bargaining impasses, such as arbitration” (majority reasons, at para. 93). The Government of Saskatchewan was entitled to determine that compulsory arbitration could thwart the goal of the *PSESA*: assuring the continued delivery of essential services during labour actions.

[169] Governments are unlike private businesses: they cannot decide to exit a field of economic activity by no longer providing the particular essential service, they are not able to move the service to a jurisdiction with lower labour costs, and they cannot realistically declare bankruptcy and shut down all operations. Recognition of this context is essential in evaluating the Government of Saskatchewan’s decision to enact some limits on the LRB’s powers of review.

[170] The *PSESA* does not infringe on the right of essential service workers to meaningful, good faith collective bargaining. There is evidence of good faith collective bargaining under the *PSESA*, *Health Services* and *Fraser* confirm that s. 2(d) does not entail a right to a dispute resolution mechanism, and the purpose of strikes in the public sector is to exert political pressure, not to ensure meaningful collective bargaining, as meaningful collective bargaining is already statutorily and constitutionally guaranteed. A right to strike is not required to ensure the s. 2(d) guarantee of freedom of association.

[171] The Government of Saskatchewan has devised a particular legislative framework in order to safeguard the continued delivery of essential services to the community during labour disputes.

tous les Canadiens, à un niveau de qualité acceptable, les services publics essentiels » (al. 36(1)c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*). Le gouvernement de la Saskatchewan ne peut donc pas s’en remettre à des décisions arbitrales susceptibles de faire en sorte que la province n’ait plus les moyens de donner suite à son engagement. Or, c’est exactement ce que font craindre la constitutionnalisation du droit de grève et la conclusion portant que la limitation de ce droit n’est justifiée qu’en présence d’un « autre moyen véritable (tel l’arbitrage) de mettre fin à l’impasse des négociations » (motifs majoritaires, par. 93). Le gouvernement de la Saskatchewan avait le droit de conclure que l’arbitrage obligatoire pouvait compromettre l’objectif de la *PSESA*, à savoir la prestation continue des services essentiels durant un conflit de travail.

[169] L’État se distingue de l’entreprise privée en ce qu’il ne peut ni se retirer d’un secteur d’activité économique et cesser d’assurer le service essentiel en cause, ni confier la prestation du service à une administration dont le coût de la main-d’œuvre est inférieur, ni faire véritablement faillite et fermer tout bonnement ses portes. La reconnaissance de cette contrainte est essentielle dans l’examen de la décision de la Saskatchewan de limiter jusqu’à un certain point le pouvoir de révision de la Commission.

[170] La *PSESA* ne porte pas atteinte au droit des préposés aux services essentiels à un processus véritable de négociation collective de bonne foi. La preuve révèle qu’il y a eu négociation collective de bonne foi sous le régime de la *PSESA*, les arrêts *Health Services* et *Fraser* confirment que l’al. 2d) ne garantit pas le droit à un mécanisme de règlement des différends et le but d’une grève dans le secteur public est d’exercer une pression politique, non de garantir une négociation collective véritable, ce que font déjà la loi et la Constitution. Le droit de grève n’est pas nécessaire à la protection de la liberté d’association garantie à l’al. 2d).

[171] Le gouvernement de la Saskatchewan a conçu un cadre législatif unique afin d’assurer à la collectivité la prestation continue de services essentiels pendant un conflit de travail. La Cour devrait

This Court should defer to the government's policy choices in balancing the interests of employers, employees, and the public to allow the government to meet its constitutional commitment to deliver these services.

[172] In concluding that the *PSESA* infringes the right to meaningful collective bargaining, the majority fails to apply the substantial interference standard the Court established in recent s. 2(d) jurisprudence. In *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, while concluding the inquiry on a standard of "substantial interference" the majority was nevertheless alive to the fact that the exercise of s. 2(d) rights was "all but impossible" for the appellant agricultural workers (paras. 25 (emphasis deleted) and 48). The majority in *Health Services* used similar language, concluding that "[t]here must be evidence that the freedom would be next to impossible to exercise" (para. 34). In *Fraser*, the majority of this Court held that "[i]n every case, the question is whether the impugned law or state action has the effect of making it impossible to act collectively to achieve workplace goals" (para. 46). It was under these circumstances that the standard for substantial interference was developed. Our colleagues overlook this context by applying a lower standard in their constitutional analysis.

[173] Because the *PSESA* does not violate s. 2(d) of the *Charter*, it is unnecessary to engage in an analysis under s. 1.

*C. The PSESA Does Not Violate Section 2(b) of the Charter*

[174] The appellants have made an alternative argument under s. 2(b). They say that the *PSESA* violates workers' freedom of expression in limiting their ability to participate in strikes. It would not be appropriate to express an opinion on what is an undeveloped record on this point. As was the case before the Court of Appeal, the appellants' submissions on s. 2(b) are "very much by way of

déferer à ses choix politiques dans l'établissement d'un équilibre entre les intérêts respectifs des employeurs, des employés et du public et lui permettre ainsi de s'acquitter de son obligation constitutionnelle de fournir de tels services.

[172] Lorsqu'ils concluent que la *PSESA* viole le droit à la négociation collective véritable, nos collègues se gardent d'appliquer le critère de l'entrave substantielle établi récemment par la Cour dans un dossier relatif à l'al. 2d). Dans l'arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, même si elle tranche au regard du critère de l'« [entrave] substantielle », la formation majoritaire demeure consciente de « l'impossibilité » pour les travailleurs agricoles appelants d'exercer les droits garantis par l'al. 2d) (par. 25 (soulignement omis) et 48). Dans l'arrêt *Health Services*, la formation majoritaire s'exprime dans le même sens : « [i]l doit être établi qu'il serait pratiquement impossible d'exercer la liberté constitutionnelle en question » (par. 34). Dans *Fraser*, la Cour opine que « [l]a question demeure celle de savoir si la loi ou la mesure gouvernementale contestée rend impossible l'action collective visant la réalisation d'objectifs liés au travail » (par. 46). C'est sur cette toile de fond qu'a vu le jour le critère de l'entrave substantielle. Nos collègues en font aujourd'hui abstraction et appliquent un critère moins strict dans le cadre de leur analyse constitutionnelle.

[173] Comme la *PSESA* ne porte pas atteinte aux droits garantis à l'al. 2d) de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de se livrer à une analyse fondée sur l'article premier.

*C. La PSESA ne porte pas atteinte aux droits garantis par l'al. 2b) de la Charte*

[174] Les appelants invoquent l'al. 2b) à titre subsidiaire et soutiennent que la *PSESA* porte atteinte à la liberté d'expression des travailleurs en ce qu'elle limite leur faculté de participer à une grève. Il ne convient pas de se prononcer sur ce point, le dossier n'étant pas suffisamment étoffé pour le faire. Comme devant la Cour d'appel, leur thèse fondée sur l'al. 2b) est avancée [TRADUCTION]

a secondary argument” (para. 72). Having pursued a detailed argument in respect of s. 2(d), the appellants expend little effort in their s. 2(b) arguments. It would be ill advised to undertake an evaluation of a *Charter* argument in the absence of substantive arguments on the issue.

D. *The Trade Union Amendment Act, 2008, S.S. 2008, c. 26, Does Not Violate Section 2(d) of the Charter*

[175] We agree with the majority that *The Trade Union Amendment Act, 2008* (“*TUAA*”) does not infringe freedom of association. Amending the process for certification and decertification and allowing an employer to communicate “facts and its opinions to its employees” (*TUAA*, s. 6) does not render meaningful collective bargaining effectively impossible nor does it substantially interfere with this process.

### III. Conclusion

[176] Neither the *PSESA* nor the *TUAA* infringes s. 2(d) of the *Charter*. We would dismiss the appeal with costs. We would answer the constitutional questions as follows:

1. Does *The Public Service Essential Services Act*, S.S. 2008, c. P-42.2, in whole or in part, infringe s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is unnecessary to answer this question.

3. Does *The Public Service Essential Services Act*, S.S. 2008, c. P-42.2, in whole or in part, infringe s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

« à titre très accessoire » (par. 72). Alors qu'ils offrent une argumentation détaillée sur l'application de l'al. 2d), les appelants étayaient bien peu leur thèse fondée sur l'al. 2b). Il serait inopportun de se prononcer sur le point constitutionnel soulevé à défaut d'arguments substantiels à l'appui.

D. *La loi intitulée The Trade Union Amendment Act, 2008, S.S. 2008, c. 26, ne contrevient pas à l'al. 2d) de la Charte*

[175] Nous convenons avec les juges majoritaires que la *Trade Union Amendment Act, 2008* (« *TUAA* ») ne porte pas atteinte à la liberté d'association. Modifier le processus d'accréditation et de révocation de l'accréditation et permettre à l'employeur de communiquer [TRADUCTION] « des faits et des opinions à ses salariés » (*TUAA*, art. 6) ne fait pas obstacle à un processus véritable de négociation collective, ni n'entrave substantiellement ce processus.

### III. Conclusion

[176] Ni la *PSESA* ni la *TUAA* ne portent atteinte aux droits garantis par l'al. 2d) de la *Charte*. Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

1. La *Public Service Essential Services Act*, S.S. 2008, c. P-42.2, en tout ou en partie, viole-t-elle l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une violation constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il est inutile de répondre à la question.

3. La *Public Service Essential Services Act*, S.S. 2008, c. P-42.2, en tout ou en partie, viole-t-elle l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is unnecessary to answer this question.

5. Do ss. 3, 6, 7 and 11 of *The Trade Union Amendment Act, 2008*, S.S. 2008, c. 26, in whole or in part, infringe s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is unnecessary to answer this question.

*Appeal allowed in part with costs, ROTHSTEIN and WAGNER JJ. dissenting in part.*

*Solicitors for the appellants: Gerrand Rath Johnson, Regina; Victory Square Law Office, Vancouver; The W Law Group, Saskatoon.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Saskatoon.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

4. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une violation constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il est inutile de répondre à la question.

5. Les articles 3, 6, 7 et 11 de la *Trade Union Amendment Act, 2008*, S.S. 2008, c. 26, en tout ou en partie, violent-ils l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

6. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une violation constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il est inutile de répondre à la question.

*Pourvoi accueilli en partie avec dépens, les juges ROTHSTEIN et WAGNER sont dissidents en partie.*

*Procureurs des appelants : Gerrand Rath Johnson, Regina; Victory Square Law Office, Vancouver; The W Law Group, Saskatoon.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Saskatoon.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.*

*Solicitors for the intervener the Saskatchewan Union of Nurses: Bainbridge Jodouin Cheecham, Saskatoon.*

*Procureurs de l'intervenant Saskatchewan Union of Nurses : Bainbridge Jodouin Cheecham, Saskatoon.*

*Solicitors for the intervener SEIU-West: Plaxton & Company, Saskatoon.*

*Procureurs de l'intervenant SEIU-West : Plaxton & Company, Saskatoon.*

*Solicitors for the interveners the United Nurses of Alberta and the Alberta Federation of Labour: Chivers Carpenter, Edmonton.*

*Procureurs des intervenants United Nurses of Alberta et Alberta Federation of Labour : Chivers Carpenter, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Professional Institute of the Public Service of Canada: Sack Goldblatt Mitchell, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Constitution Foundation: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Canadian Constitution Foundation : McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Air Canada Pilots' Association: Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des pilotes d'Air Canada : Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Moore Edgar Lyster, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Moore Edgar Lyster, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener Conseil du patronat du Québec: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil du patronat du Québec : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Employers Council: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien des employeurs : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Canadian Union of Postal Workers and the International Association of Machinists and Aerospace Workers: Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto.*

*Procureurs des intervenants le Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes et l'Association internationale des machinistes et des travailleurs et travailleuses de l'aérospatiale : Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the British Columbia Teachers' Federation and the Hospital Employees' Union: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Public Service Alliance of Canada: Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Alberta Union of Provincial Employees: Nugent Law Office, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener Confédération des syndicats nationaux: Laroche Martin, Montréal.*

*Solicitors for the interveners the Regina Qu'Appelle Regional Health Authority, the Cypress Regional Health Authority, the Five Hills Regional Health Authority, the Heartland Regional Health Authority, the Sunrise Regional Health Authority, the Prince Albert Parkland Regional Health Authority and the Saskatoon Regional Health Authority: Saskatoon Regional Health Authority, Saskatoon; MacPherson Leslie & Tyerman, Saskatoon.*

*Solicitors for the intervener the National Union of Public and General Employees: Champ & Associates, Ottawa.*

*Solicitors for the interveners the Canada Post Corporation and Air Canada: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

*Procureurs des intervenants British Columbia Teachers' Federation et Hospital Employees' Union : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Alliance de la Fonction publique du Canada : Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant Alberta Union of Provincial Employees : Nugent Law Office, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante la Confédération des syndicats nationaux : Laroche Martin, Montréal.*

*Procureurs des intervenantes Regina Qu'Appelle Regional Health Authority, Cypress Regional Health Authority, Five Hills Regional Health Authority, Heartland Regional Health Authority, Sunrise Regional Health Authority, Prince Albert Parkland Regional Health Authority et Saskatoon Regional Health Authority : Saskatoon Regional Health Authority, Saskatoon; MacPherson Leslie & Tyerman, Saskatoon.*

*Procureurs de l'intervenant le Syndicat national des employées et employés généraux du secteur public : Champ & Associates, Ottawa.*

*Procureurs des intervenantes la Société canadienne des postes et Air Canada : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

# ONGLET 2

**Minister of Labour for Ontario** *Appellant*

v.

**Canadian Union of Public Employees  
and Service Employees International  
Union** *Respondents*

and

**Canadian Bar Association and National  
Academy of Arbitrators (Canadian  
Region)** *Interveners*

**INDEXED AS: C.U.P.E. v. ONTARIO (MINISTER OF  
LABOUR)**

**Neutral citation: 2003 SCC 29.**

**File No.: 28396.**

**2002: October 8; 2003: May 16.**

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO**

*Labour relations — Hospital labour disputes — Appointment of board of arbitration — Legislation requiring disputes over collective agreements in hospitals and nursing homes to be resolved by compulsory arbitration — Minister of Labour appointing retired judges to chair arbitration boards — Whether Minister required to select arbitrators qualified by expertise and acceptance in labour relations community — Whether retired judges, as a class, biased against labour — Hospital Labour Disputes Arbitration Act, R.S.O. 1990, c. H.14, s. 6(5).*

*Administrative law — Judicial review — Appointment of board of arbitration — Legislation requiring disputes over collective agreements in hospitals and nursing homes to be resolved by compulsory arbitration — Minister of Labour appointing retired judges to chair arbitration boards — Whether appointment process for selecting chairs of arbitration boards violates natural justice or infringes institutional independence*

**Ministre du Travail de l'Ontario** *Appelant*

c.

**Syndicat canadien de la fonction publique  
et Union internationale des employés des  
services** *Intimés*

et

**Association du Barreau canadien et  
National Academy of Arbitrators (Canadian  
Region)** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : S.C.F.P. c. ONTARIO (MINISTRE DU  
TRAVAIL)**

**Référence neutre : 2003 CSC 29.**

**N° du greffe : 28396.**

**2002 : 8 octobre; 2003 : 16 mai.**

**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 — Conflits de travail dans des hôpitaux — Constitution d'un conseil d'arbitrage — Loi exigeant que le règlement des différends en matière de convention collective qui surviennent dans les hôpitaux et les maisons de soins infirmiers soit assujéti à l'arbitrage obligatoire — Désignation par le ministre du Travail de juges retraités à la présidence des conseils d'arbitrage — Le ministre était-il tenu de choisir des arbitres ayant une expertise et étant acceptés dans le milieu des relations du travail? — En tant que catégorie, les juges retraités ont-ils un parti pris contre les travailleurs et les travailleuses? — Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux, L.R.O. 1990, ch. H.14, art. 6(5).*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Constitution d'un conseil d'arbitrage — Loi exigeant que le règlement des différends en matière de convention collective qui surviennent dans les hôpitaux et les maisons de soins infirmiers soit assujéti à l'arbitrage obligatoire — Désignation par le ministre du Travail de juges retraités à la présidence des conseils d'arbitrage — Le processus de désignation des présidents des conseils d'arbitrage*

*and impartiality of arbitration boards — Whether appointment process breached legitimate expectations of unions — Whether appointments caused reasonable apprehension of bias — Whether Minister disqualified or required to delegate task of making appointments because of interest in arbitrations — Whether Minister's appointments patently unreasonable — Hospital Labour Disputes Arbitration Act, R.S.O. 1990, c. H.14, s. 6(5).*

Since 1965, Ontario's hospitals, nursing homes and their employees have been required to resolve disputes over collective agreements by compulsory arbitration under the *Hospital Labour Disputes Arbitration Act* ("HLDAA"). If the parties cannot agree on a mutually acceptable arbitrator, a panel of three members is struck, two designated by the parties and the third chosen by the Minister of Labour. Amendments to the *Labour Relations Act* in 1979 facilitated the formation and use of a list of arbitrators with expertise acceptable to both management and the unions. A similar register of arbitrators was dropped from the HLDAA in 1980 but a normal practice was for senior officials of the Ministry of Labour, under delegated authority, to identify appropriate arbitrators. Following the 1995 provincial election, a reorganization of public sector institutions, including schools and hospitals, led to Bill 136. The Bill contained the proposed *Public Sector Dispute Resolution Act, 1997* which included a Dispute Resolution Commission. Organized labour opposed many aspects of the Bill, including the proposed commission. When the Minister announced a return to the sector-based system of appointing arbitrators, the unions believed the selection of HLDAA chairpersons would thereafter be limited to mutually agreed candidates.

In early 1998, the Minister appointed four retired judges to chair several arbitration boards. They were not appointed by mutual agreement nor were they on the "agreed" list compiled under s. 49(10) of the *Labour Relations Act, 1995*. The unions were not consulted. The President of the Ontario Federation of Labour complained to the Minister that the understanding about a return to the *status quo* had been breached without consultation. The unions objected that retired judges lack expertise,

*contrevient-il à la justice naturelle ou compromet-il l'indépendance et l'impartialité institutionnelles des conseils d'arbitrage? — Le processus de désignation a-t-il frustré les attentes légitimes des syndicats? — Les désignations ont-elles suscité une crainte raisonnable de partialité? — Le ministre était-il inhabile à faire les désignations et était-il tenu de déléguer la tâche de les faire en raison de l'intérêt qu'il aurait dans les arbitrages? — Les désignations ministérielles étaient-elles manifestement déraisonnables? — Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux, L.R.O. 1990, ch. H.14, art. 6(5).*

Depuis 1965, en Ontario, la *Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux* (« LACTH ») oblige les hôpitaux, les maisons de soins infirmiers et leurs employés à soumettre à l'arbitrage leurs différends en matière de convention collective. Dans le cas où les parties ne s'entendent pas sur le choix d'un arbitre qui leur est acceptable, il y a alors formation d'un conseil d'arbitrage composé de trois membres, dont deux sont désignés par les parties alors que le troisième est choisi par les deux membres désignés par les parties, ou encore par le ministre du Travail si les parties n'arrivent pas à s'entendre. Les modifications apportées à la *Labour Relations Act* en 1979 facilitaient l'établissement et l'utilisation d'une liste d'arbitres ayant une expertise et acceptables à la fois par le patronat et les syndicats. Un registre d'arbitres similaire a été retiré de la LACTH en 1980, mais les hauts fonctionnaires du ministère du Travail, qui exercent les pouvoirs qui leur sont délégués, avaient coutume de désigner des arbitres compétents. À la suite de l'élection de 1995, une réorganisation des institutions du secteur public, y compris les écoles et les hôpitaux, a abouti au projet de loi 136. Ce projet de loi renfermait le projet de *Loi de 1997 sur le règlement des différends dans le secteur public* qui prévoyait notamment la création d'une commission de règlement des différends. Le mouvement syndical s'est opposé à maints éléments du projet de loi, dont le projet de création de cette commission. Lorsque le ministre a annoncé un retour au système sectoriel de désignation des arbitres, les syndicats ont cru que le choix des présidents visés par la LACTH serait désormais limité aux candidats sur lesquels les parties se seraient entendues.

Au début de 1998, le ministre a désigné quatre juges retraités à la présidence de plusieurs conseils d'arbitrage. Leur désignation ne résultait pas d'un commun accord et leur nom ne figurait pas non plus sur une liste « convenue » dressée en vertu du par. 49(10) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*. Les syndicats n'ont pas été consultés. Le président de la Fédération du travail de l'Ontario s'est plaint auprès du ministre que l'entente concernant un retour au *status quo* avait été violée sans

experience, tenure and independence from government. They also complained the Minister had breached procedural fairness by not delegating the task of making appointments to senior officials. The four judges initially appointed declined to act but other retired judges accepted the appointments. The unions sought declarations that the Minister's actions denied natural justice and lacked institutional independence and impartiality. The Divisional Court dismissed the application for judicial review. The Court of Appeal allowed the unions' appeal, concluding that the Minister had created a reasonable apprehension of bias and interfered with the independence and impartiality of the arbitrators, as well as defeating the legitimate expectation of the unions contrary to the requirements of natural justice. The Minister was ordered not to make any further appointments "unless such appointments are made from the long-standing and established roster of experienced labour relations arbitrators" compiled under s. 49(10) of the *Labour Relations Act, 1995*.

*Held* (McLachlin C.J. and Major and Bastarache J.J. dissenting): The appeal should be dismissed for reasons that differ somewhat from those of the Court of Appeal. The Minister is required, in the exercise of his power of appointment under s. 6(5) of the *HLDA*, to be satisfied that prospective chairpersons are not only independent and impartial but possess appropriate labour relations expertise and are recognized in the labour relations community as generally acceptable to both management and labour.

*Per* Gonthier, Iacobucci, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps J.J.: The Minister, as a matter of law, was required to exercise his power of appointment in a manner consistent with the purpose and objects of the statute that conferred the power. A fundamental purpose and object of the *HLDA* was to provide an adequate substitute for strikes and lock-outs. To achieve the statutory purpose, as the Minister himself wrote on February 2, 1998, "the parties must perceive the system as neutral and credible". This view was fully supported by the *HLDA*'s legislative history.

The Minister was not required to proceed with the selection of chairpersons by way of "mutual agreement" or from the s. 49(10) roster. Nor were retired judges as a "class" reasonably seen as biased against labour. Nevertheless, the Minister was required by the *HLDA*, properly interpreted, to select arbitrators from candidates

qu'il y ait eu des consultations. Les syndicats ont fait valoir que les juges retraités sont dénués d'expertise et d'expérience et qu'ils ne sont ni inamovibles ni indépendants du gouvernement. Ils se sont en outre plaints du fait que le ministre avait manqué à l'équité procédurale en ne déléguant pas à des hauts fonctionnaires la tâche de faire des désignations. Les quatre juges désignés initialement ont refusé d'agir en qualité d'arbitres, mais d'autres juges retraités ont accepté les désignations. Les syndicats ont sollicité un jugement déclarant que les actes du ministre constituaient un déni de justice naturelle et étaient caractérisés par l'absence d'indépendance et d'impartialité institutionnelles. La Cour divisionnaire a rejeté la demande de contrôle judiciaire. La Cour d'appel a accueilli l'appel des syndicats, concluant que le ministre avait suscité une crainte raisonnable de partialité et porté atteinte à l'indépendance et à l'impartialité des arbitres, ainsi qu'à l'expectative légitime des syndicats, contrairement aux exigences de la justice naturelle. Le ministre s'est vu interdire de faire d'autres désignations « à moins que ces désignations ne soient faites à partir de la liste traditionnelle d'arbitres expérimentés en relations du travail », dressée en vertu du par. 49(10) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges Major et Bastarache sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté pour des raisons qui diffèrent quelque peu de celles de la Cour d'appel. Dans l'exercice de son pouvoir de désignation conféré par le par. 6(5) *LACTH*, le ministre doit être convaincu que les candidats à la présidence sont non seulement indépendants et impartiaux, mais également qu'ils ont une expertise appropriée en matière de relations du travail et sont reconnus, dans le milieu des relations du travail, comme étant généralement acceptables à la fois par le patronat et par les syndicats.

*Les juges Gonthier, Iacobucci, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps* : Le ministre était tenu, en droit, d'exercer son pouvoir de désignation d'une manière conforme aux fins et aux objets de la loi qui lui conférait ce pouvoir. L'un des objets fondamentaux de la *LACTH* était de prévoir un moyen adéquat de remplacer la grève et le lock-out. Pour que cet objet de la Loi puisse être réalisé, « les parties doivent percevoir le système comme étant neutre et crédible », comme l'écrivait le ministre lui-même le 2 février 1998. Ce point de vue était entièrement étayé par l'historique législatif de la *LACTH*.

Le ministre n'était pas tenu de choisir les présidents des conseils d'arbitrage d'un « commun accord » ou à partir de la liste dressée en vertu du par. 49(10). En tant que « catégorie », les juges retraités ne pouvaient pas non plus être raisonnablement perçus comme ayant un parti pris contre les travailleurs et les travailleuses. Néanmoins,

who were qualified not only by their impartiality, but by their expertise and general acceptance in the labour relations community.

Section 6(5) of the *HLDA* contemplates the appointment of "a person who is, in the opinion of the Minister, qualified to act". The Minister's discretion is constrained by the scheme and object of the Act as a whole, which is to create a "neutral and credible" substitute for the right to strike and lock-out. Labour arbitration has traditionally rested on a consensual basis, with the arbitrator chosen by the parties or being acceptable to both parties. Although the s. 6(5) power is expressed in broad terms, the Minister is nevertheless required, in the exercise of that power, to have regard to relevant labour relations expertise, independence, impartiality and general acceptability within the labour relations community. These criteria are neither vague nor uncertain. The livelihood of a significant group of professional labour arbitrators depends on their recognized ability to fulfill them. The result is a perfectly manageable framework within which the legislature intended to give the Minister broad but not unlimited scope within which to make appointments in furtherance of the *HLDA*'s object and purposes. The Minister, under the *HLDA*, is not given a broad policy function. His narrow role is simply to substitute for the parties in naming a third arbitrator in case of their disagreement and, given the context, background and purpose of the Act, his rejection of labour relations expertise and general acceptability as relevant factors was patently unreasonable.

Although, as a member of Cabinet, the Minister was committed to public sector rationalization and had a perceived interest in the appointment process and the outcome of the arbitrations, the legislature specifically conferred the power of appointment on the Minister and, absent a constitutional challenge, clear and unequivocal statutory language conferring that authority prevailed over the common law rule against bias. The Minister's power to delegate the appointment process under s. 9.2(1) of the *HLDA* was permissive only and to take away his authority to make his own choice would amount to a judicial amendment of the legislation.

The Minister satisfied any duty to consult with the unions about the change in the appointments process.

la *LACTH*, correctement interprétée, exigeait que le ministre désigne comme arbitres des personnes compétentes en raison non seulement de leur impartialité, mais aussi de leur expertise et de leur acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail.

Le paragraphe 6(5) *LACTH* prévoit la désignation d'une « personne qui, [de l'avis du ministre], est compétente pour agir en cette qualité [d'arbitre] ». Le pouvoir discrétionnaire du ministre est limité par l'économie et l'objet de la *LACTH* dans son ensemble, laquelle loi établit un système qui, d'après l'intention du législateur, doit servir de moyen « neutre et crédible » de remplacer le droit de grève et de lock-out. L'arbitrage en matière de relations du travail repose traditionnellement sur le consentement, l'arbitre étant choisi par les parties ou étant acceptable par chacune d'elles. Bien que le pouvoir conféré au par. 6(5) soit énoncé en termes généraux, le ministre est néanmoins tenu, en exerçant ce pouvoir, de prendre en considération l'expertise pertinente en matière de relations du travail ainsi que l'indépendance, l'impartialité et l'acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail. Ces critères ne sont ni vagues ni incertains. Un grand nombre d'arbitres professionnels en droit du travail dépendent, pour leur subsistance, de leur capacité reconnue de satisfaire à ceux-ci. Il en résulte un cadre tout à fait acceptable à l'intérieur duquel le législateur a voulu accorder au ministre une liberté d'action considérable, mais non illimitée, pour faire des désignations conformes aux fins et aux objets de la *LACTH*. La *LACTH* n'attribue pas au ministre une fonction d'orientation générale. Son rôle limité consiste simplement à remplacer les parties pour désigner un troisième arbitre en cas de désaccord de leur part, et compte tenu du cadre, du contexte et de l'objet de la Loi, son rejet de l'expertise en matière de relations du travail et de l'acceptabilité générale comme facteurs pertinents était manifestement déraisonnable.

Même si, en sa qualité de membre du Cabinet, le ministre était un défenseur de la rationalisation du secteur public et était perçu comme ayant un intérêt dans le processus de désignation et dans l'issue des arbitrages, le législateur lui a expressément conféré le pouvoir de désignation, et en l'absence de contestation constitutionnelle, le texte clair et non équivoque qui confère ce pouvoir primait sur la règle de common law interdisant la partialité. Le pouvoir de déléguer la tâche de faire des désignations, que le par. 9.2(1) *LACTH* confère au ministre, est seulement facultatif, et il y aurait modification judiciaire de la Loi si on lui retirait son pouvoir de faire ses propres choix.

Le ministre s'est acquitté de toute obligation qui pouvait lui incomber de consulter les syndicats au sujet de

There were extensive meetings during which the Minister signalled that the process was subject to reform and that retired judges were potential candidates for appointments. The unions made clear their opposition. Section 6(5) of the *HLDA* did not impose on the Minister a procedural requirement to consult with the parties to each arbitration nor does the evidence establish a firm practice of appointing from a list or by mutual agreement. A general, ambiguous promise to continue an existing system subject to reform does not suffice under the doctrine of legitimate expectation to bind the Minister's exercise of his or her discretion.

The Court of Appeal had concluded that the Minister's approach tainted both the independence and impartiality of the *HLDA* arbitration boards to which the retired judges had been appointed. This conclusion was not justified. The *HLDA* commands the use of *ad hoc* arbitration boards. Such boards are not characterized by financial security or security of tenure beyond the life of the arbitration itself. The independence of arbitrators is guaranteed by training, experience and mutual acceptability. Since s. 6(5) requires the appointment of individuals qualified by training, experience and mutual acceptability, the proper exercise of the appointment power would lead to a tribunal which would satisfy reasonable concerns about institutional independence.

Impartiality raises different considerations. The Court of Appeal did not suggest that the retired judges were in fact biased or partial but concluded that they might reasonably be seen to be "inimical to the interests of labour, at least in the eyes of the appellants". The test, however, is not directed to the subjective perspective of one of the parties but to the reasonable, detached and informed observer. Retired judges as a class have no greater interest than other citizens in the outcome of the arbitrations and there are no substantial grounds to think they would do the bidding of the Minister or favour employers so as to improve the prospect of future appointments. A fully informed, reasonable person would not stigmatize retired judges, as a class, with an anti-labour bias. Allegations of individual bias must be dealt with on a case-by-case basis.

la modification du processus de désignation. Il y a eu de nombreuses rencontres au cours desquelles le ministre a indiqué que le processus faisait l'objet d'une réforme et que les juges retraités étaient des candidats potentiels pour les désignations. Les syndicats ont exprimé clairement leur opposition. Le paragraphe 6(5) *LACTH* n'impose pas au ministre l'obligation procédurale de consulter les parties à chaque arbitrage, et la preuve n'établit pas non plus l'existence d'une pratique bien établie consistant à faire les désignations à partir d'une liste ou à les faire d'un commun accord. Selon la règle de l'expectative légitime, une promesse générale et équivoque de maintenir le système existant, sous réserve d'une réforme, n'est pas suffisante pour obliger le ministre à exercer son pouvoir discrétionnaire.

La Cour d'appel a conclu que l'approche du ministre compromettait à la fois l'indépendance et l'impartialité des conseils d'arbitrage constitués en vertu de la *LACTH*, pour lesquels des juges retraités avaient été désignés. Cette conclusion n'était pas justifiée. La *LACTH* commande le recours à des conseils d'arbitrage *ad hoc*. Ces conseils ne sont pas caractérisés par une sécurité financière ou une inamovibilité continuant d'exister après la fin de l'arbitrage même. L'indépendance des arbitres est garantie par leur formation, leur expérience et leur acceptabilité par les parties. Vu que le par. 6(5) exige la désignation de personnes compétentes en raison de leur formation, de leur expérience et de leur acceptabilité par les parties, l'exercice approprié du pouvoir de désignation permettra de constituer un tribunal administratif qui répondra aux préoccupations raisonnables concernant l'indépendance institutionnelle.

L'impartialité fait intervenir des considérations différentes. La Cour d'appel n'a pas indiqué que les juges retraités avaient, en fait, des préjugés ou un parti pris, mais elle a conclu qu'ils pourraient raisonnablement être perçus comme étant « hostiles aux intérêts des travailleurs et des travailleuses, du moins aux yeux des appelants ». Toutefois, ce critère est axé non pas sur le point de vue subjectif de l'une des parties, mais sur celui de l'observateur raisonnable, neutre et renseigné. En tant que catégorie, les juges retraités n'ont pas plus d'intérêt que les autres citoyens dans l'issue des arbitrages, et il n'y a aucun motif sérieux de penser qu'ils se plieraient à la volonté du ministre ou favoriseraient les employeurs afin d'améliorer leurs chances de désignation future. Une personne raisonnable et bien renseignée ne reprocherait pas aux juges retraités, en tant que catégorie, d'avoir un parti pris contre les travailleurs et les travailleuses. Les allégations de partialité de la part d'une personne doivent être examinées cas par cas.

The appropriate standard of review is patent unreasonableness. The pragmatic and functional approach applies to the judicial review of the exercise of a ministerial discretion and factors such as the existence of a privative clause, the Minister's expertise in labour relations, the nature of the question before the Minister and the wording of s. 6(5) all call for considerable deference. A patently unreasonable appointment is one whose defect is immediate, obvious and so flawed in terms of implementing the legislative intent that no amount of curial deference can justify letting it stand.

The appointments were not patently unreasonable simply because the Minister did not restrict himself to the s. 49(10) list of arbitrators. Some arbitrators on the list were unacceptable to the unions and some acceptable arbitrators were not on the list, confirming the reasonableness of the Minister's view that candidates could qualify without being on the list. However, in assessing whether the appointments were patently unreasonable, the courts are entitled to have regard to the importance of the factors the Minister altogether excluded from his consideration. In this case, the Minister expressly excluded relevant factors that went to the heart of the legislative scheme. The matters before the boards required the familiarity and expertise of a labour arbitrator. Expertise and neutrality foster general acceptability. Appointment of an inexperienced and inexperienced chairperson who is not seen as generally acceptable in the labour relations community is a defect in approach that is both immediate and obvious. Having regard to the legislative intent manifested in the *HLDA*, the Minister's approach to the s. 6(5) appointments was patently unreasonable. The qualifications of specific appointees will have to be assessed on a case-by-case basis if challenged.

The appeal is thus dismissed on the limited ground that appointments that excluded from consideration labour relations expertise and general acceptability in the labour relations community were patently unreasonable.

*Per McLachlin C.J. and Major and Bastarache J.J. (dissenting):* The appropriate standard of review for the exercise of the Minister's appointment power under s. 6(5) of the *HLDA* is patent unreasonableness. The pragmatic and functional approach focusses on the particular provision being invoked. The Minister exercised power under

La norme de contrôle applicable est celle du caractère manifestement déraisonnable. L'approche pragmatique et fonctionnelle s'applique au contrôle judiciaire de l'exercice d'un pouvoir ministériel discrétionnaire, et des facteurs comme l'existence d'une clause privative, l'expertise que le ministre possède en matière de relations du travail, la nature de la question soumise au ministre et le libellé du par. 6(5) commandent tous une très grande déférence. Une désignation manifestement déraisonnable est celle qui comporte un défaut flagrant et évident et qui est à ce point viciée, pour ce qui est de mettre à exécution l'intention du législateur, qu'aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de la maintenir.

Les désignations n'étaient pas manifestement déraisonnables simplement parce que le ministre ne s'en est pas tenu à la liste d'arbitres dressée en vertu du par. 49(10). Certains arbitres inscrits sur la liste étaient inacceptables par les syndicats, alors que d'autres arbitres acceptables n'étaient pas inscrits sur cette liste, ce qui confirme le caractère raisonnable de l'opinion du ministre selon laquelle des candidats non inscrits sur la liste pouvaient tout de même remplir les conditions requises pour être désignés. Cependant, en déterminant si les désignations étaient manifestement déraisonnables, les tribunaux judiciaires ont le droit de tenir compte de l'importance des facteurs que le ministre n'a pas voulu prendre en considération. En l'espèce, le ministre a expressément exclu des facteurs pertinents qui allaient directement au cœur du régime législatif. Les questions soumises aux conseils requéraient les connaissances et l'expertise d'un arbitre en droit du travail. L'expertise et la neutralité favorisent l'acceptabilité générale. La désignation au poste de président d'une personne inexperte ou inexpérimentée qui n'est pas perçue comme étant généralement acceptable dans le milieu des relations du travail comporte un défaut à la fois flagrant et évident. Compte tenu de l'intention du législateur qui ressort de la *LACTH*, l'approche que le ministre a adoptée en matière de désignations fondées sur le par. 6(5) était manifestement déraisonnable. Si elles sont contestées, les qualifications de certaines personnes désignées devront être évaluées cas par cas.

Le pourvoi est donc rejeté uniquement en raison du caractère manifestement déraisonnable des désignations faites sans tenir compte de l'expertise en matière de relations du travail et de l'acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail.

*La juge en chef McLachlin et les juges Major et Bastarache (dissidents):* La norme de contrôle applicable à l'exercice par le ministre du pouvoir de désignation que lui confère le par. 6(5) *LACTH* est celle du caractère manifestement déraisonnable. L'approche pragmatique et fonctionnelle met l'accent sur la disposition qui est

a single statute, his enabling legislation, and, absent a constitutional challenge, the patent unreasonableness standard need not make room for a review of statutory interpretation of enabling legislation on a correctness basis. There is no basis for dividing the Minister's decision into component questions subject to different standards of review, nor should the Minister's power be viewed as due less deference because it is circumscribed by legislation. Not every administrative action involves a distinct and identifiable exercise of statutory interpretation. Where, as here, the factors indicate that the question raised by the provision is one intended by the legislators to be left to the exclusive decision of the administrative decision maker, it simply is not one for the courts to make. The presence of a privative clause is compelling evidence that deference is due. The Minister knows more about labour relations than the courts and will be taken to have expertise. Deference is owed to expert decision makers designated by the legislature. The fact-based nature of the question before the Minister also points to deference and empowering the Minister, rather than an apolitical actor, suggests a legislative intent of political accountability.

The Minister did not make appointments that were patently unreasonable. A contextual approach to statutory interpretation of the enabling legislation is necessary for determining the criteria relevant to exercise of the discretion. In some cases, the criteria are spelled out in the legislation, regulations or guidelines or found in the specific purposes of the relevant Act. In others, the relevant factors may be unwritten and derived from the purpose and context of the statute. In this case, there are no relevant regulations, guidelines, or other instruments, and the statute does not say much. The Act stipulates that appointees must be qualified in the opinion of the Minister, expressly contemplating the importance of the Minister's opinion. Labour relations expertise, independence and impartiality, reflected in broad acceptability, are not necessarily dominant or obvious factors and should not be imposed as specific restrictions on the Minister's discretion. The Minister developed an opinion and determined that judging experience was a relevant qualification. The Act called for the Minister to reach his own opinion, not to consider a specific determining factor. Given how much work it takes to identify labour relations experience and broad acceptability as factors and to imply them into s. 6(5), weighing them less heavily than another unwritten qualification, namely judicial experience, does not vitiate the appointments as patently

invoquée. Le ministre a exercé son pouvoir en vertu d'une seule loi, à savoir sa loi habilitante, et en l'absence de contestation constitutionnelle, il n'est pas nécessaire que la norme du caractère manifestement déraisonnable ouvre la porte au contrôle de l'interprétation de la loi habilitante selon la norme de la décision correcte. Rien ne justifie de diviser la décision du ministre en différentes questions assujetties à des normes de contrôle différentes. Il n'y a pas lieu non plus de considérer que le pouvoir du ministre a droit à moins de déférence du fait qu'il est circonscrit par la Loi. Les actions administratives ne comportent pas toutes un exercice distinct et identifiable d'interprétation législative. Lorsque, comme en l'espèce, les facteurs en présence indiquent que la question soulevée par la disposition en cause est une question que le législateur a voulu assujettir au pouvoir décisionnel exclusif de l'instance administrative, il n'appartient tout simplement pas aux tribunaux judiciaires de se prononcer sur cette question. La présence d'une clause privative atteste persuasivement que l'on doit faire montre de déférence. Le ministre a une meilleure connaissance des relations du travail que les tribunaux judiciaires et l'on considérera qu'il a une expertise. Les décideurs spécialisés désignés par le législateur ont droit à la déférence. La nature contextuelle de la question soumise au ministre milite elle aussi en faveur de la déférence et le fait d'habiliter le ministre, au lieu d'un acteur apolitique, indique que le législateur a voulu qu'il y ait responsabilité politique.

Les désignations faites par le ministre n'étaient pas manifestement déraisonnables. Pour déterminer les critères pertinents relativement à l'exercice du pouvoir discrétionnaire, il faut interpréter la loi habilitante selon une méthode contextuelle. Dans certains cas, les critères sont énumérés dans la loi, les règlements ou les lignes directrices applicables, ou encore ressortent des objets particuliers de la loi pertinente. Dans d'autres cas, les facteurs pertinents peuvent être tacites et émaner de l'objet et du contexte de la loi en cause. En l'espèce, il n'y a aucun règlement, aucune ligne directrice ni aucun autre instrument pertinents et la loi applicable ne dit pas grand-chose. La Loi précise que les personnes désignées doivent être compétentes de l'avis du ministre et prévoit ainsi expressément que l'avis du ministre est important. L'expertise en relations du travail, l'indépendance et l'impartialité, que traduit la notion d'acceptabilité générale, ne sont pas nécessairement des facteurs dominants ou évidents et ne doivent pas constituer des restrictions particulières au pouvoir discrétionnaire du ministre. Le ministre s'est formé une opinion et a décidé que l'expérience en tant que juge était une condition requise pertinente. La Loi exigeait que le ministre forme sa propre opinion et non qu'il prenne en considération un facteur déterminant particulier. Compte tenu de la somme de travail nécessaire pour relever les facteurs que sont l'expérience en

unreasonable. It takes significant searching or testing to find the alleged defect or even the factors said to constrain the Minister. It is therefore difficult to characterize the appointments as immediately or obviously defective, not in accordance with reason, clearly irrational, or so flawed that no amount of curial deference could justify letting them stand based on a failure to consider these factors. Recognition of the seriousness of quashing a decision as patently unreasonable is crucial to maintaining the discipline of judicial restraint and deference, and our intervention is not warranted in these circumstances.

Concerns about institutional independence and institutional impartiality do not render the Minister's appointments patently unreasonable. The Act requires that the tribunals be *ad hoc* and retired judges as a class cannot reasonably be seen as so partial that appointing them took the Minister outside the bounds of his statutory discretion. The possibility of a successful challenge to a particular board is not foreclosed but the constraints on the Minister's discretion do not permit a general inquiry into the independence and impartiality of the boards on the basis of the appointment process in the absence of a direct challenge to the boards actually appointed.

#### Cases Cited

By Binnie J.

**Applied:** *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; distinguished: *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; referred to: *Air Canada v. British Columbia (Attorney General)*, [1986] 2 S.C.R. 539; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC

relations du travail et l'acceptabilité générale et pour supposer qu'ils sont prévus au par. 6(5), le fait de leur accorder moins d'importance qu'à une autre condition requise également tacite, à savoir l'expérience judiciaire, ne vicie pas les désignations en les rendant manifestement déraisonnables. Il faut procéder à un examen ou à une analyse pour déceler le défaut allégué ou même les facteurs qui, dit-on, restreignent la liberté d'action du ministre. Il est donc difficile de considérer que les désignations ministérielles comportent un défaut flagrant ou évident, qu'elles sont non conformes à la raison ou clairement irrationnelles ou qu'elles sont à ce point viciées qu'aucun degré de déférence judiciaire ne pourrait justifier de les maintenir pour le motif que ces facteurs n'ont pas été pris en considération. Si on veut maintenir le principe de la retenue et de la déférence judiciaires, il est essentiel de reconnaître la gravité d'annuler une décision pour le motif qu'elle est manifestement déraisonnable; nous ne sommes pas justifiés à intervenir dans ces circonstances.

Les préoccupations relatives à l'indépendance et à l'impartialité institutionnelles ne rendent pas manifestement déraisonnables les désignations faites par le ministre. La Loi exige que les tribunaux administratifs soient *ad hoc*, et en tant que catégorie, les juges retraités ne peuvent pas être raisonnablement perçus comme étant à ce point partiaux qu'en les désignant le ministre a excédé le pouvoir discrétionnaire que lui confère la Loi. La possibilité de s'attaquer avec succès à un conseil en particulier n'est pas écartée, mais en l'absence d'une contestation mettant directement en cause l'indépendance ou l'impartialité de conseils réellement constitués, les contraintes auxquelles est soumis le pouvoir ministériel discrétionnaire ne permettent pas de procéder à un examen général de l'impartialité et de l'indépendance des conseils, qui serait fondé sur le processus de désignation suivi.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

**Arrêts appliqués:** *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; distinction d'avec les arrêts: *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; arrêts mentionnés: *Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1986] 2 R.C.S. 539; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control*

- 52; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *Brousseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301; *McMaster University and McMaster University Faculty Assn., Re* (1990), 13 L.A.C. (4th) 199; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *In re Preston*, [1985] A.C. 835; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Oakwood Development Ltd. v. Rural Municipality of St. François Xavier*, [1985] 2 S.C.R. 164; *Reference re Bill 30, an Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Katz v. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 S.C.R. 405; *2747-3174 Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324, leave to appeal refused, [1994] 1 S.C.R. x; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15.
- and Licensing Branch*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *Brousseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301; *McMaster University and McMaster University Faculty Assn., Re* (1990), 13 L.A.C. (4th) 199; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Council of Civil Service Unions c. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *In re Preston*, [1985] A.C. 835; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Oakwood Development Ltd. c. Municipalité rurale de St. François Xavier*, [1985] 2 R.C.S. 164; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Katz c. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 R.C.S. 405; *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324, autorisation de pourvoi refusée, [1994] 1 R.C.S. x; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15.

By Bastarache J. (dissenting)

*Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Toronto Catholic District School Board v. Ontario English Catholic Teachers' Assn. (Toronto Elementary Unit)* (2001), 55 O.R. (3d) 737, leave to appeal refused, [2002] 2 S.C.R. ix; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Ivanhoe inc. v. UFCW, Local 500*, [2001] 2 S.C.R. 566, 2001 SCC 47; *Ajax (Town) v. CAW, Local 222*, [2000] 1 S.C.R. 538, 2000 SCC 23; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70; *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793; *Katz v. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 S.C.R. 405; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3.

#### Statutes and Regulations Cited

*Back to School Act (Toronto and Windsor) 2001*, S.O. 2001, c. 1, s. 11(4), (5).  
*Hospital Labour Disputes Arbitration Act*, R.S.O. 1990, c. H.14, ss. 4, 5(1), 6(5), (12), 7, 9.2(1), 11(1).  
*Labour Relations Act*, R.S.O. 1960, c. 202.  
*Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, c. 232 [am. 1979, c. 32, s. 1].

Citée par le juge Bastarache (dissident)

*Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Toronto Catholic District School Board c. Ontario English Catholic Teachers' Assn. (Toronto Elementary Unit)* (2001), 55 O.R. (3d) 737, autorisation de pourvoi refusée, [2002] 2 R.C.S. ix; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 566, 2001 CSC 47; *Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222*, [2000] 1 R.C.S. 538, 2000 CSC 23; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70; *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793; *Katz c. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 R.C.S. 405; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3.

#### Lois et règlements cités

*Labour Relations Act*, R.S.O. 1960, ch. 202.  
*Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, ch. 232 [mod. 1979, ch. 32, art. 1].  
*Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 49(10).  
*Loi de 2001 sur le retour à l'école (Toronto et Windsor)*, L.O. 2001, ch. 1, art. 11(4), (5).

*Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 49(10).  
*Teachers' Collective Bargaining Act*, R.S.N. 1990, c. T-3, ss. 17(2), 22(2).  
*Teachers' Collective Bargaining Act*, R.S.N.S. 1989, c. 460, s. 26(2).  
*Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, s. 64(1).  
*Universities Act*, R.S.A. 2000, c. U-3, s. 32(e).

#### Authors Cited

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated August 2002).  
 de Smith, Stanley A. *Constitutional and Administrative Law*, 4th ed. By Harry Street and Rodney Brazier. Harmondsworth, Eng.: Penguin Books, 1981.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
 Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.  
 Ontario. Department of Labour, Research Branch. "The Impact of the Ontario Hospital Labour Disputes Arbitration Act, 1965: A Statistical Analysis", report prepared by Keith McLeod, November 1970.  
 Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates*, No. 218, 1st Sess., 36th Parl., August 25, 1997, pp. 11462, 11464.  
 Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates*, No. R-69, Standing Committee on Resources Development, September 23, 1997, p. R-2577.  
 Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, No. 35, 3rd Sess., 27th Leg., March 3, 1965, p. 935.  
 Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, No. 53, 3rd Sess., 27th Leg., March 22, 1965, p. 1497.  
 Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, No. 134, 2nd Sess., 29th Leg., December 14, 1972, p. 5760.  
 Ontario. *Royal Commission Report on Compulsory Arbitration in Disputes Affecting Hospitals and Their Employees*. Toronto: The Commission, 1964.  
 Pépin, Gilles, et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1982.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 51 O.R. (3d) 417, 194 D.L.R. (4th) 265, 138 O.A.C. 256, 26 Admin. L.R. (3d) 55, 5 C.C.E.L. (3d) 8, [2000] O.J. No. 4361 (QL), allowing an appeal from a judgment of the Divisional Court (1999), 117 O.A.C. 340, [1999] O.J. No. 358

*Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux*, L.R.O. 1990, ch. H.14, art. 4, 5(1), 6(5), (12), 7, 9.2(1), 11(1).  
*Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, art. 64(1).  
*Teachers' Collective Bargaining Act*, R.S.N. 1990, c. T-3, art. 17(2), 22(2).  
*Teachers' Collective Bargaining Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 460, art. 26(2).  
*Universities Act*, R.S.A. 2000, ch. U-3, art. 32(e).

#### Doctrine citée

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated August 2002).  
 de Smith, Stanley A. *Constitutional and Administrative Law*, 4th ed. By Harry Street and Rodney Brazier. Harmondsworth, Eng.: Penguin Books, 1981.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
 Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.  
 Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats*, n° 218, 1<sup>re</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., 25 août 1997, p. 11462, 11464.  
 Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats*, n° R-69, Comité permanent du développement des ressources, 23 septembre 1997, p. R-2577.  
 Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, No. 35, 3rd Sess., 27th Leg., March 3, 1965, p. 935.  
 Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, No. 53, 3rd Sess., 27th Leg., March 22, 1965, p. 1497.  
 Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, No. 134, 2nd Sess., 29th Leg., December 14, 1972, p. 5760.  
 Ontario. Ministère du Travail de l'Ontario, Direction de la recherche. « The Impact of the Ontario Hospital Labour Disputes Arbitration Act, 1965: A Statistical Analysis », rapport préparé par Keith McLeod, novembre 1970.  
 Ontario. *Royal Commission Report on Compulsory Arbitration in Disputes Affecting Hospitals and Their Employees*. Toronto: The Commission, 1964.  
 Pépin, Gilles, et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1982.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2000), 51 O.R. (3d) 417, 194 D.L.R. (4th) 265, 138 O.A.C. 256, 26 Admin. L.R. (3d) 55, 5 C.C.E.L. (3d) 8, [2000] O.J. No. 4361 (QL), qui a accueilli l'appel interjeté contre un jugement de la Cour divisionnaire (1999), 117 O.A.C. 340, [1999]

(QL). Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Major and Bastarache JJ. dissenting.

*Leslie McIntosh*, for the appellant.

*Howard Goldblatt, Steven Barrett and Vanessa Payne*, for the respondents.

*J. Gregory Richards, Jeff G. Cowan and Susan Philpott*, for the intervener the Canadian Bar Association.

*Michel G. Picher and Barbara A. McIsaac, Q.C.*, for the intervener the National Academy of Arbitrators (Canadian Region).

The reasons of McLachlin C.J. and Major and Bastarache JJ. were delivered by

1 BASTARACHE J. (dissenting) — I adopt Binnie J.'s recital of the facts and judicial history. In my view, however, the Minister of Labour ("Minister") did not make appointments that were patently unreasonable. In reaching that decision, I would adopt a somewhat different approach to that of Binnie J. with regard to judicial review for abuse of discretion. I also object to Binnie J.'s conclusion that the impartiality and independence of boards can be challenged on the sole basis of the appointment process without any direct attack on a board actually constituted.

2 With regard to judicial review for abuse of discretion, as I shall explain, the balance of factors in this case militates unambiguously for the patent unreasonableness standard of review. This deferential standard applies fully to each appointment. In reviewing discretionary appointments, I think it unhelpful and inappropriate, under the pragmatic and functional approach, to separate the Minister's interpretation of the scope of his power under s. 6(5) of the *Hospital Labour Disputes Arbitration Act*, R.S.O. 1990, c. H.14 ("HLDAA"), from the ultimate appointments. Instead, what that approach requires is to assess the entire discretionary

O.J. No. 358 (QL). Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges Major et Bastarache sont dissidents.

*Leslie McIntosh*, pour l'appellant.

*Howard Goldblatt, Steven Barrett et Vanessa Payne*, pour les intimés.

*J. Gregory Richards, Jeff G. Cowan et Susan Philpott*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

*Michel G. Picher et Barbara A. McIsaac, c.r.*, pour l'intervenante National Academy of Arbitrators (Canadian Region).

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Major et Bastarache rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) — Je souscris à l'exposé des faits et à l'historique des procédures judiciaires figurant dans le motifs du juge Binnie. J'estime, cependant, que les désignations faites par le ministre du Travail (« ministre ») n'étaient pas manifestement déraisonnables. L'approche que j'utilise pour arriver à cette conclusion diffère quelque peu de celle du juge Binnie en ce qui concerne le contrôle judiciaire pour abus de pouvoir discrétionnaire. Je m'oppose également à la conclusion du juge Binnie voulant que l'impartialité et l'indépendance des conseils puissent être mises en doute en raison seulement du processus de désignation suivi, sans que le conseil réellement constitué ne soit directement contesté.

Comme je l'expliquerai, en ce qui concerne le contrôle judiciaire pour abus de pouvoir discrétionnaire, l'importance relative des facteurs en présence milite sans équivoque en faveur de l'application de la norme de contrôle du caractère manifestement déraisonnable. Cette norme qui commande la déférence s'applique parfaitement à chaque désignation. Je pense qu'en appliquant l'approche pragmatique et fonctionnelle à l'examen des désignations discrétionnaires, il n'est ni utile ni approprié de dissocier des désignations que le ministre a faites, en définitive, de son interprétation de l'étendue du pouvoir qui lui est conféré par le par. 6(5) de la *Loi sur*

decision against the standard of patent unreasonableness.

Moreover, the constraints on the exercise of the Minister's discretion do not permit a general inquiry into the independence and impartiality of the boards on the basis of the appointment process in the absence of a direct challenge to the independence or impartiality of boards actually appointed. The respondents' attack on the institutional independence or impartiality of the boards must be levied against a particular board. This attack is not appropriately an argument as to whether the Minister abused his discretion.

I do, however, accept Binnie J.'s analysis and conclusion that the Minister satisfied his duty of procedural fairness.

I. What is the Standard of Review for the Appointment Power?

I do not share Binnie J.'s appreciation of the potential confusion in determining, as separate exercises, the content of the duty of procedural fairness and the standard of review. Both exercises examine the context of an administrative decision. The same factor may be salient for both exercises. Nevertheless, the two inquiries proceed separately and serve different objectives. The content of the duty of procedural fairness seeks to ensure the appropriate relationship between the citizen and the administrative decision maker. In contrast, the standard of review speaks to the relationship between the administrative decision maker and the judiciary. In the former case, there is no need to determine a degree of deference.

Binnie J. and I agree ultimately on the appropriate standard of review. This agreement masks, however, some disagreement on the pragmatic and functional approach adopted by this Court.

*l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux*, L.R.O. 1990, ch. H.14 (« *LACTH* »). Cette approche exige plutôt l'appréciation de l'ensemble de la décision discrétionnaire selon la norme du caractère manifestement déraisonnable.

De plus, en l'absence d'une contestation mettant directement en cause l'indépendance ou l'impartialité de conseils réellement constitués, les contraintes auxquelles est soumis l'exercice du pouvoir ministériel discrétionnaire ne permettent pas de procéder à un examen général de l'impartialité et de l'indépendance des conseils, qui serait fondé sur le processus de désignation suivi. La contestation des intimés, qui met en cause l'indépendance ou l'impartialité institutionnelles des conseils, doit viser un conseil particulier. La présente contestation n'est pas une façon appropriée de se demander si le ministre a abusé de son pouvoir discrétionnaire.

J'accepte toutefois l'analyse et la conclusion du juge Binnie selon lesquelles le ministre s'est acquitté de son obligation d'équité procédurale.

I. Quelle norme de contrôle s'applique au pouvoir de désignation?

Je ne partage pas l'avis du juge Binnie selon lequel le fait de déterminer séparément le contenu de l'obligation d'équité procédurale et la norme de contrôle applicable risque d'engendrer une certaine confusion. Dans les deux cas, il y a examen du contexte d'une décision administrative. Le même facteur peut également ressortir dans les deux cas. Les deux examens sont néanmoins effectués séparément et visent des objectifs différents. L'obligation d'équité procédurale a pour objet d'assurer l'existence de bons rapports entre les citoyens et l'instance décisionnelle administrative. Par contre, la norme de contrôle concerne les rapports entre l'instance décisionnelle administrative et le pouvoir judiciaire. Dans le premier cas, il n'est pas nécessaire d'établir un degré de déférence.

En définitive, le juge Binnie et moi nous entendons sur la norme de contrôle applicable. Cette entente cache toutefois un désaccord au sujet de l'approche pragmatique et fonctionnelle adoptée par la Cour.

3

4

5

6

7

As this Court recognized in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 28, this approach focusses on "the particular, individual provision being invoked and interpreted by the tribunal". The result is that some provisions within the same statute may require greater deference than others, depending on the factors. It does not follow, however, that exercise of a discretionary power under a single provision, such as s. 6(5) in this appeal, should be viewed as "the product of a number of issues or determinations" (Binnie J.'s reasons, at para. 97) with the decision maker's statutory interpretation singled out for closer scrutiny. Binnie J.'s citations to this Court's decision in *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157 ("*CBC*"), support the impression that a single administrative decision contains within it parts that are independently reviewable on a more or, more likely, less deferential standard. That appeal related to the standard of review for an agency's decision that required it to interpret a statute other than its enabling legislation. The passage from the plurality, to which Binnie J. refers, concludes that where the standard of review for a decision as a whole is patent unreasonableness, the correctness of the interpretation of an external statute may nevertheless affect the overall reasonableness of that decision. That authority is not apparently relevant to a case such as the present appeal, where the Minister exercises a power under a single statute, his enabling legislation. Given the present context, reference to that authority can only suggest, wrongly, that even in these circumstances a patent unreasonableness standard must make room, within the broader decision, for review of statutory interpretation on a correctness basis. The obvious exception, where a legal question will take a different standard from the global decision, is when an agency's decision engages constitutional issues. Constitutional questions will necessarily be reviewable on a correctness standard. Special cases like *CBC* will be dealt with on a case-by-case basis. In this case, however, the main issue is that of deciding whether the Minister failed to consider proper

Comme la Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 28, cette approche met l'accent sur « la disposition particulière invoquée et interprétée par le tribunal ». Par conséquent, selon les facteurs, certaines dispositions d'une même loi peuvent commander plus de déférence que d'autres. Toutefois, il ne s'ensuit pas que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en vertu d'une seule disposition, comme le par. 6(5) en l'espèce, devrait être perçu comme étant « le fruit d'un certain nombre de questions ou de décisions » (motifs du juge Binnie, par. 97), ni qu'il y a lieu d'examiner de plus près l'interprétation que le décideur a donnée de la loi en cause. Les passages de l'arrêt *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157 (« *SRC* »), que cite le juge Binnie, tendent à confirmer l'impression qu'une même décision administrative comporte des parties qui peuvent être contrôlées indépendamment selon une norme qui commande plus ou moins de déférence ou qui est plus susceptible de commander moins de déférence. Ce pourvoi concernait la norme de contrôle applicable à la décision d'un organisme qui l'a obligé à interpréter une loi autre que sa loi habilitante. Dans le passage mentionné par le juge Binnie, les juges majoritaires concluent que, dans le cas où la norme de contrôle applicable à l'ensemble d'une décision est celle du caractère manifestement déraisonnable, la justesse de l'interprétation d'une loi non constitutive peut néanmoins influencer sur le caractère raisonnable global de cette décision. Ce précédent n'est manifestement pas pertinent dans un cas comme la présente affaire où le ministre exerce son pouvoir en vertu d'une seule loi, à savoir sa loi habilitante. Compte tenu du présent contexte, le renvoi à ce précédent ne peut qu'indiquer à tort que, même dans ces circonstances, la norme du caractère manifestement déraisonnable doit, en ce qui concerne l'ensemble de la décision, ouvrir la porte au contrôle de l'interprétation de la loi selon la norme de la décision correcte. L'exception évidente, où il sera nécessaire d'appliquer à une question de droit une norme différente de celle applicable à l'ensemble de la décision, est le cas où la décision d'un organisme fait intervenir des questions d'ordre constitutionnel,

factors when making appointments under s. 6(5). It is a single issue.

It is true that some enabling statutes distinguish between the agency's factual and legal determinations. Such statutes may contemplate an appeal from the agency's legal determinations while protecting, with a privative clause, findings of fact. See e.g. *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, s. 64(1). Yet, where there is no basis for dividing a decision into component questions — here the privative clause in s. 7 of the *HLDA* expressly shields the entire appointment —, the single appropriate standard of review, and the deference it dictates, apply to all aspects of the decision. There is no basis for the view that an expert decision maker given due deference with regard to a discretionary appointment power is due less deference because the power is circumscribed by legislation, the suggestion being that there is a statutory interpretation aspect to his or her decision. The authorities that Binnie J. cites for the self-evident proposition that a discretion is never untrammelled and that "there is always a perspective within which a statute is intended to operate" (*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.)) do not indicate that each administrative action necessarily involves a distinct and identifiable exercise of statutory interpretation.

Indeed, it is worth recalling the basis on which the *CBC* case that Binnie J. cites, *supra*, discusses the standard for an agency's interpretation of an external statute. The key factor in the analysis in that case was the Canada Labour Relations Board's expertise. The concern was that the Board did not have expertise respecting the interpretation of the external statute. What was lacking was expertise as experience,

qui pourront nécessairement faire l'objet d'un contrôle fondé sur la norme de la décision correcte. Des cas particuliers comme l'affaire *SRC* seront traités au cas par cas. En l'espèce, cependant, la principale question qui se pose est de savoir si, en faisant des désignations en vertu du par. 6(5), le ministre a omis de prendre en considération des facteurs pertinents. Il s'agit là d'une seule question.

Il est vrai que certaines lois habilitantes établissent une distinction entre les décisions qu'un organisme prend sur le plan du droit et celles qu'il prend sur le plan des faits. Ces lois peuvent prévoir un droit d'interjeter appel contre les décisions de l'organisme portant sur des questions de droit, tout en protégeant, au moyen d'une clause privative, ses conclusions de fait. Voir, par exemple, la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, par. 64(1). Pourtant, lorsque rien ne justifie de diviser une décision en différentes questions — en l'espèce, la clause privative de l'art. 7 *LACTH* protège expressément la désignation en entier —, la seule norme de contrôle applicable et la déférence qu'elle commande visent tous les aspects de la décision. Rien ne justifie de considérer que, dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, un décideur spécialisé a droit à moins de déférence du fait que ce pouvoir est circonscrit par la loi, l'idée étant que sa décision comporte un volet « interprétation législative ». La jurisprudence que le juge Binnie cite à l'appui de la proposition évidente voulant qu'un pouvoir discrétionnaire ne soit jamais illimité et qu' [TRADUCTION] « une loi [soit] toujours censée s'appliquer dans une certaine optique » (*Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 140; *Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.)), n'indique pas que toute action administrative comporte nécessairement un exercice distinct et identifiable d'interprétation législative.

En réalité, il vaut la peine de se rappeler la raison pour laquelle l'arrêt *SRC*, précité, que cite le juge Binnie, analyse la norme de contrôle applicable à l'interprétation qu'un organisme donne d'une loi autre que sa loi constitutive. Le facteur clé de l'analyse dans cette affaire était l'expertise du Conseil canadien des relations du travail. On craignait que le Conseil n'ait pas l'expertise voulue pour

8

9

the kind that a board acquires from applying a statute repeatedly over time. The nature of this expertise as experience is made clear by Iacobucci J.'s caveat: "I would leave open the possibility that, in cases where the external statute is linked to the tribunal's mandate and is frequently encountered by it, a measure of deference may be appropriate" (*CBC, supra*, at para. 48; see also *Toronto Catholic District School Board v. Ontario English Catholic Teachers' Assn. (Toronto Elementary Unit)* (2001), 55 O.R. (3d) 737 (C.A.), leave to appeal refused June 20, 2002, [2002] 2 S.C.R. ix). Since the Minister has expertise at applying his own statute, it is difficult to see the relevance of discussing the interpretation of the external statute in *CBC*. Where the standard of review for a decision is patent unreasonableness, there is no reason to scrutinize more closely the decision maker's interpretation of its own statute.

interpréter l'autre loi en question. Il lui manquait l'expertise constituée par l'expérience qu'un tel organisme acquiert à force d'appliquer une loi. Le juge Iacobucci définit clairement la nature de cette expertise constituée par l'expérience lorsqu'il fait remarquer « qu'une certaine retenue peut être indiquée dans des cas où la loi non constitutive se rapporte au mandat du tribunal et où celui-ci est souvent appelé à l'examiner » (*SRC*, précité, par. 48; voir aussi *Toronto Catholic District School Board c. Ontario English Catholic Teachers' Assn. (Toronto Elementary Unit)* (2001), 55 O.R. (3d) 737 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée le 20 juin 2002, [2002] 2 R.C.S. ix). Vu que le ministre a l'expertise voulue pour appliquer sa loi habilitante, on voit difficilement l'utilité d'analyser l'interprétation de la loi non constitutive dans l'affaire *SRC*. Dans le cas où la norme de contrôle applicable à une décision est celle du caractère manifestement déraisonnable, rien ne justifie d'examiner de plus près l'interprétation que le décideur donne de sa loi habilitante.

10

Indeed, this Court developed the patent unreasonableness standard in the context of agencies engaged in interpreting their enabling legislation. The reviewing court's question will often be whether the statute can bear the agency's interpretation. This frequently requires of the reviewing court that it defer to the agency's interpretation of the enabling legislation. As L'Heureux-Dubé J. wrote for this Court in *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, at p. 775, the patent unreasonableness standard ensures "that review of the correctness of an administrative interpretation does not serve, as it has in the past, as a screen for intervention based on the merits of a given decision". See also *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227.

En fait, la Cour a établi la norme du caractère manifestement déraisonnable dans le contexte d'organismes qui interprétaient leur loi habilitante. La question que se pose souvent le tribunal qui effectue un contrôle judiciaire est de savoir si la loi peut être interprétée de la façon dont l'a fait l'organisme en cause. Pour répondre à cette question, le tribunal qui effectue le contrôle judiciaire doit souvent s'en remettre à l'interprétation que l'organisme donne de sa loi habilitante. Comme la juge L'Heureux-Dubé l'écrivait, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, p. 775, la norme du caractère manifestement déraisonnable permet d'« éviter qu'un contrôle de la justesse de l'interprétation administrative ne serve de paravent, comme ce fut le cas dans le passé, à un interventionnisme axé sur le bien-fondé d'une décision donnée. » Voir aussi *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.

Where, as here, the factors indicate that the question raised by the provision is one intended by the legislators to be left to the exclusive decision of the administrative decision maker (*Pushpanathan, supra*, at para. 26; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, at para. 18, *per Sopinka J.*), it is not one for the courts to make. Assignment of such questions to the decision maker does not serve merely to permit experienced persons to compile the record for the inevitable judicial review proceedings in a superior court. This is particularly clear in the present case, where the decision maker's — the Minister's — function is only to name a chairperson so that arbitration may proceed expeditiously. For the statutory scheme to function, the parties must believe, as a general rule, that where their disagreement requires the Minister to name a chairperson, that chairperson is validly chosen and the arbitration must proceed.

The difficulty may stem from Binnie J.'s importing a practical sense of how decisions are actually made into the specialized judicial review context. Obviously, one could divide nearly every administrative decision into preliminary determinations. Even a purely legal question of statutory interpretation relies on the prior factual determination that the decision maker was reading the correct version of the Act and not some other document. In the course of selecting a chairperson for an arbitral board, the Minister made choices concerning for instance which officials to consult and determined how many options were open to him. But for judicial review to be workable, courts generally operate on the assumption that they can isolate a single decision to be reviewed. They then determine one standard of review for that decision. For present purposes, it is unworkable to view the Minister's naming of an individual as comprising multiple determinations.

Admittedly, the pragmatic and functional approach may require different standards of review

Lorsque, comme en l'espèce, les facteurs en présence indiquent que la question soulevée par la disposition en cause est une question que le législateur a voulu assujettir au pouvoir décisionnel exclusif de l'instance administrative (*Pushpanathan*, précité, par. 26; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, par. 18, le juge Sopinka), il n'appartient pas aux tribunaux judiciaires de se prononcer sur cette question. Le fait de confier au décideur le soin de trancher ces questions ne vise pas simplement à permettre à des personnes expérimentées de constituer le dossier nécessaire aux fins de l'inévitable contrôle judiciaire par une cour supérieure. Cela est particulièrement évident dans la présente affaire où l'unique fonction du décideur — à savoir le ministre — est de désigner un président ou une présidente afin que l'arbitrage puisse se dérouler promptement. Pour que le régime législatif fonctionne, les parties doivent croire qu'en règle générale, lorsque leur désaccord force le ministre à désigner une personne à la présidence, cette désignation est valide et l'arbitrage doit avoir lieu.

Le fait que le juge Binnie donne une explication pratique de la manière dont les décisions sont effectivement prises dans le contexte spécial du contrôle judiciaire peut constituer le problème. Manifestement, presque toute décision administrative pourrait être divisée en décisions préliminaires. Même une question purement juridique d'interprétation législative repose sur la décision factuelle préalable que le décideur interprétait la bonne version de la loi en cause, et non quelque autre document. En désignant une personne à la présidence d'un conseil d'arbitrage, le ministre a fait des choix concernant, par exemple, les fonctionnaires à consulter et a décidé combien de possibilités s'offraient à lui. Mais pour que le contrôle judiciaire soit possible, les cours de justice tiennent généralement pour acquis qu'elles peuvent isoler une décision pour la contrôler. Ils déterminent ensuite la norme de contrôle qui sera appliquée à cette décision. Pour les besoins du présent pourvoi, considérer que la désignation ministérielle d'une personne comporte maintes décisions pose des problèmes insurmontables.

Certes, l'approche pragmatique et fonctionnelle peut exiger l'application de normes de contrôle

11

12

13

for different questions. This recognizes that the diversity of the contemporary administrative state includes different types of decision makers. Parliament and the provincial legislatures have not structured or qualified every agency to determine finally the same types of question. But judicial review would become grossly unwieldy and complex if each decision was to be viewed as a multiplicity of preliminary determinations.

14 The question, then, is the standard of review for the exercise of the Minister's appointment power under s. 6(5) of the *HLDA*. In my view, *Pushpanathan, supra*, and this Court's subsequent jurisprudence indicate unambiguously that the appropriate standard is patent unreasonableness.

15 First, as Binnie J. notes, a privative clause (s. 7) precludes judicial review of a ministerial appointment. As noted in *Pushpanathan, supra*, at para. 30, the presence of a privative clause "is compelling evidence that the court ought to show deference to the [administrative decision maker's] decision".

16 As Iacobucci J. noted in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 50, the second and third factors, expertise and the purpose of the provision and the Act as a whole, often overlap. I will discuss them together. I agree with Binnie J. that the Minister and his officials know more about labour relations than do the courts. This Court has recently confirmed in a labour context that courts owe deference to the expert decision makers designated by the legislature: *Ivanhoe inc. v. UFCW, Local 500*, [2001] 2 S.C.R. 566, 2001 SCC 47; *Ajax (Town) v. CAW, Local 222*, [2000] 1 S.C.R. 538, 2000 SCC 23. Although, as Binnie J. notes, the Minister is asked to make an appointment on behalf of the parties, the particular provision at issue does not simply refer to a "qualified" person. Rather, s. 6(5) states that an appointee is to be qualified "in the opinion of the

différentes à des questions différentes. On reconnaît ainsi que la diversité qui caractérise l'État administratif contemporain comprend l'existence de différents types de décideurs. Le Parlement et les législatures provinciales n'ont pas structuré les organismes de manière à ce qu'ils puissent tous, en définitive, trancher le même genre de questions et ils ne les a pas non plus tous autorisés à le faire. Cependant, le contrôle judiciaire deviendrait excessivement lourd et complexe si chaque décision devait être considérée comme comportant maintes décisions préliminaires.

La question qui se pose est donc celle de la norme de contrôle applicable à l'exercice du pouvoir ministériel de désignation conféré par le par. 6(5) *LACTH*. À mon avis, l'arrêt *Pushpanathan*, précité, et la jurisprudence subséquente de la Cour indiquent sans équivoque que la norme applicable est celle du caractère manifestement déraisonnable.

En premier lieu, comme le souligne le juge Binnie, une clause privative (art. 7) empêche le contrôle judiciaire d'une désignation ministérielle. Comme on le précise l'arrêt *Pushpanathan*, précité, par. 30, la présence d'une clause privative « atteste persuasivement que la cour doit faire montre de retenue à l'égard de la décision » de l'instance décisionnelle administrative.

Comme le juge Iacobucci l'a fait remarquer dans l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 50, les deuxième et troisième facteurs, à savoir l'expertise et l'objet de la disposition et de la loi dans son ensemble, se confondent souvent. Je vais analyser ces facteurs ensemble. Je partage l'avis du juge Binnie selon lequel le ministre et ses fonctionnaires ont une meilleure connaissance des relations du travail que les tribunaux judiciaires. La Cour confirmait récemment, dans un contexte de relations du travail, que les tribunaux judiciaires doivent faire montre de déférence à l'égard des décideurs spécialisés désignés par le législateur: *Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 566, 2001 CSC 47; *Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222*, [2000] 1 R.C.S. 538, 2000 CSC 23. Bien que, comme le souligne le juge Binnie, on demande au

Minister'. I shall return to this important distinction in my discussion below of the relevant considerations. This specific language in the enabling provision demands deference: *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, at para. 30, where the legislation at issue referred, as in the present appeal, to the opinion of the Minister. See also *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41, at para. 57, *per* Binnie J.

I wish to emphasize the importance of expertise in determining the standard of review. Iacobucci J. has stated that expertise "is the most important of the factors that a court must consider in settling on a standard of review": *Southam, supra*, at para. 50. Expertise is the "substantive rationale for deference" (D. Dyzenhaus, "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 290). The concept of the specialization of duties requires that deference be shown to decisions of specialized tribunals on matters falling within their expertise: *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at p. 591, *per* Iacobucci J.; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at pp. 1745-46, *per* Gonthier J. This concept obviously applies to full-time tribunals composed of members possessing special qualifications or who presumptively acquire expertise during their lengthy terms (*Southam, supra*; *Pezim, supra*; *National Corn Growers, supra*; *New Brunswick Liquor Corp., supra*). Yet other decision makers are also to be accorded deference on the basis of an expertise superior to that of the reviewing court. In *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11, at paras. 50-53, this Court held that the collegial composition of the New Brunswick Judicial Council,

ministre de faire une désignation au nom des parties, la disposition en cause ne renvoie simplement pas à une personne « compétente ». Le paragraphe 6(5) précise plutôt que la personne désignée doit être compétente « à son avis », c'est-à-dire de l'avis du ministre. Je reviendrai sur cette importante distinction dans l'analyse que je ferai des éléments pertinents qui doivent être pris en considération. Ce libellé particulier de la disposition habilitante commande la déférence : voir l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 30, où la loi en cause mentionnait, comme en l'espèce, l'avis du ministre. Voir aussi *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41, par. 57, le juge Binnie.

Je tiens à souligner l'importance de l'expertise en ce qui concerne la détermination de la norme de contrôle applicable. Le juge Iacobucci a affirmé que l'expertise « est le facteur le plus important qu'une cour doit examiner pour arrêter la norme de contrôle applicable » : *Southam*, précité, par. 50. L'expertise constitue la [TRADUCTION] « justification fondamentale de la déférence » (D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 290). Le concept de la spécialisation des fonctions commande la déférence à l'égard des décisions que des tribunaux administratifs spécialisés rendent sur des questions relevant de leur champ d'expertise : *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, p. 591, le juge Iacobucci; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, p. 1745-1746, le juge Gonthier. Ce concept s'applique manifestement aux tribunaux administratifs à temps plein composés de membres qui possèdent des compétences particulières ou qui sont présumés avoir acquis une expertise au cours de leurs longs mandats (*Southam, Pezim, National Corn Growers* et *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précités). Pourtant, d'autres décideurs ont également droit à la déférence en raison de leur expertise plus grande que celle du tribunal qui effectue le contrôle judiciaire. Dans

among other factors, amounted to some expertise deserving deference, even though no member of the Council necessarily had qualifications any different from those of the reviewing judge. In *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, at para. 32, the Court noted that the fact of being a lay person could, in the context of a lawyers' Discipline Committee, amount to a certain expertise distinct from that of a court in the sense that a lay person may better understand how particular forms of conduct and choice of sanctions would affect the general public's perception of the legal profession and confidence in the administration of justice. As for Ministers exercising discretion, this Court's jurisprudence makes clear that they will be taken to have expertise, by virtue of their position, their ability to weigh policy concerns, and their access to information: *Suresh*, *supra*, at para. 31; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 59. In this case, in particular, the labour relations context is one more appropriately left to management by the legislatures and the executive than by the courts. As LeBel J. recently noted, "[t]he management of labour relations requires a delicate exercise in reconciling conflicting values and interests. The relevant political, social and economic considerations lie largely beyond the area of expertise of courts": *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70, at para. 239. In the present case, then, the formal rationale for deference provided by the legislative text "in the opinion of the Minister" overlaps with the substantive rationale for deference, the fact that the Minister actually is better positioned to make the assessment than any reviewing court.

l'arrêt *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11, par. 50-53, la Cour a statué que la composition collégiale du Conseil de la magistrature du Nouveau-Brunswick, notamment, représentait une expertise justifiant la déférence, même si aucun membre du Conseil ne possédait nécessairement des compétences différentes de celles du juge effectuant le contrôle judiciaire. Dans l'arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, par. 32, la Cour a fait remarquer que le fait d'être un non-juriste pouvait, dans le contexte d'un comité de discipline pour les avocats, représenter une certaine expertise différente de celle d'un tribunal judiciaire, en ce sens qu'un non-juriste peut mieux comprendre en quoi certains comportements et certains choix de sanctions pourraient affecter l'image de la profession juridique dans le public en général et sa confiance dans l'administration de la justice. En ce qui concerne l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un ministre, la jurisprudence de la Cour établit clairement que l'on considérera que le ministre a une expertise en raison du poste qu'il occupe, de son aptitude à évaluer des préoccupations de politique générale et de l'accès qu'il a à des sources d'information : *Suresh*, précité, par. 31; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 59. En l'espèce particulièrement, il convient davantage que le soin de gérer les relations du travail relève des pouvoirs législatif et exécutif que du pouvoir judiciaire. Comme l'a récemment fait remarquer le juge LeBel, « [l]a gestion des relations du travail exige un exercice délicat de conciliation des valeurs et intérêts divergents. Les considérations politiques, sociales et économiques pertinentes débordent largement du domaine d'expertise des tribunaux » : *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70, par. 239. Donc, en l'espèce, la justification officielle de la déférence qu'expriment les mots « à son avis », c'est-à-dire de l'avis du ministre, se confond avec sa justification fondamentale, à savoir que le ministre est vraiment mieux placé pour procéder à l'évaluation qu'un tribunal qui effectue un contrôle judiciaire.

18

Finally, the fourth factor, the nature of the question, also points to deference. Appointment of a

Enfin, le quatrième facteur, à savoir la nature de la question, milite lui aussi en faveur de la

particular arbitrator to a particular hospital labour dispute is "highly fact-based and contextual": *Suresh, supra*, at para. 31. More generally, discretionary decision makers are given "substantial leeway" and are presumptively due deference: *Baker, supra*, at para. 56. Furthermore, empowering the Minister, as opposed to an apolitical figure such as the Chief Justice of the province, suggests a legislative intent that political accountability also play a role in policing appointments and the integrity of hospitals interest arbitration. See *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12, at para. 50, per Major J.

The Minister's appointments are thus reviewable only on the most deferential, patent unreasonableness standard, and it is this standard I shall now apply.

## II. Was Appointing Retired Judges Patently Unreasonable?

### A. The Standard of Patent Unreasonableness

Before answering this question, it is helpful to review some of the ways that this Court has articulated the test for patent unreasonableness. These are not independent, alternative tests. They are simply ways of getting at the single question: What makes something patently unreasonable?

In *Suresh, supra*, at para. 41, this Court indicated that a patently unreasonable decision is one that is unreasonable on its face, unsupported by evidence, or vitiated by failure to consider the proper factors or apply the appropriate procedures. This linkage of the nominate grounds for abuse of discretion with the patent unreasonableness standard demonstrates the unified approach to review of discretionary decision making set out by L'Heureux-Dubé J. in *Baker, supra*. Other formulations of the test for patent unreasonableness are also helpful. Most relevantly in this appeal, other formulations assist in

déférence. La désignation d'un arbitre pour un conflit de travail dans un hôpital est « largement contextuelle et tributaire des faits » : *Suresh, précité*, par. 31. De manière plus générale, les décideurs discrétionnaires disposent d'« une grande liberté d'action » et sont présumés avoir droit à la déférence : *Baker, précité*, par. 56. En outre, le fait d'habiliter le ministre, au lieu d'une personnalité apolitique comme le juge en chef de la province, indique que le législateur a voulu que la responsabilité politique joue elle aussi un rôle dans la surveillance des désignations et le maintien de l'intégrité des arbitrages de différends dans les hôpitaux. Voir *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12, par. 50, le juge Major.

Les désignations ministérielles ne peuvent ainsi faire l'objet d'un contrôle que selon la norme commandant la plus grande déférence, à savoir la norme du caractère manifestement déraisonnable, et c'est cette norme que je vais maintenant appliquer.

## II. La désignation de juges retraités était-elle manifestement déraisonnable?

### A. La norme du caractère manifestement déraisonnable

Avant de répondre à cette question, il est utile d'examiner certaines façons dont la Cour a formulé le critère du caractère manifestement déraisonnable. Il s'agit non pas de critères indépendants ou de rechange, mais simplement de façons d'exprimer la seule question qui se pose : qu'est-ce qui fait qu'une chose est manifestement déraisonnable?

Dans l'arrêt *Suresh, précité*, par. 41, la Cour a indiqué qu'une décision manifestement déraisonnable est une décision déraisonnable à première vue qui n'est pas étayée par la preuve ni viciée par l'omission de tenir compte des facteurs pertinents ou d'appliquer la procédure appropriée. Cette corrélation entre les causes énumérées d'abus de pouvoir discrétionnaire et la norme du caractère manifestement déraisonnable démontre l'approche unifiée que la juge L'Heureux-Dubé a exposée, dans l'arrêt *Baker, précité*, relativement au contrôle du processus décisionnel discrétionnaire. D'autres

19

20

21

construing the terms "vitiated by failure to consider the proper factors". A reweighing or reconsideration of factors that were originally considered will not suffice to vitiate the decision. Furthermore, it is not necessarily sufficient that a new relevant factor be invoked to vitiate the ministerial decision.

22 In *Ryan, supra*, Iacobucci J. writes that "[a] decision that is patently unreasonable is so flawed that no amount of curial deference can justify letting it stand" (para. 52).

23 In *Southam, supra*, Iacobucci J. distinguishes the reasonableness *simpliciter* standard from that of patent unreasonableness. He states that 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." A decision is not patently unreasonable, he says, "if it takes some significant searching or testing to find the defect". He says too that "once the lines of the problem have come into focus, . . . the unreasonableness will be evident" (para. 57). Another way of getting at the evident quality of the unreasonableness is to say that once identified, a defect rendering a decision patently unreasonable "can be explained simply and easily" (*Ryan, supra*, at para. 52).

24 In *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941 ("PSAC"), Cory J. states that the "very strict test" of patent unreasonableness is whether the decision is "clearly irrational, that is to say evidently not in accordance with reason" (pp. 963-64).

25 These formulations indicate the high degree of deference in the patent unreasonableness standard. Even where a reasonableness *simpliciter* standard applies, the question is not what decision the

formulations du critère du caractère manifestement déraisonnable sont également utiles. Fait très pertinent en l'espèce, d'autres formulations aident à interpréter les mots « viciée par l'omission de tenir compte des facteurs pertinents ». La réévaluation ou le réexamen des éléments pris en considération initialement ne suffit pas pour que la décision soit viciée. Il ne suffit pas nécessairement non plus d'invoquer un nouveau facteur pertinent pour que la décision ministérielle soit viciée.

Dans l'arrêt *Ryan*, précité, le juge Iacobucci écrit qu'« [u]ne décision qui est manifestement déraisonnable est à ce point viciée qu'aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de la maintenir » (par. 52).

Dans l'arrêt *Southam*, précité, le juge Iacobucci établit une distinction entre la norme de la décision raisonnable *simpliciter* et celle du caractère manifestement déraisonnable. Selon lui, 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. » Une décision n'est pas manifestement déraisonnable, dit-il, « s'il faut procéder à un examen ou à une analyse en profondeur pour déceler le défaut ». Il ajoute qu'« une fois que les contours du problème sont devenus apparents, [. . .] [le] caractère déraisonnable ressortira » (par. 57). Une autre façon d'appréhender l'aspect manifeste du caractère déraisonnable consiste à dire que, dès qu'il est relevé, le défaut qui rend une décision manifestement déraisonnable « peut être expliqué simplement et facilement » (*Ryan*, précité, par. 52).

Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941 (« AFPC »), le juge Cory affirme que le « critère très strict » du caractère manifestement déraisonnable consiste à se demander si une décision est « clairement irrationnelle, c'est-à-dire, de toute évidence non conforme à la raison » (p. 963-964).

Il ressort de ces formulations que la norme du caractère manifestement déraisonnable commande une grande déférence. Même lorsque la norme de la décision raisonnable *simpliciter* s'applique, la

reviewing judge would have made in the shoes of the administrative decision maker: *Southam, supra*, at paras 79-80, *per* Iacobucci J. This is even more the case when the standard is patent unreasonableness. Indeed, this Court has stated explicitly that a reviewing court's role is not to reweigh the factors considered by the discretionary decision maker: *Suresh, supra*, at paras. 37-41. Nor is the goal to review the decision or action on its merits: *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793, at para. 53, *per* L'Heureux-Dubé J.

Having set out this background on the standard, I turn now to apply that standard to the Minister's appointments of chairpersons.

#### B. *Application of the Standard*

Binnie J. concludes that the appointments were patently unreasonable because the Minister's approach excluded relevant criteria (labour relations experience and broad acceptability) and substituted another criterion (prior judicial experience).

This assessment requires that we determine the relevant criteria for exercise of the discretion, or at least whether the Minister relied upon irrelevant criteria or failed to consider a relevant and important criterion. I agree with Binnie J. that a contextual approach to statutory interpretation of the enabling legislation is necessary for determining the relevant criteria. We disagree, however, as to what the essential criteria ultimately turn out to be. We disagree as to which factor or factors must be given primary importance for an appointment to survive review as not "clearly irrational" or patently unreasonable.

In the clearest of cases, the criteria constraining the exercise of a discretion will be spelled out in the legislation itself. In other cases, the relevant factors to consider will be specified in regulations

question n'est pas de savoir quelle décision aurait rendue le juge qui effectue le contrôle s'il avait été à la place de l'instance décisionnelle administrative : *Southam*, précité, par. 79-80, le juge Iacobucci. Cela est d'autant plus vrai lorsque la norme applicable est celle du caractère manifestement déraisonnable. En fait, la Cour a précisé que le rôle du tribunal qui effectue un contrôle judiciaire n'est pas de réévaluer les facteurs considérés par le décideur discrétionnaire : *Suresh*, précité, par. 37-41. L'objectif n'est pas non plus de contrôler la décision ou l'action quant au fond : *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793, par. 53, la juge L'Heureux-Dubé.

Après avoir exposé le contexte dans lequel elle s'applique, je vais maintenant appliquer la norme aux désignations ministérielles des présidents.

#### B. *Application de la norme*

Le juge Binnie conclut que les désignations étaient manifestement déraisonnables parce que l'approche adoptée par le ministre excluait les critères pertinents (expertise en matière de relations du travail et acceptabilité générale) et leur substituait un autre critère (expérience judiciaire antérieure).

Cette appréciation oblige à déterminer les critères pertinents pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire, ou du moins à se demander si le ministre s'est fondé sur des critères non pertinents ou encore s'il a omis de prendre en considération un critère pertinent et important. Je partage l'avis du juge Binnie selon lequel, pour déterminer les critères pertinents, il faut interpréter la loi habilitante selon une méthode contextuelle. Nous sommes, toutefois, en désaccord sur ce qui, en définitive, s'est révélé être les critères essentiels. Nous ne nous entendons pas sur la question de savoir à quel facteur (ou quels facteurs) il faut accorder une importance primordiale pour qu'une désignation résiste au contrôle pour le motif qu'elle n'est ni « clairement irrationnelle » ni manifestement déraisonnable.

Dans les cas les plus évidents, la loi elle-même énumère les critères qui limitent l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Dans d'autres cas, des règlements ou des lignes directrices précisent les

26

27

28

29

or guidelines. For example, in *Baker, supra*, this Court quashed the immigration officer's decision. In making the decision, the officer had failed to consider a factor expressly included in the relevant guidelines issued by the Minister of Citizenship and Immigration. Other indications of the important considerations were found in the specific purposes of the relevant Act and in international instruments (*Baker, supra*, at para. 67). In that appeal, the appropriate standard of review was the less deferential standard of reasonableness *simpliciter*. In other words, *Baker* says nothing one way or the other as to whether the failure to weigh heavily the interests of the children — a factor explicitly stated in the relevant documents — would have vitiated the decision as patently unreasonable. In yet another category of cases, the relevant factors may be unwritten, derived from the purpose and context of the statute. For example, in *Roncarelli, supra*, this Court reasonably inferred that denying or revoking a liquor permit for reasons irrelevant to the sale of liquor in a restaurant lay beyond the scope of the discretion conferred upon the Commission by the *Alcoholic Liquor Act*. Note, however, that it was an irrelevant factor that was inferred in *Roncarelli*. A statute cannot reasonably spell out and exclude in advance every irrelevant, bad faith or abusive consideration. It is much simpler for a legislator to spell out the relevant factors, and we often expect it to have done so. I would caution, then, against reviewing courts too easily concluding that implied factors are relevant and that failure, first to perceive them at all, and second to consider them, vitiates a decision. What, then, are the relevant factors in this case?

éléments pertinents qui doivent être considérés. Par exemple, dans l'arrêt *Baker*, précité, la Cour a annulé la décision de l'agent d'immigration. En rendant sa décision, celui-ci n'avait pas tenu compte d'un facteur explicitement prévu dans les lignes directrices pertinentes du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. D'autres indications des éléments importants devant être pris en considération ressortaient des objets particuliers de la loi applicable, et des instruments internationaux (*Baker*, précité, par. 67). Dans ce pourvoi, la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable *simpliciter*, qui commande moins de déférence. Autrement dit, l'arrêt *Baker* ne dit absolument rien au sujet de la question de savoir si l'omission d'accorder de l'importance aux intérêts des enfants — facteur prévu explicitement dans les documents pertinents — aurait vicié la décision en la rendant manifestement déraisonnable. Là encore, dans une autre catégorie de cas, les facteurs pertinents peuvent être tacites et émaner de l'objet et du contexte de la loi en cause. Par exemple, dans l'arrêt *Roncarelli*, précité, la Cour a raisonnablement inféré que le refus ou la révocation d'un permis d'alcool, pour des raisons n'ayant rien à voir avec la vente d'alcool dans un restaurant, outrepassait le pouvoir discrétionnaire conféré à la Commission par la *Loi des liqueurs alcooliques*. Cependant, il y a lieu de noter que l'on a inféré un facteur non pertinent dans l'arrêt *Roncarelli*. Une loi ne peut pas raisonnablement énumérer et exclure d'avance tout facteur non pertinent, caractérisé par la mauvaise foi ou encore abusif. Il est beaucoup plus simple pour le législateur d'énumérer les facteurs pertinents et c'est ce à quoi nous nous attendons souvent. Par conséquent, je déconseille aux tribunaux qui effectuent un contrôle judiciaire de conclure trop facilement que des facteurs implicites sont pertinents et que le défaut, premièrement, de les percevoir et, deuxièmement, de les prendre en considération, a pour effet de vicier une décision. Quels sont donc les facteurs pertinents en l'espèce?

30

In this case, the statute does not say very much. It stipulates that appointees must be "qualified to act". It also states, significantly, that it is "in the opinion of the Minister" that such persons must be qualified

Dans la présente affaire, la loi applicable ne dit pas grand-chose. Elle prévoit que les personnes désignées doivent être « compétentes pour agir en cette qualité [d'arbitre]. » Fait révélateur,

to act. In other words, the statute expressly contemplates that the Minister's opinion is important. I have already noted these words in determining the appropriate degree of deference. There are no relevant regulations, guidelines, or other instruments. Are there other relevant factors? In other words, can the reviewing court infer other factors relevant to the Minister in appointing a chairperson under s. 6(5) from the legislative context?

Binnie J. states that the "need for labour relations expertise, independence and impartiality, reflected in broad acceptability, has been a constant refrain of successive Ministers of Labour" (para. 177). I am not persuaded that either repetition of this need by Ministers of Labour or the context in which particular labour relations expertise and broad acceptability may have appeared essential constitutes a basis for implying dominant factors, as if they were stipulated in regulations or guidelines. Nor are these factors obvious, like the fact, in *Roncarelli, supra*, that discretion to renew a liquor licence must not be wielded to punish a person who posts bail for fellow members of a religious minority.

I have already noted that a patently unreasonable decision is one marked by the immediacy or obviousness of the defect. Where the alleged defect is failure to consider relevant factors, I think it important that those factors must themselves be immediately identifiable or obvious. In accordance with their duty, counsel for the respondents have assiduously compiled a record that presents the need for labour relations expertise and broad acceptability in its best light. They have collected excerpts from various reports, the legislative history of the *HLDA*, and statements by Ministers of Labour. The fact that these materials are neatly compiled in the respondents' record makes the significance of those

elle prévoit également que c'est « à son avis », c'est-à-dire de l'avis du ministre, que ces personnes doivent être compétentes pour agir en qualité d'arbitre. En d'autres termes, la loi prévoit expressément que l'avis du ministre est important. J'ai déjà souligné ces mots en déterminant le degré de déférence approprié. Il n'y a aucun règlement, aucune ligne directrice ni aucun autre instrument pertinents. Y a-t-il d'autres facteurs pertinents? En d'autres termes, le tribunal qui effectue le contrôle judiciaire peut-il inférer du contexte législatif l'existence d'autres facteurs pertinents aux fins de désignation ministérielle d'un président ou d'une présidente en vertu du par. 6(5)?

Le juge Binnie dit que « les ministres du Travail qui se sont succédé [...] ont constamment réitéré le besoin d'expertise en relations du travail, d'indépendance et d'impartialité, que traduit la notion d'acceptabilité générale » (par. 177). Je ne suis pas convaincu que le fait que des ministres du Travail aient réitéré ce besoin, ou le contexte dans lequel une expertise particulière en matière de relations du travail et une acceptabilité générale peuvent avoir paru essentielles, justifie de supposer l'existence de facteurs dominants, comme s'ils étaient prévus dans des règlements ou des lignes directrices. Ces facteurs ne sont pas évidents non plus, comme le fait, dans l'arrêt *Roncarelli*, précité, que le pouvoir discrétionnaire de renouveler un permis d'alcool ne doit pas servir à punir une personne qui fournit un cautionnement pour des membres de la minorité religieuse à laquelle elle appartient.

J'ai déjà fait remarquer qu'une décision manifestement déraisonnable est caractérisée par le caractère flagrant ou évident du défaut qu'elle comporte. Lorsque le défaut allégué est l'omission de tenir compte de facteurs pertinents, je pense qu'il est important que ces facteurs soient eux-mêmes flagrants ou évidents. Conformément à leur devoir, les avocats des intimés ont pris soin de constituer un dossier présentant sous son aspect le plus favorable le besoin d'acceptabilité générale et d'expertise en matière de relations du travail. Ils ont rassemblé des extraits de divers rapports, l'historique législatif de la *LACTH* ainsi que des déclarations de ministres du Travail. Le fait que

31

32

criteria obvious, or at least much more obvious, than it has ever been. I do not dispute that the respondents made a good case for the importance of reading those factors into the statute, but doing so was a difficult task. In my view, the general affirmations and aspirations Binnie J. refers to in para. 110 came nowhere near the evidentiary threshold for imposing a specific restriction on the wide discretion set out in s. 6(5). Would the factors Binnie J. relies upon have been obvious to a new Minister of Labour called on to exercise his discretion under s. 6(5)? Could the Minister have been expected to compile a thorough history of the *HLDA* before acting? I do not believe so.

33

Binnie J. states that there is no need to impute to the Minister a knowledge of the *HLDA*'s legislative history, because the Minister himself summarized the legislative intent in a letter. My difficulty with this comment is that the reviewing court's exercise is simply to determine what is required by the enabling statute. If, as I suggest, we could not reasonably expect that the bare text of s. 6(5) would give to a subsequent Minister of Labour an appreciation of all the factors that Binnie J. finds relevant, this is significant. Binnie J. also characterizes that letter of February 2, 1998, as having "defined" the Minister's mandate (para. 183). I do not think that statements by the Minister expressing his opinion as to his own role should be taken as constraining his discretion or as, effectively, writing new conditions into the statute. The Minister could not eliminate relevant statutory criteria by making a statement or writing a letter; I do not think that by the same means he can add any. The Minister's own letter does not constrain his discretion or define his mandate in the same way that, in *Baker*, official guidelines, the specific purposes of the Act, and the pertinent international instruments framed the relevant considerations for the administrative official. Indeed, the letter of February 2, 1998, is not inconsistent with the Minister's eventual appointments: the Minister was of the opinion that the parties must perceive the process as

ces documents soient soigneusement réunis dans le dossier des intimés rend l'importance de ces critères évidente ou, du moins, beaucoup plus évidente qu'elle ne l'a jamais été. Je ne conteste pas que les intimés ont bien démontré, non sans peine, l'importance de considérer que la loi en cause inclut ces facteurs. À mon avis, les affirmations et les aspirations générales que le juge Binnie mentionne au par. 110 sont loin de correspondre à la norme de preuve requise pour assujettir à une restriction particulière le large pouvoir discrétionnaire prévu au par. 6(5). Les facteurs sur lesquels s'appuie le juge Binnie auraient-ils été évidents aux yeux d'un nouveau ministre du Travail appelé à exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 6(5)? Pouvait-on s'attendre à ce que le ministre fasse l'historique complet de la *LACTH* avant d'agir? Je ne le crois pas.

Selon le juge Binnie, il n'est pas nécessaire de supposer que le ministre a une connaissance de l'historique de la *LACTH*, étant donné qu'il a lui-même résumé l'intention du législateur dans une lettre. Selon moi, le problème que pose ce commentaire réside dans le fait que le tribunal qui effectue le contrôle judiciaire est simplement tenu de déterminer ce qu'exige la loi habilitante. Cela serait important si, comme je l'indique, nous ne pouvions pas raisonnablement nous attendre à ce que le seul texte du par. 6(5) fournisse à un ministre du Travail subséquent une appréciation de tous les facteurs jugés pertinents par le juge Binnie. Le juge Binnie considère aussi que la lettre du 2 février 1998 « définissait » le mandat du ministre (par. 183). Je ne crois pas qu'il y ait lieu de considérer que les affirmations dans lesquelles le ministre exprime son avis au sujet de son propre rôle limitent son pouvoir discrétionnaire ou qu'elles ont pour effet d'ajouter d'autres conditions dans la Loi. Le ministre ne pouvait pas éliminer des critères légaux pertinents au moyen d'une affirmation ou d'une lettre; je ne crois pas non plus qu'il puisse en ajouter de la même façon. La lettre que le ministre a rédigée ne limite pas son pouvoir discrétionnaire ou ne définit pas son mandat de la même façon que, dans l'affaire *Baker*, les lignes directrices officielles, les objets particuliers de la Loi et les instruments internationaux pertinents énonçaient

credible; he was also, evidently, of the opinion that the persons he appointed were qualified to act.

Binnie J. notes that the parties brought our attention to subsequent provincial legislation, the *Back to School Act (Toronto and Windsor)*, 2001, S.O. 2001, c. 1, that explicitly enables a Minister to appoint a replacement arbitrator lacking certain characteristics. The unions suggested that where the legislature wishes to rule out relevant experience and the other *indicia* of an objectively qualified chairperson, it knows how to do so. I note that such a provision also shows that, where the legislature so intends, it knows how to specify in some detail the positive or negative attributes of potential chairpersons. In any event, it is an error, in my view, to assume, *a contrario*, that the term "in the opinion of the Minister, qualified to act" in the *HLDA* requires the presence of characteristics that may be dispensed with under the later, unrelated statute.

The Minister in the present appeal developed an opinion as to who was qualified to act. He determined that judging experience was relevant. He valued professional experience as an impartial decision maker. He recognized that judges are typically generalists who quickly learn the necessary substance within the context of each case. The Minister clearly gave experience in the health field less weight than some would have preferred; this is because he was dealing with parties unable to agree on a mutually acceptable qualified person and thought experience as an impartial decision maker was more crucial. All we can presume is that, all things considered, he found independence and experience at judicially resolving disputes to be more important. The *HLDA* called for the

les éléments pertinents que le fonctionnaire de l'organisme administratif devait prendre en considération. En fait, la lettre du 2 février 1998 n'est pas incompatible avec les désignations que le ministre a faites en définitive : le ministre était d'avis que les parties doivent percevoir le processus comme étant crédible; de toute évidence, il estimait aussi que les personnes qu'il a désignées étaient compétentes pour agir en qualité d'arbitre.

Le juge Binnie fait observer que les parties ont attiré notre attention sur une loi provinciale subséquente, la *Loi de 2001 sur le retour à l'école (Toronto et Windsor)*, L.O. 2001, ch. 1, qui habilite explicitement un ministre à nommer un nouvel arbitre qui ne possède pas certains attributs. Les syndicats ont indiqué que, lorsque le législateur souhaite écarter l'expérience pertinente et les autres indices d'un président objectivement compétent, il sait comment s'y prendre. Je souligne qu'une telle disposition démontre également que, lorsque le législateur le souhaite, il sait comment préciser en détail les attributs positifs ou négatifs des présidents potentiels. De toute manière, j'estime qu'il est erroné de présumer au contraire que la condition « à son avis [c'est-à-dire de l'avis du ministre], est compétente pour agir en cette qualité », imposée dans la *LACTH*, exige la présence d'attributs dont il est possible de se passer en vertu de la loi susmentionnée qui n'a aucun lien avec la *LACTH*.

En l'espèce, le ministre s'est formé une opinion quant aux personnes qui étaient compétentes pour agir en qualité d'arbitre. Il a décidé que l'expérience en tant que juge était pertinente. Il a accordé de l'importance à l'expérience professionnelle acquise en tant que décideur impartial. Il a reconnu que les juges sont ordinairement des généralistes qui comprennent rapidement quels éléments de fond doivent être pris en considération dans chaque cas. Il est évident que le ministre a accordé moins d'importance à l'expérience acquise dans le domaine de la santé que l'auraient préféré certaines personnes, et ce, parce qu'il traitait avec des parties incapables de s'entendre sur le choix d'une personne compétente qui leur serait acceptable, et qu'il croyait que l'expérience en tant que décideur impartial était

34

35

Minister to reach his own opinion, not to consider a specific determining factor. In my view, Binnie J. has effectively read out of the provision one of its most important elements, that it is in the Minister's opinion, not viewed objectively by some constant standard, that persons are to be qualified. This is not to say that the opinion of the Minister is totally unfettered, as I will explain later in these reasons.

36

Given how much work it takes even to identify the factors at issue in this appeal (labour relations experience and broad acceptability) and to imply them into s. 6(5), I am reluctant to conclude that weighing them less heavily than another factor, also unwritten (judicial experience), vitiated the appointments as patently unreasonable. Using the language of Iacobucci J. in *Southam*, at para. 57, cited above, I would say that the Minister's appointments were not patently unreasonable because "it takes some significant searching or testing to find the defect", if there is one. More problematic for Binnie J.'s approach, in my view, is the fact that it takes "some significant searching" even to find the factors said to constrain the Minister. It is difficult to characterize the Minister's appointments as immediately or obviously defective, particularly when the factors are not themselves immediately or obviously ascertainable. The flaw cannot be explained simply and easily. Or to draw on Cory J.'s approach in *PSAC*, *supra*, at pp. 963-64, it is difficult to argue that the appointments were "evidently not in accordance with reason" or "clearly irrational". Turning to *Ryan*, when the compelling rationale for curial deference is borne in mind — in particular the Minister's superior expertise at labour relations — it becomes difficult to say that the appointments are "so flawed that no amount of curial deference" could justify letting them stand. Returning, finally, to *Suresh*, a failure to consider the proper factors, even if I were to accept them as determinative, fails to vitiate the Minister's decision because the factors themselves were not

plus cruciale. Tout ce que nous pouvons présumer, c'est que, tout compte fait, il a jugé plus importantes l'indépendance et l'expérience en matière de règlement judiciaire des conflits. La *LACTH* exigeait que le ministre forme sa propre opinion et non qu'il prenne en considération un facteur déterminant particulier. J'estime qu'en réalité le juge Binnie a fait abstraction de l'un des plus importants éléments de cette loi, à savoir que les personnes doivent être compétentes de l'avis du ministre et non d'un point de vue objectif conforme à une norme fixe. Cela ne signifie pas que l'avis du ministre n'est assujéti à aucune limite, comme je l'expliquerai plus loin.

Compte tenu de la somme de travail qui est nécessaire ne serait-ce que pour relever les facteurs en cause dans le présent pourvoi (expérience en relations du travail et acceptabilité générale) et supposer qu'ils sont prévus au par. 6(5), j'hésite à conclure que le fait de leur accorder moins d'importance qu'à un autre facteur, également tacite (l'expérience judiciaire), a vicié les désignations en les rendant manifestement déraisonnables. Pour reprendre les propos tenus par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Southam*, précité, par. 57, je dirais que les désignations ministérielles n'étaient pas manifestement déraisonnables parce qu'« il faut procéder à un examen ou à une analyse en profondeur pour déceler le défaut » qu'elles comportent, à supposer que ce soit le cas. J'estime que la plus grande difficulté que soulève l'approche du juge Binnie est le fait qu'il faut procéder à « un examen en profondeur » ne serait-ce que pour déceler les facteurs qui, dit-on, restreignent la liberté d'action du ministre. Il est difficile de considérer que les désignations ministérielles comportent un défaut flagrant ou évident, particulièrement si les facteurs eux-mêmes ne sont pas flagrants ou évidents. Le défaut ne peut pas être expliqué simplement et facilement. Ou, pour reprendre l'approche du juge Cory dans l'arrêt *AFPC*, précité, p. 963, il est difficile de soutenir que les désignations étaient « de toute évidence non conforme[s] à la raison » ou « clairement irrationnelle[s] ». Quand à l'arrêt *Ryan*, si l'on tient compte de la justification impérieuse de la déférence judiciaire — notamment la plus grande expertise du ministre en matière de

obvious and uncontroversial. These are all different ways of expressing the conclusion that the appointments were not patently unreasonable.

This is not to say that others would have made the same appointments, nor is it to speculate whether, if polled, the electorate would or would not approve. But in light of the statutory scheme, the context, and the deference due the Minister, I cannot say that the appointments satisfied the “very strict test” (*PSAC, supra*, at p. 964) marking them as patently unreasonable. Moreover, the legislation requires us to give weight to the Minister’s opinion of the factors, or at least of what would make someone qualified to act.

Arguments made by both the appellant and the respondents impel me to make two related further comments.

First, my conclusion respecting the appointments challenged in this appeal does not endorse the appellant’s submission that the sole factors that would disqualify a person from appointment as a chairperson under s. 6(5) are those explicitly set out in s. 6(12) of the *HLDAA*. That subsection precludes the Minister from appointing a person who has a pecuniary interest in the matters before the board or who has acted as counsel for one of the parties within the previous six months. I do not accept the appellant’s argument that this is an exhaustive listing of all disqualifying factors or factors that would render an appointment patently unreasonable.

relations du travail —, il devient difficile d’affirmer que les désignations sont « à ce point viciée[s] qu’aucun degré de déférence judiciaire » ne pourrait justifier de les maintenir. Enfin, pour revenir à l’arrêt *Suresh*, l’omission de prendre en considération les facteurs pertinents, même si je devais les reconnaître comme déterminants, ne vicie pas la décision du ministre parce que les facteurs eux-mêmes n’étaient pas évidents et ne soulevaient aucune controverse. Voilà autant de manières différentes de conclure que les désignations n’étaient pas manifestement déraisonnables.

Cela ne signifie pas que d’autres auraient fait les mêmes désignations, et il ne s’agit pas non plus d’émettre des hypothèses quant à savoir si l’électorat les approuverait s’il était consulté. Cependant, compte tenu du régime législatif, du contexte et de la déférence à laquelle a droit le ministre, je ne puis affirmer que les désignations satisfaisaient au « critère très strict » (*AFPC*, précité, p. 964) qui permettrait de les qualifier de manifestement déraisonnables. La Loi nous oblige, en outre, à accorder de l’importance à l’avis du ministre concernant les facteurs ou concernant du moins ce qui rendrait une personne compétente pour agir en qualité d’arbitre.

Les arguments avancés à la fois par l’appellant et par les intimés m’incitent à faire deux autres remarques connexes.

En premier lieu, en tirant ma conclusion relative aux désignations contestées en l’espèce, je ne retiens pas l’argument de l’appellant selon lequel les seuls facteurs qui rendraient une personne inhabile à être désignée à la présidence en vertu du par. 6(5) sont ceux qui sont explicitement énoncés au par. 6(12) *LACTH*. Ce paragraphe interdit au ministre de désigner une personne qui a un intérêt pécuniaire dans les questions dont le conseil est saisi ou qui a exercé des fonctions d’avocat pour l’une des parties au cours des six mois précédents. Je ne retiens pas l’argument de l’appellant voulant qu’il s’agisse là d’une liste exhaustive de tous les facteurs qui rendent une personne inhabile à être désignée ou des facteurs qui rendraient une désignation manifestement déraisonnable.

37

38

39

40 Second, as the respondents note, it is of course the case that the Minister's discretion to appoint is not unfettered and must be exercised within the scope of the Act: *Baker, supra*; *Padfield, supra*; *Roncarelli, supra*. My conclusions here do not authorize the Minister to decide to appoint only members of his own political caucus, hospital CEOs, or union business agents. These extreme examples are not, however, the facts before us in this appeal.

III. Can the Unions Challenge the Boards' Independence and Impartiality Here?

41 Having decided that the appointments were patently unreasonable on the basis of irrelevant considerations, Binnie J. goes on to consider an alternative argument. He considers whether the Minister's appointments were also patently unreasonable on the basis that they resulted in arbitration boards possibly perceived as lacking institutional independence and impartiality.

42 Binnie J. addresses this argument primarily on the basis that the Court of Appeal declared that the Minister "created a reasonable apprehension of bias and interfered with the independence and impartiality of boards of arbitration . . . contrary to the principles and requirement of fairness and natural justice" (para. 186).

43 I agree with Binnie J. that neither concerns about institutional independence (the *ad hoc* tribunals' lack of security of tenure) nor institutional impartiality (appointment of persons from the class of retired judges) render the Minister's exercise of his appointment power patently unreasonable. The statutory scheme requires that the tribunals be *ad hoc*, constituted to resolve a particular dispute. Retired judges as a class cannot reasonably be seen as so partial that finding them to be "qualified to act" took the Minister outside the bounds of his

En second lieu, comme le font remarquer les intimés, il va de soi que le pouvoir de désignation discrétionnaire du ministre n'est pas illimité et qu'il doit être exercé conformément à la Loi : *Baker, Padfield et Roncarelli*, précités. Mes conclusions en l'espèce n'autorisent pas le ministre à désigner seulement des membres de son caucus politique, des directeurs généraux d'hôpitaux ou des agents d'affaires syndicaux. De tels exemples extrêmes ne correspondent toutefois pas aux faits dont nous sommes saisis en l'espèce.

III. Les syndicats peuvent-ils mettre en doute l'indépendance et l'impartialité des conseils en l'espèce?

Après avoir décidé que les désignations étaient manifestement déraisonnables pour le motif qu'elles reposaient sur des facteurs non pertinents, le juge Binnie examine ensuite un argument subsidiaire. Il se demande si les désignations ministérielles étaient également manifestement déraisonnables pour le motif qu'elles ont entraîné la constitution de conseils d'arbitrage susceptibles d'être perçus comme étant dépourvus d'indépendance et d'impartialité institutionnelles.

Le juge Binnie examine cet argument principalement à la lumière du fait que la Cour d'appel a déclaré que le ministre [TRADUCTION] « a suscité une crainte raisonnable de partialité et compromis l'indépendance et l'impartialité des conseils d'arbitrage [. . .] contrairement aux principes et à l'obligation d'équité et de justice naturelle » (par. 186).

Je partage l'avis du juge Binnie selon lequel ni les préoccupations relatives à l'indépendance institutionnelle (l'inamovibilité des tribunaux administratifs *ad hoc*) ni celles relatives à l'impartialité institutionnelle (la désignation de personnes faisant partie de la catégorie des juges retraités) ne rendent manifestement déraisonnable l'exercice par le ministre de son pouvoir de désignation. Le régime législatif exige que les tribunaux administratifs soient *ad hoc*, c'est-à-dire constitués pour résoudre un différend particulier. En tant que catégorie,

statutory discretion: *Baker, supra*; *Padfield, supra*; *Roncarelli, supra*.

I also agree with Binnie J. that the unsuccessful challenge to the institutional independence and impartiality of the boards as a group does not foreclose the possibility of a successful challenge to a particular board by a party on the basis of particular facts. Indeed, in my view, it is awkward to raise arguments relating to the boards' independence and impartiality in the context of a challenge to the exercise of the Minister's discretion. In exercising his power of appointment under s. 6(5), the Minister cannot be expected to anticipate and avoid the full set of factors that might, in the context of a particular board, run afoul of the duty of procedural fairness that will bear upon that board. Even for strategic purposes, I would have thought it best for the respondents to save arguments about the natural justice requirements of the boards for any eventual challenge to a particular board. As this Court has noted, attacks on the independence or impartiality of a board are most convincingly made with evidence of how that board operates in practice: *Katz v. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 S.C.R. 405, at para. 1; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at paras. 117-23, *per* Sopinka J. My opinion on this point finds support in the decision of Binnie J. not to apply retrospectively a finding that the boards constituted by the Minister were not impartial.

I note in passing that, in framing the allegations concerning the boards' independence and impartiality as a claim that the Minister exercised his power patently unreasonably, Binnie J. is generous. He presents this line of argument in by far its most favourable light. A reading of the respondents' factum easily suggests that they were making

les juges retraités ne peuvent pas être raisonnablement perçus comme étant à ce point partiaux qu'en les qualifiant de « compétents pour agir » en qualité d'arbitre le ministre a excédé le pouvoir discrétionnaire que lui confère la Loi : *Baker, Padfield et Roncarelli*, précités.

Je conviens également avec le juge Binnie que l'échec de la contestation mettant en cause l'indépendance et l'impartialité institutionnelles des conseils, en tant que catégorie, n'empêche pas une partie de mettre en doute avec succès l'indépendance et l'impartialité institutionnelles d'un conseil en se fondant sur des faits particuliers. En fait, j'estime qu'il est malencontreux d'avancer des arguments concernant l'indépendance et l'impartialité des conseils dans le cadre d'une contestation de l'exercice du pouvoir ministériel discrétionnaire. On ne peut pas s'attendre à ce que, en exerçant le pouvoir de désignation que lui confère le par. 6(5), le ministre prévoie et évite tous les facteurs qui, dans le cas d'un conseil particulier, sont susceptibles de contrecarrer l'obligation d'équité procédurale qui incombe à ce conseil. Même pour des raisons stratégiques, je pense qu'il aurait mieux valu que les intimés réservent les arguments portant sur les exigences de la justice naturelle auxquelles les conseils doivent satisfaire pour attaquer éventuellement un conseil particulier. Comme la Cour l'a souligné, les contestations mettant en cause l'indépendance et l'impartialité d'un conseil sont très convaincantes lorsqu'elles s'accompagnent d'une preuve de la manière dont le conseil fonctionne en pratique : *Katz c. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 R.C.S. 405, par. 1; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, par. 117-123, le juge Sopinka. Mon opinion à ce sujet est étayée par la décision du juge Binnie de ne pas appliquer rétroactivement la conclusion que les conseils constitués par le ministre n'étaient pas impartiaux.

Je note en passant qu'en formulant les allégations concernant l'indépendance et l'impartialité des conseils sous la forme d'une prétention que le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière manifestement déraisonnable, le juge Binnie fait preuve de générosité. Il présente ce type d'argument sous son aspect de loin le plus favorable. Il n'y a pas

44

45

the argument that if the Minister appointed boards that would themselves, in operation, fall short of the demands of natural justice, he thereby breached his own duty of procedural fairness. This is certainly the implication from the respondents' arguments, in this context, that the duty of fairness required the Minister to exercise his appointment power in conformity with the principles of natural justice. As *Binnie J.* discusses, however, there is no sound argument in this case that the Minister acted unfairly in the sense of violating his duty of procedural fairness.

46 To conclude, a reviewing court should not, in my view, find too readily that a discretionary decision was patently unreasonable. To do so dilutes the value of the patent unreasonableness standard and promotes inappropriate judicial intervention. Recognition of the seriousness of quashing a decision as patently unreasonable is crucial to maintaining the discipline of judicial restraint and deference. This is especially the case where there were few indicators in the enabling legislation of the scope of the power and in an area where this Court has repeatedly counselled deference towards political and other expertise. I do not think that the Minister's appointments demand our intervention.

47 For the reasons given, I would allow this appeal.

The judgment of Gonthier, Iacobucci, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ. was delivered by

48 **BINIE J.** — In 1965, the Ontario legislature determined that collective bargaining rights must yield to the paramount needs of patient care. The result is that, at present, to avoid disruption in essential services, about 200,000 hospital and nursing home workers in Ontario and their several hundred employers around the province are required to resolve their differences over wages, benefits and other terms of their collective agreements through

de doute, à la lecture du mémoire des intimés, que ceux-ci prétendaient que si le ministre constituait des conseils qui, en pratique, ne satisferaient pas aux exigences de la justice naturelle, il manquerait, de ce fait, à sa propre obligation d'équité procédurale. Dans ce contexte, l'argumentation des intimés laisse certainement supposer que, de par son obligation d'équité, le ministre devait exercer son pouvoir de désignation conformément aux principes de justice naturelle. Comme l'affirme cependant le juge *Binnie*, rien ne justifie en l'espèce de soutenir que le ministre a agi injustement au sens d'avoir violé l'obligation d'équité procédurale qui lui incombait.

En conclusion, j'estime que le tribunal qui effectue un contrôle judiciaire ne doit pas conclure trop facilement qu'une décision discrétionnaire était manifestement déraisonnable. Agir de cette façon atténue l'importance de la norme du caractère manifestement déraisonnable et favorise une intervention judiciaire inappropriée. Si on veut maintenir le principe de la retenue et de la déférence judiciaires, il est essentiel de reconnaître la gravité d'annuler une décision pour le motif qu'elle est manifestement déraisonnable. Cela d'autant plus vrai lorsque la loi habilitante comporte peu d'éléments indiquant la portée du pouvoir conféré et lorsqu'il est question d'un domaine où la Cour a conseillé à maintes reprises de faire montre de déférence à l'égard de l'expertise politique et autre. Je ne crois pas que les désignations ministérielles requièrent notre intervention.

Pour les motifs exposés, j'accueillerais le présent pourvoi.

Version française du jugement des juges *Gonthier*, *Iacobucci*, *Binnie*, *Arbour*, *LeBel* et *Deschamps* rendu par

**LE JUGE BINIE** — En 1965, l'Assemblée législative de l'Ontario a décidé que le droit à la négociation collective devait céder le pas aux besoins primordiaux en matière de soins aux malades. Il s'ensuit qu'à l'heure actuelle, pour éviter l'interruption des services essentiels, environ 200 000 employés d'hôpitaux et de maisons de soins infirmiers en Ontario, ainsi que leurs centaines d'employeurs dans la province, sont tenus de soumettre

compulsory arbitration. The Ontario Court of Appeal, in a unanimous judgment, concluded that the appointment by the Minister of Labour of retired judges in February 1998 as chairpersons of the boards of compulsory arbitration could "reasonably be seen as an attempt to seize control of the bargaining process" and "to replace mutually acceptable arbitrators with a class of persons seen to be inimical to the interests of labour" ((2000), 51 O.R. (3d) 417, at para. 101). The Minister, that court concluded, as a member of the provincial government, had a "significant financial interest" in the outcome of the very arbitration whose chairpersons he selected (para. 21). He was ordered not to make any further appointments "unless such appointments are made from the long-standing and established roster of experienced labour relations arbitrators" compiled under s. 49(10) of the Ontario *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 49(10) (para. 105).

I would dismiss the appeal, albeit for reasons that differ somewhat from those of the Court of Appeal. The Minister, as a matter of law, was required to exercise his power of appointment in a manner consistent with the purpose and objects of the statute that conferred the power. A fundamental purpose and object of the *Hospital Labour Disputes Arbitration Act*, R.S.O. 1990, c. H.14 ("HLDAA"), was to provide an adequate substitute for strikes and lockouts. To achieve the statutory purpose, as the Minister himself wrote on February 2, 1998, "the parties must perceive the system as neutral and credible". I would reject the unions' contention that the Minister was required to proceed with the selection of chairpersons by way of "mutual agreement" or from the s. 49(10) roster. Nor do I think that retired judges as a "class" could reasonably be seen as biased against labour. I would nevertheless affirm the fundamental principle underpinning the Court of Appeal's judgment that the HLDAA required the Minister to select arbitrators from candidates who were qualified not only by their impartiality, but by their

à l'arbitrage leurs différends relatifs aux salaires, aux avantages sociaux et aux autres conditions de leurs conventions collectives. Dans un arrêt unanime, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la désignation par le ministre du Travail, en février 1998, de juges retraités à la présidence des conseils d'arbitrage obligatoire pouvait [TRADUCTION] « raisonnablement être perçue comme une tentative de contrôler le processus de négociation » et « de substituer aux arbitres acceptables par les parties une catégorie de personnes perçues comme étant hostiles aux intérêts des travailleurs et des travailleuses » ((2000), 51 O.R. (3d) 417, par. 101). La cour a conclu que le ministre, en sa qualité de membre du gouvernement provincial, avait un [TRADUCTION] « intérêt financier important » dans l'issue des arbitrages mêmes dont il avait choisi les présidents (par. 21). Elle lui a interdit de faire d'autres désignations [TRADUCTION] « à moins que ces désignations ne soient faites à partir de la liste traditionnelle d'arbitres expérimentés en relations du travail », dressée en vertu du par. 49(10) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* de l'Ontario, L.O. 1995, ch. 1, ann. A (par. 105).

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi, bien que ce soit pour des motifs différant quelque peu de ceux de la Cour d'appel. Le ministre était tenu, en droit, d'exercer son pouvoir de désignation d'une manière conforme aux fins et aux objets de la loi qui lui conférait ce pouvoir. L'un des objets fondamentaux de la *Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux*, L.R.O. 1990, ch. H.14 (« LACTH »), était de prévoir un moyen adéquat de remplacer la grève et le lock-out. Pour que cet objet de la Loi puisse être réalisé, [TRADUCTION] « les parties doivent percevoir le système comme étant neutre et crédible », comme l'écrivait le ministre lui-même le 2 février 1998. Je suis d'avis de rejeter l'argument des syndicats selon lequel le ministre devait choisir les présidents des conseils d'arbitrage d'un « commun accord » ou à partir de la liste dressée en vertu du par. 49(10). Je ne pense pas non plus que, en tant que « catégorie », les juges retraités puissent raisonnablement être perçus comme ayant un parti pris contre les travailleurs et les travailleuses. Je suis néanmoins d'avis de confirmer le principe fondamental qui sous-tend l'arrêt de la Cour

expertise and general acceptance in the labour relations community.

d'appel, à savoir que la *LACTH* exigeait que le ministre désigne comme arbitres des personnes compétentes en raison non seulement de leur impartialité, mais aussi de leur expertise et de leur acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail.

50 The context here is very important. The *HLDA* is not a broad policy vehicle. The Minister is given a narrow role. He is merely to substitute for the parties in naming a third arbitrator in case of their disagreement.

Le contexte est très important en l'espèce. La *LACTH* n'est pas un instrument d'orientation général. Le ministre se voit confier un rôle limité. Il est simplement substitué aux parties pour désigner un troisième arbitre en cas de désaccord de leur part.

51 Given the context of the legislation, reinforced by its background and purpose disclosed in the legislative history, I do not think that any Minister, acting reasonably, could have rejected these limitations on his statutory mandate. His approach to his power of appointment on these occasions was, with respect, patently unreasonable.

Compte tenu du cadre dans lequel s'inscrit la Loi, que renforcent le contexte et l'objet ressortant de son historique législatif, je ne crois pas qu'un ministre, agissant de manière raisonnable, aurait pu rejeter les limites imposées à son mandat légal. En toute déférence, l'approche qu'il a adoptée relativement à son pouvoir de désignation dans les cas en question était manifestement déraisonnable.

#### I. Facts

#### I. Les faits

##### A. *The Legislative Framework*

##### A. *Le cadre législatif*

52 The *HLDA* requires the hundreds of hospital boards and nursing homes within Ontario to bargain in good faith with the unions (if any) representing their respective employees to conclude a voluntary collective agreement. In the event the parties fail to reach an acceptable collective agreement, the *HLDA* prohibits strikes or lockouts (s. 11(1)). Compulsory arbitration is imposed (s. 4). It takes place before a single arbitrator if the parties can agree (s. 5(1)), or before an arbitral panel of three members, two of whom are appointed by the parties, and a third member to be chosen by the other two members. If the designated members fail to agree on a third member, the *HLDA* provides in s. 6(5) that "the Minister shall appoint as a third member a person who is, in the opinion of the Minister, qualified to act".

Aux termes de la *LACTH*, les centaines de conseils d'hôpitaux et de maisons de soins infirmiers situés en Ontario et les syndicats (s'il en est) représentant leurs employés respectifs sont tenus de négocier de bonne foi afin de conclure de leur plein gré une convention collective. Si les parties ne parviennent pas à conclure une convention collective acceptable, la *LACTH* leur interdit de recourir à la grève ou au lock-out (par. 11(1)) et les oblige à aller en arbitrage (art. 4). L'arbitrage obligatoire se déroule devant un seul arbitre lorsque les parties peuvent s'entendre sur ce point (par. 5(1)), ou devant un conseil d'arbitrage composé de trois membres, dont deux sont désignés par les parties alors que le troisième est choisi par les deux membres désignés par les parties. Si les membres désignés ne s'entendent pas sur la désignation du troisième membre, le par. 6(5) *LACTH* prévoit que « [l]e ministre désigne comme troisième membre une personne qui, à son avis, est compétente pour agir en cette qualité. »

53 A distinction must be drawn between "grievance arbitration", where the arbitrator(s) are required

Il faut faire la distinction entre les « arbitrages de griefs », où les arbitres doivent interpréter une

to interpret a collective agreement previously arrived at, and "interest arbitration" in which the arbitrator(s) decide upon the terms of the collective agreement itself. The former is adjudicative; the latter is more or less legislative. According to the evidence of Professor Joseph Weiler, who has been actively involved in labour disputes since 1975, experience has shown that successful "interest" arbitrators come to their task familiar with the "current issues in labour relations" and the "bargaining history of the parties to various collective agreements in relevant public sector industries". Further, "[t]hey are familiar with seniority, compensation and job evaluation systems, work preservation practices, and other work rules. In short, they can readily understand how their judgments in arbitration awards will affect the workplace realities of employees, unions, and management. They do not have to start each arbitration by being 'educated' by the parties as to the intricacies of their particular workplaces."

#### B. *Legislative History*

Evidence of a statute's history, including excerpts from the legislative record, is admissible as relevant to the background and purpose of the legislation.

Until 1965, hospital workers in Ontario were covered in the ordinary way by the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1960, c. 202. They had the right to bargain collectively and, if no agreement was made, to strike. In the early 1960s, a significant strike occurred at the Trenton Memorial Hospital, which lasted from October 31, 1963 to February 5, 1964. The attendant controversy, fed by an earlier strike at a Windsor hospital, led to the establishment of the Royal Commission on Compulsory Arbitration in Disputes Affecting Hospitals and Their Employees "to inquire into and report upon the feasibility and desirability of applying compulsory arbitration in the settlement of disputes between Labour and Management over the negotiation and settlement of terms of collective

convention collective déjà conclue, et les « arbitrages de différends », où les arbitres fixent les conditions de la convention collective elle-même. La première forme d'arbitrage est de nature décisionnelle alors que la seconde est de nature plus ou moins législative. Suivant le témoignage du professeur Joseph Weiler qui s'intéresse de près aux conflits de travail depuis 1975, l'expérience démontre que les bons arbitres de « différends » sont bien au fait [TRADUCTION] « des enjeux actuels en matière de relations du travail » et « de l'histoire des négociations menées par les parties à diverses conventions collectives dans des entreprises pertinentes du secteur public ». De plus, [TRADUCTION] « [i]ls ont une bonne connaissance des régimes d'ancienneté, de rémunération et d'évaluation des emplois, des pratiques de maintien des emplois et des autres règles concernant l'exécution du travail. Bref, ils peuvent comprendre facilement l'influence que leurs sentences arbitrales auront sur les réalités du milieu de travail des employés, des syndicats et du patronat. Les parties n'ont pas, au début de chaque arbitrage, à leur "enseigner" les subtilités de leurs milieux de travail particuliers. »

#### B. *L'historique législatif*

L'historique d'une loi, y compris des extraits du dossier législatif, est admissible en preuve en raison de sa pertinence quant au contexte et à l'objet de cette loi.

Jusqu'en 1965, les employés d'hôpitaux de l'Ontario étaient normalement régis par la *Labour Relations Act*, R.S.O. 1960, ch. 202. Ils avaient le droit de négocier collectivement et, à défaut de parvenir à une entente, de faire la grève. Au début des années 60, le Trenton Memorial Hospital a connu une grève importante qui a duré du 31 octobre 1963 au 5 février 1964. La controverse en ayant résulté, alimentée par une grève antérieure dans un hôpital de Windsor, a entraîné la mise sur pied de la Royal Commission on Compulsory Arbitration in Disputes Affecting Hospitals and Their Employees, chargée [TRADUCTION] « [d']enquêter et [de] faire rapport sur la possibilité et l'opportunité d'assujettir à l'arbitrage obligatoire les différends syndicaux-patronaux qui surviennent en matière de négociation

54

55

agreements affecting hospitals and their employees" (p. 5 of its Report).

56

The Commission, consisting of labour and management representatives and chaired by a County Court judge experienced in labour relations, heard submissions from a wide spectrum of opinions in the labour relations community, including reluctant encouragement towards compulsory arbitration from Professors H. W. Arthurs and J. H. G. Crispo, who wrote (at p. 16 of the Report):

At the present time, unless the parties voluntarily agree to arbitrate their differences, a strike or lockout is the only alternative to settlement. However, hostile community opinion added to the normal risks of economic warfare, may force one party to accept an unjust or unrealistic settlement rather than wage war. The party which yields its just or realistic claim in the public interest is thus unfairly disadvantaged. Such settlements are bound to sow resentment which will yield a rich crop of future antagonisms. In this particular context, compulsory arbitration may actually strengthen collective bargaining.

57

With similar reluctance, a majority of the Commissioners (the labour designate dissenting) recommended compulsory arbitration "when patient care is adversely affected" (p. 50) or either party had been convicted of bad faith bargaining. The reluctance was made explicit in their report (at pp. 43-44):

The members of this Commission have had experience sitting as arbitrators in negotiations disputes where their decisions were binding upon the parties . . . We think it [is] undisputable . . . from our experience that the parties themselves are in a much better position to arrive at a proper and reasonable decision in these contract disputes than a board of arbitration no matter how much evidence the board hears or how carefully it considers the problems with which it is confronted.

58

Concluding, however, that hospitals were in a "special category" like police and firefighters, a majority of the Commissioners recommended the creation of a tripartite board, with representatives

et d'établissement des conditions des conventions collectives touchant les hôpitaux et leurs employés » (p. 5 de son rapport).

La Commission, composée de représentants syndicaux et patronaux et présidée par un juge de comté expérimenté en relations du travail, a entendu des arguments reflétant un large éventail d'opinions répandues dans le milieu des relations du travail, y compris l'appui peu enthousiaste donné à l'arbitrage obligatoire par les professeurs H. W. Arthurs et J. H. G. Crispo, qui ont écrit (à la p. 16 du rapport) :

[TRADUCTION] À l'heure actuelle, à moins que les parties ne conviennent de soumettre leurs différends à l'arbitrage, la grève ou le lock-out constituent la seule possibilité qui s'offre à défaut d'un règlement. L'opinion hostile de la collectivité, conjuguée aux risques normaux d'une lutte économique, peut toutefois forcer une partie à accepter un règlement injuste ou irréaliste au lieu de déclencher une bataille salariale. La partie qui, dans l'intérêt public, abandonne une demande juste et réaliste se trouve donc injustement désavantagée. Ces règlements sèment inévitablement un ressentiment propice au déclenchement de nombreux autres affrontements. Dans ce contexte particulier, l'arbitrage obligatoire peut, en fait, renforcer la négociation collective.

Les commissaires majoritaires (le membre désigné par la partie syndicale étant dissident) ont manifesté la même réticence en recommandant l'arbitrage obligatoire [TRADUCTION] « lorsque les soins apportés aux malades s'en ressentent » (p. 50) ou que l'une ou l'autre partie a été reconnue coupable d'avoir négocié de mauvaise foi. Cette réticence est explicite dans leur rapport (aux p. 43 et 44) :

[TRADUCTION] Les membres de la Commission ont déjà arbitré des différends en matière de négociation où leur décision liaient les parties [. . .] D'après notre expérience, nous croyons qu'il est [. . .] incontestable que les parties elles-mêmes sont beaucoup mieux en mesure qu'un conseil d'arbitrage de régler de manière convenable et raisonnable ces différends en matière de convention collective, et ce, peu importe le nombre de témoignages que le conseil entend ou le soin avec lequel il examine les problèmes qui se posent.

Concluant toutefois que les hôpitaux, comme la police et les pompiers, tombent dans une [TRADUCTION] « catégorie spéciale », les commissaires majoritaires ont recommandé la création d'un

of labour and management, as well as an independent chair, based on the *explicit* assumption that “the nominees of labour and management, presumably knowledgeable in hospital affairs, would be a safeguard against unreasonable awards. Only chairmen experienced in hospital affairs would be appointed” (Report, at p. 51 (emphasis added)).

The Commissioners’ emphasis on industry expertise was echoed in their recommendation to strengthen conciliation services with experienced people (at p. 55):

The conciliation officer and the chairman of the conciliation board should be carefully selected from those qualified and experienced in hospital affairs. This policy, we believe, has been followed by the Department of Labour. [Emphasis added.]

The dissenting member of the Commission stated, somewhat prophetically (at p. 58):

... there is considerable evidence that compulsory arbitration simply cannot be made to work if the parties are not willing that it should.

The government of the day concluded that *any* strike at a hospital (defined to include nursing homes) must inevitably affect patient care (the “paramount” consideration) and proposed that the *HLDA* extend compulsory arbitration to prohibit *all* hospital strikes or lockouts, i.e., well beyond the more limited role foreseen in the Commissioners’ recommendations.

In the debate on the bill, the Minister of Labour told the legislature that “[s]ound labour relations are the product of mutual agreement” (*Legislature of Ontario Debates*, No. 35, 3rd Sess., 27th Leg., March 3, 1965, at p. 935). He brushed aside opposition concerns about the possibility a Minister could “pack” an arbitration board, given the

conseil tripartite comprenant un représentant pour chacune des parties syndicale et patronale ainsi qu’un président indépendant, en tenant *explicitement* pour acquis que [TRADUCTION] « les personnes désignées par les parties syndicale et patronale, qui ont vraisemblablement une bonne connaissance du secteur hospitalier, constitueraient un rempart contre les sentences arbitrales déraisonnables. Seules seraient désignées à la présidence des personnes ayant de l’expérience en matière hospitalière » (rapport, p. 51 (je souligne)).

L’insistance des commissaires sur l’expertise en matière hospitalière se retrouve dans leur recommandation de renforcer les services de conciliation en recourant à des personnes expérimentées (à la p. 55) :

[TRADUCTION] Le conciliateur et le président de la commission de conciliation doivent être soigneusement choisis parmi les personnes compétentes qui ont de l’expérience en matière hospitalière. Cette politique a été, croyons-nous, suivie par le ministère du Travail. [Je souligne.]

Le membre dissident de la Commission a affirmé, d’une manière quelque peu prophétique, ce qui suit (à la p. 58) :

[TRADUCTION] ... une preuve abondante indique que l’arbitrage obligatoire ne peut tout simplement pas fonctionner contre le gré des parties.

Le gouvernement de l’époque a conclu que *toute* grève dans un hôpital (dont la définition inclut les maisons de soins infirmiers) compromet forcément les soins apportés aux malades (l’élément « primordial » devant être pris en considération) et a proposé que la *LACTH* étende l’arbitrage obligatoire de manière à interdire *toute* grève ou *tout* lock-out dans les hôpitaux, c’est-à-dire bien au-delà du rôle plus limité que lui réservaient les commissaires dans leur recommandation.

Au cours du débat sur le projet de loi, le ministre du Travail a déclaré à l’Assemblée législative que [TRADUCTION] « [l’]établissement de saines relations du travail repose sur commun accord » (*Legislature of Ontario Debates*, n° 35, 3<sup>e</sup> sess., 27<sup>e</sup> lég., 3 mars 1965, p. 935). Il a écarté du revers de la main les craintes de l’opposition qu’un ministre

59

60

61

62

government was a "vitaly interested party financially in labour disputes in hospitals" (*Legislature of Ontario Debates*, No. 53, 3rd Sess., 27th Leg., March 22, 1965, at p. 1497), emphasizing the government's intention was to protect patients, not employers, and thereby to supplement, not hinder, free collective bargaining. The *HLDA* became law on April 14, 1965.

### C. *The 1972 Amendment*

63 Despite the prohibition on strikes and lockouts, problems persisted in the hospital sector. There were threats of strikes and several short walk-outs. A report prepared for the Minister of Labour in 1970 noted that "[t]hese are part of a continuing protest by union members generated by concern over their ability to achieve their bargaining goals while operating under the Act. All unions in the hospital industry are either demanding changes in or abolition of [the *HLDA*]" : K. McLeod, "The Impact of the Ontario Hospital Labour Disputes Arbitration Act, 1965: A Statistical Analysis", Ontario Department of Labour, Research Branch, November 1970, at p. 1.

64 Delays in making collective agreements were endemic. The Minister proposed a series of amendments to make compulsory arbitration speedier and more effective. Amongst other things, he assured the Legislature that *HLDA* arbitrators would have relevant expertise as well as impartiality, stating "the bill provides for the [arbitration] commission to maintain a list of qualified arbitrators willing to act in hospital cases. This bill will improve the quality of decision-making in these cases by providing a roster of knowledgeable arbitrators experienced in the hospital sector" (*Legislature of Ontario Debates*, No. 134, 2nd Sess., 29th Leg., December 14, 1972, at p. 5760 (emphasis added)). Although s. 6(5) as originally enacted in 1972 included reference to a "register of arbitrators", the reference was deleted from the *HLDA* in 1980.

puisse « noyauter » un conseil d'arbitrage étant donné que le gouvernement était [TRADUCTION] « une partie ayant un intérêt financier très important dans les conflits de travail en milieu hospitalier » (*Legislature of Ontario Debates*, n° 53, 3<sup>e</sup> sess., 27<sup>e</sup> lég., 22 mars 1965, p. 1497), soulignant que l'intention du gouvernement était de protéger les malades et non les employeurs, et ainsi, de compléter et non d'entraver la libre négociation collective. La *LACTH* a été adoptée le 14 avril 1965.

### C. *La modification de 1972*

Malgré l'interdiction des grèves et des lock-out, les problèmes ont persisté dans le secteur hospitalier. Il y eut des menaces de grève et plusieurs débrayages de courte durée. Un rapport préparé, en 1970, pour le ministre du Travail indique que [TRADUCTION] « [c]es tactiques s'inscrivent dans un mouvement continu de protestation des syndiqués, qui découle de leur crainte d'être incapables d'atteindre leurs objectifs de négociation en respectant la Loi. Tous les syndicats du secteur hospitalier demandent de modifier ou d'abolir la [*LACTH*] » (K. McLeod, « The Impact of the Ontario Hospital Labour Disputes Arbitration Act, 1965 : A Statistical Analysis », ministère du Travail de l'Ontario, Direction de la recherche, novembre 1970, p. 1).

Les retards dans la conclusion des conventions collectives étaient endémiques. Le ministre a proposé une série de modifications destinées à accélérer l'arbitrage obligatoire et à en accroître l'efficacité. Il a notamment assuré à l'Assemblée législative que les arbitres désignés en vertu de la *LACTH* seraient impartiaux et auraient l'expertise voulue, déclarant que [TRADUCTION] « le projet de loi prévoit que le conseil [d'arbitrage] dressera une liste d'arbitres compétents disposés à agir dans les affaires mettant en cause des hôpitaux. Ce projet de loi améliorera la qualité du processus décisionnel dans ces cas en prévoyant l'établissement d'une liste d'arbitres compétents qui ont de l'expérience dans le secteur hospitalier » (*Legislature of Ontario Debates*, n° 134, 2<sup>e</sup> sess., 29<sup>e</sup> lég., 14 décembre 1972, p. 5760 (je souligne)). Bien que, dans sa version originale de 1972, le par. 6(5) ait mentionné notamment un « *register of arbitrators* » (registre des arbitres), cette mention a été retirée de la *LACTH* en 1980.

D. 1979 — *The Roster of Arbitrators*

In 1979, the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, c. 232, was amended to facilitate the approval of qualified arbitrators under what is now s. 49 of the *Labour Relations Act, 1995* which largely concerns itself with grievance arbitrations, and provides in subs. (10) as follows:

(10) The Minister may establish a list of approved arbitrators and, for the purpose of advising him or her with respect to persons qualified to act as arbitrators and matters relating to arbitration, the Minister may constitute a labour-management advisory committee composed of a chair to be designated by the Minister and six members, three of whom shall represent employers and three of whom shall represent trade unions, and their remuneration and expenses shall be as the Lieutenant Governor in Council determines. [Emphasis added.]

The Labour Management Advisory Committee ("LMAC") was duly formed. The Court of Appeal found that, since its inception, LMAC "has ensured that all persons on the list have expertise in the area of labour adjudication and are acceptable to both management and union. In addition to evaluating everyone seeking to be added to the list of arbitrators, LMAC plans and monitors an Arbitrator Development Program. Many persons are required to successfully complete this program before becoming eligible to be placed on the list. LMAC also conducts ongoing reviews of all the arbitrators on the list to ensure their continued acceptability. Its recommendations regarding additions to and removals from the list are invariably accepted by the Minister" (para. 12).

A contentious factual issue is the extent to which successive Ministers of Labour limited their appointments under s. 6(5) of the *HLDA* to the s. 49(10) roster. There is nothing in the legislative history to suggest that the s. 49(10) list under the *Labour Relations Act* was intended by the legislature to substitute for the "register of arbitrators" dropped from the *HLDA* in 1980. However, the unions contend that the third member of "interest" arbitration boards under the *HLDA* ordinarily came from this list, even though the main focus of the roster was

D. 1979 — *La liste d'arbitres*

En 1979, la *Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, ch. 232, a été modifiée de manière à faciliter l'agrément d'arbitres compétents au sens de la disposition devenue l'art. 49 de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, qui traite surtout de l'arbitrage de griefs et prévoit ce qui suit, au par. (10) :

(10) Le ministre peut dresser une liste d'arbitres agréés. Dans le but de le conseiller sur les personnes ayant les qualités requises pour remplir les fonctions d'arbitre et sur les questions relatives à l'arbitrage, il peut constituer un comité consultatif syndical-patronal, composé d'un président désigné par le ministre et de six membres dont trois représentent des employeurs et trois représentent des syndicats. Le lieutenant-gouverneur en conseil fixe la rémunération et les indemnités des membres du comité. [Je souligne.]

Le comité consultatif syndical-patronal (« CCSP ») a été dûment constitué. La Cour d'appel a conclu que, depuis sa création, le CCSP [TRADUCTION] « a veillé à ce que toutes les personnes inscrites sur la liste aient une expertise en matière d'arbitrage de conflits de travail et soient acceptables à la fois par le patronat et les syndicats. En plus d'évaluer chaque personne qui demande à être ajoutée à la liste d'arbitres, le CCSP planifie et supervise un programme de formation des arbitres, que de nombreux candidats doivent suivre et réussir pour pouvoir être inscrits sur la liste. Le CCSP procède également à l'évaluation continue de tous les arbitres inscrits sur la liste afin de s'assurer qu'ils sont toujours acceptables. Ses recommandations concernant des ajouts à la liste ou des retraits de celle-ci sont toujours entérinées par le ministre » (par. 12).

Sur le plan des faits, on ne s'entend pas sur la mesure dans laquelle les ministres du Travail qui se sont succédé ont limité leurs désignations fondées sur le par. 6(5) *LACTH* aux personnes inscrites sur la liste dressée en vertu du par. 49(10). Rien dans l'historique législatif n'indique que le législateur a voulu substituer la liste prévue au par. 49(10) de la *Loi sur les relations de travail* au « registre des arbitres » retiré de la *LACTH* en 1980. Les syndicats soutiennent cependant que le troisième membre des conseils d'arbitrage de « différends »

65

66

67

grievance (not interest) arbitrations. The Minister asserts that the roster was only one of many sources from which "interest" arbitrators were appointed. When the text of s. 6(5) was modified in the 1980 consolidation of Ontario statutes, there was no incorporation by reference to s. 49(10). The Court of Appeal, after reviewing the extensive evidentiary record, concluded that: "First, the main purpose of the machinery set up in 1979 was to produce persons qualified to do rights or grievance arbitrations who would be acceptable to both sides. Second, some of the persons so qualified are also skilled in interest arbitration. [Third,] for some years the vast majority of interest arbitrators has been appointed by the Minister or his or her delegate from amongst this second group. [Fourth], those appointed to chair interest arbitrations who were not from the group or roster were persons who were skilled and experienced in interest arbitration and were quite acceptable to the unions involved. They included such persons as Paul Weiler, Ray Illing, former Justice George Adams and [former] Chief Justice Alan Gold" (para. 16).

constitués en vertu de la *LACTH* était habituellement choisi à partir de cette liste, même si celle-ci était destinée principalement aux arbitrages de griefs (et non de différends). Le ministre affirme que la liste n'était qu'un des nombreux moyens utilisés pour désigner les arbitres de « différends ». Lorsque le libellé du par. 6(5) a été modifié dans le cadre de la refonte des lois de l'Ontario en 1980, il n'y a pas eu d'incorporation par renvoi au par. 49(10). Après avoir examiné la preuve abondante versée au dossier, la Cour d'appel a tiré les conclusions suivantes : [TRADUCTION] « Premièrement, le but principal du mécanisme établi en 1979 était de former des personnes compétentes — et acceptables par les deux parties — pour procéder aux arbitrages de droits ou de griefs. Deuxièmement, parmi ces personnes compétentes, il s'en trouve qui sont également qualifiées pour procéder à l'arbitrage de différends. [Troisièmement,] depuis un certain nombre d'années, la grande majorité des arbitres de différends désignés par le ministre ou son délégué provient de ce second groupe de personnes. [Quatrièmement], les personnes désignées pour présider des arbitrages de différends, qui n'appartenaient pas à ce groupe ou qui n'étaient pas inscrites sur la liste, étaient qualifiées et expérimentées en la matière et étaient tout à fait acceptables par les syndicats en cause. Parmi ces personnes, on compte notamment Paul Weiler, Ray Illing, l'ancien juge George Adams et [l'ancien] juge en chef Alan Gold » (par. 16).

68 The evidence showed that in the normal course of government operations, senior officials, acting under delegated authority from the Ministers, would generally identify an appropriate arbitrator. This had the effect of distancing the Minister somewhat from the actual selection process.

La preuve a démontré que, dans le cours normal des activités gouvernementales, les hauts fonctionnaires, qui exercent les pouvoirs qui leur sont délégués par les ministres, désignent généralement un arbitre compétent. Cela permet d'établir une certaine distance entre le ministre et le processus de sélection proprement dit.

#### E. *The 1997 Legislation*

#### E. *La loi de 1997*

69 Following the election of a new Progressive Conservative government in Ontario in 1995, a massive reorganization of municipalities, school boards, police stations, fire halls and other public sector institutions was undertaken. About 450,000 public sector employees were affected. As then Minister of

L'élection, en 1995, d'un nouveau gouvernement progressiste-conservateur en Ontario, a marqué le début d'une réorganisation majeure des municipalités, des conseils scolaires, des postes de police, des casernes de pompiers et d'autres institutions du secteur public. Environ 450 000 employés du secteur

Labour, Elizabeth Witmer, explained on second reading of Bill 136 on August 25, 1997:

More than 3,300 collective agreements could be part of the transition as municipalities, school boards and health care facilities merge, amalgamate or reorganize. School boards alone will decrease from 129 to just 72 at the beginning of the year. By January 1, Ontario will have reduced its number of municipalities from 815 to about 650, and in Toronto alone the Health Services Restructuring Commission has recommended that the 39 hospitals currently operating in 46 separate facilities be reduced to 24 organizations operating 31 inpatient sites and four outpatient sites.

As you can appreciate, special processes are needed to ensure that these employees, whether they are unionized or not, are treated as fairly as possible as the changes unfold.

(Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates*, No. 218, August 25, 1997, at p. 11462)

As part of Bill 136, the government proposed the *Public Sector Dispute Resolution Act, 1997* to cover the fire, police and hospital/nursing home sectors. The centrepiece was to be a Dispute Resolution Commission, which the Minister was reported as saying would require members "with expertise in labor relations" (*The Record*, Kitchener-Waterloo, June 5, 1997, at p. B5) including academics and possibly judges. Quite apart from managing the effects of massive restructuring, the Commission was expected to address the problem of delay. The Minister claimed that

[o]n average, arbitrated police agreements are concluded approximately 13 months after the expiry of the previous agreement. In the fire sector the figure is even longer, 20 months, and in the hospital sector agreements are finalized nearly two years after the expiry of a contract. This stands in stark contrast to the private sector where, as I indicated, it is all concluded within four months on average. This means that in some cases

public étaient touchés. Comme l'expliquait le ministre du Travail de l'époque, Elizabeth Witmer, lors de la deuxième lecture du projet de loi 136, le 25 août 1997 :

[TRADUCTION] Plus de 3 300 conventions collectives pourraient être touchées au cours du processus de regroupement, de fusion ou de réorganisation des municipalités, des conseils scolaires et des établissements de santé. Au début de l'année, à eux seuls les conseils scolaires verraient leur nombre passer de 129 à 72 seulement. Dès le 1<sup>er</sup> janvier, l'Ontario aura fait passer de 815 à environ 650 le nombre de ses municipalités, et pour la seule ville de Toronto, la Commission de restructuration des services de santé a recommandé que les 39 hôpitaux qui, à l'heure actuelle, sont exploités dans 46 établissements distincts soient ramenés à 24 organisations exploitant 31 centres pour malades hospitalisés et 4 cliniques de consultation externes.

Comme vous pouvez le constater, des mécanismes spéciaux seront nécessaires pour assurer que ces employés, syndiqués ou non, seront traités aussi équitablement que possible au cours de ces changements.

(Assemblée législative de l'Ontario, *Journal des débats*, n° 218, 25 août 1997, p. 11462)

Dans le cadre du projet de loi 136, le gouvernement a proposé la *Loi de 1997 sur le règlement des différends dans le secteur public* destinée à régir les secteurs des incendies et de la police, ainsi que celui des hôpitaux et des maisons de soins infirmiers. L'élément essentiel de cette loi serait la création d'une commission de règlement des différends qui, d'après ce qu'aurait déclaré le ministre, devrait être composée de membres [TRADUCTION] « ayant une expertise en matière de relations du travail » (*The Record*, Kitchener-Waterloo, 5 juin 1997, p. B5), y compris des professeurs d'université et éventuellement des juges. En plus de gérer les effets d'une restructuration majeure, la commission était censée aborder le problème des délais. La ministre a fait valoir que

[TRADUCTION] [e]n moyenne, la conclusion par voie d'arbitrage des conventions des policiers a lieu environ 13 mois après l'expiration de la convention précédente. En ce qui concerne les pompiers, le délai est même plus long, à savoir 20 mois, et dans le secteur hospitalier, les conventions sont conclues près de deux ans après l'expiration de la convention collective précédente. Cette situation contraste nettement avec celle du secteur privé où,

the employers and unions are learning the final result of an arbitration after the term of the arbitrated contract is over.

(Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates*, No. 218, August 25, 1997, at p. 11464)

71

Organized labour strongly opposed many aspects of Bill 136 and the respondents in particular dismissed the proposed Dispute Resolution Commission as a move to replace experienced and mutually acceptable interest arbitrators with government-appointed commissioners who lacked independence and impartiality. Union leaders were quoted in the press as saying that a "government-appointed dispute resolution commission would be management-oriented and likely to gut existing contracts" (Canadian Press, September 18, 1997). Massive strike action was threatened. Following negotiations between the government and the unions, the government dropped its proposed Dispute Resolution Commission. On September 23, 1997, during the hearings before the Standing Committee on Resources Development, the Minister announced "a return to the sector-based system of appointing arbitrators" (Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates*, No. R-69, Standing Committee on Resources Development, September 23, 1997, at p. R-2577). The unions took such assurances to mean that the government was going to return to what they claimed to be the *status quo ante*. Thus, in a letter dated January 7, 1998, the President of the Canadian Union of Public Employees ("CUPE") wrote to the Minister to "confirm" that the unions were to be consulted about the appointments and to request assurances that the government would only choose arbitrators from the s. 49(10) roster. He received no response.

72

On February 2, 1998, the Minister of Labour, now James Flaherty, wrote to the Ontario

comme je l'ai indiqué, tout se règle en moyenne en l'espace de quatre mois. Cela signifie que, dans certains cas, les employeurs et les syndicats prennent connaissance du résultat final d'un arbitrage après l'expiration de la convention collective conclue par voie d'arbitrage.

(Assemblée législative de l'Ontario, *Journal des débats*, n° 218, 25 août 1997, p. 11464)

Le mouvement syndical s'est fortement opposé à maints éléments du projet de loi 136 et les intimés ont notamment rejeté le projet de création d'une commission de règlement des différends qu'ils percevaient comme une mesure destinée à remplacer des arbitres de différends expérimentés et acceptables par les parties par des commissaires désignés par le gouvernement et dépourvus d'indépendance et d'impartialité. La presse a rapporté les propos de chefs syndicaux selon lesquels [TRADUCTION] « une commission de règlement des différends dont les membres seraient désignés par le gouvernement privilégierait la partie patronale et serait portée à annuler les conventions collectives existantes » (Presse canadienne, 18 septembre 1997). Une menace de grève généralisée planait. À la suite de négociations avec les syndicats, le gouvernement abandonne son projet de création d'une commission de règlement des différends. Le 23 septembre 1997, pendant les audiences du Comité permanent du développement des ressources, le ministre a annoncé [TRADUCTION] « un retour au système sectoriel de désignation des arbitres » (Assemblée législative de l'Ontario, *Journal des débats*, n° R-69, Comité permanent du développement des ressources, 23 septembre 1997, p. R-2577). Pour les syndicats, cette promesse signifiait que le gouvernement reviendrait à ce qu'ils considéraient comme le statu quo. C'est ainsi que, dans une lettre datée du 7 janvier 1998, le président du Syndicat canadien de la fonction publique (« SCFP ») a « confirmé » au ministre que les syndicats devraient être consultés au sujet des désignations et a sollicité une promesse que le gouvernement ne choisirait les arbitres qu'à partir de la liste dressée en vertu du par. 49(10). Sa lettre est restée sans réponse.

Le 2 février 1998, le ministre du Travail de l'époque, James Flaherty, écrivait à l'Ontario

Labour-Management Arbitrators' Association to outline the purpose of the changes to Bill 136:

The Act reforms compulsory interest arbitration processes to stress negotiated solutions instead of arbitrated contracts, provide for expedited time lines and alternate dispute resolution mechanisms, and require arbitrators to consider criteria such as the employer's ability to pay, the economic situation in the municipality and province, and the extent to which services may have to be reduced if current funding and taxation levels remain unchanged.

Although the Minister speaks here of "reforms", the legislature did not, in the end, amend the provisions of the *HLDA* at issue in this case.

#### F. *The Contested Appointments*

Early in 1998, the Minister decided to make his s. 6(5) appointments from amongst retired judges, a possibility earlier signalled to the parties by his predecessor, Elizabeth Witmer, in her June 5, 1997 press interview about the proposed Dispute Resolution Commission. One of the Minister's senior officials testified that he was instructed "to identify retired members of the judiciary who might be available to serve in the capacity of interest arbitrators".

On February 20, 1998, Labour Minister Flaherty appointed four retired judges — the Honourable Mr. Charles Dubin, the Honourable Mr. Lloyd Houlden, the Honourable Mr. Robert Reid and the Honourable Mr. McLeod Craig — to chair boards of interest arbitration to resolve a number of outstanding labour disputes at Ontario hospitals. The judges were not on the s. 49(10) roster, nor were the unions consulted about the appointments. A background statement was issued by the Ministry of Labour on the same day entitled "Interest Arbitration in the Hospital Sector", which noted:

Labour-Management Arbitrators' Association pour lui exposer le but des amendements apportés au projet de loi 136 :

[TRADUCTION] La Loi réforme le processus d'arbitrage obligatoire des différends de manière à privilégier les solutions négociées plutôt que les conventions collectives conclues par voie d'arbitrage, à raccourcir les délais et à établir d'autres mécanismes de règlement des différends, en plus d'obliger les arbitres à tenir compte de critères tels que la capacité de payer de l'employeur, la situation économique de la municipalité et de la province ainsi que la mesure dans laquelle les services peuvent devoir être réduits si les niveaux actuels de financement et de taxation sont maintenus.

Même si le ministre parle ici de « réforme », l'Assemblée législative n'a pas, en fin de compte, modifié les dispositions de la *LACTH* qui sont en cause en l'espèce.

#### F. *Les désignations contestées*

Au début de 1998, le ministre a décidé de faire ses désignations fondées sur le par. 6(5) parmi des juges retraités, une possibilité que celle qui l'avait précédé, Elizabeth Witmer, avait déjà laissé entrevoir aux parties lors d'une entrevue accordée à la presse, le 5 juin 1997, au sujet du projet de création d'une commission de règlement des différends. Un des hauts fonctionnaires du ministre a témoigné qu'on lui avait demandé [TRADUCTION] « de trouver des membres retraités de la magistrature qui pourraient être disposés à agir en qualité d'arbitres de différends ».

Le 20 février 1998, le ministre du Travail Flaherty a désigné à la présidence de conseils d'arbitrage de différends quatre juges retraités — les honorables Charles Dubin, Lloyd Houlden, Robert Reid et McLeod Craig — qui seraient chargés de résoudre un certain nombre de conflits de travail touchant des hôpitaux ontariens. Ces juges n'étaient pas inscrits sur la liste dressée en vertu du par. 49(10) et les syndicats n'avaient pas été consultés au sujet de ces désignations. Un énoncé de données de base, publié le même jour par le ministère du Travail et intitulé « Arbitrage de différends dans le secteur hospitalier », précisait ce qui suit :

73

74

75

During this period of significant restructuring in the broader public sector . . . it is essential that parties to an arbitration have complete confidence in the objectivity and neutrality of arbitrators appointed by the Minister.

On March 10, 1998, the President of the Ontario Federation of Labour ("OFL") wrote to the Minister alleging that the appointments breached the "understanding" about a return to the *status quo* "without even the pretence of consultation". Professor Joseph Weiler testified about the negative union reaction to the appointments of retired judges "as a class or group":

This reaction is not due to the merits of any individual former judge but rather to retired judges as a class or group, given the view and experience of unions concerning the role of the judiciary in labour relations. These retired judges do not have tenure as arbitrators and therefore do not have the kind of independence from government that they previously enjoyed when they served on the bench. They also have no expertise in industrial relations. Certainly they lack the deep and wide experience possessed by arbitrators familiar with the industrial relations community of Ontario.

76

The four judges initially appointed declined to act. The Honourable Charles Dubin, for example, who had for many years acted as counsel to the Ontario Labour Relations Board, wrote to the parties to explain that, while he could not act because his firm had a conflict in the particular case, it was nevertheless his practice not to act as arbitrator unless he could assure himself that "[his] appointment was satisfactory to all parties". However, a number of other retired judges felt it appropriate to accept the appointments.

77

The unions further complained of a breach of procedural fairness. The Minister, they say, should not have abandoned a practice of delegating the task of the appointments to senior officials without, at least, full consultation.

Au cours de cette importante période de restructuration dans le secteur parapublic [ . . . ] il est primordial que les parties à l'arbitrage soient entièrement assurées que les arbitres désignés par le ministre agiront de façon objective et impartiale.

Le 10 mars 1998, le président de la Fédération du travail de l'Ontario (« FTO ») a écrit au ministre que ces désignations violaient [TRADUCTION] « [l']entente » concernant un retour au statu quo « sans qu'on ait même feint de procéder à des consultations ». Le professeur Joseph Weiler a témoigné au sujet de la réaction syndicale négative aux désignations de juges retraités « en tant que catégorie ou groupe » :

[TRADUCTION] Cette réaction est attribuable non pas aux qualités d'un ancien juge en particulier, mais plutôt au fait qu'il s'agit de désignations de juges retraités en tant que catégorie ou groupe, compte tenu de l'opinion et de l'expérience des syndicats concernant le rôle du pouvoir judiciaire dans le domaine des relations du travail. En leur qualité d'arbitres, ces juges retraités ne sont pas inamovibles et ne sont donc pas aussi indépendants du gouvernement qu'ils étaient lorsqu'ils siégeaient comme juges. Ils n'ont également aucune expertise en matière de relations du travail. Ils n'ont sûrement pas la longue et vaste expérience que possèdent les arbitres qui connaissent bien le milieu des relations du travail en Ontario.

Les quatre juges désignés initialement ont refusé d'agir en qualité d'arbitres. Par exemple, l'honorable Charles Dubin qui, pendant de nombreuses années, avait agi comme avocat-conseil auprès de la Commission des relations de travail de l'Ontario a écrit aux parties pour leur expliquer que, même s'il ne pouvait pas agir parce que son cabinet était en conflit dans l'affaire en cause, il avait néanmoins coutume de ne pas agir en qualité d'arbitre à moins de pouvoir s'assurer que [TRADUCTION] « [s]a désignation convenait à toutes les parties ». Un certain nombre d'autres juges retraités ont cependant jugé bon d'accepter les désignations.

Les syndicats se sont en outre plaints d'un manquement à l'équité procédurale. Selon eux, le ministre n'aurait pas dû abandonner la pratique consistant à déléguer à des hauts fonctionnaires la tâche de faire des désignations, sans avoir au moins procédé à des consultations complètes.

Although the Minister took the view that his new practice of appointing retired judges to chair *HLDA* arbitral boards was entirely neutral, it was apparently welcomed by hospital employers. The Court of Appeal found that "in every arbitration involving CUPE in which a chair had been appointed, the employer requested a new appointment. In all cases, the new appointment was a retired judge. Further, since the Minister began appointing retired judges, employers have advised CUPE that they are not prepared to accept anyone on the roster and have refused to propose names of potential chairs. Consequently, there have been no consensual appointments of chairs in CUPE cases since at least February 1998" (para. 33). This finding laid the basis for the Court of Appeal's conclusion, as mentioned, that the appointment of retired judges "must reasonably be seen as an attempt to seize control of the [collective] bargaining process" (para. 101).

#### G. *The Proceedings*

If the unions had sought judicial review of the specific appointments, it would have enabled the courts to deal with the legal issues raised by their challenge (including the independence and impartiality of particular appointees) on a case-by-case basis. Instead, the unions sought general relief by way of the series of general declarations already mentioned. The Minister was agreeable to this somewhat difficult procedure because, as his counsel explained, he did not want to be regarded as throwing technical roadblocks in the path of judicial review of his decisions. He did not, at least in this Court, seek to have the proceedings stopped on the basis of the privative clause in s. 7 of the *HLDA*, perhaps because the challenge related broadly to the appointments process rather than to the composition of particular boards. As counsel for the unions put it in the oral hearing in this Court:

78

Bien que le ministre ait jugé tout à fait neutre sa nouvelle pratique consistant à désigner des juges retraités à la présidence des conseils d'arbitrage formés en vertu de la *LACTH*, cette pratique a apparemment été bien accueillie par les hôpitaux employeurs. La Cour d'appel a conclu que [TRADUCTION] « dans tout arbitrage mettant en cause le SCFP, où un président avait été désigné, l'employeur avait sollicité une nouvelle désignation. Dans tous les cas, la nouvelle désignation était celle d'un juge retraité. En outre, depuis que le ministre a commencé à désigner des juges retraités, les employeurs ont informé le SCFP qu'ils ne sont pas disposés à accepter quiconque est inscrit sur la liste et ont refusé de proposer des noms de candidats potentiels à la présidence. En conséquence, depuis au moins février 1998, il n'y a eu aucune désignation consensuelle de présidents dans les affaires mettant en cause le SCFP » (par. 33). La Cour d'appel s'est fondée sur cette conclusion pour statuer, comme nous l'avons vu, que la désignation de juges retraités [TRADUCTION] « doit raisonnablement être perçue comme une tentative de contrôler le processus de négociation [collective] » (par. 101).

#### G. *Les procédures*

79

Si les syndicats avaient demandé le contrôle judiciaire des désignations en cause, les tribunaux judiciaires auraient pu aborder, au cas par cas, les questions de droit soulevées par leur contestation (dont celles de l'indépendance et de l'impartialité de certaines personnes désignées). Les syndicats ont plutôt sollicité une réparation globale au moyen de la série de déclarations générales mentionnées précédemment. Le ministre était favorable à cette procédure quelque peu complexe parce que, comme l'a expliqué son avocat, il ne souhaitait pas être perçu comme érigeant des obstacles procéduraux destinés à empêcher le contrôle judiciaire de ses décisions. Il n'a pas, du moins devant notre Cour, invoqué la clause privative de l'art. 7 *LACTH* pour demander l'arrêt des procédures, peut-être parce que la contestation portait sur le processus de désignation en général plutôt que sur la composition de certains conseils. Comme l'a affirmé l'avocat des syndicats lors de l'audience devant la Cour :

... it's not that retired judges were appointed. It is that the process by which individuals, who had been identified as mutually acceptable and credible, were, in one fell swoop, removed from participation in the arbitration process, and replaced by an entirely different group of individuals for whom, as the record subsequently established, experience in interest arbitration, experience in labour relations and experience in hospital funding was not a factor, in terms of their appointment.

80 The way these proceedings were formulated creates certain difficulties in the matter of remedy, as discussed below.

#### H. *The Subsequent Legislation*

81 The parties to the appeal in this Court drew our attention to the *Back to School Act (Toronto and Windsor) 2001*, S.O. 2001, c. 1, apparently enacted in response to the decision of the Ontario Court of Appeal in this case, which provides in s. 11(4) and (5):

11. . . .

(4) In appointing a replacement arbitrator, the Minister may appoint a person who,

- (a) has no previous experience as an arbitrator;
- (b) has not previously been or is not recognized as a person mutually acceptable to both trade unions and employers;
- (c) is not a member of a class of persons which has been or is recognized as comprising individuals who are mutually acceptable to both trade unions and employers.

(5) In appointing a replacement arbitrator, the Minister may depart from any past practice concerning the appointment of arbitrators or chairs of arbitration boards, whether established before or after this Act comes into force, without notice to or consultation with any employer or trade unions.

82 The Minister says the subsequent legislation is irrelevant. The unions say only that this subsequent legislation manifests an explicit legislative intent to exclude the otherwise crucially relevant criteria of expertise and general acceptability. In their view, the new legislation shows the *HLDAA* as the Minister would like it to be, but is not. They say the new

[TRADUCTION] ... ce n'est pas le fait d'avoir désigné des juges retraités. C'est la méthode utilisée pour empêcher des personnes reconnues de part et d'autre comme étant acceptables et crédibles de participer au processus d'arbitrage et les remplacer d'un seul coup par un groupe totalement différent de personnes à l'égard desquelles, comme l'a démontré subséquemment le dossier, ni l'expérience en arbitrage de différends ni l'expérience en matière de relations du travail et de financement hospitalier ne comptaient pour qu'elles puissent être désignées.

Comme nous le verrons plus loin, la façon dont ces procédures ont été formulées pose certaines difficultés sur le plan de la réparation.

#### H. *La mesure législative subséquente*

Les parties au pourvoi devant notre Cour ont attiré notre attention sur la *Loi de 2001 sur le retour à l'école (Toronto et Windsor)*, L.O. 2001, ch. 1, apparemment adoptée à la suite de la décision rendue en l'espèce par la Cour d'appel de l'Ontario. Cette loi prévoit ceci, aux par. 11(4) et (5) :

11. . . .

(4) Lorsqu'il nomme un nouvel arbitre, le ministre peut nommer une personne :

- a) qui n'a pas d'expérience comme arbitre;
- b) qui n'a jamais été reconnue comme une personne acceptable à la fois par les syndicats et les employeurs ou qui n'est pas reconnue comme telle;
- c) qui n'appartient pas à une catégorie de personnes qui a été ou qui est reconnue comme étant composée de particuliers qui sont acceptables à la fois par les syndicats et les employeurs.

(5) Lorsqu'il nomme un nouvel arbitre, le ministre peut s'écarter de tout précédent concernant la nomination d'arbitres ou de présidents de conseil d'arbitrage, que ce précédent ait été établi avant ou après l'entrée en vigueur de la présente loi, sans préavis et sans consultation de tout employeur ou syndicat.

Le ministre affirme que la mesure législative subséquente n'est pas pertinente. Les syndicats prétendent simplement que cette mesure législative traduit l'intention explicite du législateur d'exclure les critères d'expertise et d'acceptabilité générale qui ont par ailleurs une pertinence cruciale. À leur avis, la nouvelle mesure législative présente la *LACTH*

Act is a clear and unmistakable departure from the *HLDA* statutory scheme at issue in this appeal.

## II. Relevant Statutory Provisions

*Hospital Labour Disputes Arbitration Act*, R.S.O. 1990, c. H.14

6...

(5) Where the two members appointed by or on behalf of the parties fail within ten days after the appointment of the second of them to agree upon the third member, notice of such failure shall be given forthwith to the Minister by the parties, the two members or either of them and the Minister shall appoint as a third member a person who is, in the opinion of the Minister, qualified to act.

7. Where a person has been appointed as a single arbitrator or the three members have been appointed to a board of arbitration, it shall be presumed conclusively that the board has been established in accordance with this Act and no application shall be made, taken or heard for judicial review or to question the establishment of the board or the appointment of the member or members, or to review, prohibit or restrain any of its proceedings.

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

49...

(10) The Minister may establish a list of approved arbitrators and, for the purpose of advising him or her with respect to persons qualified to act as arbitrators and matters relating to arbitration, the Minister may constitute a labour-management advisory committee composed of a chair to be designated by the Minister and six members, three of whom shall represent employers and three of whom shall represent trade unions, and their remuneration and expenses shall be as the Lieutenant Governor in Council determines.

## III. Judgments

A. *Ontario Divisional Court* (1999), 117 O.A.C. 340

Southey J. noted that the respondents' claims were based on the Minister's abandonment of the roster, the Minister's personal appointments of chairs of

comme le ministre voudrait qu'elle soit, mais elle n'est pas ainsi. Ils affirment que la nouvelle loi marque une rupture claire et manifeste avec le régime de la *LACTH* qui est en cause dans le présent pourvoi.

## II. Les dispositions législatives pertinentes

*Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux*, L.R.O. 1990, ch. H.14

6...

(5) Si les deux membres du conseil désignés par les parties ou en leur nom, dans les dix jours de la désignation du deuxième d'entre eux, ne s'entendent pas sur la désignation d'un troisième, les parties, les deux membres du conseil ou l'un d'eux en avisent sans délai le ministre. Le ministre désigne comme troisième membre une personne qui, à son avis, est compétente pour agir en cette qualité.

7 Si une personne a été désignée arbitre unique ou que les trois membres ont été désignés à un conseil d'arbitrage, la création du conseil est présumée, de façon irréfragable, s'être effectuée conformément à la présente loi. Est irrecevable une requête en révision judiciaire ou une requête en contestation de la création du conseil ou de la désignation de son ou ses membres, ou une requête visant à faire réviser, interdire ou restreindre ses travaux.

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

49...

(10) Le ministre peut dresser une liste d'arbitres agréés. Dans le but de le conseiller sur les personnes ayant les qualités requises pour remplir les fonctions d'arbitre et sur les questions relatives à l'arbitrage, il peut constituer un comité consultatif syndical-patronal, composé d'un président désigné par le ministre et de six membres dont trois représentent des employeurs et trois représentent des syndicats. Le lieutenant-gouverneur en conseil fixe la rémunération et les indemnités des membres du comité.

## III. Les jugements

A. *Cour divisionnaire de l'Ontario* (1999), 117 O.A.C. 340

Le juge Southey fait observer que les demandes des intimés s'appuyaient sur le fait que le ministre avait abandonné la liste, qu'il avait personnellement

83

84

boards, and the Minister's failure to comply with an understanding respecting the appointment process allegedly reached by the parties while amendments to Bill 136 were being discussed. As the respondents had not claimed any breach of *Canadian Charter of Rights and Freedoms* rights, he concluded that "actions of the Minister, if authorized by statute, cannot be successfully attacked as being a denial of natural justice or lacking in institutional independence or impartiality" (para. 16). In his view, the actions of the Minister in appointing retired judges to chair arbitration boards fell squarely within the authority given to him by statute.

B. *Ontario Court of Appeal* (2000), 51 O.R. (3d) 417

85 Writing for a unanimous Court of Appeal, Austin J.A. for the court stated, at para. 2:

The central issue in this appeal is whether the Minister, in changing the process [i.e., from making appointments from the s. 49 roster], violated the principles of natural justice by interfering with the impartiality and independence of the arbitrators and raising a reasonable apprehension of bias, and/or interfering with the legitimate expectations of the appellants.

86 In answering this question in the affirmative, Austin J.A. observed that the content of collective agreements between union and hospital does not involve "interpretation but rather fundamental matters determining the working conditions of union members. As such they are of vital concern to those members. Such matters are not essentially legal but practical and require the familiarity and expertise of a labour arbitrator rather than the skills of a lawyer or a judge" (para. 75).

87 Austin J.A. further noted that the government of Ontario has a substantial financial interest in the outcome of the arbitrations. The pre-existing system

désigné les présidents des conseils et qu'il n'avait pas respecté une entente concernant le processus de désignation à laquelle les parties seraient parvenues lors des discussions portant sur les amendements apportés au projet de loi 136. Vu que les intimés n'avaient invoqué aucune violation des droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*, il a conclu que [TRADUCTION] « dans la mesure où le ministre a agi conformément à la loi, ses actes ne peuvent pas être contestés avec succès pour cause de déni de justice naturelle ou d'absence d'indépendance ou d'impartialité institutionnelle » (para. 16). À son avis, en désignant des juges retraités à la présidence des conseils d'arbitrage, le ministre a clairement agi conformément au pouvoir que lui confère la loi.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2000), 51 O.R. (3d) 417

Dans l'arrêt unanime qu'il a rédigé au nom de la Cour d'appel, le juge Austin affirme ce qui suit, au par. 2 :

[TRADUCTION] La principale question qui se pose en l'espèce est de savoir si, en modifiant le processus [c'est-à-dire en abandonnant la désignation à partir de la liste dressée en vertu de l'art. 49], le ministre a violé les principes de justice naturelle en compromettant l'impartialité et l'indépendance des arbitres et en suscitant une crainte raisonnable de partialité, ou encore en frustrant les attentes légitimes des appelants.

En répondant par l'affirmative à cette question, le juge Austin a fait remarquer que le contenu d'une convention collective devant être conclue par un syndicat et un hôpital fait non pas intervenir un processus [TRADUCTION] « d'interprétation, mais plutôt des questions fondamentales déterminantes sur le plan des conditions de travail des syndiqués. À ce titre, elles revêtent une importance capitale pour ces syndiqués. De telles questions sont pratiques et non pas essentiellement juridiques, et requièrent les connaissances et l'expertise d'un arbitre en droit du travail plutôt que les compétences d'un avocat ou d'un juge » (para. 75).

Le juge Austin a ajouté que le gouvernement de l'Ontario a un intérêt financier important dans l'issue des arbitrages. Le système précédent semblait

appeared to have worked reasonably well and must be regarded as having been successful.

In his view, retired judges generally lack the expertise of the prior arbitrators, are not independent, have no security, have no assurance that they will be appointed to future arbitrations, and must decide questions in which the person who appointed them has a substantial financial interest. He held that abandoning the established practice gave rise to a reasonable apprehension of bias and an appearance of interference with the institutional independence and the institutional impartiality of the boards.

Accordingly, the appeal was allowed.

#### IV. Analysis

The Minister argues that the wording of his power of appointment makes it clear that he and not the courts was intended to have the last word on appointments to chair compulsory arbitration boards in hospital and nursing home disputes. He says that the *HLDA* does not condition his power on following any particular process, and it was open to him, in furtherance of government policy, to proceed as he did. Thus viewed, the central issue in this case is statutory interpretation. The *HLDA* enacts quite a complex scheme that covers 11 pages of the statute book. The s. 6(5) power of appointment is an important element of the scheme, but it is only an element, and the *HLDA*, as any statute, must be read as a whole to ascertain the true legislative intent.

The Minister does not claim an absolute and untrammelled discretion. He recognizes, as Rand J. stated more than 40 years ago in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140, that "there is always a perspective within which a statute is intended to operate".

avoir fonctionné raisonnablement bien et devait être considéré comme ayant donné de bons résultats.

À son avis, les juges retraités n'ont généralement pas l'expertise des anciens arbitres, ne sont pas indépendants, n'ont aucune sécurité ni aucune garantie qu'ils seront désignés pour d'autres arbitrages, et doivent trancher des questions dans lesquelles la personne qui les a désignés a un intérêt financier important. Il a conclu que l'abandon de la pratique établie a suscité une crainte raisonnable de partialité et engendré une apparence d'atteinte à l'indépendance et à l'impartialité institutionnelles des conseils.

En conséquence, l'appel a été accueilli.

#### IV. Analyse

Le ministre fait valoir que la manière dont est libellé son pouvoir de désignation indique clairement que, dans le cas des différends qui surviennent dans les hôpitaux et les maisons de soins infirmiers, c'est lui, et non les tribunaux judiciaires, qui est censé avoir le dernier mot en ce qui concerne les désignations à la présidence des conseils d'arbitrage obligatoire. Selon lui, la *LACTH* ne l'oblige pas à suivre un processus particulier dans l'exercice de son pouvoir, et il pouvait agir comme il l'a fait en appliquant la politique du gouvernement. Vue sous cet angle, la principale question qui se pose en l'espèce est une question d'interprétation législative. La *LACTH* établit un régime assez complexe qui occupe 11 pages du recueil de lois. Le pouvoir de désignation prévu au par. 6(5) est un élément important de ce régime, mais n'est qu'un élément et, comme cela doit être fait pour toute loi, il faut interpréter la *LACTH* dans son ensemble pour déterminer l'intention véritable du législateur.

Le ministre ne prétend pas avoir un pouvoir discrétionnaire absolu et sans entraves. Il reconnaît, comme l'a fait le juge Rand, il y a plus de 40 ans, dans l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 140, qu'[TRADUCTION] « [u]ne loi est toujours censée s'appliquer dans une certaine optique ».

88

89

90

91

92

The decision in *Roncarelli*, despite the many factual differences, foreshadows, in part, the legal controversy in this case. There, as here, the governing statute conferred a broad discretion which the decision maker was accused of exercising to achieve an improper purpose. In that case, the improper purpose was to injure financially (by the cancellation of a liquor licence) a Montreal restaurateur whose activities in support of the Jehovah's Witnesses were regarded by the provincial government as troublesome. Here, the allegations of improper purpose behind the unions' challenge are that the Minister used his power of appointment to influence outcomes rather than process, to protect employers rather than patients, and, as stated by the Court of Appeal, to change the appointments process in a way "reasonably" seen by the unions as "an attempt to seize control of the bargaining process" (para. 101). Still, the Minister points to a number of reasons for his conduct which, unlike the situation in *Roncarelli*, were closely associated with the purpose of the statute, including, in particular, the chronic delay and cost associated with *HLDA* arbitrations. He was looking for "[p]eople who had spent their professional lives as neutrals".

Malgré les nombreuses différences qu'il présente sur le plan des faits, l'arrêt *Roncarelli* laisse présager en partie la controverse juridique en l'espèce. Là comme ici, la loi applicable accordait au décideur un large pouvoir discrétionnaire qu'il était accusé d'avoir exercé dans le but de réaliser un objectif illégitime. Dans cette affaire, l'objectif illégitime était de nuire financièrement (par l'annulation d'un permis d'alcool) à un restaurateur montréalais dont l'appui donné aux Témoins de Jéhovah était mal vu par le gouvernement provincial. En l'espèce, les allégations d'objectif illégitime qui sous-tendent la contestation des syndicats veulent que le ministre se soit servi de son pouvoir de désignation pour influencer les résultats plutôt que le processus, pour protéger les employeurs au lieu des malades et, comme l'a dit la Cour d'appel, pour modifier le processus de désignation d'une façon [TRADUCTION] « raisonnablement » perçue par les syndicats comme étant « une tentative de contrôler le processus de négociation » (par. 101). Le ministre justifie pourtant sa conduite par un certain nombre de raisons qui, contrairement à la situation dans l'affaire *Roncarelli*, avaient un lien étroit avec l'objet de la Loi, dont les délais chroniques et le coût des arbitrages fondés sur la *LACTH*. Il cherchait [TRADUCTION] « [d]es personnes qui avaient été neutres pendant toute leur vie professionnelle ».

93

The exercise of a discretion, stated *Rand J.* in *Roncarelli*, "is to be based upon a weighing of considerations pertinent to the object of the [statute's] administration" (p. 140). Here, as in that case, it is alleged that the decision maker took into account irrelevant considerations (e.g., membership in the "class" of retired judges) and ignored pertinent considerations (e.g., relevant expertise and broad acceptability of a proposed chairperson in the labour relations community).

L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, de faire remarquer le juge *Rand* dans l'arrêt *Roncarelli*, [TRADUCTION] « doit se fonder sur l'examen des considérations reliées à l'objet de [l']administration [de la loi en cause] » (p. 140). En l'espèce, comme dans cette affaire, on allègue que le décideur a pris en considération des éléments non pertinents (par exemple, l'appartenance à la « catégorie » des juges retraités) et qu'il n'a pas tenu compte d'éléments pertinents (tels que l'expertise de la personne proposée à la présidence, et son acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail).

94

In this case, the "perspective within which a statute is intended to operate" is that of a legislative measure that seeks to achieve industrial peace by substituting compulsory arbitration for the right to strike or lockout. The "perspective" is another way of describing the policy and objects of the statute.

En l'espèce, l'optique dans laquelle la loi est censée s'appliquer est celle d'une mesure législative destinée à maintenir la paix industrielle en substituant l'arbitrage obligatoire au droit de grève ou de lock-out. L'« optique » est une autre façon de décrire la politique générale et les objets de la loi.

In the language of Lord Reid in *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.), at p. 1030:

... if the Minister, by reason of his having misconstrued the Act or for any other reason, so uses his discretion as to thwart or run counter to the policy and objects of the Act, then our law would be very defective if persons aggrieved were not entitled to the protection of the court. [Emphasis added.]

Lord Reid added that “the policy and objects of the Act must be determined by construing the Act as a whole and construction is always a matter of law for the court” (p. 1030). See also: *Air Canada v. British Columbia (Attorney General)*, [1986] 2 S.C.R. 539; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 56; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41; G. Pépin and Y. Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2nd ed. 1982), at p. 264; D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at para. 13:1221.

This appeal thus brings to the fore the importance of the scheme and purpose of an Act in construing the particular words used by the legislature to disclose its true intent. It also requires us to consider whether the legislative intent disclosed in this case is sufficient to override the principles of natural justice that would otherwise be implied by the courts to limit the discretion of the statutory decision maker, and, if so, in what respect.

#### A. *Some Preliminary Observations*

Given the range and variety of the unions' objections, it might be useful to do a little organization at the outset.

Although the net result of a s. 6(5) appointment is the naming of a particular individual as a chairperson, the appointment is inevitably the product of a number of issues or determinations, some of them

Lord Reid s'est exprimé en ces termes dans l'arrêt *Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.), p. 1030 :

[TRADUCTION] ... si, parce qu'il a mal interprété la Loi ou pour toute autre raison, le ministre exerce son pouvoir discrétionnaire de façon à contrecarrer la politique générale ou les objets de la Loi ou à aller à l'encontre de ceux-ci, alors notre droit accusera une grave lacune si les personnes qui en subissent des préjudices n'ont pas droit à la protection de la cour. [Je souligne.]

Lord Reid a ajouté que [TRADUCTION] « pour déterminer la politique générale et les objets de la Loi, il faut interpréter la Loi dans son ensemble et l'interprétation est toujours une question de droit qui relève de la cour » (p. 1030). Voir aussi : *Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1986] 2 R.C.S. 539; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 56; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41; G. Pépin et Y. Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2<sup>e</sup> éd. 1982), p. 264; D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), par. 13:1221.

Le présent pourvoi fait donc ressortir l'importance de l'économie et de l'objet de la loi lorsqu'il s'agit d'interpréter les termes particuliers que le législateur a utilisés pour exprimer son intention véritable. Il nous oblige également à nous demander si — et le cas échéant, à quel égard — l'intention du législateur exprimée en l'espèce suffit pour l'emporter sur les principes de justice naturelle qui, pour les tribunaux judiciaires, seraient par ailleurs censés limiter le pouvoir discrétionnaire du décideur légal.

#### A. *Quelques observations préliminaires*

Compte tenu du nombre et de la diversité des objections formulées par les syndicats, il pourrait être utile, au départ, de mettre un peu d'ordre dans tout cela.

Bien qu'elle aboutisse à la nomination d'un président ou d'une présidente, la désignation fondée sur le par. 6(5) est inévitablement le fruit d'un certain nombre de questions ou de décisions, dont

95

96

97

having to do with procedural fairness (e.g., do I first have to consult with the parties?), some of them legal (e.g., to what extent is my choice constrained by the *HLDA*?), some of them factual (e.g., what qualifications am I looking for?), and others of mixed fact and law (e.g., is this individual "qualified" within the range of choice permitted to me by the *HLDA*?). The court's task on judicial review is not to isolate these issues and subject each of them to differing standards of review. The unions' attack is properly aimed at the ultimate s. 6(5) appointments themselves. Nevertheless, as a practical matter (and practicality is a welcome virtue in this area of the law), it is convenient to group these issues in order to facilitate the judicial review of the s. 6(5) decision.

98 The first order of business is to examine the legislative scheme of the *HLDA* in general and s. 6(5) in particular. As Beetz J. pointed out, "[t]o a large extent judicial review of administrative action is a specialized branch of statutory interpretation": *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1087 (emphasis deleted), quoting S. A. de Smith, H. Street and R. Brazier, *Constitutional and Administrative Law* (4th ed. 1981), at p. 558. The court's mandate on judicial review is to keep the statutory decision maker within the boundaries the legislature intended.

99 In performing that mandate, of course, administrative law supplies certain inferences and presumptions. For example, as this Court recently affirmed in *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52, at para. 21, "courts generally infer that Parliament or the legislature intended the tribunal's process to comport with principles of natural justice". More broadly, it is presumed that the legislature intended the statutory decision maker to function within the established principles and constraints of administrative law.

certaines ont trait à l'équité procédurale (par exemple, dois-je d'abord consulter les parties?), au droit (par exemple, dans quelle mesure la *LACTH* limite-t-elle le choix que je peux faire?) et aux faits (par exemple, quelle sont les qualifications que je recherche?), alors que d'autres ont un caractère mixte de droit et de fait (par exemple, le candidat en question est-il une personne « compétente » que la *LACTH* m'autorise à choisir?). Dans le cadre d'un contrôle judiciaire, il n'appartient pas à la cour d'isoler ces questions et d'appliquer à chacune de celles-ci des normes de contrôle différentes. Ce à quoi s'en prennent à juste titre les syndicats, ce sont les désignations mêmes qui, en définitive, sont faites en vertu du par. 6(5). En pratique (le sens pratique étant une vertu appréciée dans ce domaine du droit), il convient néanmoins de regrouper ces questions pour faciliter le contrôle judiciaire de la décision fondée sur le par. 6(5).

La première étape consiste à étudier le régime général établi par la *LACTH* et, plus particulièrement, le par. 6(5) de cette loi. Comme l'a fait observer le juge Beetz dans *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, p. 1087, en citant l'ouvrage de S. A. de Smith, H. Street et R. Brazier, intitulé *Constitutional and Administrative Law* (4<sup>e</sup> éd. 1981), p. 558, [TRADUCTION] « [d]ans une large mesure, l'examen judiciaire d'un acte administratif est une division spécialisée de l'interprétation des lois » (soulignement omis). Le mandat de la cour en matière de contrôle judiciaire consiste à veiller à ce que le décideur légal respecte les limites prévues par le législateur.

Il va sans dire que le droit administratif fournit certaines inférences et présomptions utiles pour exécuter ce mandat. Ainsi, comme la Cour l'affirmait récemment dans l'arrêt *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52, par. 21, « les tribunaux judiciaires infèrent généralement que le Parlement ou la législature voulait que les procédures du tribunal administratif soient conformes aux principes de justice naturelle ». De manière plus générale, on présume que l'intention du législateur était que le décideur légal respecte les principes et les contraintes du droit administratif.

The second order of business is to isolate the Minister's acts or omissions relevant to procedural fairness, a broad category which extends to, and to some extent overlaps, the traditional principles of natural justice: *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, *per* Laskin C.J., at p. 325. The unions, for example, question whether the Minister was right to refuse to consult with them before making the appointments. These questions go to the procedural framework within which the Minister made the s. 6(5) appointments, but are distinct from the s. 6(5) appointments themselves. It is for the courts, not the Minister, to provide the legal answer to procedural fairness questions. It is only the ultimate exercise of the Minister's discretionary s. 6(5) power of appointment itself that is subject to the "pragmatic and functional" analysis, intended to assess the degree of deference intended by the legislature to be paid by the courts to the statutory decision maker, which is what we call the "standard of review".

The third order of business, accordingly, is to determine the degree of judicial deference which, having regard to the *HLDA* and all the relevant circumstances, the Minister is entitled to receive in the exercise of his discretionary s. 6(5) power. In assessing the Minister's appointments, the court may need to take into consideration some of the determinations made by the Minister as input into the exercise of his discretion. For example, if, as I believe, the Minister is entitled to make any appointment that is not patently unreasonable, his interpretation of the scope of his power of appointment under s. 6(5) will affect the reasonableness of his ultimate appointment: *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at para. 49.

The content of procedural fairness goes to the manner in which the Minister went about making his decision, whereas the standard of review is applied to the end product of his deliberations.

La deuxième étape consiste à isoler les actes ou omissions du ministre qui touchent à l'équité procédurale, une catégorie générale qui comprend et, dans une certaine mesure, chevauche les principes traditionnels de la justice naturelle : *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, p. 325, le juge en chef Laskin. Par exemple, les syndicats se demandent si le ministre a eu raison de refuser de les consulter avant de faire les désignations. Ces questions concernent le cadre procédural à l'intérieur duquel le ministre a fait les désignations fondées sur le par. 6(5), sans toutefois porter sur les désignations mêmes qui ont été faites en vertu de ce paragraphe. Il appartient aux tribunaux judiciaires et non au ministre de donner une réponse juridique aux questions d'équité procédurale. Seul l'exercice en dernière analyse du pouvoir discrétionnaire de désignation conféré au ministre par le par. 6(5) est assujéti à l'analyse « pragmatique et fonctionnelle » qui vise à déterminer le degré de déférence dont le législateur a voulu que les tribunaux judiciaires fassent montre à l'égard du décideur légal, lequel degré constitue ce qu'on appelle la « norme de contrôle ».

La troisième étape consiste donc à déterminer le degré de déférence judiciaire auquel, compte tenu de la *LACTH* et de toutes les circonstances pertinentes, le ministre a droit dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le par. 6(5). Lorsqu'elle apprécie les désignations ministérielles, la cour peut devoir tenir compte de certaines décisions que le ministre a prises en exerçant son pouvoir discrétionnaire. Par exemple, si, comme je le crois, le ministre a le droit de faire toute désignation qui n'est pas manifestement déraisonnable, son interprétation de l'étendue du pouvoir de désignation que lui confère le par. 6(5) influera sur le caractère raisonnable de la désignation qu'il fera en définitive : *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, par. 49.

L'équité procédurale concerne la manière dont le ministre est parvenu à sa décision, tandis que la norme de contrôle s'applique au résultat de ses délibérations.

100

101

102

103

On occasion, a measure of confusion may arise in attempting to keep separate these different lines of enquiry. Inevitably some of the same "factors" that are looked at in determining the requirements of procedural fairness are also looked at in considering the "standard of review" of the discretionary decision itself. Thus in *Baker, supra*, a case involving the judicial review of a Minister's rejection of an application for permanent residence in Canada on human and compassionate grounds, the Court looked at "all the circumstances" on both accounts, but overlapping factors included the nature of the decision being made (procedural fairness, at para. 23; standard of review, at para. 61); the statutory scheme (procedural fairness, at para. 24; standard of review, at para. 60); and the expertise of the decision maker (procedural fairness, at para. 27; standard of review, at para. 59). Other factors, of course, did not overlap. In procedural fairness, for example, the Court was concerned with "the importance of the decision to the individual or individuals affected" (para. 25), whereas determining the standard of review included such factors as the existence of a privative clause (para. 58). The point is that, while there are some common "factors", the object of the court's inquiry in each case is different.

#### B. Issues

104

With these preliminary observations, I turn to the issues that arise for determination in the resolution of this appeal:

- (1) the statutory interpretation of s. 6(5) of the *HLDA*;
- (2) procedural fairness issues:
  - (a) the Minister's alleged lack of impartiality;
  - (b) the Minister's alleged failure to consult with the unions about the change in the process of appointments;
  - (c) the alleged violation of the doctrine of legitimate expectation in refusing to

La tentative de maintenir séparés ces différents genres de questions peut parfois engendrer une certaine confusion. Force est de constater que certains « facteurs » utilisés pour déterminer les exigences de l'équité procédurale servent également à déterminer la « norme de contrôle » applicable à la décision discrétionnaire elle-même. Ainsi, dans l'affaire *Baker*, précitée, qui portait sur le contrôle judiciaire du rejet par le ministre d'une demande de résidence permanente au Canada fondée sur des raisons d'ordre humanitaire, la Cour a examiné « toutes les circonstances » à ces deux égards, mais il y avait chevauchement de certains facteurs, dont la nature de la décision rendue (équité procédurale, par. 23; norme de contrôle, par. 61), le régime législatif (équité procédurale, par. 24; norme de contrôle, par. 60), et l'expertise du décideur (équité procédurale, par. 27; norme de contrôle, par. 59). Il est évident que d'autres facteurs ne se recoupaient pas. En ce qui concerne l'équité procédurale notamment, la Cour s'est intéressée à « l'importance de la décision pour les personnes visées » (par. 25), tandis que, pour déterminer la norme de contrôle applicable, elle a pris en considération des facteurs comme l'existence d'une clause privative (par. 58). Il reste que, même s'il existe certains « facteurs » communs, l'objet de l'examen du tribunal judiciaire diffère d'un cas à l'autre.

#### B. Les questions en litige

Ces observations préliminaires étant faites, j'aborde maintenant les questions qui doivent être tranchées en l'espèce :

- (1) l'interprétation du par. 6(5) *LACTH*;
- (2) les questions d'équité procédurale :
  - a) l'allégation de partialité de la part du ministre;
  - b) l'allégation voulant que le ministre n'ait pas consulté les syndicats au sujet de la modification du processus de désignation;
  - c) l'allégation de violation de la règle de l'expectative légitime en raison du refus

nominate only arbitrators who had been mutually agreed upon;

- (3) an assessment of the standard of review of the Minister's appointments;
- (4) when does a decision rise to the level of *patent* unreasonableness?
- (5) whether the applicable standard of review was violated by the Minister's rejection of
  - (a) the s. 49(10) list as a requisite of appointment, or
  - (b) expertise and "broad acceptability within the labour relations community" as criteria for the selection of chairpersons;
- (6) whether the Court of Appeal erred in finding that the arbitration boards, by reason of the impugned ministerial approach to s. 6(5) appointments, lacked the requisite institutional independence and impartiality;
- (7) the appropriateness of the remedy granted by the Court of Appeal.

I will deal with each of these issues in turn.

(1) The Statutory Interpretation of Section 6(5) of the *HLDA*

The appropriate approach to statutory interpretation is that "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" (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, frequently cited with approval in this Court, e.g., *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paras. 21 and 23; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 33). This contextual approach accords with the previously

de désigner uniquement des arbitres sur lesquels les parties s'étaient entendues;

- (3) l'appréciation de la norme de contrôle applicable aux désignations ministérielles;
- (4) quand une décision devient-elle *manifestement* déraisonnable?
- (5) la question de savoir si la norme de contrôle applicable a été violée en raison du rejet par le ministre :
  - a) de la liste dressée en vertu du par. 49(10), qui doit être utilisée pour faire des désignations; ou
  - b) de l'expertise et de « l'acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail » comme critères de sélection du président ou de la présidente;
- (6) la question de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en concluant qu'en raison de l'approche contestée que le ministre a adoptée en matière de désignations fondées sur le par. 6(5), les conseils d'arbitrage étaient dépourvus de l'indépendance et de l'impartialité institutionnelles requises;
- (7) le caractère convenable de la réparation accordée par la Cour d'appel.

Je vais examiner successivement chacune de ces questions. 105

(1) L'interprétation du par. 6(5) *LACTH*

En matière d'interprétation législative, il convient d'adopter l'approche suivante : [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 » (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87. La Cour a souvent cité et approuvé ce passage, notamment dans les arrêts *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21 et 23, et *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 33). Cette 106

mentioned *dictum* of Rand J. in *Roncarelli, supra*, that “there is always a perspective within which a statute is intended [by the legislature] to operate” (p. 140), and Lord Reid’s caution in *Padfield, supra*, that the particular wording of a ministerial power is to be read in light of “the policy and objects of the Act” (p. 1030).

approche contextuelle concorde avec la remarque susmentionnée du juge Rand dans l’arrêt *Roncarelli*, précité, selon laquelle [TRADUCTION] « [u]ne loi est toujours censée s’appliquer dans une certaine optique [voulue par le législateur] » (p. 140), et avec la mise en garde de lord Reid dans l’arrêt *Padfield*, précité, voulant que le libellé d’un pouvoir ministériel doive être interprété à la lumière de [TRADUCTION] « la politique générale et [d]es objets de la Loi » (p. 1030).

107 The *HLDDA* contemplates the appointment of “a person who is, in the opinion of the Minister, qualified to act”. The Minister is a senior member of the government with a vital interest in industrial peace in the province. His work in pursuit of that objective in the hospital sector, supported by his officials, should not be micro-managed by the courts. Still, as Rand J. said in *Roncarelli, supra*, at p. 140, the discretionary power is not “absolute and untrammelled”. The discretion is constrained by the scheme and object of the *HLDDA* as a whole, which the legislature intended to serve as a “neutral and credible” substitute for the right to strike and lock-out.

La *LACTH* prévoit la désignation d’« une personne qui, à son avis [c’est-à-dire de l’avis du ministre], est compétente pour agir en cette qualité [d’arbitre] ». Le ministre est un membre supérieur du gouvernement et a un intérêt essentiel dans le maintien de la paix industrielle dans la province. Les tribunaux judiciaires ne devraient pas intervenir à outrance dans les efforts qu’il déploie, avec l’appui de ses fonctionnaires, pour atteindre cet objectif dans le secteur hospitalier. Pourtant, comme l’a affirmé le juge Rand dans l’arrêt *Roncarelli*, précité, p. 140, le pouvoir discrétionnaire n’est pas [TRADUCTION] « absolu et sans entraves ». Ce pouvoir discrétionnaire est limité par l’économie et l’objet de la *LACTH* dans son ensemble, laquelle loi établit un système qui, d’après l’intention du législateur, doit servir de moyen « neutre et crédible » de remplacer le droit de grève et de lock-out.

108 Compulsory arbitration is a fairly well-understood beast in the jungle of labour relations. Dickson C.J., dissenting on other grounds in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, pointed out, at p. 380:

Dans la jungle des relations du travail, l’arbitrage obligatoire est une bête que l’on comprend assez bien. Le juge en chef Dickson, dissident pour d’autres motifs dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, a fait remarquer, à la p. 380 :

The purpose of such a mechanism [compulsory arbitration] is to ensure that the loss in bargaining power through legislative prohibition of strikes is balanced by access to a system which is capable of resolving in a fair, effective and expeditious manner disputes which arise between employees and employers.

Le but d’un tel mécanisme [l’arbitrage obligatoire] est d’assurer que la perte du pouvoir de négociation par suite de l’interdiction législative des grèves est compensée par l’accès à un système qui permet de résoudre équitablement, efficacement et promptement les différends mettant aux prises employés et employeurs.

109 Labour arbitration as a dispute-resolution mechanism has traditionally and functionally rested on a consensual basis, with the arbitrator chosen by the parties or being acceptable to both parties. The intervener, National Academy of Arbitrators (Canadian Region), contended that “[a]rbitration

L’arbitrage en matière de relations du travail en tant que mécanisme de règlement des différends repose traditionnellement et fonctionnellement sur le consentement, l’arbitre étant choisi par les parties ou étant acceptable par chacune d’elles. L’intervenante, la National Academy of Arbitrators

which is, or is seen to be, political rather than rigorously quasi-judicial is no longer arbitration". Moreover, the intervener contends:

If arbitrators are, or are perceived to be, a surrogate of either party or of government, or appointed to serve the interests of either party or of government, the system loses the trust and confidence of the parties, elements essential to industrial relations peace and stability. . . . A lack of confidence in arbitration would invite labour unrest and the disruption of services, the very problem impartial interest arbitration was designed to prevent.

As the Ontario legislature has considered the *HLDA* over the years, it has demonstrated an awareness of the fact that workers who feel unfairly treated can manifest their grievances with slow-downs or other job actions, including illegal walk-outs. Ministers emphasized that the purpose of the *HLDA* was to protect patients, not to tilt the balance between employers and employees one way or the other. The "background and purpose" of the *HLDA* includes the 1964 Report of the Royal Commission on Compulsory Arbitration in Disputes Affecting Hospitals and Their Employees, which led to the *HLDA*, and recommended that "[o]nly chairmen experienced in hospital affairs would be appointed" (Report, at p. 51). The Minister proposing the 1972 amendment told the Ontario Legislature that the "quality of decision-making" would be improved by "knowledgeable arbitrators experienced in the hospital sector" (*Legislature of Ontario Debates*, December 14, 1972, at p. 5760). The 1979 amendment to the *Labour Relations Act* established what is now renumbered as the s. 49(10) roster of arbitrators who were considered to be impartial and knowledgeable in labour arbitrations (not necessarily hospital matters). Interest arbitrators were frequently, though by no means always, drawn from this roster between the early 1980s and 1997. The anchors that were seen to justify the parties' confidence in *HLDA* arbitrations were impartiality, independence, expertise and general acceptability in the labour relations community. An individual who combines relevant expertise with independence

(Canadian Region), a fait valoir que [TRADUCTION] « [l']arbitrage qui est ou qui est perçu comme étant politique plutôt que rigoureusement quasi judiciaire n'est plus un arbitrage ». L'intervenante ajoute ceci :

[TRADUCTION] Si l'arbitre est l'agent de l'une ou l'autre partie ou du gouvernement ou s'il est perçu comme tel, ou encore s'il est désigné pour servir les intérêts de l'une ou l'autre partie ou du gouvernement, le système s'aliène la confiance des parties qui est essentielle à la paix et à la stabilité des relations du travail [. . .] L'absence de confiance dans l'arbitrage entraînerait des conflits de travail et l'interruption des services, lesquels représentent le problème même que l'arbitrage impartial des différends vise à prévenir.

Au fil des ans, l'Assemblée législative de l'Ontario a étudié la *LACTH* et a démontré qu'elle était consciente du fait que des travailleurs qui se sentent injustement traités peuvent exprimer leur mécontentement par des ralentissements de travail ou par d'autres moyens de pression, y compris les débrayages illégaux. Les ministres ont souligné que la *LACTH* avait pour objet de protéger les malades et non de faire pencher la balance en faveur des employeurs ou des employés. Au chapitre « du contexte et de l'objet » de la *LACTH*, il y a le rapport déposé en 1964 par la Royal Commission on Compulsory Arbitration in Disputes Affecting Hospitals and their Employees qui a abouti à la *LACTH* et qui recommandait, à la p. 51, que [TRADUCTION] « [s]eules [soient] désignées à la présidence des personnes ayant de l'expérience en matière hospitalière ». En proposant la modification de 1972, le ministre a affirmé devant l'Assemblée législative de l'Ontario que la désignation [TRADUCTION] « d'arbitres compétents qui ont de l'expérience dans le secteur hospitalier » contribuerait à améliorer la « qualité du processus décisionnel » (*Legislature of Ontario Debates*, 14 décembre 1972, p. 5760). La modification apportée en 1979 à la *Labour Relations Act* a établi la liste — maintenant prévue au par. 49(10) — d'arbitres jugés impartiaux et compétents en matière d'arbitrage de conflits de travail (mais pas nécessairement en matière hospitalière). Depuis le début des années 1980 jusqu'en 1997, les arbitres de différends étaient souvent — quoique pas toujours — choisis à partir de

and impartiality can reasonably be expected to be experienced in the field, thus known to and broadly acceptable to both unions and management.

cette liste. Les qualités qui semblaient justifier la confiance des parties dans l'arbitrage fondé sur la *LACTH* étaient l'impartialité, l'indépendance, l'expertise et l'acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail. On peut raisonnablement s'attendre à ce qu'une personne qui cumule expertise pertinente, indépendance et impartialité ait de l'expérience dans le domaine concerné et qu'elle soit ainsi connue et généralement acceptable tant par les syndicats que par le patronat.

111 I conclude, therefore, that, although the s. 6(5) power is expressed in broad terms, the legislature intended the Minister, in making his selection, to have regard to relevant labour relations expertise as well as independence, impartiality and general acceptability within the labour relations community. By "general acceptability", I do not mean that a particular candidate must be acceptable to all parties all the time, or to the parties to a particular *HLDA* dispute. I mean only that the candidate has a track record in labour relations and is generally seen in the labour relations community as widely acceptable to both unions and management by reason of his or her independence, neutrality and proven expertise.

Je conclus donc que, même si le pouvoir conféré au par. 6(5) est énoncé en termes généraux, le législateur a voulu qu'en faisant son choix le ministre prenne en considération l'expertise pertinente en matière de relations du travail ainsi que l'indépendance, l'impartialité et l'acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail. Lorsque je parle d'« acceptabilité générale », je ne veux pas dire que les candidats doivent toujours être acceptables par toutes les parties ou encore par les parties à un différend particulier visé par la *LACTH*. J'entends seulement par là que les candidats ont de l'expérience en matière de relations du travail et sont généralement perçus dans le milieu des relations du travail comme jouissant d'une grande acceptabilité auprès des syndicats et du patronat en raison de leur indépendance, de leur neutralité et de leur expertise confirmée.

112 I do not consider these criteria to be vague or uncertain. The practice of labour relations in this country has developed into a highly sophisticated business. The livelihood of a significant group of professional labour arbitrators depends on their recognized ability to fulfill these criteria. Some of them not only enjoy national reputations for their skills in resolving industrial conflicts but are retired judges. From the Minister's perspective, there exists not only a large pool of recognized candidates, but the *HLDA* allows generous latitude to his selection (i.e., a candidate "who is, in the opinion of the Minister, qualified"). The result is a perfectly manageable framework within which the legislature intended to give the Minister broad but not unlimited scope within which to make appointments in furtherance of the *HLDA*'s object and purposes.

Je ne considère pas que ces critères sont vagues ou incertains. Les relations du travail au pays sont devenues un domaine très spécialisé. Un grand nombre d'arbitres professionnels en droit du travail dépendent, pour leur subsistance, de leur capacité reconnue de satisfaire à ces critères. En plus d'être réputés à l'échelle nationale pour leur aptitude à résoudre des conflits de travail, certains d'entre eux sont des juges retraités. Du point de vue du ministre, non seulement y a-t-il une réserve importante de candidats reconnus, mais encore la *LACTH* lui accorde une grande latitude pour faire son choix (c'est-à-dire pour choisir le candidat « qui, à son avis, est compéten[t] »). Il en résulte un cadre tout à fait acceptable à l'intérieur duquel le législateur a voulu accorder au ministre une liberté d'action considérable, mais non illimitée, pour faire des désignations conformes aux fins et aux objets de la *LACTH*.

(2) Procedural Fairness

Under this heading, I group the challenges to the Minister's impartiality, the allegation that he violated procedural fairness by allegedly changing the "system" of appointments without prior consultation, and his alleged violation of the doctrine of legitimate expectation.

(a) *Was the Minister Impartial in the Exercise of the Power of Appointment?*

The unions say the Minister could not, as a member of a cost-cutting government, make the appointments impartially. He was therefore disqualified and ought to have delegated the appointments to senior officials.

The Minister says that he is not responsible for health costs or hospital administration. He is, however, a member of Cabinet and committed to government policy which, in 1997, included public sector "rationalization" and pay restraint. He was elected on a platform called "the Common Sense Revolution" and people would reasonably think he was committed to carrying it out.

The Ontario Court of Appeal concluded that the Minister had a "significant and direct interest" in the outcome of the arbitral awards (para. 21). As Austin J.A. pointed out, "[a]pproximately 75 per cent to 80 per cent of hospital budgets relate to labour costs and the government's primary method for controlling expenditures is wage control. Although nursing homes have sources of income that are not available to hospitals, they too are substantially dependent upon the government for funding" (para. 21). The Minister's response is that here, unlike in cases such as *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856 (C.A.), at pp. 869-71 and 884, neither he nor his government was a party to hospital sector arbitral proceedings. In the *MacBain* case, the Canadian Human Rights Commission appointed the members of the *ad hoc* tribunal to adjudicate the very dispute between the Commission and the person complained about. The Minister argues that his interest in hospital finance

(2) L'équité procédurale

Je regroupe sous cette rubrique les allégations de partialité de la part du ministre, l'allégation voulant qu'il ait manqué à l'équité procédurale en modifiant le « système » de désignation sans consultation préalable, et l'allégation voulant qu'il ait violé la règle de l'expectative légitime.

a) *Le ministre a-t-il été impartial dans l'exercice de son pouvoir de désignation?*

Les syndicats soutiennent que, à titre de membre d'un gouvernement prônant la réduction des dépenses, le ministre n'était pas en mesure de faire les désignations de manière impartiale. Il était donc inhabile à faire les désignations et il aurait dû confier à des hauts fonctionnaires le soin de le faire à sa place.

Le ministre affirme qu'il n'est responsable ni des coûts en matière de santé ni de l'administration des hôpitaux. Il fait néanmoins partie du Cabinet et est un défenseur de la politique du gouvernement qui, en 1997, consistait notamment à « rationaliser » le secteur public et à contrôler les salaires. Il a été élu en raison de la « Révolution du Bon Sens » qu'il promettait et la population pouvait raisonnablement penser qu'il était résolu à tenir cette promesse.

La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le ministre avait un [TRADUCTION] « intérêt important et direct » dans l'issue des arbitrages (par. 21). Comme l'a fait remarquer le juge Austin, [TRADUCTION] « [e]nviron 75 à 80 pour 100 du budget des hôpitaux est consacré à la masse salariale et le contrôle des salaires représente le principal moyen dont le gouvernement dispose pour contrôler les dépenses. Même si les maisons de soins infirmiers ont des sources de revenus dont ne disposent pas les hôpitaux, elles dépendent largement elles aussi du financement gouvernemental » (par. 21). Le ministre répond qu'en l'espèce, contrairement à des affaires comme *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856 (C.A.), p. 869-871 et 884, ni lui ni son gouvernement n'ont participé aux procédures d'arbitrage dans le secteur hospitalier. Dans l'affaire *MacBain*, la Commission canadienne des droits de la personne avait désigné les membres du tribunal

113

114

115

116

is not "directly at stake" (*Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at para. 100) and "too attenuated and remote to give rise to a reasonable apprehension of bias" (*Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869, at p. 891). The local hospital boards could absorb higher unit labour costs by reducing services, thus keeping public funding requirements more or less constant. This approach, I think, is unrealistic. It underestimates the Minister's collective responsibility with his colleagues at a time of pitched confrontation with the unions over reductions in public sector staffing and financing. At the very least, there was an appearance that he had a significant interest in outcomes as well as process.

*ad hoc* chargé de se prononcer sur le conflit même qui opposait la Commission à la personne visée par la plainte en question. Le ministre soutient que son intérêt en matière de financement hospitalier n'est pas « directement en jeu » (*Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, par. 100) et qu'il est « trop minime et trop éloigné pour donner lieu à une crainte raisonnable de partialité » (*Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869, p. 891). Les conseils d'hôpitaux locaux pourraient éponger une hausse des coûts unitaires de main-d'œuvre en réduisant les services, et ainsi stabiliser plus ou moins les besoins de financement public. J'estime que cette approche n'est pas réaliste. Elle sous-estime la solidarité du ministre avec ses collègues à une époque d'affrontements intenses avec les syndicats au sujet des réductions de personnel et de financement dans le secteur public. Le ministre paraissait tout au moins avoir un intérêt important autant dans le processus que dans l'issue du processus.

117

The legal answer to this branch of the unions' argument, however, is that the legislature specifically conferred the power of appointment on the Minister. Absent a constitutional challenge, a statutory regime expressed in clear and unequivocal language on this specific point prevails over common law principles of natural justice, as recently affirmed by this Court in *Ocean Port Hotel*, *supra*. In that case, the members of the provincial liquor licensing appeal board, who were empowered to impose penalties on liquor licences for non-compliance with the Act, were appointed to serve "at the pleasure" of the executive. Some licencees successfully argued before the British Columbia Court of Appeal that "at pleasure" appointees lacked the security of tenure necessary to ensure their independence. The Board's decisions were therefore set aside. On further appeal to this Court, however, it was held, *per* McLachlin C.J., that "like all principles of natural justice, the degree of independence required of tribunal members may be ousted by express statutory language or necessary implication" (para. 22 (emphasis added)). Affirming the rule of interpretation that "courts generally infer that Parliament or the legislature intended the tribunal's process to comport with principles of natural justice" (para. 21), the Court never-

Cependant, la réponse juridique à ce volet de l'argumentation des syndicats est que le législateur a expressément conféré le pouvoir de désignation au ministre. En l'absence de contestation constitutionnelle, un régime législatif qui porte sur ce sujet précis et qui est énoncé en des termes clairs et non équivoques prime sur les principes de justice naturelle de la common law, comme l'a récemment affirmé notre Cour dans l'arrêt *Ocean Port Hotel*, précité. Dans cette affaire, les membres de la commission d'appel des permis d'alcool provinciale, habilités à infliger des peines aux titulaires de permis d'alcool qui ne se conformaient pas à la Loi, étaient nommés « à titre amovible » par l'exécutif. Certains titulaires de permis ont fait valoir avec succès devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique que les personnes désignées « à titre amovible » étaient privées de l'inamovibilité nécessaire pour garantir leur indépendance. Les décisions de la commission ont donc été annulées. Cependant, à la suite du pourvoi formé devant notre Cour, il a été décidé, sous la plume de la juge en chef McLachlin, que « comme pour tous les principes de justice naturelle, le degré d'indépendance requis des membres du tribunal administratif peut être écarté par les termes exprès de la loi ou par déduction nécessaire » (par. 22 (je

theless concluded that “[i]t is not open to a court to apply a common law rule in the face of clear statutory direction” (para. 22 (emphasis added)). Further, “[w]here the intention of the legislature, as here, is unequivocal, there is no room to import common law doctrines of independence” (para. 27 (emphasis added)).

The courts will equally give effect in a proper case to exclusion by necessary implication. In *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301, for example, the legislature had clearly and unequivocally conferred both investigatory and adjudicative functions on members of the Alberta Securities Commission. In the absence of any constitutional challenge, the Court affirmed that the overlap of functions was permissible, provided the official in question did not go beyond “fulfilling his statutory duties” (p. 315).

*Ocean Port Hotel*, *supra*, involved adjudication of licensing violations in the context of government liquor policy. As was stated at para. 33, “[The Board] is first and foremost a licensing body. The suspension complained of was an incident of the Board’s licensing function. . . . The exercise of power here at issue falls squarely within the executive power of the provincial government.”

Here, the context is quite different. The government has the power to legislate workers back to work but the *HLDA* holds out the promise of a “neutral and credible” process to reconcile the interests of the employer and employees. As arbitrator O. B. Shime observed in *McMaster University and McMaster University Faculty Assn.*, *Re* (1990), 13 L.A.C. (4th) 199, at p. 204:

souligne)). Confirmant la règle d’interprétation selon laquelle « les tribunaux judiciaires infèrent généralement que le Parlement ou la législature voulait que les procédures du tribunal administratif soient conformes aux principes de justice naturelle » (par. 21), la Cour a néanmoins conclu qu’« [i]l n’est pas loisible à un tribunal judiciaire d’appliquer une règle de common law alors qu’il est en présence d’une directive législative claire » (par. 22 (je souligne)). De plus, « [l]orsque, comme en l’espèce, l’intention du législateur est sans équivoque, il n’y a pas lieu d’importer les théories de common law en matière d’indépendance » (par. 27 (je souligne)).

Lorsque le cas s’y prête, les tribunaux judiciaires appliquent également le principe de l’exclusion par déduction nécessaire. Par exemple, dans l’affaire *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301, le législateur avait confié clairement et sans équivoque des fonctions d’enquête et de décision aux membres de l’Alberta Securities Commission. En l’absence de contestation constitutionnelle, la Cour a affirmé que le cumul de fonctions était acceptable pourvu que le fonctionnaire en cause ait seulement « exercé les fonctions que lui impose la loi » (p. 315).

L’arrêt *Ocean Port Hotel*, précité, concernait une décision relative à des violations de permis rendue conformément à une politique gouvernementale en matière d’alcool. Comme le précise le par. 33, « [la] fonction première [de la commission] est l’octroi de permis. La suspension qui a fait l’objet de la plainte se rattachait à l’exercice de cette fonction. [ . . . ] L’exercice du pouvoir en cause procède carrément du pouvoir exécutif du gouvernement provincial. »

Le contexte en l’espèce est totalement différent. Le gouvernement peut légiférer pour forcer le retour au travail, mais la *LACTH* promet un processus « neutre et crédible » permettant de concilier les intérêts de l’employeur et ceux des employés. Comme l’a fait remarquer l’arbitre O. B. Shime, à la p. 204 de la décision *McMaster University and McMaster University Faculty Assn.*, *Re* (1990), 13 L.A.C. (4th) 199 :

118

119

120

Arbitrator/selectors have always maintained an independence from government policies in public sector wage determinations and have never adopted positions which would in effect make them agents of the government for the purpose of imposing government policy.

[TRADUCTION] Les arbitres et les arbitres des dernières offres ont toujours conservé leur indépendance par rapport aux politiques gouvernementales en matière de détermination de la rémunération dans le secteur public, et n'ont jamais adopté un point de vue qui en feraient des mandataires du gouvernement chargés d'appliquer une politique gouvernementale.

121 In the case of tribunals established, as here, to adjudicate "interest" disputes between parties, it is particularly important to insist on clear and unequivocal legislative language before finding a legislative intent to oust the requirement of impartiality either expressly or by necessary implication.

Dans les cas semblables à la présente affaire où des tribunaux administratifs sont constitués pour régler des « différends » entre des parties, il est particulièrement important d'exiger un langage législatif clair et non équivoque pour conclure que le législateur a voulu écarter, soit expressément, soit par déduction nécessaire, l'exigence d'impartialité.

122 In this case, however, the legislature's choice of the Minister as the proper authority to exercise the power of appointment is clear and unequivocal.

En l'espèce, cependant, le choix par le législateur du ministre comme étant la personne compétente pour exercer le pouvoir de désignation est clair et non équivoque.

123 The unions contend that the Minister could have avoided the appearance of a conflict of interest. Over the years, the direct involvement of Ministers in s. 6(5) appointments was somewhat diminished by delegation of the selection of the third arbitrator to a senior public servant, whose recommendation was then, in most cases, accepted by the Minister. An express power of delegation is found in s. 9.2(1), but it is expressed as permissive, not mandatory. The practice of delegation, where followed, may have had as much to do with departmental efficiency as with sensitivity over the Minister's direct involvement. It was not a requirement.

Les syndicats prétendent que le ministre aurait pu éviter l'apparence de conflit d'intérêts. Au fil des ans, la délégation du pouvoir de choisir le troisième arbitre à un haut fonctionnaire dont la recommandation était, dans la plupart des cas, entérinée par le ministre a contribué à diminuer quelque peu la participation directe des ministres aux désignations fondées sur le par. 6(5). Le paragraphe 9.2(1) accorde expressément un pouvoir de délégation, mais celui-ci est énoncé de manière facultative et non impérative. Dans les cas où elle a été suivie, la pratique consistant à déléguer le pouvoir de désignation peut avoir répondu autant à un souci d'efficacité ministérielle qu'à un souci d'éviter la participation directe du ministre. Ce n'était pas une exigence.

124 In some provinces, the selection of a chairperson in public sector labour disputes is distanced from the Minister by being conferred on a Chief Justice or other disinterested authority. See, e.g., *Universities Act*, R.S.A. 2000, c. U-3, s. 32(e); *Teachers' Collective Bargaining Act*, R.S.N. 1990, c. T-3, ss. 17(2) and 22(2); and *Teachers' Collective Bargaining Act*, R.S.N.S. 1989, c. 460, s. 26(2). This was clearly not an option that recommended itself to the Ontario legislature in the case of the *HLDA*.

Dans certaines provinces, on dissocie le ministre du choix d'une personne à la présidence d'un conseil d'arbitrage de conflit de travail dans le secteur public en confiant à un juge en chef ou à une autre personne compétente neutre le soin de l'effectuer. Voir, par exemple, *Universities Act*, R.S.A. 2000, ch. U-3, al. 32e), *Teachers' Collective Bargaining Act*, R.S.N. 1990, ch. T-3, par. 17(2) et 22(2), et *Teachers' Collective Bargaining Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 460, par. 26(2). Le législateur de l'Ontario n'a manifestement pas jugé cette option acceptable dans le cas de la *LACTH*.

Even in 1965, when the *HLDA* was enacted, provincial funding of health care was such that it was anticipated by opposition members of the legislature that Ministers of Labour would be interested (or would at least have the appearance of an interest) in outcomes as well as process. The legislature nevertheless proceeded to confer the power, perhaps to keep the Minister politically accountable for its exercise. For the court to require the Minister to delegate the choice to an official in his Ministry in the face of the text of s. 6(5) would amount, I think, to a judicial amendment of the legislation.

I therefore conclude that the Minister's perceived interest in the outcome of s. 6(5) arbitrations does not bar him from exercising a statutory power of appointment conferred on him in clear and unequivocal language.

(b) *The Minister's Alleged Failure to Consult with the Unions About the Change in the Process of Appointments*

The unions claim that they were the beneficiaries of a long-standing appointments process that was regarded by the parties as entrenched and was unfairly changed "in one fell swoop" to the unions' detriment without notice or consultation. If established, such circumstance might well give rise to a claim of breach of procedural fairness. As stated by Le Dain J. in *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 653:

This Court has affirmed that there is, as a general common law principle, a duty of procedural fairness lying on every public authority making an administrative decision which is not of a legislative nature and which affects the rights, privileges or interests of an individual. . . .

The issue here is consultation. The unions say that when the Minister changed an entrenched appointments process, his decision was of an administrative nature and affected the vital interest of union members, namely the earning of their livelihood. Their interest was not remote, but directly engaged by the selection of those to be put in power

Même en 1965, au moment de l'adoption de la *LACTH*, le financement provincial des soins de santé était tel que les membres de l'opposition à l'Assemblée législative prévoient que les ministres du Travail auraient un intérêt (ou du moins l'apparence d'un intérêt) autant dans l'issue du processus que dans le processus même. Le législateur a néanmoins conféré le pouvoir en question, peut-être pour que le ministre demeure politiquement responsable de son exercice. J'estime que, compte tenu du libellé du par. 6(5), il y aurait modification judiciaire de la Loi si un tribunal judiciaire obligeait le ministre à déléguer son pouvoir de désignation à un fonctionnaire de son ministère.

Je conclus donc que la perception selon laquelle le ministre a un intérêt dans l'issue des arbitrages fondés sur le par. 6(5) ne l'empêche pas d'exercer le pouvoir de désignation que la Loi lui confère de manière claire et non équivoque.

b) *L'allégation voulant que le ministre n'ait pas consulté les syndicats au sujet de la modification du processus de désignation*

Les syndicats font valoir qu'ils bénéficiaient depuis longtemps d'un processus de désignation que les parties considéraient comme bien enraciné, et que ce processus a été « d'un seul coup » injustement modifié à leur détriment, sans préavis ni consultation. S'il est établi, ce fait pourrait donner lieu à un recours pour manquement à l'équité procédurale. Comme l'a affirmé le juge Le Dain dans l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, p. 653 :

Cette Cour a confirmé que, à titre de principe général de *common law*, une obligation de respecter l'équité dans la procédure incombe à tout organisme public qui rend des décisions administratives qui ne sont pas de nature législative et qui touchent les droits, privilèges ou biens d'une personne . . .

C'est la question de la consultation qui est en litige dans la présente affaire. Les syndicats prétendent que, lorsque le ministre a modifié un processus de désignation bien enraciné, sa décision était de nature administrative et touchait l'intérêt essentiel que leurs membres ont à gagner leur vie. Loin d'être éloigné, cet intérêt qu'ils avaient était

125

126

127

128

over the terms of their collective agreement. They consider the situation to be comparable to the facts in *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374 (H.L.).

129

Assuming the existence of a duty to consult in these circumstances, I think it was satisfied. All parties agree that there were extensive meetings at the time of Bill 136. Discussions were intense, sometimes strident, and at the highest levels. Both the Minister of Labour and the Deputy Minister signalled that the appointments process was subject to "reform" and that retired judges were potential candidates for s. 6(5) appointments. The unions made clear their opposition to anything short of a system based on mutual agreement. There was thus some notice of the proposed change and an opportunity to comment. I do not think, as a matter of general legal principle, that s. 6(5) imposed on the Minister a procedural requirement to consult with the parties to each arbitration from and after the general consultations in the fall of 1997. There was no history of such consultation in the past. As CUPE's witness Julie Davis testified:

Q. And I take it there that it was understood that it would not be necessary to consult first before appointing someone like Adams or Gold who was not on the list, so long as they had this expertise and wide acceptability?

A. That they could be appointed, yes. We didn't dispute people of that calibre; that's true.

130

It is evident from the cross-examinations filed in this case that the choice of hospital arbitrators was one of the flashpoints of the confrontation from June 1997 to February 1998 and continued to be so after the initial set of appointments of retired judges. The unions did not achieve their objective but they had no difficulty in making themselves heard. There was, with respect

directement touché par le choix des personnes qui exerceraient un pouvoir sur la détermination des conditions de leur convention collective. Ils jugent cette situation comparable aux faits de l'arrêt *Council of Civil Service Unions c. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374 (H.L.).

En supposant qu'une obligation de consulter existe dans ces cas, je crois que l'on s'en est acquitté. Toutes les parties reconnaissent que de nombreuses rencontres ont eu lieu à l'époque du projet de loi 136. Les discussions étaient animées, parfois mouvementées, et ont été tenues aux niveaux les plus élevés. Le ministre du Travail et le sous-ministre ont tous deux indiqué que le processus de désignation faisait l'objet d'une « réforme » et que les juges retraités étaient des candidats potentiels pour les désignations fondées sur le par. 6(5). Les syndicats se sont clairement opposés à tout système qui ne serait pas le fruit d'un commun accord. On a donc donné un avis du projet de modification ainsi que l'occasion de le commenter. Je ne pense pas que, depuis les consultations générales de l'automne 1997, le par. 6(5) impose au ministre l'obligation procédurale de consulter les parties à chaque arbitrage, et ce, à titre de principe juridique général. Aucune consultation semblable n'avait eu lieu dans le passé. Comme l'a affirmé le témoin du SCFP, Julie Davis :

[TRADUCTION]

Q. Et là j'imagine qu'il était entendu qu'il ne serait pas nécessaire de consulter avant de désigner une personne comme M. Adams ou M. Gold, qui n'était pas inscrite sur la liste, pourvu qu'elle ait cette expertise et qu'elle jouisse d'une grande acceptabilité?

R. Qu'ils pourraient être désignés, oui. Il est vrai qu'on ne contestait pas la désignation de personnes de ce calibre.

Il ressort clairement des contre-interrogatoires déposés en l'espèce que le choix des arbitres dans le secteur hospitalier a été l'un des éléments déclencheurs de l'affrontement qui a duré de juin 1997 à février 1998, et qu'il a continué d'en être ainsi après la première série de désignations de juges retraités. Les syndicats n'ont pas atteint leur objectif, mais ils n'ont eu aucune difficulté à se faire entendre. Il n'y

to the “changed process”, no refusal of consultation.

(c) *The Alleged Violation of the Doctrine of Legitimate Expectation in Refusing to Nominate Only Arbitrators Who Had Been Mutually Agreed Upon*

The doctrine of legitimate expectation is “an extension of the rules of natural justice and procedural fairness”: *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 557. It looks to the conduct of a Minister or other public authority in the exercise of a discretionary power including established practices, conduct or representations that can be characterized as clear, unambiguous and unqualified, that has induced in the complainants (here the unions) a reasonable expectation that they will retain a benefit or be consulted before a contrary decision is taken. To be “legitimate”, such expectations must not conflict with a statutory duty. See: *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *Baker, supra*; *Mount Sinai, supra*, at para. 29; *Brown and Evans, supra*, at para. 7:2431. Where the conditions for its application are satisfied, the Court may grant appropriate procedural remedies to respond to the “legitimate” expectation.

The Court of Appeal concluded, at para. 105, that “the Minister interfered with the legitimate expectations of the appellants and other affected unions, contrary to the principles and requirements of fairness and natural justice” and ordered the Minister to restrict his appointments to the s. 49(10) roster.

In my view, with respect, the conditions precedent to the application of the doctrine are not established in this case. The evidence of past practice is equivocal, and as a result the evidence of a promise to “return to” past practice is also equivocal. What Minister Elizabeth Witmer meant by “a return to the sector-based system of appointing arbitrators” (*Standing Committee on Resources Development, supra*, at p. R-2577), and what she was understood by the unions to mean, depends on what they now

a eu, au sujet du « processus modifié », aucun refus de procéder à des consultations.

c) *L'allégation de violation de la règle de l'expectative légitime en raison du refus de désigner uniquement des arbitres sur lesquels les parties s'étaient entendues*

La règle de l'expectative légitime est « le prolongement des règles de justice naturelle et de l'équité procédurale » : *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 557. Elle s'attache à la conduite d'un ministre ou d'une autre autorité publique dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire — y compris les pratiques établies, la conduite ou les affirmations qui peuvent être qualifiées de claires, nettes et explicites — qui a fait naître chez les plaignants (en l'espèce, les syndicats) l'expectative raisonnable qu'ils conserveront un avantage ou qu'ils seront consultés avant que soit rendue une décision contraire. Pour être « légitime », une telle expectative ne doit pas être incompatible avec une obligation imposée par la loi. Voir : *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Baker*, précité; *Mont-Sinaï*, précité, par. 29; *Brown et Evans, op. cit.*, par. 7:2431. Lorsque les conditions d'application de la règle sont remplies, la cour peut accorder une réparation procédurale convenable pour répondre à l'expectative « légitime ».

La Cour d'appel a conclu, au par. 105, que [TRADUCTION] « le ministre a contrecarré les attentes légitimes des appelants et des autres syndicats touchés, contrairement aux principes et aux exigences de l'équité et de la justice naturelle », et lui a ordonné de ne désigner que des personnes inscrites sur la liste dressée en vertu du par. 49(10).

J'estime, en toute déférence, que l'existence des conditions préalables à l'application de cette règle n'est pas établie en l'espèce. La preuve de la pratique suivie antérieurement est équivoque et, partant, la preuve d'une promesse de « retour » à l'ancien système est, elle aussi, équivoque. Ce que la ministre Elizabeth Witmer entendait par [TRADUCTION] « retour au système sectoriel de désignation des arbitres » (*Comité permanent du développement des ressources, op. cit.*, p. R-2577), et ce que les

131

132

133

say were their respective prior understandings of "the system". The Minister says the "sector-based system" was the *HLDA*, including the broad latitude afforded to him by s. 6(5). The unions say the "sector-based system" was the s. 49(10) roster.

syndicats ont compris, dépend de la compréhension qu'ils affirment maintenant avoir respectivement eue du « système » dans le passé. Le ministre prétend que le « système sectoriel » était celui de la *LACTH* — avec la grande latitude que lui accorde le par. 6(5). Les syndicats rétorquent que le « système sectoriel » était celui de la liste dressée en vertu du par. 49(10).

134

The evidence shows, I think, that the "system" varied, both from Minister to Minister, and during the tenure of particular Ministers. Between 1982 and 1997 (considered by both parties to be the relevant period), the appointments of *HLDA* chairpersons from the s. 49(10) list dropped from 100 percent in 1982/83 to a low of 66 percent in 1985/86 (and 66 percent again in 1986/87). The Deputy Minister testified that "in [1986/87], there were 58 ministerial appointments and of those 19 of the appointees were not on the list and in [1987/88], there were 80 ministerial appointments and 26 were not on the list" (emphasis added). The use of the s. 49(10) roster rose to 98 percent in 1996/97 before dropping back to 90 percent in 1997/98. CUPE witness Julie Davis testified that her union gladly accepted chairpersons such as Harry Waisglass and Ray Illing who were not on the s. 49(10) list:

So we wouldn't have even questioned their appointment, whether they were on the list or not on the list, because we know them to be, as I said, well-respected people who understand workplace issues and labour relations — in a labour relations context and had high credibility in terms of being able to work with workplace parties.

À mon avis, la preuve démontre que le « système » a changé d'un ministre à l'autre, et pendant le mandat de certains ministres. Entre 1982 et 1997 (période que les deux parties jugent pertinente), le pourcentage des personnes inscrites sur la liste dressée en vertu du par. 49(10) qui ont été désignées à la présidence de conseils d'arbitrage constitués en application de la *LACTH*, qui était de 100 pour 100 en 1982-1983, est tombé à 66 pour 100 en 1985-1986 (demeurant à 66 pour 100 en 1986-1987). Le sous-ministre a témoigné que, [TRADUCTION] « [en 1986-1987], le ministre a désigné 58 personnes dont 19 n'étaient pas inscrites sur la liste, et [qu'en 1987-1988], il en a désigné 80 dont 26 n'étaient pas inscrites sur la liste » (je souligne). Le pourcentage de cas où la liste dressée en vertu du par. 49(10) a été utilisée a atteint 98 pour 100 en 1996-1997, pour ensuite tomber à 90 pour 100 en 1997-1998. Le témoin du SCFP, Julie Davis, a déclaré que son syndicat avait bien accueilli des présidents comme Harry Waisglass et Ray Illing, qui n'étaient pas inscrits sur la liste dressée en vertu du par. 49(10) :

[TRADUCTION] Ainsi, nous n'aurions même pas contesté leur désignation, qu'ils aient ou non figuré sur la liste, parce que nous savons que ce sont, comme je l'ai dit, des personnes très respectées qui comprennent les enjeux du milieu de travail et des relations du travail — dans un contexte de relations du travail, et qui jouissaient d'une grande crédibilité sur le plan de leur capacité de travailler avec les parties en cause.

135

As previously noted, there is no mention in the *HLDA* of s. 49(10) even though numerous other sections of the *Labour Relations Act, 1995* are explicitly referenced. Whether or not successive Ministers or their delegates limited themselves to the list seems to have been a matter of policy and individual preference. I agree that the evidence

Comme nous l'avons vu, il n'y a aucune mention du par. 49(10) dans la *LACTH* même si on y trouve des renvois explicites à de nombreux autres articles de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*. Le fait que les ministres qui se sont succédé ou leurs délégués s'en soient tenus ou ne s'en soient pas tenus à la liste semble avoir été une question de politi-

shows frequent resort of successive Ministers to the s. 49(10) list, but it equally shows considerable variation, which suggests that successive Ministers did not consider such resort to be obligatory. Moreover, as stated, not everyone on the s. 49(10) list, which was addressed primarily to "grievance" arbitrators, was thought by the parties to be suitable for "interest arbitrations". CUPE's witness, Julie Davis, in her reply affidavit, affirmed that "we were concerned that the Ministry might appoint arbitrators from the roster who have little or no experience in mediation". There thus appears to be no compelling basis in the evidence to restrict the *HLDA* to the roster of candidates compiled under s. 49(10) of the *Labour Relations Act, 1995*.

The evidentiary basis of the unions' contention that chairpersons were to be selected on the basis of mutual agreement is their contention that the Minister made routine resort to the s. 49(10) roster in which the unions had a voice through LMAC. If, as I have concluded, the s. 49(10) argument does not succeed on the facts, the unions' related argument that appointments were subject to mutual acceptability falls with it. For reasons already discussed, I believe that s. 6(5) contemplates the appointment of chairpersons broadly acceptable to labour and management, but that is different from the veto claimed by the unions on a case-by-case basis.

The evidence of an alleged promise to return to the *status quo* was equivocal. In her press release dated September 18, 1997, announcing the government's retreat on Bill 136, the Minister stated:

The union movement has requested a return to the current legislative provision governing the appointment of arbitrators. Our amendments would do that. [Emphasis added.]

que générale et de préférence individuelle. Certes, la preuve démontre que les ministres qui se sont succédé ont souvent eu recours à la liste dressée en vertu du par. 49(10), mais elle témoigne également d'une grande fluctuation qui indique que les ministres ne se considéraient pas tenus d'y recourir. De plus, je le répète, les parties ne considéraient pas que les personnes inscrites sur la liste dressée en vertu du par. 49(10) — qui était destinée surtout à l'arbitrage de « griefs » — étaient toutes aptes à faire des « arbitrages de différends ». Le témoin du SCFP, Julie Davis, a confirmé dans sa réponse sous forme d'affidavit que [TRADUCTION] « nous étions préoccupés par la possibilité que le ministre désigne éventuellement des arbitres inscrits sur la liste qui avaient peu ou pas d'expérience en matière de médiation ». Rien dans la preuve ne semble donc commander de limiter l'application de la *LACTH* à la liste de candidats dressée en vertu du par. 49(10) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*.

Les syndicats font valoir, à l'appui de leur affirmation selon laquelle les présidents et présidentes devaient être choisis d'un commun accord, que le ministre avait coutume de recourir à la liste dressée en vertu du par. 49(10), au sujet de laquelle ils pouvaient se faire entendre par l'intermédiaire du CCSP. Si, comme je l'ai conclu, l'argument fondé sur le par. 49(10) doit être rejeté à la lumière des faits, l'argument connexe des syndicats selon lequel les désignations devaient être acceptables par les parties échouera également. Pour les motifs déjà exposés, je crois que le par. 6(5) prévoit la désignation de présidents généralement acceptables par les syndicats et le patronat, ce qui est toutefois différent du veto dont les syndicats veulent se prévaloir dans chaque cas.

La preuve qu'il y aurait eu promesse de retour au statu quo était équivoque. Dans le communiqué de presse daté du 18 septembre 1997, où elle annonçait le retrait du projet de loi 136 par le gouvernement, la ministre déclarait :

[TRADUCTION] Le mouvement syndical a demandé le retour à la disposition législative actuelle qui régit la désignation des arbitres. C'est ce que feraient nos modifications. [Je souligne.]

136

137

138 On September 23, 1997, the Minister told the legislative Standing Committee:

After a very productive and lengthy consultation, the government has decided it will not proceed with establishing a dispute resolution commission to conduct interest arbitration in the police, fire and hospital sectors. Instead, the government is proposing a return to the sector-based system of appointing arbitrators to resolve disputes in these three particular areas and reforming the existing arbitration systems as they are set out in the Fire Protection and Prevention Act, the Police Services Act and the Hospital Labour Disputes Arbitration Act. [Emphasis added.]

(Standing Committee on Resources Development, *supra*, at p. R-2577)

At least to some extent, the Minister gave with one hand (a "return" to the "sector-based system" instead of a Dispute Resolution Commission) what she took away with the other (the existing system would be "reformed").

139 With respect to meetings between the unions and government representatives at the time of Bill 136, the Deputy Minister of Labour testified:

Union representatives expressed concern at the lack of any assurances about how the appointments would be made. A lengthy and heated discussion took place about this issue. I recall the following exchange between Howard Goldblatt (speaking for the union representatives) and John Lewis and me (speaking for government representatives):

Q: Will you seek our agreement before adding anyone to the pool?

A: No.

Q: Will you consult with us before adding someone to the pool?

A: No.

Q: Let's determine the list of arbitrators right now.

A: No.

140 In her June 5, 1997 press interview, then Minister Witmer had indicated that academics and judges

Le 23 septembre 1997, la ministre déclarait devant le Comité législatif permanent :

[TRADUCTION] Après avoir procédé à une longue et très fructueuse consultation, le gouvernement a décidé de ne pas créer une commission de règlement des différends qui serait chargée d'arbitrer les différends dans les secteurs de la police, des pompiers et des hôpitaux. Le gouvernement propose plutôt un retour au système sectoriel de désignation des arbitres pour régler les différends dans ces trois secteurs particuliers et une réforme des systèmes d'arbitrage existants énoncés dans la Loi sur la prévention et la protection contre l'incendie, la Loi sur les services policiers et la Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux. [Je souligne.]

(Comité permanent du développement des ressources, *op. cit.*, p. R-2577)

La ministre a, dans une certaine mesure du moins, donné d'une main (le « retour » au « système sectoriel » au lieu d'une commission de règlement des différends) ce qu'elle a repris de l'autre (la « réforme » du système existant).

Au sujet des rencontres ayant eu lieu entre les syndicats et les représentants du gouvernement à l'époque du projet de loi 136, le sous-ministre du Travail a fait le témoignage suivant :

[TRADUCTION] Les représentants syndicaux se sont dits préoccupés par l'absence de promesse concernant le mode de désignation. Une discussion longue et animée a eu lieu à ce sujet. Je me souviens de l'échange suivant entre Howard Goldblatt (au nom des représentants syndicaux) et John Lewis et moi (au nom des représentants du gouvernement) :

Q. Nous demanderez-vous notre accord avant d'ajouter un nom à la réserve de candidats?

R. Non.

Q. Nous consulterez-vous avant d'ajouter une personne à la réserve de candidats?

R. Non.

Q. Dressons immédiatement la liste d'arbitres.

R. Non.

Dans l'entrevue qu'elle accordait à la presse le 5 juin 1997, la ministre Witmer avait indiqué que

might be used to staff the dispute resolution commission (*The Record*, Kitchener-Waterloo, June 5, 1997, p. B5).

The Deputy Minister further testified that in his meetings with union representatives on September 20, 1997, he

expressly stated that union representatives would see some new faces whom they had not seen before. I indicated that my personal best guess was that there would not be many such people, but that union representatives should expect such appointments.

Two possible "new faces" expressly mentioned were George Adams and Alan Gold, both of whom are retired judges.

The unions rely on an alleged "understanding" which was described in a letter to the Minister dated March 10, 1998 from Wayne Samuelson, President of the OFL:

The understanding between labour and government [in the discussions about Bill 136] was that the government would not add to the existing roster of accepted and experienced labour arbitrators without consultation, and would appoint interest arbitrators only from those on the list of arbitrators who had conducted interest arbitrations in the past, unless the appointment was of an individual who had broad experience as an interest arbitrator and enjoyed wide acceptability in the labour relations community. [Emphasis added.]

Apart from whether or not there was such a roster, the importance of this statement by the unions, speaking through the OFL, is that it would be quite acceptable to appoint "an individual who had broad experience as an interest arbitrator and enjoyed wide acceptability in the labour relations community" apparently regardless of whether such an individual was on the s. 49(10) list or any other "list".

On April 6, 1998, Mr. Samuelson of the OFL again wrote to the Minister basing his complaint on the Minister's statement that:

des professeurs d'université et des juges pourraient éventuellement siéger à la commission de règlement des différends (*The Record*, Kitchener-Waterloo, 5 juin 1997, p. B5).

Le sous-ministre a ajouté qu'au moment où il avait rencontré les représentants syndicaux le 20 septembre 1997, il avait

[TRADUCTION] précisé que les représentants syndicaux verraient de nouveaux visages qu'ils n'avaient jamais vus auparavant. J'ai indiqué que, d'après moi, il n'y en aurait pas beaucoup, mais que les représentants syndicaux devraient s'attendre à ce genre de désignations.

Les deux « nouveaux visages » possibles, mentionnés expressément, étaient George Adams et Alan Gold, tous deux juges retraités.

Les syndicats s'appuient sur une « entente » qui serait intervenue et que le président de la FTO, Wayne Samuelson, décrit dans une lettre adressée au ministre le 10 mars 1998 :

[TRADUCTION] L'entente intervenue entre les syndicats et le gouvernement (lors des discussions portant sur le projet de loi 136), prévoyait que le gouvernement n'ajouterait aucun nom, sans consulter, à la liste existante d'arbitres en droit du travail acceptés et expérimentés, et qu'il désignerait les arbitres de différends uniquement parmi les personnes — inscrites sur cette liste — qui avaient déjà effectué des arbitrages de différends, sauf si la personne désignée possédait une vaste expérience comme arbitre de différends et si elle jouissait d'une grande acceptabilité dans le milieu des relations du travail. [Je souligne.]

Outre la question de savoir si une telle liste existait, l'importance de cette assertion des syndicats faite par l'entremise de la FTO réside dans le fait qu'il serait tout à fait acceptable de désigner « la personne [...] posséd[ant] une vaste expérience comme arbitre de différends et [...] jouiss[ant] d'une grande acceptabilité dans le milieu des relations du travail », peu importe, semble-t-il, que cette personne soit ou non inscrite sur la liste dressée en vertu du par. 49(10) ou sur toute autre « liste ».

Le 6 avril 1998, M. Samuelson de la FTO a de nouveau écrit au ministre en appuyant sa plainte sur la déclaration du ministre selon laquelle

141

142

143

144

The police and hospital sectors will continue under existing systems for appointment of arbitrators.

According to Mr. Samuelson:

This is as explicit and precise a statement as anyone could have hoped for. Indeed, this is precisely the point raised at our meeting with you at the OFL offices on March 10, 1998, and repeated in my letter to you of the same date, namely, that the understanding between labour and government was that the government would appoint interest arbitrators only from those on the list of arbitrators who had conducted interest arbitrations in the past.

This resurrects the s. 49(10) roster argument. Mr. Samuelson continued:

We further understood that should the government find it necessary to add further names to the existing roster of accepted and experienced labour arbitrators, it would only appoint persons with broad experience as an arbitrator. Should this latter case be necessary, it was agreed that the government would engage in genuine consultations on the matter.

145 Mr. Samuelson undoubtedly felt betrayed by the turn of events and attempted to make the best of a difficult situation. The evidence in support of the various agreements and "understandings" he alleges is not clear and it is certainly not unqualified or unambiguous. To bind the exercise of the Minister's discretion the evidence of the promise or undertaking by the Minister or on his behalf must generally be such as, in a private law context, would be sufficiently certain and precise as to give rise to a claim for breach of contract or estoppel by representation: *In re Preston*, [1985] A.C. 835 (H.L.), at p. 866, *per* Lord Templeman.

146 In my view, the evidence does not establish a firm "practice" in the past of appointing from a *HLDA* list, or from the s. 49(10) list, or proceeding by way of "mutual agreement". A general promise "to continue under the existing system" where the reference to the system itself is ambiguous, and in any event

[TRANSDUCTION] [I]es secteurs de la police et des hôpitaux continueront d'être régis par le système existant de désignation des arbitres.

Selon M. Samuelson,

[TRANSDUCTION] [c]'est la déclaration la plus précise et la plus explicite que l'on pouvait espérer. En effet, il s'agit exactement de la question soulevée lors de notre rencontre du 10 mars 1998 dans les bureaux de la FTO, et réitérée dans la lettre que je vous adressais le même jour, à savoir que l'entente intervenue entre les syndicats et le gouvernement prévoyait que ce dernier désignerait les arbitres de différends uniquement parmi les personnes — inscrites sur la liste — qui avaient déjà effectué des arbitrages de différends.

Cela a pour effet de raviver l'argument fondé sur la liste dressée en vertu du par. 49(10). Monsieur Samuelson a ajouté :

[TRANSDUCTION] Nous avons en outre compris que, si le gouvernement jugeait nécessaire d'ajouter d'autres noms à la liste existante d'arbitres en droit du travail acceptés et expérimentés, il ne désignerait que les personnes possédant une vaste expérience comme arbitre. Il était entendu que, si cela s'avérait nécessaire, le gouvernement procéderait à de véritables consultations à ce sujet.

Monsieur Samuelson s'est sans doute senti trahi par la tournure des événements et a tenté de tirer le meilleur parti possible de cette situation délicate. La preuve présentée à l'appui des divers accords et « ententes » dont il allègue l'existence n'est pas claire et n'est sûrement pas nette ou explicite non plus. Pour obliger le ministre à exercer son pouvoir discrétionnaire, la preuve d'un engagement ou d'une promesse de sa part ou de la part d'une autre personne agissant en son nom doit généralement être telle que, dans un contexte de droit privé, elle serait assez indiscutable et précise pour donner lieu à une action pour inexécution de contrat ou à la préclusion résultant d'une affirmation : *In re Preston*, [1985] A.C. 835 (H.L.), p. 866, lord Templeman.

À mon avis, la preuve n'établit pas l'existence, dans le passé, d'une « pratique » bien établie consistant à faire les désignations à partir d'une liste dressée en vertu de la *LACTH* ou de celle dressée en vertu du par. 49(10), ou encore à les faire « d'un commun accord ». Une promesse générale de « maintenir le

was stated by the Minister to be subject to reform, cannot bind the Minister's exercise of his or her s. 6(5) discretion as urged by the unions under the doctrine of legitimate expectation.

I therefore turn to the attack on the appointments as such and, as a necessary preliminary step, the determination of the appropriate standard of review.

(3) The Standard of Review of the Minister's Appointments

The Court's response to the unions' challenge to the Minister's appointments will be conditioned in part on the answer to the *Bibeault* question:

Did the legislator intend [*these* appointments] to be within the jurisdiction conferred on the [Minister]?

(*Bibeault*, *supra*, at p. 1087; see also *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, at para. 16.)

To put the *Bibeault* question in its proper perspective, the courts have enlarged the inquiry beyond the specific formula of words conferring the statutory power. This "pragmatic and functional" approach to ascertain the legislative intent requires an assessment and balancing of relevant factors, including (1) whether the legislation that confers the power contains a privative clause; (2) the relative expertise as between the court and the statutory decision maker; (3) the purpose of the particular provision and the legislation as a whole; and (4) the nature of the question before the decision maker: see *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, at para. 30; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, at para. 26; and *Law Society of New Brunswick v.*

système existant » — alors que la mention du système lui-même est ambiguë et que le système était, en tout état de cause, sujet à une réforme, selon le ministre — ne saurait obliger le ministre à exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 6(5), comme le font valoir les syndicats, qui invoquent la règle de l'expectative légitime.

J'aborde donc la contestation des désignations proprement dites et, à titre d'étape préliminaire nécessaire, la détermination de la norme de contrôle applicable.

(3) La norme de contrôle applicable aux désignations ministérielles

La réponse que la Cour donnera à la contestation par les syndicats des désignations ministérielles dépendra en partie de celle donnée à la question posée dans l'arrêt *Bibeault* :

Le législateur a-t-il voulu [que ces désignations] relève[nt] de la compétence conférée au [ministre]?

(*Bibeault*, précité, p. 1087; voir également *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, par. 16.)

Afin de replacer la question de l'arrêt *Bibeault* dans son contexte, les tribunaux judiciaires ont poussé leur examen au-delà de la formulation utilisée pour conférer le pouvoir légal. Cette méthode « pragmatique et fonctionnelle » qui sert à déterminer l'intention du législateur exige l'appréciation et la conciliation de facteurs pertinents, notamment : (1) la présence ou l'absence d'une clause privative dans la loi conférant le pouvoir; (2) l'expertise du tribunal judiciaire relativement à celle du décideur légal; (3) l'objet de la disposition en cause et de la loi dans son ensemble; (4) la nature de la question soumise au décideur : voir *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 30; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*,

147

148

149

*Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, at para. 27. The examination of these four factors, and the "weighing up" of contextual elements to identify the appropriate standard of review, is not a mechanical exercise. Given the immense range of discretionary decision makers and administrative bodies, the test is necessarily flexible, and proceeds by principled analysis rather than categories, seeking the polar star of legislative intent.

[2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 26; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, par. 27. L'examen de ces quatre facteurs, comme l'« évaluation » des éléments contextuels effectuée pour déterminer la norme de contrôle applicable, n'a rien de machinal. Compte tenu de la vaste gamme de décideurs discrectionnaires et d'organismes administratifs, le critère est forcément souple et fait appel à une analyse fondée sur des principes — plutôt qu'à des catégories — pour déterminer l'intention du législateur, qui doit nous guider.

150 The Court has also affirmed that the "pragmatic and functional approach" applies to the judicial review not only of administrative tribunals but of decisions of Ministers: *Baker*, *supra*; *Mount Sinai*, *supra*, at para. 54; *Dr. Q*, *supra*, at para. 21; *Ryan*, *supra*, at para. 21.

La Cour a également confirmé que « la méthode pragmatique et fonctionnelle » s'applique au contrôle judiciaire des décisions non seulement des tribunaux administratifs mais aussi des ministres : *Baker*, précité; *Mont-Sinaï*, précité, par. 54; *Dr Q*, précité, par. 21; *Ryan*, précité, par. 21.

151 I would affirm at the outset that the precise wording of the power of appointment of "a person who is, in the opinion of the Minister, qualified to act" (s. 6(5)) is a strong legislative signal, coupled with the privative clause (s. 7), that the Minister is to be afforded a broad latitude in making his selection.

Je confirme, au départ, que la formulation utilisée pour conférer le pouvoir du ministre de désigner « une personne qui, à son avis, est compétente pour agir en cette qualité [d'arbitre] » (par. 6(5)), combinée à la clause privative (art. 7), est une solide indication du législateur que le ministre doit jouir d'une grande latitude dans l'exercice de son choix.

152 The Minister, with the assistance of his officials, knows more about labour relations and its practitioners (including potential arbitrators) than do the courts. The question before him was one of selection amongst candidates he regarded as qualified. These factors call for considerable deference. The Minister says his appointments should be upheld unless they can be shown to be patently unreasonable. As was said in *Mount Sinai*, *supra*, in the concurring reasons, at para. 58:

Le ministre, aidé de ses fonctionnaires, a une meilleure connaissance du domaine des relations du travail et de ses praticiens (y compris les arbitres potentiels) que les tribunaux judiciaires. Il s'agissait pour lui d'exercer un choix parmi les candidats qu'il considérait compétents. Ces facteurs commandent une grande déférence. Le ministre soutient que ses désignations devraient être maintenues à moins qu'on puisse démontrer qu'elles sont manifestement déraisonnables. Comme l'indiquent les motifs concordants de l'arrêt *Mont-Sinaï*, précité, par. 58 :

Decisions of Ministers of the Crown in the exercise of discretionary powers in the administrative context should generally receive the highest standard of deference, namely patent unreasonableness. This case shows why. The broad regulatory purpose of the ministerial permit is to regulate the provision of health services "in the public interest". This favours a high degree of deference, as does the expertise of the Minister and his advisors, not to mention the position of the Minister in the upper echelon of decision makers under statutory and prerogative powers.

La norme de retenue la plus élevée, celle du caractère manifestement déraisonnable, doit généralement être appliquée aux décisions que prennent des ministres en exerçant des pouvoirs discrectionnaires en contexte administratif. La présente affaire montre pourquoi il doit en être ainsi. Le permis délivré par le ministre a pour objet général de régir la prestation de services de santé conformément à « l'intérêt public ». Cela favorise l'adoption d'une norme de retenue élevée, tout comme le fait l'expertise du ministre et de ses conseillers, sans compter la

The exercise of the power turns on the Minister's appreciation of the public interest, which is a function of public policy in its fullest sense.

Against the strong pull of these factors towards the highest degree of deference, the unions stake their case on the purpose of s. 6(5) and the *HLDA* as a whole. In the weighing-up exercise, they say, the clearest guidance in this case to legislative intent is to focus on the job s. 6(5) was designed to do. The legal context is different from *Mount Sinai*. The Minister is not promulgating broad policy. He is asked to make an appointment which the parties, had they been able to agree, could have made for themselves. The specialized purpose of the *HLDA* — to provide an adequate substitution for strikes and lockouts, and thereby to achieve industrial peace — provides a relatively narrow context, say the unions, within which the words of s. 6(5) must be understood. In this respect, they point to the standard of reasonableness *simpliciter* adopted in *Baker, supra*, at para. 62.

I accept the unions' distinction between this case and *Mount Sinai*, but a ministerial discretion need not be wide open to attract the protection of the patent unreasonableness standard. On the other hand, *Baker* was an unusual case because the decision was effectively delegated to lower ranking officials whose discretion was itself circumscribed in some detail by ministerial guidelines (paras. 13-17); see *Suresh, supra*, at paras. 36-37. It thus provides little authority for withholding the highest standard of deference from appointments that were clearly and unequivocally made by the Minister of Labour himself.

Nor is the Court's recent decision in *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11, of particular assistance to the unions. In that case, this Court, *per* Arbour J., reviewed "the interpretation given by the [Judicial]

position élevée que ce dernier occupe dans la hiérarchie des décideurs qui exercent une prérogative ou un pouvoir conféré par la loi. L'exercice du pouvoir dépend de ce que le ministre considère être dans l'intérêt public, ce qui est un excellent exemple de mesure touchant l'intérêt public.

À l'argument voulant que ces facteurs commandent fortement le plus haut degré de déférence, les syndicats opposent l'objet du par. 6(5) et de la *LACTH* dans son ensemble. Ils prétendent qu'en procédant à l'évaluation le meilleur moyen de déterminer l'intention du législateur en l'espèce est de se concentrer sur ce que le par. 6(5) avait pour but de réaliser. Le contexte juridique est différent de celui de l'affaire *Mont-Sinaï*. Le ministre n'édicte pas une politique générale. On lui demande de faire une désignation que les parties, si elles avaient pu s'entendre, auraient pu faire elles-mêmes. L'objet spécial de la *LACTH* — qui est de prévoir un moyen adéquat de remplacer la grève et le lock-out et de maintenir ainsi la paix industrielle — crée, au dire des syndicats, un contexte relativement étroit dans lequel les termes du par. 6(5) doivent être interprétés. À cet égard, ils attirent l'attention sur la norme de la décision raisonnable *simpliciter* adoptée dans l'arrêt *Baker*, précité, par. 62.

J'accepte la distinction que les syndicats établissent entre la présente affaire et l'affaire *Mont-Sinaï*, mais un pouvoir ministériel discrétionnaire n'a pas à être très large pour que la protection de la norme du caractère manifestement déraisonnable s'applique. Par ailleurs, l'affaire *Baker* était inhabituelle du fait que le soin de prendre une décision était délégué, en réalité, à des fonctionnaires subalternes dont le pouvoir discrétionnaire était lui-même assez circonscrit par des lignes directrices du ministère (par. 13-17); voir *Suresh*, précité, par. 36-37. Ainsi, l'arrêt *Mont-Sinaï* ne justifie guère le refus d'appliquer la norme de retenue la plus élevée aux désignations faites clairement et sans équivoque par le ministre du Travail lui-même.

L'arrêt récent de notre Cour *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11, n'est pas non plus d'un grand secours aux syndicats. Dans cette affaire, la Cour, sous la plume de la juge Arbour, a

153

154

155

Council to the scope of its mandate based on its interpretation of s. 6.11(4) of its enabling statute" according to the reasonableness *simpliciter* standard of review (para. 67). That having been done, however, Arbour J. moved to the "ultimate decision of the Council to recommend the removal", which she characterized as a question of mixed law and fact, and determined that the appropriate standard of review in *that* respect was patent unreasonableness (paras. 68-69). In that case, the decision maker's interpretation of its enabling statute had emerged as a distinct issue before all levels of court, and it was convenient to deal with the legal determination and the ultimate decision separately. Here, these issues are bundled.

156 This does not mean, however, that the limited nature of the Minister's mandate under s. 6(5) will be overlooked in the application of a patent unreasonableness standard. It must be an important factor, in this context, in assessing the reasonableness of his s. 6(5) appointments. As was pointed out in *Canadian Broadcasting Corp.*, *supra*, per Iacobucci J., at para. 49:

While the Board may have to be correct in an isolated interpretation of external legislation, the standard of review of the decision as a whole, if that decision is otherwise within its jurisdiction, will be one of patent unreasonableness. Of course, the correctness of the interpretation of the external statute may affect the overall reasonableness of the decision. Whether this is the case will depend on the impact of the statutory provision on the outcome of the decision as a whole.

In that case a CBC journalist, who was also president of the union representing CBC writers and performers, wrote an anti-free trade article in the union newspaper during the 1988 federal "free trade" election campaign. The CBC claimed that this publication was an act of partisan politics which compromised CBC journalistic ethics. The CBC forced him to choose between on-air journalism and the

examiné, en fonction de la norme de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter*, « la façon dont le Conseil [de la magistrature] a conçu la portée de son mandat selon son interprétation du par. 6.11(4) de sa loi habilitante » (par. 67). Toutefois, la juge Arbour s'est ensuite penchée sur la « décision finale du Conseil de recommander la révocation », qu'elle a qualifiée de question mixte de droit et de fait, et a décidé que la norme de contrôle applicable à *cet* égard était celle du caractère manifestement déraisonnable (par. 68-69). Dans cette affaire, l'interprétation que le décideur avait donnée de sa loi habilitante avait été une question distincte devant toutes les instances, et il convenait de traiter séparément la décision portant sur une question de droit et celle qui a été prise en définitive. En l'espèce, ces questions sont groupées.

Toutefois, cela ne signifie pas que, dans l'application de la norme du caractère manifestement déraisonnable, il ne sera pas tenu compte du caractère limité du mandat que le par. 6(5) confie au ministre. Dans ce contexte, il faut accorder de l'importance à ce facteur en appréciant le caractère raisonnable de ses désignations fondées sur le par. 6(5). Comme le juge Iacobucci l'a souligné dans l'arrêt *Société Radio-Canada*, précité, par. 49 :

Bien que le Conseil puisse être soumis à la norme du caractère correct dans l'interprétation isolée d'une loi autre que sa loi constitutive, la norme de contrôle applicable à l'ensemble de la décision, à supposer que celle-ci soit par ailleurs conforme à la compétence du Conseil, sera celle du caractère manifestement déraisonnable. Évidemment, la justesse de l'interprétation de la loi non constitutive pourra influencer sur le caractère raisonnable global de la décision, mais cela tiendra à l'effet de la disposition législative en question sur la décision dans son ensemble.

Dans cette affaire, un journaliste de la SRC, également président du syndicat représentant les auteurs et les artistes, était l'auteur d'un article contre le libre-échange paru dans le bulletin du syndicat, au cours de la campagne électorale fédérale de 1988 qui avait été axée notamment sur le libre-échange. La SRC a prétendu que cette publication constituait un acte de politique partisane

presidency of the union. He chose journalism. The union complained about the CBC's conduct to the Canada Labour Relations Board. In assessing the union's complaint, the Board was required to consider the CBC's mandate set out in the *Broadcasting Act* (an "external" statute). On an application for judicial review to the Federal Court of Appeal, the Board's interpretation of the *Broadcasting Act* was an issue bound up with its determination of an unfair labour practice under s. 94(1)(a) of the *Canada Labour Code* (the Board's "enabling" statute). The Court treated the first issue as input to the second issue, which was in fact the decision sought to be judicially reviewed.

I conclude, therefore, that the answer to the *Bibeault* question in this case is that the legislature intended the Minister's s. 6(5) appointments to prevail unless his selection is shown to be patently unreasonable.

(4) When Does a Decision Rise to the Level of Patent Unreasonableness?

On what basis can the Minister's appointments be said not only to depart from a reasonableness standard, but to fail even the most deferential standard of patent unreasonableness?

In *Southam, supra*, Iacobucci J. described, at para. 57, how reasonableness *simpliciter* differs from patent unreasonableness:

The difference between "unreasonable" and "patently unreasonable" 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

qui allait à l'encontre de son code de déontologie journalistique. Forcée par la SRC à choisir entre son poste de journaliste à la radio et la présidence du syndicat, la personne en question a opté pour le journalisme. Le syndicat s'est plaint de la conduite de la SRC auprès du Conseil canadien des relations du travail. En examinant la plainte du syndicat, le Conseil devait tenir compte du mandat de la SRC énoncé dans la *Loi sur la radiodiffusion* (une loi « non constitutive »). Lors d'une demande de contrôle judiciaire adressée à la Cour d'appel fédérale, la question de l'interprétation que le Conseil avait donnée de la *Loi sur la radiodiffusion* était liée à sa décision — fondée sur l'al. 94(1)a) du *Code canadien du travail* (la loi « habilitante » du Conseil) — qu'il y avait eu pratique déloyale. La cour a considéré que la première question était utile pour trancher la seconde question qui était, en réalité, la décision visée par la demande de contrôle judiciaire.

Je conclus donc que la réponse qui doit être donnée, en l'espèce, à la question de l'arrêt *Bibeault* est que le législateur a voulu que les désignations ministérielles fondées sur le par. 6(5) soient maintenues, sauf s'il est démontré que le ministre a fait un choix manifestement déraisonnable.

(4) Quand une décision devient-elle manifestement déraisonnable?

Comment peut-on dire que les désignations ministérielles s'écartent non seulement de la norme de la décision raisonnable, mais encore qu'elles ne satisfont même pas à la norme du caractère *manifestement* déraisonnable qui commande la plus grande déférence?

Dans l'arrêt *Southam*, précité, par. 57, le juge Iacobucci a décrit ainsi la différence entre la décision raisonnable *simpliciter* et la décision manifestement déraisonnable :

La différence entre « déraisonnable » et « manifestement déraisonnable » 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

157

158

159

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.

décélérer 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.

160 The Court recently returned to the distinction between reasonableness *simpliciter* and patent unreasonableness in *Ryan*, at para. 52:

In *Southam*, *supra*, at para. 57, the Court described the difference between an unreasonable decision and a patently unreasonable one as rooted "in the immediacy or obviousness of the defect". Another way to say this is that a patently unreasonable defect, once identified, can be explained simply and easily, leaving no real possibility of doubting that the decision is defective. . . . A decision that is patently unreasonable is so flawed that no amount of curial deference can justify letting it stand.

La Cour est revenue récemment, dans l'arrêt *Ryan*, précité, par. 52, sur la distinction entre la décision raisonnable *simpliciter* et la décision manifestement déraisonnable :

Dans *Southam*, précité, par. 57, la Cour explique que la différence entre une décision déraisonnable et une décision manifestement déraisonnable réside « dans le caractère flagrant ou évident du défaut ». Autrement dit, dès qu'un défaut manifestement déraisonnable a été relevé, il peut être expliqué simplement et facilement, de façon à écarter toute possibilité réelle de douter que la décision est viciée. [. . .] Une décision qui est manifestement déraisonnable est à ce point viciée qu'aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de la maintenir.

161 The term "patent unreasonableness" predates *Bibeault* (1988), and the birth of the pragmatic and functional approach: see *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382, and *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227. It was intended to identify a highly deferential standard of review to protect administrative decision makers from excessive judicial intervention. In that sense, it was incorporated as the most deferential standard in the subsequent case law: see, e.g., *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Baker*, *supra*, at para. 56, and *Suresh*, *supra*, at para. 29. Patent unreasonableness simply

L'expression « décision (ou caractère) manifestement déraisonnable » est plus ancienne que l'arrêt *Bibeault* (1988) et l'analyse pragmatique et fonctionnelle : voir *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382, et *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227. Elle devait servir à décrire une norme de contrôle commandant une très grande déférence qui permettrait de soustraire les instances décisionnelles administratives à l'intervention excessive des tribunaux judiciaires. C'est dans ce sens que la jurisprudence subséquente en a fait la norme commandant la plus grande déférence : voir, par exemple,

identifies the point where, as stated in *Ryan, supra*, “no amount of curial deference can justify letting [the decision] stand” (para. 52).

When reviewing a decision on the less deferential reasonableness *simpliciter* standard, judges may obviously have to let stand what they perceive to be an incorrect decision.

If we could conclude on this record that different Ministers of Labour, acting reasonably, could have come to different conclusions about the need for expertise and general acceptability in the labour relations community to chair *HLDA* boards, and that this Minister’s approach was within such a range of reasonable opinions, we would be guided by the legislative intent, as assessed under the pragmatic and functional test, to defer to his choices.

However, applying the more deferential patent unreasonableness standard, a judge should intervene if persuaded that there is no room for reasonable disagreement as to the decision maker’s failure to comply with the legislative intent. In a sense, like the correctness standard, the patently unreasonable standard admits only one answer. A correctness approach means that there is only one proper answer. A patently unreasonable one means that there could have been many appropriate answers, but not the one reached by the decision maker.

A patently unreasonable appointment, then, is one whose defect is “immedia[te] or obviou[s]” (*Southam, supra*, at para. 57), and so flawed in terms of implementing the legislative intent that no

*National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Baker*, précité, par. 56; *Suresh*, précité, par. 29. Le caractère manifestement déraisonnable décrit simplement le point où, comme le précise l’arrêt *Ryan*, précité, « aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de [. . .] maintenir [la décision] » (par. 52).

Lorsqu’ils contrôlent une décision selon la norme de la décision raisonnable *simpliciter* qui commande moins de déférence, les juges peuvent évidemment devoir maintenir une décision qu’ils considèrent incorrecte. 162

Si, à la lecture du dossier, nous pouvions conclure, d’une part, que différents ministres du Travail, agissant raisonnablement, auraient pu arriver à différentes conclusions sur la nécessité de satisfaire à des critères d’expertise et d’acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail pour pouvoir présider un conseil établi en vertu de la *LACTH*, et d’autre part, que l’approche adoptée, en l’espèce, par le ministre se situait dans cette fourchette d’opinions raisonnables, alors le recours à la méthode pragmatique et fonctionnelle pour déterminer l’intention du législateur nous amènerait à nous en remettre aux choix qu’il a faits. 163

Cependant, lorsqu’il applique la norme du caractère manifestement déraisonnable qui commande plus de déférence, le juge doit intervenir s’il est convaincu qu’il n’y a pas de place pour un désaccord raisonnable concernant l’omission du décideur de respecter l’intention du législateur. Dans un sens, une seule réponse est possible tant selon la norme de la décision correcte que selon celle du caractère manifestement déraisonnable. La méthode de la décision correcte signifie qu’il n’y a qu’une seule réponse appropriée. La méthode du caractère manifestement déraisonnable signifie que de nombreuses réponses appropriées étaient possibles, sauf celle donnée par le décideur. 164

Une désignation manifestement déraisonnable est donc celle qui comporte un défaut « flagrant ou évident » (*Southam*, précité, par. 57) et qui est à ce point viciée, pour ce qui est de mettre à exécution 165

amount of curial deference can properly justify letting it stand (*Ryan, supra*, at para. 52).

(5) Were the Minister's Appointments Challenged in This Case Patently Unreasonable?

166

Under this heading, I group the unions' two-pronged attack on the substance of the Minister's appointments, namely (a) that he did not restrict himself to the list of arbitrators established under s. 49(10) of the *Labour Relations Act, 1995*, and (b) that he rejected labour relations expertise and broad acceptability within the labour relations community as criteria for selection of chairpersons.

(a) *The Minister Did Not Restrict His Selections to the Section 49(10) List*

167

The Court of Appeal prohibited the Minister making s. 6(5) appointments "unless such appointments are made from the long-standing and established roster of experienced labour relations arbitrators" (para. 105). It seems the court was referring to the s. 49(10) list.

168

In a preceding discussion, I concluded that the Minister was not required, by reason of the doctrine of legitimate expectation, to limit his appointments to the s. 49(10) list, but the question at this later stage is whether it was patently unreasonable of him, as a matter of law, not to do so.

169

The principal CUPE witness, Julie Davis, in cross-examination, conceded that some of the arbitrators who are in fact on the s. 49(10) list were unacceptable to her union. The witness for the respondent Service Employees International Union, Marcelle Goldenberg, went even further in her affidavit:

It is my understanding that a significant number of all arbitrators on the [s. 49(10)] roster (including both those who were required to complete the Arbitrator Development Program and those who were placed

l'intention du législateur, qu'aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier logiquement de la maintenir (*Ryan*, précité, par. 52).

(5) Les désignations ministérielles contestées en l'espèce étaient-elles manifestement déraisonnables?

Sous cette rubrique, je vais examiner les deux arguments de fond que les syndicats ont invoqués à l'encontre des désignations ministérielles, à savoir a) que le ministre ne s'en est pas tenu à la liste d'arbitres dressée en vertu du par. 49(10) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, et b) qu'il a rejeté l'expertise en matière de relations du travail et l'acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail comme critères de sélection des présidents ou présidentes.

a) *Le ministre ne s'en est pas tenu à la liste dressée en vertu du par. 49(10) pour faire ses choix*

La Cour d'appel a interdit au ministre de faire des désignations fondées sur le par. 6(5) [TRADUCTION] « à moins que ces désignations ne soient faites à partir de la liste traditionnelle d'arbitres expérimentés en relations du travail » (par. 105). La cour semblait alors parler de la liste dressée en vertu du par. 49(10).

J'ai conclu précédemment que la règle de l'expectative légitime, n'obligeait pas le ministre à s'en tenir à la liste dressée en vertu du par. 49(10) pour faire ses désignations, mais la question à cette étape-ci est de savoir si, en droit, il était manifestement déraisonnable qu'il ne le fasse pas.

Le principal témoin du SCFP, Julie Davis, a reconnu en contre-interrogatoire que certains arbitres effectivement inscrits sur la liste dressée en vertu du par. 49(10) étaient inacceptables par son syndicat. Marcelle Goldenberg, témoin de l'intimée l'Union internationale des employés des services, est même allée plus loin dans son affidavit :

[TRADUCTION] Si je comprends bien, un nombre important d'arbitres inscrits sur la liste [dressée en vertu du par. 49(10)] (y compris ceux qui ont dû suivre et réussir le programme de formation des arbitres et ceux qui ont

directly on the roster) fail to meet the criteria of acceptability at their first review [four years after appointment] and are purged from the list.

Just as being on the s. 49(10) list is no guarantee of acceptability, so the unions' acceptance of non-s. 49(10) candidates, including Professor Weiler and Ray Illing, confirm the reasonableness of the Minister's view that candidates can qualify for s. 6(5) appointments without being on the s. 49(10) list.

The unions, speaking through the OFL, said that they would be satisfied with any individual "who had broad experience as an interest arbitrator and enjoyed wide acceptability in the labour relations community" (see para. 142 above). It would not be at all unreasonable for the Minister to adopt the same position. The Minister, accordingly, cannot be faulted for refusing to limit his selection to the s. 49(10) roster.

(b) *Rejecting the Criteria of "Labour Relations Expertise and Broad Acceptability Within the Labour Relations Community"*

Earlier in these reasons, I referred to Justice Rand's *dictum* in *Roncarelli* that the exercise of a discretion "is to be based upon a weighing of considerations pertinent to the object of the [statute's] administration" (p. 140). I propose briefly to supplement that *dictum* by reference to our more recent case law, then consider it in relation to the test for "patent unreasonableness" on the facts of this case.

(i) Exclusion from Consideration of Relevant Criteria

The principle that a statutory decision maker is required to take into consideration relevant criteria, as well as to exclude from consideration

été inscrits directement sur la liste) ne satisfont pas aux critères d'acceptabilité au moment de leur première évaluation [quatre ans après leur désignation] et sont rayés de la liste.

Tout comme le seul fait d'être inscrit sur la liste dressée en vertu du par. 49(10) n'est pas une garantie d'acceptabilité, l'acceptation par les syndicats de candidats non inscrits sur cette liste, dont le professeur Weiler et Ray Illing, confirme le caractère raisonnable de l'opinion du ministre selon laquelle des candidats non inscrits sur la liste dressée en vertu du par. 49(10) peuvent tout de même remplir les conditions requises pour être désignés en vertu du par. 6(5).

Les syndicats, par l'intermédiaire de la FTO, ont déclaré que toute personne [TRADUCTION] « posséda[nt] une vaste expérience comme arbitre de différends et [. . .] jouissa[nt] d'une grande acceptabilité dans le milieu des relations du travail » leur conviendrait (voir par. 142 ci-dessus). Il ne serait nullement déraisonnable que le ministre soit du même avis. En conséquence, on ne saurait reprocher au ministre d'avoir refusé de s'en tenir à la liste dressée en vertu du par. 49(10) pour faire ses choix.

b) *Le rejet des critères « d'expertise en matière de relations du travail et d'acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail »*

Plus tôt dans les présents motifs, j'ai mentionné la remarque du juge Rand dans l'arrêt *Roncarelli*, selon laquelle l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire [TRADUCTION] « doit se fonder sur l'examen des considérations reliées à l'objet de [l']administration [de la loi en cause] » (p. 140). Je me propose de compléter brièvement cette remarque par un renvoi à notre jurisprudence plus récente, pour ensuite l'examiner en fonction du critère du « caractère manifestement déraisonnable » et à la lumière des faits de la présente affaire.

(i) L'exclusion de critères pertinents comme facteurs à prendre en considération

Le principe voulant que le décideur légal soit tenu de prendre en considération les critères pertinents, tout comme il se doit d'exclure ceux qui ne

irrelevant criteria, has been reaffirmed on numerous occasions. In *Oakwood Development Ltd. v. Rural Municipality of St. François Xavier*, [1985] 2 S.C.R. 164, the issue was whether a municipal Council erred in refusing to consider an application for the subdivision of some land prone to flooding. Although the Council had considered that fact, it failed to consider the severity of those floods and excluded consideration of any possible solutions to the problem. Wilson J. stated, at pp. 174-75:

More specifically, was [the Council] entitled to consider the potential flooding problem and make it the ground of its decision to refuse approval of the subdivision? As Rand J. said in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140, any discretionary administrative decision must "be based upon a weighing of considerations pertinent to the object of the administration". For the reasons already given I am of the view that the Council was entitled to take the flooding problem into consideration. The issue does not, however, end there. As Lord Denning pointed out in *Baldwin & Francis Ltd. v. Patents Appeal Tribunal*, [1959] A.C. 663, at p. 693, the failure of an administrative decision-maker to take into account a highly relevant consideration is just as erroneous as the improper importation of an extraneous consideration. . . . The respondent municipality, therefore, must be seen not only to have restricted its gaze to factors within its statutory mandate but must also be seen to have turned its mind to all the factors relevant to the proper fulfilment of its statutory decision-making function.

173 Again, in *Reference re Bill 30, an Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, at p. 1191, Wilson J. noted:

It is, however, well established today that a statutory power to make regulations is not unfettered. It is constrained by the policies and objectives inherent in the enabling statute. A power to regulate is not a power to prohibit. It cannot be used to frustrate the very legislative scheme under which the power is conferred.

174 In my view, as will be seen, the appointment of retired judges as a class to chair *HLDA* arbitration boards had the effect of frustrating "the very

le sont pas, a été réitéré à maintes reprises. Dans l'arrêt *Oakwood Development Ltd. c. Municipalité rurale de St. François Xavier*, [1985] 2 R.C.S. 164, il s'agissait de déterminer si un conseil municipal avait commis une erreur en refusant d'étudier une demande de lotissement de terres inondables. Bien que le conseil ait tenu compte de ce fait, il n'avait pas considéré la gravité des inondations et avait exclu toute solution possible au problème comme facteur à prendre en considération. La juge Wilson a affirmé, aux p. 174-175 :

Plus précisément, le conseil était-il autorisé à tenir compte de la possibilité d'inondations et à fonder sur cette possibilité sa décision de rejeter la demande d'autorisation de lotissement? Comme le fait remarquer le juge Rand dans l'arrêt *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, à la p. 140, toute décision administrative résultant de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire doit [TRADUCTION] « se fonder sur l'examen des considérations reliées à l'objet de cette administration ». Pour les motifs que j'ai déjà exposés, j'estime que le conseil avait le droit de tenir compte du problème posé par la possibilité d'inondations. Cela ne règle toutefois pas le litige. Comme lord Denning l'a affirmé dans l'arrêt *Baldwin & Francis Ltd. v. Patents Appeal Tribunal*, [1959] A.C. 663, à la p. 693, l'omission d'un organe de décision administrative de tenir compte d'un élément très important constitue une erreur au même titre que la prise en considération inappropriée d'un facteur étranger à l'affaire. [ . . . ] Il faut donc non seulement que la municipalité intimée ait tenu compte uniquement de facteurs qui relèvent de la compétence que lui a conférée la loi, mais aussi qu'elle ait pris en considération tous les facteurs dont elle doit tenir compte pour bien remplir la fonction de prise de décisions qu'elle a aux termes de la loi.

Puis, dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, la juge Wilson a fait observer, à la p. 1191 :

Toutefois, il est bien établi de nos jours qu'un pouvoir légal de réglementation n'est pas illimité. Il est limité par les politiques et les objectifs inhérents à la loi habilitante. Un pouvoir de réglementation n'est pas un pouvoir d'interdiction. Il ne saurait être utilisé pour contrecarrer l'économie même de la loi qui le confère.

J'estime, comme nous le verrons, que la désignation de juges retraités, en tant que catégorie, à la présidence de conseils d'arbitrage établis en vertu de la

legislative scheme under which the power is conferred". See also *Baker*, *supra*, at para. 73.

More recently, in *Suresh*, at paras. 37-38, the Court restated this basic principle of administrative law:

*Baker* does not authorize courts reviewing decisions on the discretionary end of the spectrum to engage in a new weighing process, but draws on an established line of cases concerning the failure of ministerial delegates to consider and weigh implied limitations and/or patently relevant factors. . . .

. . . The court's task, if called upon to review the Minister's decision, is to determine whether the Minister has exercised her decision-making power within the constraints imposed by Parliament's legislation and the Constitution. If the Minister has considered the appropriate factors in conformity with these constraints, the court must uphold his decision. It cannot set it aside even if it would have weighed the factors differently and arrived at a different conclusion. [Emphasis added.]

In applying the *patent* unreasonableness test, we are not to reweigh the factors. But we are entitled to have regard to the importance of the factors that have been excluded altogether from consideration. Not every relevant factor excluded by the Minister from his consideration will be fatal under the *patent* unreasonableness standard. The problem here, as stated, is that the Minister expressly excluded factors that were not only relevant but went straight to the heart of the *HLDA* legislative scheme.

(ii) Application of These Principles to the Facts of This Case

The task before the arbitration boards was not to apply existing collective agreements to a fact situation (as in a grievance arbitration) but to write the essential and most controversial terms of the collective agreement itself. The need for labour relations expertise, independence and impartiality, reflected in broad acceptability, has been a constant refrain of successive Ministers of Labour to the Ontario legislature since the *HLDA* was

*LACTH* a eu pour effet de contrecarrer « l'économie même de la loi qui [. . .] confère le [pouvoir] ». Voir également l'arrêt *Baker*, précité, par. 73.

Plus récemment, dans l'arrêt *Suresh*, précité, par. 37-38, notre Cour a réitéré ce principe fondamental du droit administratif :

[L'arrêt *Baker*] n'a pas pour effet d'autoriser les tribunaux siégeant en révision de décisions de nature discrétionnaire à utiliser un nouveau processus d'évaluation, mais il repose plutôt sur une jurisprudence établie concernant l'omission d'un délégué du ministre de prendre en considération et d'évaluer des restrictions tacites ou des facteurs manifestement pertinents . . .

. . . Enfin, le rôle du tribunal appelé à contrôler la décision du ministre consiste à déterminer si celui-ci a exercé son pouvoir discrétionnaire conformément aux limites imposées par les lois du Parlement et la Constitution. Si le ministre a tenu compte des facteurs pertinents et respecté ces limites, le tribunal doit confirmer sa décision. Il ne peut l'annuler, même s'il aurait évalué les facteurs différemment et serait arrivé à une autre conclusion. [Je souligne.]

En appliquant le critère du caractère *manifestement* déraisonnable, nous ne devons pas réévaluer les facteurs en cause. Nous avons cependant le droit de tenir compte de l'importance des facteurs qui ont été totalement soustraits à la prise en considération. Selon la norme du caractère manifestement déraisonnable, les facteurs pertinents que le ministre n'a pas voulu prendre en considération n'ont pas tous un effet irrémédiable. Comme nous l'avons vu, le problème qui se pose en l'espèce est que le ministre a expressément exclu des facteurs qui étaient non seulement pertinents, mais qui allaient directement au cœur du régime de la *LACTH*.

(ii) Application de ces principes aux faits de la présente affaire

Les conseils d'arbitrage devaient non pas appliquer des conventions collectives existantes à une situation de fait (comme dans le cas de l'arbitrage de griefs), mais plutôt rédiger les conditions essentielles les plus controversées de la convention collective elle-même. Depuis l'adoption de la *LACTH* en 1965 et de ses diverses modifications subséquentes, les ministres du Travail qui se sont succédé à l'Assemblée législative de l'Ontario ont

175

176

177

introduced in 1965, and its various amendments thereafter.

178 I do not impute to the Minister a knowledge of the *HLDA*'s legislative history. He himself aptly summarized the legislative intent when he wrote on February 2, 1998 that "the parties must perceive the [*HLDA*] system as neutral and credible" (emphasis added).

179 His reading of the legislative intent is reinforced by the evidence of practice and experience in the labour relations field. I accept, as did the Court of Appeal, the testimony in this respect of Professor Joseph Weiler, whose affidavit was filed on behalf of the unions (at para. 36):

The independence and impartiality of arbitrators is guaranteed not by their remoteness, security of tenure, financial security or administrative security, but by training, experience and mutual acceptability. [Emphasis added.]

180 I agree too with the observation of the Ontario Court of Appeal in this case that the matters before a *HLDA* "interest" arbitration were "not essentially legal but practical and require the familiarity and expertise of a labour arbitrator rather than the skills of a lawyer or a judge" (para. 75).

181 Given the role and function of the *HLDA*, as confirmed by its legislative history, we look in vain for some indication in the record that the Minister was alive to these labour relations requirements.

182 Instead, there is an active disclaimer of any such requirement, by the Minister's senior advisor charged with the search for retired judges, who made clear in his cross-examination the Minister's rejection of both expertise and broad acceptability as qualifications:

Q. And you didn't ask about any experience in the health care field?

constamment réitéré le besoin d'expertise en relations du travail, d'indépendance et d'impartialité, que traduit la notion d'acceptabilité générale.

Je ne suppose pas que le ministre avait une connaissance de l'historique de la *LACTH*. Il a lui-même bien résumé l'intention du législateur lorsqu'il a écrit, le 2 février 1998, que [TRADUCTION] « les parties doivent percevoir le système [établi par la *LACTH*] comme étant neutre et crédible » (je souligne).

Son interprétation de l'intention du législateur est renforcée par la preuve de la pratique et de l'expérience dans le domaine des relations du travail. À l'instar de la Cour d'appel, j'accepte le témoignage fait à cet égard par le professeur Joseph Weiler, qui a déposé son affidavit au nom des syndicats (au par. 36) :

[TRADUCTION] L'indépendance et l'impartialité des arbitres ne sont garanties ni par le fait qu'ils ne sont pas touchés par le différend soumis à leur arbitrage, ni par leur inamovibilité et leur sécurité financière ou administrative, mais plutôt par leur formation, leur expérience et leur acceptabilité par les parties. [Je souligne.]

Je souscris également à l'observation de la Cour d'appel de l'Ontario, en l'espèce, voulant que les questions soumises à un conseil d'arbitrage de « différends » soient [TRADUCTION] « pratiques et non pas essentiellement juridiques, et requièrent les connaissances et l'expertise d'un arbitre en droit du travail plutôt que les compétences d'un avocat ou d'un juge » (par. 75).

Compte tenu du rôle et de la fonction de la *LACTH*, que confirme son historique législatif, rien dans le dossier n'indique d'une manière ou d'une autre que le ministre était au fait de ces exigences en matière de relations du travail.

Au contraire, le conseiller principal du ministre, chargé de trouver des juges retraités, a nié énergiquement l'existence de telles exigences et a clairement affirmé, en contre-interrogatoire, que le ministre rejetait l'expertise et l'acceptabilité générale comme qualifications requises :

[TRADUCTION]

Q. Et vous n'avez pas posé de questions au sujet d'une expérience dans le domaine des soins de santé?

A. No. This was not about finding people who had any past experience, relationships or — we weren't trying to come through to find people who would understand —

Q. Anything to do with the health field?

A. The health field or the labour field through some past involvement.

We were looking for neutral decision makers to provide mediation and arbitration.

I accept as correct the Minister's February 2, 1998 statement that the *HLDA* process must be "perceive[d] . . . as neutral and credible". I also accept that neutrality, and the perception of neutrality, is bound up with an arbitrator's "training, experience and mutual acceptability" (as Professor Weiler testified). I conclude as well that the Minister's approach was antithetical to credibility because he excluded key criteria (labour relations expertise and broad acceptability) and substituted another criterion (prior judicial experience) which, while relevant, was not sufficient to comply with his legislative mandate even as he, in his February 2, 1998 letter, defined his mandate.

Speaking broadly, "the perspective" within which the *HLDA* was intended by the legislature to operate (*Roncarelli*, at p. 140) is to secure industrial peace in hospitals and nursing homes. The *HLDA* imposes a compulsory yet mutually tolerable procedure (if properly administered) to resolve the differences between employers and employees without disrupting patient care. In that context, appointment of an inexperienced and inexperienced chairperson who is not seen as broadly acceptable in the labour relations community is a defect in approach that is both immediate and obvious. In my view, with respect, having regard to what I believe to be the legislative intent manifested in the *HLDA*, the Minister's approach to the s. 6(5) appointments was patently unreasonable.

R. Non. Il ne s'agissait pas de trouver des gens qui avaient de l'expérience, des relations ou — nous ne tentions pas de trouver des gens qui comprendraient —

Q. Quelque chose à voir avec le domaine de la santé?

R. Le domaine de la santé ou le domaine des relations du travail en raison d'une participation antérieure.

Nous cherchions des décideurs neutres qui feraient de la médiation et de l'arbitrage.

Je considère juste l'affirmation du ministre datée du 2 février 1998, selon laquelle le processus établi par la *LACTH* doit être [TRADUCTION] « per[çu] [. . .] comme étant neutre et crédible ». Je conviens également que la neutralité — et la perception de neutralité — dépend [TRADUCTION] « [de la] formation, [de l']expérience et [de l']acceptabilité [d'un arbitre] par les parties » (comme l'a témoigné le professeur Weiler). Je conclus aussi que l'approche adoptée par le ministre était l'antithèse de la crédibilité du fait qu'il a exclu des critères clés (expertise en matière de relations du travail et acceptabilité générale) et leur a substitué un autre critère (expérience judiciaire antérieure) qui, bien que pertinent, ne permettait pas au ministre de se conformer à son mandat législatif, même selon la définition qu'il en donne dans sa lettre du 2 février 1998.

De manière générale, [TRADUCTION] « l'optique » dans laquelle le législateur a voulu que la *LACTH* s'applique (*Roncarelli*, précité, p. 140) est de maintenir la paix industrielle dans les hôpitaux et les maisons de soins infirmiers. La *LACTH* prescrit une procédure — obligatoire mais néanmoins tolérable par les parties (si elle est bien suivie) — de règlement des différends entre les employeurs et les employés, sans qu'il y ait interruption des soins aux malades. Dans ce contexte, la désignation au poste de président d'une personne inexperte ou inexpérimentée qui n'est pas perçue comme étant généralement acceptable dans le milieu des relations du travail comporte un défaut à la fois flagrant et évident. J'estime, en toute déférence, que, compte tenu de ce que je crois être l'intention du législateur qui ressort de la *LACTH*, l'approche que le ministre a adoptée en matière de désignations fondées sur le par. 6(5) était manifestement déraisonnable.

183

184

185 This is not to say that specific s. 6(5) appointees of the Minister do not also possess labour relations expertise and broad acceptability, coincidentally as it were, despite the Minister's documented lack of interest in these qualifications. We would properly exercise our discretion to decline to interfere, as did the Court of Appeal, with such (coincidentally) appropriate appointments. Thus the qualifications of specific s. 6(5) appointees will, if challenged, have to be assessed on a case-by-case basis. I will discuss this point further when I come to the issue of remedy.

(6) Did the Court of Appeal Err in Finding that the Arbitration Boards, By Reason of the Impugned Ministerial Approach to Section 6(5) Appointments, Lacked the Requisite Institutional Independence and Impartiality?

186 Having determined that the Minister's approach to the s. 6(5) appointments was patently unreasonable on other grounds, it is not, strictly speaking, necessary to address this further ground of appeal. I do so, however, for two reasons. Firstly, it is on this ground that the Court of Appeal granted the following declaration:

1. THIS COURT DECLARES that the Minister created a reasonable apprehension of bias and interfered with the independence and impartiality of boards of arbitration established under the *Hospital Labour Disputes Arbitration Act*, R.S.O. 1990, c. H.14 ("HLDAA"), contrary to the principles and requirement of fairness and natural justice.

187 Secondly, as will be seen when I address the issue of remedy, I propose to leave open (as did the Court of Appeal) the possibility of specific challenges by the parties to particular s. 6(5) appointments on a case-by-case basis. I would not want our Court's silence on this ground of attack, in light of its acceptance by the Court of Appeal, to encourage (or prolong) further litigation on this point. The parties have fought the issue of the independence

Malgré le manque d'intérêt attesté du ministre pour ces qualifications, cela ne veut pas dire que les personnes désignées par le ministre en application du par. 6(5) n'ont pas non plus une expertise en matière de relations du travail et ne jouissent pas d'une acceptabilité générale, car il s'en trouve parmi elles qui remplissent ces conditions. Dans l'exercice de notre pouvoir discrétionnaire, nous pourrions légitimement refuser, comme l'a fait la Cour d'appel, d'intervenir à l'égard de ces désignations (par hasard) appropriées. Par conséquent, si elles sont contestées, les qualifications de certaines personnes désignées en vertu du par. 6(5) devront être évaluées cas par cas. Je m'attarderai davantage sur ce point au moment d'examiner la question de la réparation.

(6) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant qu'en raison de l'approche contestée que le ministre a adoptée en matière de désignations fondées sur le par. 6(5), les conseils d'arbitrage étaient dépourvus de l'indépendance et de l'impartialité institutionnelles requises?

Après avoir décidé que l'approche que le ministre a adoptée en matière de désignations fondées sur le par. 6(5) était manifestement déraisonnable pour d'autres motifs, il n'est pas nécessaire, à vrai dire, d'examiner cet autre moyen d'appel. Je le fais toutefois pour deux raisons. En premier lieu, c'est pour ce motif que la Cour d'appel a rendu le jugement déclaratoire suivant :

[TRADUCTION] 1. LA COUR DÉCLARE que le ministre a suscité une crainte raisonnable de partialité et compromis l'indépendance et l'impartialité des conseils d'arbitrage établis en vertu de la *Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux*, L.R.O. 1990, ch. H.14 (« LACTH »), contrairement aux principes et à l'obligation d'équité et de justice naturelle.

En second lieu, comme nous le verrons lorsque j'examinerai la question de la réparation, je propose (comme l'a fait la Cour d'appel) de laisser aux parties la possibilité de contester expressément, cas par cas, certaines désignations fondées sur le par. 6(5). Cependant, je ne voudrais pas que, compte tenu de l'acceptation par la Cour d'appel de ce moyen de contestation, le fait que notre Cour ne se prononce sur ce moyen contribue à encourager (ou à

and impartiality of the resulting arbitration boards, which is an objection generic to all of the impugned s. 6(5) appointments, for almost four years. Now that the issue has arrived at this Court, where it was fully argued, we should, I think, provide as much help as we can to assist the parties to resolve their outstanding differences without prolonging the delay and expense.

The unions contend that the appointment of retired judges created arbitration boards that were neither impartial nor independent of the Minister, and that s. 6(5) did not authorize appointments that resulted in a tribunal that failed to meet the minimum standards of natural justice.

It is now clear that the independence as well as the impartiality of the decision maker is a component of natural justice: *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, at p. 332, per Gonthier J.; *Matsqui Indian Band*, *supra*, at para. 79, per Lamer C.J.; and *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at pp. 283-84. As the purpose of the independence requirement is to establish a protected platform for impartial decision making, I will deal first with this objection.

(a) *Institutional Independence*

The *HLDA* commands the use of *ad hoc* arbitration boards. The unions argue that such boards, in the context of "interest arbitrators", are flawed because they lack the usual indices of institutional independence such as security of tenure, financial security and administrative independence that rest on "objective conditions or guarantees": *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 689, and *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 115. However, as explained above, the Court cannot substitute a different tribunal for the one designed by the legislature. An *ad hoc* tribunal is by definition constituted on a case-by-case

prolonger) un autre litige à cet égard. Les parties se livrent bataille, depuis presque quatre ans, sur la question de l'indépendance et de l'impartialité des conseils d'arbitrage constitués de la manière reprochée, cette question constituant l'objection commune à toutes les désignations contestées qui ont été faites en vertu du par. 6(5). Maintenant que cette question a été soumise à notre Cour, où elle a été débattue à fond, j'estime que nous devrions aider, autant que possible, les parties à résoudre leurs divergences d'opinions sans prolonger les délais ni poursuivre les dépenses.

Les syndicats soutiennent que la désignation de juges retraités a engendré des conseils d'arbitrage qui n'étaient ni impartiaux ni indépendants du ministre, et que le par. 6(5) n'autorisait pas les désignations menant à la constitution d'un tribunal administratif ne respectant pas les normes minimales de justice naturelle.

Il est maintenant évident que l'indépendance et l'impartialité du décideur sont des composantes de la justice naturelle : *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, p. 332, le juge Gonthier; *Bande indienne de Matsqui*, précité, par. 79, le juge en chef Lamer; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, p. 283-284. Je vais d'abord examiner l'objection fondée sur l'exigence d'indépendance, étant donné que cette exigence vise à établir un écran de protection favorisant la prise de décisions impartiales.

a) *L'indépendance institutionnelle*

La *LACTH* commande le recours à des conseils d'arbitrage *ad hoc*. Les syndicats soutiennent que, dans le cas des « arbitres de différends », de tels conseils sont viciés parce qu'ils sont dépourvus des signes habituels d'indépendance institutionnelle comme l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative qui reposent sur des « conditions ou garanties objectives » : *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 689, et *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 115. Cependant, comme je l'expliquais plus haut, la Cour ne peut pas substituer un autre tribunal administratif à celui conçu par le législateur. Par

188

189

190

basis. Security of tenure does not survive the termination of the arbitration, and financial security is similarly circumscribed. Administrative independence has little formal protection. Professional labour arbitrators (including those on the s. 49(10) list) function successfully in such a structure even though there may be no guarantee of continuing work from any particular employer or union.

191 In addition to the *HLDA*'s statutory command, the Court's assessment of structural independence should take into account the success with which *ad hoc* tribunals have long operated in labour relations in general and under the *HLDA*'s scheme of compulsory arbitrations (prior to the appointments in question) in particular: *Katz v. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 S.C.R. 405, at para. 1. In this regard, as mentioned, Professor Joseph Weiler testified that: "The independence and impartiality of arbitrators is guaranteed not by their remoteness, security of tenure, financial security or administrative security but by training, experience and mutual acceptability".

192 Accepting Professor Weiler's evidence on this point, it follows that if, as I have concluded, s. 6(5) requires the appointment of individuals as chairpersons who are qualified by training, experience and mutual acceptability, the proper exercise of the appointment power would lead to a tribunal which, in the context of labour relations, would satisfy reasonable concerns about institutional independence.

193 Accordingly, having regard both to general labour relations experience, as well as the explicit legislative provisions in the *HLDA*, I would not give effect to the unions' generic objection directed to the issue of institutional independence. If additional facts are raised on a case-by-case challenge, they will have to be addressed at that time.

définition, un tribunal *ad hoc* est constitué cas par cas. L'inamovibilité ne subsiste pas à la fin de l'arbitrage et la sécurité financière est limitée de façon similaire. L'indépendance administrative bénéficie de peu de protection formelle. Les arbitres professionnels en droit du travail (y compris ceux inscrits sur la liste dressée en vertu du par. 49(10)) réussissent à fonctionner dans une telle structure même s'ils n'ont peut-être aucune garantie de travail permanent de la part d'un employeur ou d'un syndicat particulier.

En plus de l'exigence imposée par la *LACTH*, la Cour devrait, pour apprécier l'indépendance structurelle, tenir compte du succès que les tribunaux *ad hoc* connaissent depuis longtemps dans le domaine des relations du travail en général, et qu'ils connaissent aussi depuis longtemps (avant les désignations contestées) dans le domaine des arbitrages obligatoires fondés sur la *LACTH* en particulier : *Katz c. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 R.C.S. 405, par. 1. À ce propos, comme nous l'avons vu, le professeur Joseph Weiler a témoigné que [TRADUCTION] « [l']indépendance et l'impartialité des arbitres ne sont garanties ni par le fait qu'ils ne sont pas touchés par le différend soumis à leur arbitrage, ni par leur inamovibilité et leur sécurité financière ou administrative, mais plutôt par leur formation, leur expérience et leur acceptabilité par les parties ».

Si l'on retient le témoignage du professeur Weiler à ce propos, il s'ensuit que, si, comme je l'ai conclu, le par. 6(5) exige la désignation de présidents compétents en raison de leur formation, de leur expérience et de leur acceptabilité par les parties, l'exercice approprié du pouvoir de désignation permettra de constituer un tribunal administratif qui, dans le contexte des relations du travail, répondra aux préoccupations raisonnables concernant l'indépendance institutionnelle.

En conséquence, compte tenu à la fois du critère de l'expérience générale en matière de relations du travail et des dispositions explicites de la *LACTH*, je suis d'avis de ne pas retenir l'objection commune formulée par les syndicats au sujet de l'indépendance institutionnelle. Si des faits additionnels sont soulevés dans le cadre d'une contestation sur une base individuelle, il faudra les examiner à ce moment là.

(b) *Impartiality*

Impartiality, on the other hand, raises different considerations. The *HLDA* did not command the appointment of retired judges. Nor does the *HLDA* contemplate biased arbitrators.

The test for institutional impartiality is whether a well-informed person, viewing the matter realistically and practically and having thought the matter through, could form a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases (2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, at para. 44; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 143, and *Matsqui Indian Band*, *supra*, at para. 67).

The Minister does not contest the requirement that his s. 6(5) appointees be impartial. He was, as stated, looking for "[p]eople who had spent their professional lives as neutrals".

Allegations of individual bias must necessarily be dealt with on a case-by-case basis. I am dealing here only with the general proposition that the Minister's appointment of retired judges to chair *HLDA* boards did, by the fact of their appointment alone, doom the impartiality of the resulting boards.

To be sure, the unions now say that their challenge is not directed so much to the appointment of retired judges as to the sudden change of appointments process without prior consultation. Nevertheless, they still rely on the evidence of Professor Joseph Weiler who says that judges as a class have historically not been seen to be sympathetic or particularly fair to the cause of labour.

"Impartiality" is a state of mind. Some of the cases draw a distinction between an allegation of bias (or prejudice), i.e., that the s. 6(5) appointees come to their task with something less than an open mind, a predisposition for or against one of the parties, or a leaning towards a particular outcome, and an allegation of partiality. The allegation of

b) *L'impartialité*

Par contre, l'impartialité fait intervenir des considérations différentes. La *LACTH* n'exigeait pas la désignation de juges retraités. Et elle ne prévoit pas non plus la désignation d'arbitres partiaux. 194

Le critère de l'impartialité institutionnelle consiste à se demander si une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique pourrait éprouver une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas (2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, par. 44; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 143; *Bande indienne de Matsqui*, précité, par. 67). 195

Le ministre ne conteste pas que les personnes qu'il désigne en vertu du par. 6(5) doivent être impartiales. Comme nous l'avons vu, il cherchait [TRADUCTION] « [d]es personnes qui avaient été neutres pendant toute leur vie professionnelle ». 196

Les allégations de partialité de la part d'une personne doivent nécessairement être examinées cas par cas. Je ne parle ici que de la proposition générale selon laquelle la désignation par le ministre de juges retraités à la présidence des conseils établis en vertu de la *LACTH* compromettrait, à elle seule, l'impartialité des conseils qui en résultaient. 197

Certes, les syndicats affirment maintenant que leur contestation ne vise pas tant la désignation de juges retraités que le changement soudain, sans consultation préalable, du processus de désignation. Ils s'appuient néanmoins encore sur le témoignage du professeur Joseph Weiler, selon lequel les juges, en tant que catégorie, ne sont pas traditionnellement perçus comme étant favorables à la cause des travailleurs et des travailleuses ou comme étant particulièrement équitables à leur sujet. 198

L'« impartialité » est un état d'esprit. Certains arrêts établissent une distinction entre, d'une part, une allégation de préjugés consistant à reprocher aux personnes désignées en vertu du par. 6(5) de ne pas avoir l'esprit ouvert et d'avoir des opinions favorables ou défavorables à l'une des parties ou encore une préférence pour un résultat particulier, 199

partiality, according to these cases, takes the attack a significant step further by suggesting that the appointees are not only biased but will allow, either consciously or unconsciously, their biases to influence the decision they will be called on to make: *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at paras. 105 *et seq.*, *per Cory J.*; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, at paras. 9-10; *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), at p. 336, leave to appeal refused, [1994] 1 S.C.R. x. The Court of Appeal did not suggest that the retired judges were in fact prejudiced or partial but concluded that they might reasonably be seen to be "inimical to the interests of labour, at least in the eyes of the appellants" (para. 101). I agree with the Minister that the proper test is not so narrowly focussed. The test is not directed to the subjective perspective of one of the parties but to the reasonable detached and informed observer, i.e., "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude": *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394.

200 The unions contend that this Court should defer to the Court of Appeal's findings of fact. Reliance is placed on the observation of Gonthier J. that "[t]he principle of non-intervention on questions of fact is also applicable to a second appellate court such as this Court *vis-à-vis* a first appellate court" (*St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15, at para. 37). However, we are not thusly inhibited if the Court of Appeal applied the wrong test. The correct viewpoint is that of an informed observer who is detached from a personal interest in the controversy.

201 The fact is that retired judges as a class have no interest in the outcome of hospital collective bargaining disputes beyond that of other citizens. They pay provincial taxes at the same rates and aspire to a reasonable level of health care. They have personal experience of public sector pay restraint. They

et d'autre part, une allégation de partialité. D'après ces arrêts, l'allégation de partialité va beaucoup plus loin en laissant entendre que les personnes désignées ont non seulement des idées préconçues, mais que, consciemment ou inconsciemment, elles laisseront ces idées préconçues influencer la décision qu'elles seront appelées à rendre : *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 105 et suiv., le juge Cory; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 9-10; *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), p. 336, autorisation d'appel refusée [1994] 1 R.C.S. x. La Cour d'appel n'a pas indiqué que les juges retraités avaient, en fait, des préjugés ou un parti pris, mais elle a conclu qu'ils pourraient raisonnablement être perçus comme étant [TRADUCTION] « hostiles aux intérêts des travailleurs et des travailleuses, du moins aux yeux des appelants » (par. 101). Je partage l'avis du ministre selon lequel le critère applicable n'a pas une portée aussi étroite. Ce critère est axé non pas sur le point de vue subjectif de l'une des parties, mais sur celui de l'observateur raisonnable, neutre et renseigné, c'est-à-dire qu'il s'agit de se demander « à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique » (*Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, p. 394).

Les syndicats soutiennent que la Cour devrait s'en remettre aux conclusions de fait de la Cour d'appel. Ils s'appuient sur l'observation du juge Gonthier voulant que « [l]e principe de non-intervention dans les questions de fait s'applique aussi à un second niveau d'appel, comme notre Cour par rapport à une première cour d'appel » (*St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15, par. 37). Cependant, nous ne sommes pas liés par ce principe de non-intervention lorsque la Cour d'appel a appliqué le mauvais critère. Le bon point de vue est celui de l'observateur renseigné qui n'a aucun intérêt personnel dans la controverse.

Force est de constater que, en tant que catégorie, les juges retraités n'ont pas plus d'intérêt que les autres citoyens dans l'issue des différends concernant les négociations collectives en milieu hospitalier. Ils sont assujettis aux mêmes taux d'impôt provincial que les autres citoyens et, comme eux, ils

probably harbour as many different views of public sector wage policy as there are retired judges.

There are no "substantial grounds" (*Committee for Justice and Liberty, supra*, at p. 395) to think that retired superior court judges, who enjoy a federal pension, would do the bidding of the provincial Minister, or make decisions to please the employers so as to improve the prospect of future appointments. Undoubtedly, there have been some judges predisposed toward management in the past, as well as some judges predisposed toward labour, but I do not think the fully informed, reasonable person would tar the entire class of presently retired judges with the stigma of an anti-labour bias.

The unions refute any "class" objection by their ready acceptance of retired judges Alan Gold and George Adams as chairpersons of "interest" arbitrations. The potential problem with some retired judges is not partiality but expertise.

While I would therefore reject this branch of the unions' challenge, I accept, of course, that a challenge might be made to the impartiality of a particular retired judge to a particular *ad hoc* tribunal, as indeed the impartiality of any other appointee could be questioned on a case-by-case basis.

#### (7) The Proper Remedy

The remedy of the Court of Appeal was predicated on its conclusion that the Minister created a reasonable apprehension of bias and interfered with the independence and impartiality of the *HLDA* boards of arbitration, as well as the legitimate expectation of the unions contrary to the requirements of natural justice.

aspirent à des soins de santé raisonnables. Ils ont personnellement vécu le contrôle des salaires dans le secteur public. Le nombre d'opinions différentes qu'ils ont au sujet de la politique salariale dans le secteur public est probablement aussi élevé que celui des juges retraités.

Il n'y a aucun « motif sérieux » (*Committee for Justice and Liberty*, précité, p. 395) de penser que des juges de cour supérieure retraités, qui bénéficient d'une pension du gouvernement fédéral, se plieraient à la volonté du ministre provincial ou rendraient des décisions destinées à plaire aux employeurs afin d'améliorer leurs chances de désignation future. Il est indubitable que, dans le passé, il y eu des juges enclins à privilégier les employeurs et aussi des juges enclins à privilégier les travailleurs et travailleuses, mais je ne crois pas qu'une personne raisonnable et bien renseignée reprocherait à toute la catégorie des juges présentement retraités d'avoir un parti pris contre les travailleurs et les travailleuses.

Les syndicats réfutent toute objection fondée sur une « catégorie » du fait qu'ils acceptent volontiers que les juges retraités Alan Gold et George Adams président des arbitrages de « différends ». Le problème que peut poser le recours à certains juges retraités n'est pas tant un problème de partialité qu'un problème d'expertise.

Bien que je sois, par conséquent, d'avis de rejeter cet aspect de la contestation des syndicats, il va sans dire que je reconnais qu'il serait possible de contester l'impartialité d'un juge retraité nommé à un tribunal *ad hoc* particulier, tout comme il serait sûrement possible de contester, cas par cas, l'impartialité de toute autre personne désignée.

#### (7) La réparation convenable

La réparation accordée par la Cour d'appel reposait sur sa conclusion que le ministre avait suscité une crainte raisonnable de partialité et porté atteinte à l'indépendance et à l'impartialité des conseils d'arbitrage établis en vertu de la *LACTH*, ainsi qu'à l'expectative légitime des syndicats, contrairement aux exigences de la justice naturelle.

206

I have indicated my reasons for respectful disagreement with the scope of that decision, while agreeing with the Court of Appeal's fundamental concern about the Minister's non-compliance with the legislative intent reflected in the *HLDA* to appoint persons who were not only impartial and independent but possessed expertise and who were generally seen as acceptable to both labour and management in the labour relations community. I also share the Court of Appeal's reluctance, in a judicial review which did not focus on the circumstances of individual appointments, to give effect to the unions' request to set aside the Minister's appointments.

J'ai indiqué les motifs de mon désaccord avec la portée de cette décision, tout en partageant la préoccupation fondamentale de la Cour d'appel concernant le non-respect, par le ministre, de l'intention du législateur — qui ressort de la *LACTH* — de désigner des personnes qui sont non seulement impartiales et indépendantes, mais qui ont une expertise et qui sont généralement perçues, dans le milieu des relations du travail, comme étant acceptables à la fois par les syndicats et par le patronat. À l'instar de la Cour d'appel, j'hésite à accéder à la demande des syndicats d'annuler les désignations ministérielles dans le cadre d'un contrôle judiciaire non axé sur les circonstances de chacune des désignations.

207

It is common ground that some retired judges *do* have the necessary labour relations background (e.g., former judges Gold and Adams) and, of course, the fact they also happen to be members of the "class" of retired judges would not, in their case, be a ground of disqualification.

Nul ne conteste que certains juges retraités possèdent *effectivement* les antécédents requis en matière de relations du travail (par exemple, les anciens juges Gold et Adams), et il est évident que, dans leur cas, le fait d'appartenir également à la « catégorie » des juges retraités ne serait pas un motif d'incapacité.

208

In accordance with these reasons, the appeal should therefore be dismissed, but paragraphs 1, 2 and 3 of the order of the Court of Appeal should be varied to read:

Conformément à ces motifs, il y a lieu de rejeter le pourvoi, mais également de modifier de la façon suivante les paragraphes 1, 2 et 3 de l'ordonnance de la Cour d'appel :

1. The Court declares that the Minister is required, in the exercise of his power of appointment under s. 6(5) of the *HLDA*, to be satisfied that prospective chairpersons are not only independent and impartial but possess appropriate labour relations expertise and are recognized in the labour relations community as generally acceptable to both management and labour.

1. La Cour déclare que, dans l'exercice de son pouvoir de désignation conféré par le par. 6(5) *LACTH*, le ministre doit être convaincu que les candidats à la présidence sont non seulement indépendants et impartiaux, mais également qu'ils ont une expertise appropriée en matière de relations du travail et sont reconnus, dans le milieu des relations du travail, comme étant généralement acceptables à la fois par le patronat et par les syndicats.

2. This order speaks from the date hereof and does not invalidate completed arbitration awards.

2. La présente ordonnance prend effet à compter de la date des présentes et n'invalide pas les sentences arbitrales déjà rendues.

3. Any challenges to continuing arbitrations, including those chaired by retired judges appointed by the Minister under s. 6(5) of the *HLDA*, are subject to judicial review on a case-by-case basis.

3. Toute contestation des arbitrages en cours, y compris ceux présidés par des juges retraités désignés par le ministre conformément au par. 6(5) *LACTH*, pourra faire l'objet d'un contrôle judiciaire sur une base individuelle.

**V. Conclusion**

Except as aforesaid, the appeal is dismissed with costs.

*Appeal dismissed with costs, MCLACHLIN C.J. and MAJOR and BASTARACHE JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: The Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondents: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Koskie Minsky, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the National Academy of Arbitrators (Canadian Region): Michel G. Picher, Toronto.*

**V. Conclusion**

Sous réserve de ce qui précède, le pourvoi est rejeté avec dépens. 209

*Pourvoi rejeté avec dépens, la juge en chef MCLACHLIN et les juges MAJOR et BASTARACHE sont dissidents.*

*Procureur de l'appelant : Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs des intimés : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Koskie Minsky, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante National Academy of Arbitrators (Canadian Region) : Michel G. Picher, Toronto.*

# ONGLET 3

## Pacte fiscal : Coiteux assure que les villes ne seront pas déçues

PUBLIÉ LE MERCREDI 11 MAI 2016 À 8 H 49 | Mis à jour le 11 mai 2016 à 20 h 14



Le ministre Martin Coiteux, en compagnie du président de la Fédération québécoise des municipalités, Richard Lehoux, et de la présidente de l'Union des municipalités du Québec, Suzanne Roy PHOTO : JACQUES BOISSINOT

**Le ministre des Affaires municipales du Québec assure qu'il va rééquilibrer le rapport de force entre les municipalités et leurs employés dans le cadre des négociations sur les conditions de travail, comme le prévoyait le pacte fiscal conclu en septembre dernier. Martin Coiteux refuse cependant de dire s'il va accorder aux villes le pouvoir de décréter ces conditions en cas d'impasse dans les négociations.**

Dans une entrevue accordée à Radio-Canada mercredi matin, le directeur adjoint du Syndicat canadien de la fonction publique (SCFP), Marc Ranger, a affirmé que le ministre Coiteux n'avait pas l'intention d'accorder ce pouvoir aux municipalités. Le ministre lui aurait confirmé ses intentions, à la fin mars, lors d'une rencontre à laquelle assistait aussi le président de la Fédération des travailleurs du Québec (FTQ), Daniel Boyer.

À son arrivée au caucus libéral, le ministre Coiteux s'est donc fait poser la même question à plusieurs reprises : "Avez-vous, oui ou non, l'intention d'accorder aux villes le pouvoir de décréter les conditions de leurs employés?" La réponse n'est jamais venue. « On va prendre les meilleurs moyens nécessaires pour respecter

cet engagement qui va rééquilibrer ce rapport de force, qui, actuellement, n'est pas là », s'est-il limité à dire, avant de dire que les détails seront dévoilés dans un projet de loi à venir.

**« On va prendre les meilleurs moyens pour s'assurer que nos engagements à l'égard des municipalités pris dans le pacte fiscal soient pleinement respectés. »**

— *Martin Coiteux, ministre des Affaires municipales du Québec*

M. Coiteux assure que le gouvernement ne recule « absolument pas » dans ce dossier, laissant du coup entendre que les informations selon lesquelles Québec était prêt à accorder ce pouvoir aux municipalités résultent d'un malentendu.

#### **Ce que dit le pacte fiscal en matière de relations de travail**

« Dans un contexte de redéfinition des relations Québec-municipalités et d'accroissement de l'autonomie municipale en matière de relations du travail, le gouvernement examinera, en consultation avec les intervenants du milieu municipal, certains éléments du processus de négociation collective, du processus d'arbitrage de différends pour les policiers et les pompiers et du champ d'application de la Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction. Le gouvernement s'engage à présenter des modifications législatives à ce sujet à la session du printemps 2016. »

Lors d'un point de presse tenu en après-midi, M. Coiteux a livré les mêmes réponses qu'en matinée, mais en précisant qu'il « n'exclut rien à priori comme moyen » pour rétablir l'équilibre dans les relations de travail. « On finalise les analyses », a-t-il dit.

#### **Le SCFP avisé fin mars**

En conférence de presse mercredi matin, Marc Ranger a précisé ce que le ministre Coiteux lui avait dit dans cette rencontre du mois de mars évoquée plus tôt, et révélée dans un premier temps par le quotidien *La Presse*.

« À quatre reprises, le ministre Coiteux nous a dit qu'il ne donnerait pas le pouvoir de décréter. Il nous a même dit d'entrée de jeu : "où vous avez pris ça qu'on allait donner le pouvoir de décréter?" », a relaté le chef syndical.

« Je lui ai dit : "on a lu les revues de presse, les déclarations du ministre Moreau, votre prédécesseur. [...] Lui nous a dit qu'il allait prendre le temps de regarder la situation. Mais à quatre reprises, il nous a dit [ça] », a-t-il assuré.

« De toute façon, ça ne tenait pas la route, c'est abusif », avait-il déclaré à Radio-Canada, plus tôt.

Le SCFP souligne que cette mesure ne peut s'appliquer sur le plan légal, citant des jugements rendus récemment par la Cour suprême en Colombie-Britannique sur le droit de grève des employés municipaux. Il

croit que cet aspect a pu pousser le gouvernement à réfléchir.

« Il a été question évidemment de ces décisions-là. Vous savez, quand les tribunaux vont trop loin, les tribunaux supérieurs, après un certain temps, ramènent le balancier. Le droit de négocier est un droit fondamental », affirme Marc Ranger.

En plus de craindre les impacts du pouvoir de décréter, qui pourrait être accordé aux municipalités, le SFCP appréhende un « arbitrage forcé ».

« Le seul moment où la paix industrielle a été menacée dans le monde municipal, c'est quand le gouvernement est arrivé avec le projet de loi sur la restructuration imposée des régimes de retraite. On ne fera pas les frais des transferts aux municipalités qui ont été coupés par le gouvernement. C'est assez, on ne sera pas les dindons de la farce », ajoute Marc Ranger.

### **« Respectez vos engagements », répond Coderre**

Le maire de Montréal Denis Coderre demeure prudent dans ce dossier. En conférence de presse mercredi avant-midi, il a souligné qu'il allait avoir l'occasion de discuter du dossier avec le premier ministre Philippe Couillard et le ministre Coiteux lors des assises de l'Union des municipalités du Québec (UMQ), qui se sont ouvertes mercredi après-midi au Centre des congrès de Québec.

« On a signé une entente, respectez vos engagements », a-t-il laissé tomber à ce sujet, en disant avoir pris connaissance des dernières déclarations de M. Coiteux. « Je ne suis pas là pour négocier. On a réglé les choses, il y a des engagements. Il faut qu'il y ait un rééquilibrage dans le rapport de force au niveau des négociations pour les conditions de travail. On peut le faire de façon très respectueuse, mais il y avait quelque chose qui venait avec le pacte fiscal, je m'attends à ce que ce soit respecté ».

En septembre 2015, lors de la signature du pacte fiscal, les villes du Québec avaient accepté des compressions de 1,2 milliard de dollars en échange de pouvoirs accrus dans leurs négociations avec leurs employés. Plusieurs ont compris que Québec allait accorder aux municipalités le pouvoir d'imposer les conditions de travail. Cette mesure est particulièrement chère au maire de Québec, Régis Labeaume.

La présidente de l'UMQ, Suzanne Roy, n'a pas fait de mystère de ses attentes. « On vous dira si on est satisfait au moment du dépôt du projet de loi. Mais pour nous, c'est clair, c'est le pouvoir de décréter » les conditions de travail que l'on veut, a-t-elle argué en conférence de presse.

« Je ne comprends pas que ce n'est plus là », a-t-elle précisé ultérieurement, lors du point de presse donné en après-midi par M. Coiteux.

Dans une entrevue accordée plus tôt à Radio-Canada, Mme Roy avait mis en doute les révélations du syndicat, en indiquant qu'il n'était « pas tout à fait habituel » que M. Ranger « parle au nom du gouvernement ». Le pacte fiscal, disait-elle, prévoit depuis le début que « le critère de capacité des citoyens soit pris en compte ». « Les citoyens en ont jusqu'à la gorge, alors il faut trouver les moyens de s'assurer qu'ils en aient le maximum pour leur argent. »

Le vice-président du comité exécutif de la Ville de Québec, Jonathan Julien, s'est aussi montré inquiet de la tournure des événements. « On ne peut pas se permettre des progressions de 3 %, 4 %, 5 % de la rémunération et penser qu'on va réduire globalement les dépenses des villes. C'est impensable », a-t-il commenté en l'absence du maire Labeaume.

Les syndiqués du SFCP doivent manifester jeudi devant le Centre des congrès de Québec à l'occasion du congrès de l'UMQ.

### **L'UMQ a un nouveau président**

Le maire de Sherbrooke, Bernard Sévigny, a été élu à la présidence de l'Union des municipalités du Québec (UMQ), mercredi. Le maire de Drummondville, Alexandre Cusson, est quant à lui élu 1er vice-président. Les deux hommes sont impliqués depuis plusieurs années au sein de l'organisation.

### **L'opposition accuse le gouvernement de faire volte-face**

À Québec, les partis d'opposition accusent le gouvernement de faire volte-face dans ce dossier. Ils rappellent que le pacte fiscal conclu en septembre comprenait deux volets : Québec réduisait ses transferts aux municipalités de 1,2 milliard de dollars sur quatre ans, mais leur donnait en contrepartie des outils pour réduire leurs dépenses.

« Le gouvernement avait fait des propositions qui n'avaient pas d'allure, en laissant miroiter des choses aux municipalités », a commenté le chef intérimaire du Parti québécois, Sylvain Gaudreault. « Là, il rompt sa promesse, il rompt les engagements qu'il avait pris et tout le monde est contre le gouvernement ».

« C'est irresponsable d'avoir travaillé comme le gouvernement l'a fait en disant : "signez ici en bas du pacte fiscal, sur cinq ans, ça équivaut à 1 milliard de dollars de moins pour les municipalités et, en échange, on va vous donner le pouvoir de décréter" », a-t-il ajouté.

Le chef de la Coalition avenir Québec (CAQ), François Legault, a insisté pour sa part sur la nécessité de rétablir le rapport de force dans les relations de travail entre les municipalités et leurs employés.

Dans ce contexte, donner aux municipalités le pouvoir de décréter les conditions de travail, « c'est peut-être fort comme approche, mais c'est le choix qu'a fait le gouvernement libéral », a-t-il fait valoir.

« Mais il ne peut pas dire aujourd'hui : "je garde les coupures dans les transferts aux municipalités, mais je ne vous donne plus le droit d'avoir les outils pour réduire vos dépenses". Qui va encore payer? Le contribuable! Ça n'a pas de bon sens! »

Il rappelle que la position de la CAQ lors de la dernière campagne électorale consistait à donner le droit de lock-out aux municipalités, ce qui, dit-il, était un autre moyen de parvenir au même objectif.

« Ce qui est important, c'est de dire on ne peut pas tolérer que les salaires soient 30 % plus élevés dans les municipalités qu'au gouvernement du Québec et que ce soit le contribuable qui paie pour la différence, a-t-il insisté. Il faut donner un certain pouvoir aux municipalités. Actuellement, il y a un certain déséquilibre. »

En conférence de presse mercredi, le SFCP a plaidé que les études qui soutiennent l'existence d'un tel écart de rémunération entre les employés municipaux et ceux de l'État sont inexactes.

**À lire aussi :**

- Les municipalités signent un pacte de 3.2 milliards pour 4 ans
- Couillard confirme le droit des municipalités d'imposer les conditions de travail
- L'UMQ adopte le pacte fiscal, les syndicats fulminent
- La CSN dénonce le pacte fiscal entre Québec et les municipalités

## MUNICIPALITÉS

# Couillard fait «sauter un verrou» avec le nouveau pacte fiscal

30 septembre 2015 | Marco Bélair-Cirino - Correspondant parlementaire à Québec | Québec



Photo: Jacques Boissinot La Presse canadienne

Le ministre Pierre Moreau, le premier ministre Philippe Couillard et le maire de Québec, Régis Labeaume, entourent le maire de Montréal, Denis Coderre.

Le gouvernement libéral fera sauter un « verrou » à la « prospérité » en permettant aux élus municipaux d'avoir le dernier mot sur les conditions de travail des employés municipaux, a plaidé le premier ministre Philippe Couillard mardi.

« Les mécanismes actuels, qu'on le veuille ou non, favorisent une sorte de surenchère dans l'attribution finale des conditions de travail [des employés municipaux] que les municipalités doivent soit gérer dans leurs budgets, soit refiler en partie ou totalité aux contribuables sous forme de hausse de taxe », a-t-il déclaré lors d'une conférence de presse dans la Salle du Conseil législatif.

Le ministre des Affaires municipales et de l'Occupation du territoire, Pierre Moreau, déposera un projet de loi au printemps 2016 afin d'établir un « rapport de force égal » entre les administrations municipales et les syndicats de cols bleus, et de cols blancs, mais aussi de policiers et de pompiers. Celui-ci corrigera une erreur historique en retirant des mains d'un arbitre non élu la possibilité de fixer les conditions de travail des employés pour la confier à un représentant de la population élu. « On n'aurait pas dû tolérer cette situation aussi longtemps au Québec », a fait valoir M. Couillard après avoir apposé sa signature au bas de l'« Accord de partenariat » Québec-municipalités 2016-2019.

Affichant un large sourire, les maires de Montréal, Denis Coderre, et de Québec, Régis Labeaume, ainsi que les dirigeants de la Fédération québécoise des municipalités (FQM), Richard Lehoux, et de l'Union des municipalités du Québec (UMQ), Suzanne Roy, l'ont imité.

Il s'agit d'un pacte fiscal « révolutionnaire », a lancé M. Labeaume, ravi de voir le gouvernement du Québec promettre de donner les moyens aux municipalités de rétrécir l'écart « innommable » des conditions de travail des employés du secteur public et du secteur privé.

M. Couillard et M. Moreau ont refusé de spécifier si le projet de loi octroiera aux élus municipaux le « droit de décréter » les conditions de travail de leurs employés au terme d'une négociation de bonne foi, mais ayant échoué. Chose certaine, le pouvoir des municipalités sera « balisé de façon très, très serrée » à la lumière de la jurisprudence, a précisé le chef du gouvernement mardi.

D'ailleurs, le ministère des Affaires municipales et de l'Occupation du territoire a des avis juridiques en main, a indiqué le sous-ministre adjoint Jérôme Unterberg. Celui-ci a toutefois refusé de dire si l'octroi aux élus municipaux d'un droit de décréter les conditions de travail de leurs employés réussirait au test des tribunaux, selon les juristes de l'État.

M. Couillard ne craint pas une levée de boucliers des organisations syndicales, d'autant plus qu'il estime bénéficier de l'appui d'une « vaste majorité » de la population québécoise. « Je serais surpris que la justice mène à une confrontation. On ne fait qu'équilibrer la situation », a-t-il poursuivi.

### **Plus de pouvoir, moins d'argent**

Le gouvernement du Québec allouera 3,224 milliards de dollars sur quatre ans aux municipalités au moyen de différents programmes, dont ceux de remboursement à 50 % de la TVQ payée (1,732 milliard), de compensations tenant lieu de taxes pour les immeubles parapublics et les terres publiques (501,1 millions), de partage des redevances sur les ressources naturelles (100 millions), de péréquation (240 millions) et d'aide à la voirie locale (200 millions). « Ces montants, il faut le répéter, demeurent considérables dans le contexte budgétaire actuel », a fait valoir M. Couillard.

Les municipalités ont accepté sans rechigner un pacte fiscal moins généreux en échange de plus de pouvoirs, a dit sans ambages M. Labeaume. Le gouvernement du Québec devra octroyer aux municipalités le pouvoir de fixer par décret ou « quelque chose qui ressemble à un décret » les conditions de travail des employés municipaux, à défaut de quoi il reniera sa parole, selon lui.

# ONGLET 4

Compte rendu  
Conférence téléphonique du 19 septembre 2013  
**Arbitrage de différends chez les policiers et les pompiers**

**Participant·es et participants et organisations représentées :**

M. Claude Bernier, Union des municipalités du Québec (UMQ)  
M<sup>me</sup> Marie-Pierre Blais, ministère de la Sécurité publique (MSP)  
M. André Bonneau, Association des chefs en sécurité incendie du Québec (ACSIQ)  
M. Danny Boudreault, Ville de Montréal  
M<sup>me</sup> Sylvie Caron, Ville de Gatineau  
M. Denis Côté, Fédération des policiers et policières municipaux du Québec (FPMQ)  
M. Yves Létourneau, Union des municipalités du Québec (UMQ)  
M. Bernard Lérhé, Fraternité des policiers et policières de la Ville de Québec (FPPVQ)  
M. Ronald Martin, Association des pompiers de Montréal (ADPM)  
M. Yves Morency, MSP  
M. Daniel Pépin, Syndicat des pompiers et pompières du Québec (SPQ)  
M. Benoît Richer, Ville de Québec  
M<sup>me</sup> Annie Tardif, MSP  
M<sup>me</sup> Suzanne Thérien, ministère du Travail (MTRAV)  
M<sup>me</sup> Sylvie Tousignant, MSP

**1. Mot de bienvenue**

M<sup>me</sup> Thérien et M. Morency, coprésidents de cette conférence téléphonique, souhaitent la bienvenue aux membres du comité et les remercient de leur présence. Ceux-ci mentionnent que le but de cette conférence est de faire le point sur l'évolution du dossier.

**2. Adoption du compte rendu de la rencontre du 3 mai 2013**

Le compte rendu de la rencontre du 3 mai 2013 a été adopté avec les modifications suivantes :

- À la page 2, le mot « grande » sera remplacé par « longue », puisqu'il s'agit de la durée;
- À la page 3, dans la parenthèse, les mots « à temps partiel » seront ajoutés après les mots suivants : « Particularité pour les petites municipalités (arbitrage pour les pompiers) »;
- À la page 4, la phrase suivante se lira ainsi : « Cependant, il y a quand même 1 022 municipalités de petite taille qui ont un service de sécurité incendie »;
- À la page 5, la phrase débutant par « M. Richer suggère le statu quo... » sera retirée;
- À la page 7, les mots « et pour les pompiers » seront ajoutés à la fin de la phrase suivante : « M. Morency précise qu'il s'agit là d'un moment historique dans le domaine de la sécurité publique, lequel amènera une stabilité dans les

- organisations policières »;
- Dans l'ensemble du compte rendu, le mot « juriste » sera remplacé par « experts du MTRAV »;
- Le point « Fin de la réunion » sera le 10<sup>e</sup> point.

La version finale sera retournée aux membres par courriel (suivi).

### 3. Rémunération des arbitres de différends - proposition du MTRAV

Au cours de l'été, M<sup>me</sup> Thérien a pris connaissance d'une lettre de la FPMQ lui indiquant que cet organisme est en désaccord avec l'idée de devoir payer pour le tiers les honoraires des arbitres de différends. Celle-ci a donc regardé d'autres pistes de solutions.

Ainsi, M<sup>me</sup> Thérien présente une proposition sur laquelle elle demande l'avis des membres du comité. Elle précise qu'elle a besoin d'obtenir un consensus du comité avant de présenter cette solution aux autorités de son ministère.

#### Proposition du MTRAV :

Sous réserve de l'approbation du ministre du Travail, le MTRAV demande l'avis du comité sur la solution suivante :

- Les honoraires des arbitres de différends seraient payés entièrement par le MTRAV, à un montant qui reste à déterminer, mais qui pourrait être à 85 % ou à 90 % de leurs tarifs horaires (selon la grille publiée par le MTRAV). Cependant, les parties patronales et syndicales payeraient 50 % syndicat et 50 % employeur pour les journées de rencontre annulées par l'une ou l'autre des parties.

M. Morency demande aux membres du comité s'ils se sentent confortables avec cette suggestion.

M. Côté se demande s'il ne serait pas plus opportun que ce soit seule la partie qui annule la journée d'arbitrage qui devrait payer en totalité les coûts d'annulation.

À ce sujet, il est souligné que, selon les arbitres, s'il y a annulation, les deux parties s'entendent puisqu'elles utilisent ces journées pour négocier en direct. Le MTRAV ne peut assumer seul l'augmentation de tarifs que le comité voudrait octroyer aux arbitres pour ce type de dossier.

Considérant que :

- Le nouveau processus inclut une période de médiation, ce qui devrait avoir pour effet de régler la grande majorité des conventions collectives sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'arbitrage de différends. Ainsi, le risque qu'il y ait plusieurs journées d'annulation de rencontre de médiation ou d'audition est mince, puisque le processus est plus encadré et court;

- Cette proposition coûte moins cher pour les municipalités et les syndicats que de payer le tiers des honoraires des arbitres de différends;
- C'est en bout de piste l'arbitre qui décidera s'il y aura annulation ou non à la demande des parties;
- Il s'agit d'une belle proposition pour les membres du Comité et ceux-ci reconnaissent l'effort et la bonne volonté dont fait preuve le MTRAV.

Les membres acceptent à l'unanimité la proposition du MTRAV et donnent le feu vert à M<sup>me</sup> Thérien pour obtenir les autorisations requises à l'égard de cette proposition.

➤ *De plus, les membres mentionnent que les consensus obtenus l'ont été à l'unanimité et que c'est ainsi que devrait être présenté le dossier aux ministres de la Sécurité publique et du Travail.*

#### **4. Prochaines étapes**

M<sup>me</sup> Thérien doit obtenir les autorisations nécessaires (**suivi**). D'ici quelques semaines, elle informera les membres du comité sur l'évolution du dossier (**suivi**).

Un compte rendu de la rencontre téléphonique sera transmis aux membres du comité (**suivi**).

L'objectif visé de finaliser ce dossier pour l'automne 2013 devra être revu lorsque les autorisations nécessaires auront été obtenues au MSP et au MTRAV.

#### **5. Fin de la réunion**

M<sup>me</sup> Thérien et M. Morency remercient les membres de leur présence, de leur participation et de l'ouverture dont ils ont de nouveau fait preuve.

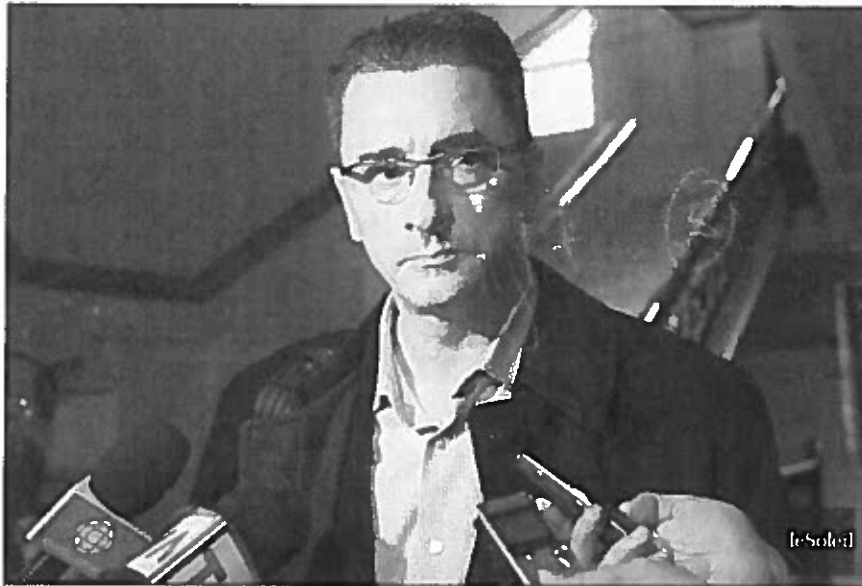
La rencontre se termine à 15h30.

*Dernière mise à jour : 1<sup>er</sup> octobre 2013*

# ONGLET 5

Publié le 22 octobre 2014 à 05h00 | Mis à jour le 22 octobre 2014 à 05h00

## Convention collective des pompiers: l'arbitre tranche en faveur de Québec



Le président de l'Association des pompiers professionnels de Québec, Éric Gosselin  
Photothèque Le Soleil, Caroline Grégoire

### Matthieu Boivin

Le Soleil

(Québec) Les pompiers de Québec devront payer davantage pour leur régime de retraite, à la suite de la décision rendue par l'arbitre Denis Gagnon sur la convention collective liant la Ville à ses pompiers pour les années 2007 à 2009.

Au cours de la soirée de mardi, la Ville a publié un communiqué dans lequel elle disait être satisfaite à certains égards de la nouvelle convention que vient d'imposer l'arbitre aux deux parties, notamment en ce qui a trait au régime de retraite, l'assurance invalidité à court terme et la bonification de la rémunération. Pour la période 2007 à 2009, les pompiers devront assumer 45 % des coûts du régime de retraite, contre 55 % pour la Ville.

Le porte-parole de la Ville de Québec, David O'Brien, a confirmé que ce nouveau partage représente une victoire pour l'administration Labeaume.

«La décision de l'arbitre reconnaît la légitimité et la pertinence des enjeux propres à la Ville pourtant déjà acceptés par les autres employés depuis 2009, a mentionné le maire de Québec, Régis Labeaume, dans le communiqué de presse. Le fait que les enjeux des régimes de retraite et de la rémunération aient été rééquilibrés pour cette période est une excellente nouvelle pour les contribuables.»

Les pompiers obtiennent notamment un montant forfaitaire de 2 % pour l'année 2007, et des augmentations à l'échelle salariale de 2 % pour 2008 et 2009, ainsi que de 1 % à partir du 31 décembre 2009.

La décision rendue par l'arbitre met fin à un long processus qui a semé la bisbille entre les deux parties pendant plusieurs années, et qui a coûté plus d'un million de dollars en frais d'avocats aux contribuables de Québec.

Près de 60 rencontres d'arbitrage ont été nécessaires afin d'en venir à ce résultat. Malgré ce dernier développement, les pompiers et la Ville sont toujours sans contrat de travail entre 2010 et aujourd'hui. Des discussions devraient donc éventuellement reprendre afin qu'ils s'entendent sur une convention collective couvrant ces cinq dernières années.

Dans la sentence arbitrale de 260 pages, on apprend notamment que la Ville a essayé de convaincre M<sup>e</sup> Gagnon que les pompiers devraient être payés à 50 % de leur salaire quand ils sont en caserne la nuit et qu'ils ne sont pas appelés à éteindre des feux.

Le président de l'Association des pompiers professionnels, Éric Gosselin, a préféré ne pas commenter la sentence arbitrale hier soir. Il doit rencontrer ses membres aujourd'hui à cet effet.

[Détente](#)

[Avis de décès](#)

[Archives](#)

[Petites annonces](#)

[Plan du site](#) [Modifier votre profil](#) [Foire aux questions](#) [Nous joindre](#) [Conditions d'utilisation](#) [Politique de confidentialité](#)

# ONGLET 6

# Projet de loi sur les relations de travail dans les villes: Labeaume jubile



**STÉPHANIE MARTIN**

Vendredi, 10 juin 2016 15:44

MISE à JOUR Vendredi, 10 juin 2016 15:52

**Le maire de Québec voit comme une victoire le dépôt de la pièce législative qui selon lui va complètement changer le ton des relations de travail dans les villes.**

- **À lire aussi:** «Anticonstitutionnel» selon les syndicats
- **À lire aussi:** Québec accroît le rapport de force des villes

Régis Labeaume avait l'impression vendredi d'arriver au terme de plusieurs années d'une bataille qui est née à Québec. «On est extrêmement satisfaits», a-t-il lancé, d'entrée de jeu, lors d'un point de presse.

Il a salué le «courage» du gouvernement. «Je ne pensais pas que ça arriverait. Je désespérais, mais ils l'ont fait.»

Pour le maire de Québec, il était devenu clair que le pouvoir de décréter ne pouvait pas être accordé aux villes sans s'exposer à des contestations judiciaires. La solution choisie est selon lui «meilleure» que celle proposée par les municipalités. «L'Assemblée nationale est souveraine. Elle a le droit de décider. [...] C'est très intelligent.»

## **Les contribuables en tête**

Il se réjouit que la décision ultime reviendra entre les mains des élus qui sont redevables aux contribuables. «La beauté de la chose, c'est qu'on est dans un processus démocratique. Le ministre quand il prend la décision doit tenir compte du payeur de taxes. L'idée que cette loi va aller sur le bureau du ministre ou à l'Assemblée nationale, ça va rendre les parties bien plus raisonnables.»

En ce sens, dit-il, la nouvelle donne dans les négociations des conventions collectives des employés municipaux va changer la dynamique considérablement.

## **Changement de ton**

«Ce qui est importants dans une négociation, c'est de savoir quels pouvoirs tu as. On le savait que dans la situation actuelle, les syndicats pouvaient nous amener dans un cul-de-sac d'où on ne sortait pas. Ce ne sera plus possible. À moins que le ministre soit un cul-de-sac, mais je ne pense pas que ça va être le cas. Ça change complètement la donne parce que le processus est différent, les outils sont différents, les armes sont différentes. Ça veut dire que le ton va complètement changer.»

Et quatre mois pour s'entendre, c'est amplement suffisant, plaide le maire, en contradiction avec les syndicats qui estiment que c'est bien court.

M. Labeaume dit par ailleurs comprendre la réaction des syndicats. «Ils avaient le gros bout du bâton et ils ne l'ont plus. On ne peut pas leur demander d'être contents !»

[Article précédent](#)[Article suivant](#)[Classement de l'article](#) | [11 juin 2016](#) | [Le Devoir](#) | [ISABELLE PORTER à Québec](#) | [Le Devoir](#)

# Régis Labeaume savoure sa victoire

## Québec dépose un projet de loi conférant à l'Assemblée nationale le pouvoir de trancher un litige entre une ville et ses employés

Avec le nouveau pouvoir gouvernemental de décréter les conditions de travail des employés municipaux, Régis Labeaume vient d'obtenir le dernier des changements qu'il réclamait en matière de relations de travail. Trois ans après sa campagne électorale sur ce thème, c'est une victoire sur toute la ligne pour le maire de Québec.

« On est extrêmement satisfaits, c'est des années de bataille qu'on a démarrées à Québec qui finissent de la façon dont on voulait, a lancé M. Labeaume en mêlée de presse vendredi après-midi. Il fallait rééquilibrer les rapports de force entre les contribuables et les employés municipaux. »

Le projet de loi présenté vendredi par le ministre des Affaires municipales, Martin Coiteux, donne à l'Assemblée nationale le pouvoir de décréter les conditions de travail dans les municipalités lorsqu'une ville et ses employés ne parviennent pas à s'entendre. Pour les policiers et pompiers, une nouvelle instance (le conseil de règlement des différends) devra trancher en tenant compte notamment de la « situation financière et fiscale de la municipalité concernée ».

Vendredi, le maire de Québec a rappelé qu'il avait longtemps été le seul à réclamer de tels changements. « On a roulé dans la gravelle, et n'eût été l'appui de la population, on n'aurait jamais pu y arriver. » Rappelons que M. Labeaume l'avait emporté avec 74% des voix lors de l'élection de 2013, après une campagne axée exclusivement sur le dossier des relations de travail.

Or à l'origine, M. Labeaume voulait que le pouvoir de décréter soit donné aux villes et non au gouvernement. Il a aussi déjà réclamé le droit au lockout. Lorsqu'on lui a demandé s'il n'était pas déçu que ce pouvoir aille plutôt aux élus provinciaux, il a rétorqué qu'il n'avait pas le choix.

« Légalement, ça ne fonctionnait pas. Il y avait deux hypothèses: ça aurait pu être battu par la Cour suprême, mais ça aurait pu être battu aussi par une injonction interlocutoire, a-t-il dit. L'Assemblée nationale est souveraine. Ils ont le droit de décider. »

Rappelons qu'en plus de cela, le maire de Québec avait eu gain de cause dans le dossier des régimes de retraite des municipalités avec la loi sur le partage des déficits des régimes de retraite, adoptée en décembre 2014.

### Les syndicats sidérés

Le nouveau projet de loi sur le régime de négociation des conventions collectives change en profondeur les règles du jeu.

Désormais, les parties pourront demander au gouvernement d'intervenir après quatre mois de négociations. Un médiateur nommé par le ministre intervient ensuite pendant une période pouvant aller jusqu'à deux mois. En cas d'échec, on peut faire appel à un « mandataire spécial », également nommé par le ministre pour lui fournir un avis.

Dans le cas des policiers et des pompiers, on remplace les mécanismes d'arbitrage du ministère du Travail par un nouveau système, « le conseil de règlement des différends ». Constitué de trois personnes nommées par le gouvernement, ce tribunal fait lui aussi rapport au ministre.

Comme on pouvait s'y attendre, les syndicats ont vivement dénoncé le projet de loi vendredi. Le président de la Fédération des travailleurs du Québec (FTQ), Daniel Boyer, l'a qualifié d'« anticonstitutionnel » parce qu'il limite, dit-il, la liberté de négocier et le droit d'association qui sont protégés par les chartes.

Le délai de 120 jours pour négocier est carrément « ridicule », selon Denis Bolduc du Syndicat canadien de la fonction publique. « Les quatre premiers mois de négociations, ça sert à s'approprier, à commencer à danser », a-t-il dit.

M. Boyer plaide en outre que les syndicats tenaient déjà compte du cadre financier des villes lorsqu'ils négociaient. Ses collègues et lui ont martelé que la négociation, « ça marche » et que 85% de leurs membres

avaient des conventions collectives signées dans le système actuel.



«C'est sûr qu'on ne laissera pas passer quelque chose comme ça, a lancé le nouveau président du Syndicat canadien de la fonction publique pour le Québec, Denis Bolduc. On se sert des travailleurs municipaux pour financer des transferts de responsabilités vers les municipalités. »

Cet article a été partagé par un utilisateur de PressReader - une source en ligne de publications internationales. PressReader contient du contenu protégé, des marques déposées et d'autres informations confidentielles. Réception de cet article ne doit pas être interprétée comme octroi de toute licence, expresse ou implicite, à la propriété intellectuelle de PressReader ou éditeurs de publications présentées. PressReader - Connecting People Through News PressReader, 200-13111 Vanier Place, Richmond BC V6V 2J1, Canada Téléphone: +1 604 278 4604 © 2003-2016 NewspaperDirect Inc. dba PressReader. Tous droits réservés. Termes d'utilisation: <http://care.pressreader.com/hc/articles/206528495-Terms-of-Use> Politique de confidentialité: <http://care.pressreader.com/hc/articles/205818089-Privacy-Policy>

[Article précédent](#)

[Article suivant](#)

**ONGLET 7**

# TRIBUNAL D'ARBITRAGE DE DIFFÉREND

CANADA  
PROVINCE DE QUÉBEC

N° de dépôt :

Date : 1<sup>er</sup> mars 2010

---

Sous la présidence de : M<sup>o</sup> François Hamelin  
Assesseur patronal : M<sup>o</sup> Richard Martel  
Assesseur syndical : M<sup>o</sup> Claude Leblanc

---

**Ville de Montréal,**

ci-après appelée « la Ville »

Et

**Association des pompiers de Montréal,**

ci-après appelée « l'Association »

Litige : Différend sur les salaires pour la convention collective 2007-2009

---

**SENTENCE ARBITRALE PARTIELLE  
(Code du travail, articles 94 et suivants)**

---

[203] Bref, ce sont les représentants de la Ville - qui composent le conseil d'administration de la STM à plus de 80 % - qui votent le budget de la société et c'est la Ville qui éponge ultimement ses déficits d'exploitation. Dans les circonstances, le tribunal estime que malgré l'autonomie de gestion accordée à la STM pour remplir son mandat, c'est ultimement la Ville qui établit la rémunération et les conditions de travail des employés de la STM.

[204] Pour cette raison, le tribunal, s'autorisant du second alinéa de l'article 99.5 du Code du travail, estime devoir tenir compte du salaire consenti à ces derniers, d'autant plus que le travail des employés de la STM, tout comme celui des pompiers et des policiers, consiste à offrir des services à l'agglomération montréalaise, et non seulement à la Ville.

## **2) Application du critère au présent litige**

### **a) Le renouvellement négocié des conventions collectives à la Ville**

[205] Dans cette section, le tribunal examinera le règlement négocié intervenu entre la Ville et plusieurs de ses syndicats pour la période 2007-2009, les considérations qui ont présidé à ces règlements et finalement, la situation particulière des pompiers.

[206] En l'espèce, la preuve révèle que, directement ou par l'intermédiaire de la STM, la Ville contrôle la rémunération et les conditions de travail de 30 257 personnes salariées réparties comme suit dans quatorze unités de négociation :

<u>Unités</u>		<u>Nombre de salariés</u>
1-Cols blancs	SCFP	8 333
2-Cols bleus	SCFP	5 233
3-Policiers	Indépendant	4 698
4-Chauffeurs d'autobus (STM)	SCFP	4 003
5-Employés d'entretien (STM)	CSN	2 416
6-Pompiers	Indépendant	2 300
7-Professionnels généraux	Indépendant	1 549
8-Cols blancs (STM)	SCFP	807
9-Professionnels (STM)	SEPB	274
10-Professionnels scientifiques	Indépendant	241
11-Commis (STM)	Indépendant	214
12- Contremaîtres	Indépendant	109
13- Constables spéciaux (STM)	Indépendant	50
14-Architectes	Indépendant	<u>30</u>
		30 257

[207] Toutes les conventions collectives liant la Ville à chacun de ces syndicats sont venues à échéance le 31 décembre 2006 et en prévision de leur renouvellement pour la période 2007 à 2010, la Ville s'est dotée d'un cadre financier qui, selon elle, tient compte de ses nombreuses obligations, de ses sévères contraintes ainsi que de la nécessité de maintenir un taux de taxation foncière compétitif.

[208]Ce cadre financier prévoit pour chaque groupe de salariés syndiqués de la Ville une absence d'augmentation salariale en 2007 et une augmentation salariale limitée à 2% pour chacune des années 2008 et 2009, assortie d'une possibilité, à coût nul, de bonification des autres avantages prévus à la convention collective.

[209]Entre les mois d'août de 2007 et juillet de 2009, la Ville est parvenue à conclure des ententes pour le renouvellement des conventions collectives avec onze des quatorze syndicats accrédités, et ce, en respectant son cadre financier et sans qu'aucune grève ne soit déclenchée. Ces onze syndicats représentent 18 026 personnes salariées, soit près de 60 % de l'effectif total de la Ville et de la STM.

[210]La Ville n'a pu en venir à une entente avec les trois syndicats suivants : les cols bleus, les policiers et les pompiers, qui représentent respectivement 17 %, 15,5 % et 7,6 % de l'effectif total de la Ville.

[211]La preuve révèle que l'éventail des syndicats qui ont convenu avec la Ville d'un règlement négocié de leur convention collective est très diversifié, que ce soit en termes de nombre de salariés représentés, de champ d'activités ou d'affiliation syndicale.

[212]Ainsi, quatre des sept syndicats comptant plus de 1 500 membres – dont trois possédant plus de membres que l'Association - font partie du groupe. Certains de ces syndicats œuvrent dans des secteurs stratégiques très sensibles, ce qui leur confère un notable pouvoir de négociation.

[213]Il est par ailleurs intéressant de souligner que le renouvellement négocié de ces onze conventions collectives est survenu avant que la crise financière ne frappe l'économie mondiale à l'automne de 2008, soit à une époque de relative prospérité.

[214]Examinons maintenant la situation qui existait le 21 février 2008 lorsque, pour la première fois, la Ville s'est entendue avec un de ses syndicats, en l'occurrence celui des cols blancs affilié au SCFP, celui qui, avec ses 8 333 membres représentant près de 30 % de l'effectif total de la Ville et de la STM réunies, regroupe – et de loin - le plus grand nombre de personnes salariées.

[215]Comme on le verra plus en détail, les taux d'inflation et de croissance salariale connus en 2007 et 2008 oscillaient autour de 2 % et la perspective pour les années à venir était du même ordre, personne ne pouvant prévoir l'ampleur de la crise financière qui est survenue à l'automne de 2008.

[216]Il était alors évident pour le Syndicat des cols blancs qu'accepter le cadre financier proposé par la Ville équivalait à consentir à des augmentations de salaire qui seraient inférieures au taux d'inflation du Québec et à la croissance moyenne des salaires dans la province, et à prendre évidemment acte que cette entente aurait un impact défavorable temporaire en matière d'équité externe avec les cols blancs travaillant dans des villes comparables pour la période concernée.

[217] On peut penser que malgré cela, le Syndicat des cols blancs a estimé que compte tenu de l'état des finances de la Ville, il était préférable de négocier le renouvellement de la convention collective en acceptant le cadre financier présenté par cette dernière. Le syndicat a probablement évalué qu'à moyen terme, cette décision servirait davantage les intérêts de ses membres. On imagine aisément à quel point il a dû être difficile pour ce syndicat de prendre une telle décision et le courage qu'il a fallu pour le faire.

[218] Même si le Syndicat des cols blancs est le plus important syndicat de la Ville en termes de membres, il n'en demeure pas moins qu'il ne représente qu'une unité de négociation sur quatorze et que 30 % de l'effectif total de la Ville. Le règlement dont il a convenu avec la Ville ne pouvait donc forcer les autres syndicats à accepter de négocier le renouvellement de leur convention collective à l'intérieur du même cadre financier : ce règlement représentait tout au plus une première référence, nullement contraignante, en matière d'équité interne.

[219] Dans les mois qui ont suivi, trois autres syndicats d'envergure – celui des chauffeurs d'autobus, affilié au SCFP, celui des employés d'entretien de la STM, affilié à la CSN, ainsi que celui des professionnels de la Ville – de même que par la suite sept autres syndicats de moindre importance en sont librement venus à la même conclusion que le Syndicat des cols blancs, portant ainsi à onze sur quatorze le nombre de syndicats à accepter de renouveler leur convention collective en respectant le cadre financier présenté par la Ville. Ces onze syndicats représentent 80 % de toutes les unités de négociation et 60 % de l'effectif de la Ville.

[220] En conscience et en équité, le tribunal estime que lorsque, comme en l'espèce, une majorité qualifiée de syndicats de la Ville représentant une majorité qualifiée de personnes salariées a convenu avec cette dernière de règlements similaires - en l'occurrence de règlements respectant le cadre financier de la Ville -, ces règlements acquièrent la force et l'autorité d'un important précédent, avec toutes les conséquences qui en découlent.

[221] En dépit de l'importance de ces règlements fondés sur le cadre financier de la Ville, l'Association ne saurait être automatiquement liée par eux, sinon son droit fondamental à la négociation collective s'en trouverait aliéné. En revanche, il est évident que si elles devaient différer pour quelque motif que ce soit de celles déjà accordées aux autres syndicats, les augmentations qui seront consenties aux pompiers ne sauraient s'en écarter notablement et en ce sens, la marge de manœuvre de l'Association s'en trouve naturellement réduite.

[222] Pour se convaincre du bien-fondé d'une telle décision, il n'y a qu'à imaginer une situation où, à la faveur d'un contexte économique favorable, une majorité de syndicats avait conclu des ententes salariales très avantageuses; le principe de l'égalité de traitement trouverait normalement application sans aucune réticence de la part des autres syndicats concernés.

	2007	2008	2009
<b>Montréal métropolitain</b>			
PIB	2,1 %	1,7 %	-0,5 %
IPC	1,6 %	2,1 %	0,8 %
<b>Province de Québec</b>			
PIB	2,6 %	1,0 %	-1,7 %
IPC	1,6 %	2,1 %	0,6 %

[288]Ces données révèlent donc que les augmentations générales de rémunération de 4 % proposées par la Ville dans son cadre financier sont légèrement inférieures à l'augmentation totale de l'IPC qui a été de 4,5 % durant cette période, ce qui n'est pas significatif à la lumière du fait que depuis 1990, l'index cumulatif des augmentations de salaire des pompiers (143,4 %) a été supérieur à celui de l'IPC de Montréal (143,1 %), comme le révèle l'annexe II de la présente décision.

[289]Quoi qu'il en soit, les ajustements de salaire prévus dans la présente décision viennent corriger la situation.

## **2) La situation salariale**

[290]Sur la question, les conclusions de MM. Landry et Boyer concordent et établissent que de manière générale, les augmentations moyennes de salaire consenties dans le secteur municipal québécois pour la période 2007-2009 sont d'environ 2 % chaque année, pour une augmentation cumulative de 6 % pour trois années, ce qui, compte tenu de l'état des finances de la Ville, se compare aux augmentations générales de salaire de 5 % consenties aux pompiers de la Ville, sans compter les ajustements de 2 % relatifs à la prime de premier répondant.

[291]M. Landry a suggéré qu'en période de ralentissement économique, la Ville devrait accorder à ses employés des augmentations de salaire plus élevées afin de relancer la production et encourager la consommation.

[292]Avec égard, le tribunal ne partage pas cette opinion. Premièrement, la Ville ne peut, comme les gouvernements fédéral et provinciaux, augmenter ses dépenses en créant un déficit d'exploitation. Deuxièmement, la façon traditionnellement choisie par tous les gouvernements supérieurs pour relancer la production et encourager la consommation consiste d'abord à créer des programmes pour donner du travail aux citoyens en chômage, ce qui a pour effet à la fois d'alléger les charges sociales de l'état et d'augmenter ses recettes en impôt sur le revenu.

## **D) Un règlement global raisonnable et équitable**

[293]Avec respect pour l'opinion contraire, le tribunal estime que dans les circonstances particulières de la présente affaire, le règlement global le plus raisonnable, équitable et honorable - celui qui crée un équilibre optimal entre toutes les perspectives d'équité, compte

## **TRIBUNAL D'ARBITRAGE DE DIFFÉREND**

CANADA  
PROVINCE DE QUÉBEC

NO. DE DÉPÔT :

DATE : 21 JUIN 2010

---

<b>Sous la présidence de :</b>	<b>Me Jean Barrette</b>
Assesseur patronal :	Monsieur François Landry
Assesseur syndical :	Monsieur Jean-Guy Roch

---

### **VILLE DE MONTRÉAL**

ci-après appelée « La Ville »

**ET**

### **LA FRATERNITÉ DES POLICIERS ET POLICIÈRES DE MONTRÉAL INC.**

ci-après appelée « La Fraternité »

**LITIGE :** Différend sur les salaires et la prime de métropole pour  
la convention collective 2007-2009

Procureur pour la Ville :	Me Jacques Audette
Procureur pour la Fraternité :	Me Laurent Roy

Dates d'audiences : 44 journées entre le 14 novembre 2008 et le 29 mars 2010  
Dates délibéré : 15, 20, 22, 23 avril, 31 mai, 8 et 14 juin 2010  
Date de la décision : 21 juin 2010

**Sentence arbitrale**  
**(Code du travail articles 94 et suivants)**

situation très particulière des pompiers de la Ville, en pondérant l'importance relative de chacun de ces éléments à la lumière de la preuve entendue. »

[484] Ce qu'il est important de retenir c'est que l'arbitre de différend n'impose pas sa vision de ce qu'aurait dû être le règlement entre les parties, mais il recherche plutôt à travers la preuve présentée par chacune d'elles, le règlement auquel elles en seraient parvenues librement, comme personne raisonnable et avisée, sans l'intervention d'un tribunal.

[485] Dans sa mission, l'arbitre doit tenir compte d'éléments énoncés à l'article 99.5 du Code du travail. Ces dispositions ont été amendées en 1996. Celles-ci, comme l'a souligné le procureur de la Ville, ont changé l'approche d'un tribunal à l'égard des critères qu'il devait se servir pour rendre sa décision. La décision rendue par Me François Hamelin dans l'affaire *Ville de Charlemagne et la Fraternité des policiers de Charlemagne*, (décision du 1<sup>er</sup> octobre 1987) est ainsi difficilement applicable aujourd'hui, sans distinction, depuis l'amendement de 1996.

[486] En effet, depuis les amendements, l'arbitre de différend a l'obligation de traiter du différend en fonction de tous les éléments mentionnés à l'article 99.5. À ce sujet, Me Jean Paquette dans son ouvrage « *Les nouveaux critères décisionnels de l'arbitrage de différend chez les policiers et les pompiers municipaux* » (1998.32 R.J.T. pages 593 et ss) conclut : « Depuis les amendements au Code du travail, en 1996, l'arbitre Alain Corriveau a été le premier à se prononcer sur l'interprétation du nouvel article 99.5 C.t. Ainsi, dans la décision *Ville de Mont-Laurier*, il propose de modifier l'approche des critères décisionnels de l'arbitrage de différends chez les policiers et les pompiers.

Selon lui, un policier ou un pompier est avant tout un employé municipal avec les particularités qui le distinguent des autres employés de la municipalité. Les policiers et les pompiers ne doivent plus se comparer uniquement entre eux, mais également avec les autres employés de la municipalité où ils travaillent et aussi des autres municipalités comparables. À cet effet, il s'exprime comme suit :

Or, avec les amendements à l'article 99.5 du Code du travail, le législateur ne laisse plus au tribunal la discrétion qu'il avait précédemment concernant les critères de référence. En effet, le Code du travail impose à l'arbitre un devoir c'est-à-dire celui de tenir compte, entre autres, des conditions applicables aux autres salariés de la corporation municipale concernée de même qu'aux conditions de travail qui prévalent dans des corporations municipales semblables ou dans des circonstances similaires. Le changement est de taille et il vient bouleverser les principes sur lesquels l'arbitre Hamelin s'appuyait pour rendre la décision qu'il a rendue dans l'affaire *Ville de Charlemagne*.

Dorénavant, l'arbitre de différend a l'obligation légale de tenir compte des critères de l'article 99.5 C.t. Autrement dit, l'article 99.5 C.t. prévoit maintenant des critères qui sont obligatoires et non plus uniquement des critères de référence et discrétionnaires. L'arbitre doit, selon l'équité et la bonne conscience, considérer les conditions de travail applicables aux autres salariés de la municipalité, tels les cols bleus, les cols blancs et les pompiers, celles de l'ensemble des salariés des municipalités semblables (c'est-à-dire comparables) et des perspectives salariales et économiques du Québec. De plus, à sa discrétion, il peut considérer tout autre élément de la preuve.

Selon l'arbitre Corriveau, le terme « applicable » utilisé à l'article 99.5 C.t. réfère aux « conditions de travail qui sont susceptibles d'être appliquées ou qui ont cours dans les autres groupes de salariés de la corporation municipale concernée. Ainsi, pour les conditions de travail qui ne s'appliquent qu'à des policiers, comme la pratique du tir, seules les conditions analogues de municipalités comparables seront pertinentes. Par contre, pour les conditions de travail liées par exemple à des avantages sociaux qui s'appliquent également aux autres salariés de la municipalité concernée, il n'y aura pas lieu de s'écarter de l'équité interne, à moins de pouvoir démontrer qu'il y a des caractéristiques particulières à la fonction de policier (...) »

[487] Me Paquette ajoute que :

« Les récentes décisions arbitrales ont pour effet d'écarter l'interprétation des critères décisionnels de l'arbitrage de différends qui dominait avant l'entrée en vigueur, en 1996, du nouvel article 99.5 C.t. Ainsi, il n'est plus possible de considérer uniquement les conditions de travail qui prévalent chez les policiers et les pompiers.

Dorénavant, l'arbitre de différends a l'obligation légale de considérer l'équité interne applicable, l'équité externe comparable ainsi que la situation et les perspectives salariales et économiques du Québec, selon l'équité et la bonne conscience. Également, il peut considérer tout autre élément de preuve (...) »

[488] Il y a lieu de retenir cependant que les caractéristiques particulières ou les particularités d'un groupe peuvent inciter l'arbitre à moduler d'une manière différente les éléments énoncés à l'article 99.5 du Code du Travail. Tout comme l'a d'ailleurs fait Me Hamelin dans sa décision du 1<sup>er</sup> mars 2010 à l'égard des pompiers de Montréal.

[489] Le présent différend a amené les parties à présenter une preuve sur les conditions de travail applicables aux autres groupes syndiqués de la Ville (équité interne) sur les conditions de travail qui prévalent dans des municipalités semblables en fonction du salaire hebdomadaire des policiers 1<sup>ère</sup> classe et de la rémunération globale sur une carrière de 30 ans (équité externe), sur la situation des perspectives économiques et salariales du Québec, de Montréal et des régions administratives adjacentes et du reste du Canada (RDC). La Ville a présenté un autre élément qui n'est pas nommément désigné à l'article 99.5, soit la situation financière de Montréal que la Fraternité a désigné, comme sa capacité de payer.

[490] Ce dernier élément présenté par la Ville a fait l'objet d'une contestation par la Fraternité. Elle a demandé au Tribunal de l'écarter, sinon de lui attribuer une importance plus que relative dans les circonstances, surtout dans le cas d'organismes publics pour qui la capacité de payer n'est pas un enjeu, comme dans une entreprise privée. Nous reviendrons sur cette demande ultérieurement.

[491] Les deux derniers éléments sur les perspectives économiques et salariales et la situation financière de Montréal sont des éléments autonomes et distincts, certes, mais ils peuvent également servir de toile de fond dans l'étude des critères de l'équité interne et de l'équité externe, l'économie dicte souvent la conduite des citoyens et des institutions.

[492] Somme toute, malgré l'obligation qui est faite à l'arbitre de différend par les dispositions du Code du travail, les auteurs et la jurisprudence unanimes ont reconnu que le décideur n'a pas à appliquer les éléments de l'article 99.5 du Code du travail dans un ordre spécifique ni de leur accorder une importance hiérarchique particulière. Il n'a pas, non plus, à les additionner. Certains arbitres ont dit qu'il n'avait qu'à les considérer en équité et bonne conscience, à l'aide de la preuve recueillie à l'enquête, tout comme les parties l'auraient fait, pour décider du différend dont il est saisi.

## **B. Le litige**

[493] Le litige tel que déjà mentionné concerne les augmentations salariales que la Fraternité réclame pour ses membres pour la convention collective débutant le 1<sup>er</sup> janvier 2007 et se terminant le 31 décembre 2009, soit :

3% pour 2007

3% pour 2008

3% pour 2009

## Portrait en date d'août 2009

<u>Accréditation</u>	<u>Nombre d'employés</u>
Cols blancs	8 333
Cols bleus	5 233
Policiers	4 698
Pompiers	2 295
Cadres	1 809
Professionnels généraux	1 549
Brigadiers scolaires	654
Autres – ville	615
Professionnels scientifiques	241
Contremaîtres syndiqués	109
Professionnels juristes	82
Architectes	30
Chauffeurs d'autobus, opérateur de métro et employés des services connexes – STM	4 003
Employés d'entretien – STM	2 416
Cadres d'exploitation, gestionnaires et Professionnels non syndiqués – STM	871
Cols blancs – STM	807
Professionnels – STM	274
<u>Commis divisionnaires – STM</u>	<u>214</u>
<b>Total :</b>	<b>34 233</b>

[552] Tel qu'indiqué précédemment 21 007 salariés syndiqués ont fait l'objet d'un règlement avec la Ville sur 30 938 salariés syndiqués, soit 68% des salariés. En excluant le groupe des pompiers qui ont vu leurs conditions de travail établies par un tribunal, près de 61% des salariés syndiqués ont conclu une entente avec la Ville selon le cadre financier fixé par celle-ci pour la période de 2007 à 2011.

[553] Ce pourcentage doit avoir une signification et une incidence réelles dans la considération du critère de l'équité interne, en regard du cadre financier décidé par la Ville. Sans discourir longuement, le poids de ces règlements individuellement ou collectivement et l'importance des groupes impliqués qui ont choisi volontairement d'adhérer au cadre financier, malgré la situation économique de 2007, confirment l'importance que le Tribunal, en équité et bonne conscience, doit donner à l'équité interne, tout en analysant les particularités propres au groupe des policiers. D'ailleurs, de la même façon que les parties en auraient tenu compte lors de leurs discussions à la table des négociations. La situation des salariés des autres groupes aurait sûrement fait l'objet de beaucoup de considération, pourquoi en serait-il autrement pour le Tribunal qui doit se substituer aux parties ?

[554] Dans cette perspective, le Tribunal ne peut ignorer que presque tous les autres groupes de la Ville et de la STM ont accepté le cadre financier fixé par la Ville, même dans une période économique relativement stable (2007) et que certains ont conclu des conventions collectives pour des périodes excédant quatre (4) années.

[555] Il y a donc lieu maintenant d'examiner ces règlements pour déterminer si la preuve présentée démontre des dépassements au-delà du cadre financier fixé en 2007.

[636] La prépondérance de la preuve est à l'effet que les parties se sont référées à l'IPC à plus d'une reprise pour fixer les augmentations de salaire du groupe des policiers et à certaines occasions la Ville a accordé plus. La réduction des écarts avec les autres corps policiers de comparaison s'était aussi faite progressivement en tenant compte des divers indicateurs économiques de la Ville et du Québec.

[637] En équité et bonne conscience, le Tribunal considère que les parties auraient tenu compte de l'IPC pour établir les augmentations de salaire pour la période 2007-2009; il manque 0,5%. Ce pourcentage couvre les écarts révélés par les indices salariaux en vigueur au Québec pour la période et les dépassements liés à l'équité interne.

[638] Après analyse de tous les éléments mentionnés à l'article 99.5 du Code du travail et en tenant compte du cadre financier de la Ville pour la période de 2007-2009, en équité et bonne conscience, le Tribunal accorde une augmentation additionnelle de 0,75% à compter du 31 décembre 2009, elle permet aussi de reconnaître la particularité du groupe des policiers et d'amorcer une réduction des écarts de salaire avec les autres villes.

## VII. DISPOSITIF

[639] Pour tous les motifs ci-haut mentionnés, après avoir entendu la preuve et les plaidoiries, vérifié le droit et la jurisprudence applicables et sur le tout délibéré,

- **DÉCLARE** que les augmentations de salaire des policiers pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2007 au 31 décembre 2009 doivent être les suivantes :

Augmentations générales des échelles de salaire de tous les policiers :

- aucune augmentation en 2007 ;
- augmentation générale des échelles de salaire de 2% le 1<sup>er</sup> janvier 2008 ;
- augmentation générale des échelles de salaire de 2% le 1<sup>er</sup> janvier 2009 ;
- augmentation générale des échelles de salaire de 0,75% le 31 décembre 2009.
- **ORDONNE** à la Ville de procéder aux ajustements de salaire susmentionnés et de verser la rétroactivité à tous les policiers à l'emploi de la Ville pour la période postérieure au 1<sup>er</sup> janvier 2007, dans les soixante (60) jours ouvrables des présentes ;
- **RÉSERVE** sa compétence à l'égard des ententes ayant fait l'objet d'accord entre les parties afin d'en prendre acte ;
- **RÉSERVE** sa compétence sur l'application de la présente décision ;
- **DEMEURE** à la disposition des parties pour le processus arbitral relativement au différend sur la convention collective 2011-2012.

**Signée à Bromont, ce 21 juin 2010**

***Original signé par Me Jean Barrette  
et déposé au Ministère du Travail du Québec***

---

**Me Jean Barrette, Arbitre  
Président du tribunal d'arbitrage**