COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

106-14-CA

THE CITY OF SAINT JOHN

APPELLANT

- and -

CANADIAN UNION OF PUBLIC EMPLOYEES, LOCAL 18 and M.B.

RESPONDENTS

The City of Saint John v. Canadian Union of Public Employees, Local 18 and M.B., 2015 NBCA 35

CORAM:
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice Baird

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
August 27, 2014

History of Case:

Decision under appeal:
2014 NBQB 201

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
February 17 and 18, 2015

Judgment rendered:
June 18, 2015

Reasons for judgment:
The Honourable Justice Baird

Concurred in by:
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Green

THE CITY OF SAINT JOHN

APPELANTE

- et -

SYNDICAT CANADIEN DE LA FONCTION PUBLIQUE, SECTION LOCALE 18 et M.B.

INTIMÉS

The City of Saint John c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 18 et M.B., 2015 NBCA 35

CORAM :
l'honorable juge Deschênes
l'honorable juge Green
l'honorable juge Baird

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 27 août 2014

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2014 NBBR 201

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
les 17 et 18 février 2015

Jugement rendu :
le 18 juin 2015

Motifs de jugement :
l'honorable juge Baird

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Deschênes
l'honorable juge Green

Counsel at hearing:

For the appellant:
Scott Andrew Brittain

For the respondents:
Glen Serge Gallant

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Scott Andrew Brittain

Pour les intimés :
Glen Serge Gallant

THE COURT

The appeal is dismissed with costs of $2,500.

LA COUR

L'appel est rejeté avec dépens de 2 500 $.

The judgment of the Court was delivered by

BAIRD, J.A.

I. Introduction

[1] A Board of Arbitration (Board) was constituted to hear a grievance filed by M.B., an employee of the City of Saint John, pursuant to a Collective Agreement negotiated between Local 18 of the Canadian Union of Public Employees (CUPE) and the City of Saint John (City).

[2] One week prior to the hearing, the City filed a preliminary motion raising issues of estoppel, *res judicata*, collateral attack and abuse of process on the basis the subject matter of M.B.'s grievance had been previously determined by both the Human Rights Commission of New Brunswick (Commission) and the Employment Insurance Board of Referees (Referees).

[3] The majority of the Board concluded the issues raised in the grievance were the same as had been previously determined, and therefore, there was no issue for arbitration. The grievance was dismissed. CUPE and M.B. sought judicial review of the decision on the basis the "merits of the grievance" had not been adjudicated. The reviewing judge quashed, in part, the decision of the Board and remitted the balance of the grievance to a "newly constituted" board for determination on its "merits". The new board would have the authority to determine the scope of evidence it would hear concerning alleged discriminatory conduct by the City.

[4] The issues for determination on appeal are:

1. Was the reviewing Court correct when it concluded that issue estoppel, *res judicata*, abuse of process and collateral attack did not apply to the grievance other than with respect to issues of discriminatory conduct on the part of the City?

2. Did the reviewing Court err in misapplying the reasonableness standard of review on the preliminary question raised by the City?

3. Did the reviewing Court err in remitting the grievance to a newly constituted board for a hearing on the merits?

4. Did the reviewing Judge err when he found the newly constituted board could determine the scope of evidence concerning discriminatory conduct it could hear?

II. Procedural Context and Background

[5] On May 19, 2011, M.B. was suspended with pay as a result of an incident in the workplace, pending an internal investigation. On May 25, 2011, he filed a complaint with the Commission alleging his suspension was the result of discrimination in the workplace based on mental disability. The complaint was later amended to include allegations of discriminatory conduct by the City in relation to his dismissal.

[6] Following a disciplinary hearing in June 2011, M.B. was terminated on July 27, 2011. His initial application for employment insurance benefits was successful; however, following an appeal by the City, the three-person Board of Referees unanimously denied his claim. In denying the claim, the Referees found he "was dismissed for his 'misconduct' pursuant to the meaning of the *E.I. Act*" and was, therefore, not eligible for benefits. M.B. did not appeal that decision.

[7] In the interim, there was a thorough investigation by the Commission. The investigator filed a Case Analysis Report (CAR) on October 19, 2011, in which she concluded M.B.'s claim should be dismissed as it was "without merit". His complaint was subsequently dismissed, and he did not seek judicial review of that decision.

[8] In addition to these proceedings, the Union President signed a grievance form seeking redress and reinstatement, which M.B. executed on August 2, 2011. A Board was constituted to hear M.B.'s grievance in November 2012. One week prior to the hearing, the City gave notice it sought a ruling on preliminary questions of *res judicata*, issue estoppel, collateral attack and abuse of process by re-litigation, on the basis the same issues to be considered by the Board had already been determined by the Referees and the Commission. M.B. was represented by counsel at the resulting two-day hearing during which there was no *viva voce* evidence. There were three post-hearing briefs filed at the request of the Board, subsequent to the decisions in *SCFP, section locale 1840 (Edwin Pelletier) et le Ministère de la Sécurité publique*, (unreported), and *Penner v. Niagara (Regional Police Services Board)*, 2013 SCC 19, [2013] 2 S.C.R. 125, both of which antedated the hearing.

[9] The Board agreed with the City. The grievance was dismissed on July 9, 2013, on the basis the same issues had already been decided by another tribunal. In reaching their conclusion, the majority stated:

> It is clear that [M.B.] in this case has based his claim on an issue that has already been decided by the Human Rights Commission when it said that his claim was "without merit": the relevant doctrine in this case "balances judicial finality and economy and other considerations of fairness to the parties. It holds that a party may not re-litigate an issue that was finally decided in prior judicial proceedings between the same parties or those who stand in their place". (At paragraph 29 of *Penner*).
>
> Further, "[I]ssue estoppel, with its residual discretion, applies to administrative tribunal decisions. The legal framework governing the exercise of this discretion is set out in *Danyluk*. In our view this framework has not been overtaken by this Court's subsequent jurisprudence. The discretion requires a court should take into account the range and diversity of structures, mandates and procedures of administrative decision makers however, the discretion must not be exercised so as to, in effect, sanction collateral attack, or undermine the integrity of the administrative scheme….legislation establishing administrative tribunals

> reflects the policy choices of the legislators and administrative decision making must be treated with respect by the courts". However, as this Court said in *Danyluk*, at para. 67: "The objective is to ensure that the operation of issue estoppel promotes the orderly administration of justice but not at the cost of real injustice in the particular case". (At paragraph 31 of *Penner*).
>
> The evidence in this case is that [M.B.] filed his claim with the Human Rights Commission, and afterwards, with the Employment Insurance Board while having the benefit of experienced counsel to proceed with both of his claims. He has had his "one bite at the cherry".

[10] M.B. applied for judicial review of the decision on the following grounds:

1. An unreasonable application and interpretation of ss. 55 and 76 of the *Industrial Relations Act* as well as article 12.07 of the collective agreement;
2. The Arbitration Board unreasonably applied the doctrines of issue estoppel, abuse of process and collateral attack;
3. The Arbitration Board denied natural justice and procedural fairness;
4. The decision was based on findings of fact unsupported by the evidence;
5. Such further grounds as may become known.

[11] The relevant sections of the *Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4 and the Collective Agreement are attached as Appendix "A".

III. The Judicial Review

[12] The reviewing judge considered the documentary evidence and the relevant jurisprudence on the standard of review question (paras. 34-39), and concluded the applicable standard of review in this case was reasonableness. He accepted that in matters of procedural fairness, correctness would be the appropriate standard, but added: "[I]n the present case I do not find the process to have been 'unfair' to the Applicants in

the manner contemplated by that word. Just because the grievance was defeated at the preliminary stage does not mean the process was unfair" (para.47).

[13] The respondents submitted the Board owed M.B. a hearing on the merits of the case and not to do so was a violation of both the *Industrial Relations Act*, ss. 55(1) and 76(4), and Article 12.07 of the Collective Agreement. The reviewing judge agreed that, in this case, the "'merits of the grievance were never adjudicated upon by the Board" (para. 5); however, in tackling this submission, he stated: "I do not read art. 12.07 to require that every grievance must proceed to its merits in the face of a valid preliminary objection" (para. 56).

[14] He found the preliminary objection was, in part, valid, and it was reasonable on this basis for the Board to decline to hear the grievance on its merits regarding the human rights question. He found this issue was estopped, and hence would not interfere with the Board's decision in this respect. He observed there may be cases of overlapping jurisdiction between administrative tribunals that will ground the application of estoppel type principles:

> There is no dispute that the Commission has full authority to decide the issues presented to it in the context of a complaint filed under the *Act*. Similarly, the parties to this collective agreement have also determined that an arbitration board has the specific authority to determine alleged violations of the *Human Rights Act*. It is not that an arbitration board could make a decision that would bind the Human Rights Commission or that the Human Rights Commission could make a decision that would bind an arbitration board. Both entities have remedial powers of their own to remedy violations of human rights principles whether embodied in the *Act* or the collective agreement. But where, as there is here, there is jurisdiction in more than one tribunal or agency to decide essentially the same question based on the same facts, it flies in the face of common sense to allow a party to seek redress in both. [para. 58]

[15] Article 4.01 of the Collective Agreement between the City and CUPE, Local 18, prohibits discrimination or "coercion" with respect to an employee "by any ground prohibited by the *Human Rights Act*". The appellant submits this issue was determined by the Commission, and M.B. chose not to seek judicial review of that decision. I agree with the reviewing judge that "[t]he portion of the grievance which calls into question issues of discrimination or the *Human Rights Act* cannot proceed further" (para. 64). I note parenthetically that neither CUPE nor M.B. cross-appealed on this issue, so I will not address it.

[16] The reviewing judge then concluded the following:

> Unlike the nexus between the Commission and the arbitration Board, there is no discernable overlapping of jurisdiction between the employment insurance regime and the grievance process. In other words, it is difficult to imagine that a grievance arbitration board would have authority to consider and determine a statutory entitlement to employment insurance benefits. Nor is it reasonable to think that a decision of the Board of Referees (that M.B.'s conduct resulted in his termination) is determinative of the expansive obligations between the parties as set out in art. 22.05. The Board of Referees determined an entitlement to statutory benefits. That is a far cry from saying that it had determined the rights and obligations as between the parties raised in art. 22.05 (and other articles) of the collective agreement. [para. 62]

In other words, these two entities have distinct mandates with different outcomes.

[17] He proceeded to quash the Board's decision in part, concluding:

> […] The portion of the grievance which calls into question issues of discrimination or the *Human Rights Act* cannot proceed further. All other issues raised in the grievance can continue before a newly constituted Board of Arbitration.
>
> It is not my intention in this decision to limit the jurisdiction of the new Board to determine the scope of the evidence it will allow for its consideration. For example,

> the Applicants may attempt to introduce contextual evidence that they think illustrates discriminatory behaviour by the City. It will be up to the new Board to determine whether to receive such evidence or not. I say only that the determination by the Board relating to art. 4.01, or more broadly on issues of discrimination or claims under the *Human Rights Act*, is final. [paras. 64-65]

IV. Analysis

A. *The Evolution of the Standard of Review*

[18] *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, changed the Canadian landscape in Administrative Law concerning standards of review and adjudication. The decision has been followed and applied by this Court in numerous decisions, most notably: *Small v. New Brunswick Liquor Corporation (Small)*, 2012 NBCA 53, 390 N.B.R. (2d) 203; *Smith v. Province of New Brunswick (Department of Public Safety*) *and New Brunswick Human Rights Commission*, 2012 NBCA 41, 397 N.B.R. (2d) 1; *Port of Dalhousie Inc. v. Maltais*, 2011 NBCA 84, 377 N.B.R. (2d) 312; *Mourant v. Town of Sackville*, 2014 NBCA 56, 423 N.B.R (2d) 330; *Bowater Maritimes Inc. v. Communications, Energy and Paperworkers Union, locals 117, 146, 164 and 263 and International Longshoremen's Association, Local 1433*, 2011 NBCA 22, 368 N.B.R. (2d) 348; *J.D. Irving, Ltd. v. North Shore Forest Products Marketing Board et al.*, 2014 NBCA 42, 422 N.B.R. (2d) 233.

[19] The parties disagree as to whether the standard of review should be reasonableness or correctness. Our Court, per Robertson J.A., provided guidance in *Small*, stating:

> This leaves for consideration the standard of review to be applied to pure questions of law, which fall under one of two umbrellas: (1) the identification of a common law or equitable principle or rule, or analytical framework; and (2) the interpretation of a contractual or statutory provision. It is trite to acknowledge that no deference is owed to a trial, application or motion judge's ruling involving a pure

> question of law. An appellate court is free to arrive at its own opinion (see *Housen v. Nikolaisen*, at para. 8). While correctness has always been the accepted review standard for questions of law decided within the context of civil proceedings, the same cannot be said when it comes to determinations by an administrative tribunal performing adjudicative functions. The general understanding is that reviewing courts owe deference to a tribunal's rulings involving the interpretation of its home statute, a closely-related statute and any contractual arrangements that fall within the scope of the tribunal's mandate, even though the issue involves a pure question of law. But the path which the Supreme Court of Canada took to arrive at this point was by no means direct. A succinct historical overview may be helpful.
>
> […]
>
> […] This understanding of the present law is reinforced by the fact that since the release of *Dunsmuir*, the Supreme Court has yet to engage the "pragmatic and functional approach" for isolating the proper standard of review. Instead, the analysis has focused on whether the question of law decided by the administrative tribunal was the kind of question for which deference should be accorded. Hence, today, the task of the reviewing court is to identify the types of legal questions for which correctness is the proper standard. The "going-in presumption" is that any interpretative decision of the tribunal's home and related statutes will attract the deferential standard as will questions of law that are not of "central importance" to the legal system. There are three recent decisions of the Supreme Court which confirm this abbreviated understanding of the law. [paras. 17, 22]

[20] One of the three decisions referenced by Robertson J.A. in *Small* was *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616. In that case, the arbitrator accepted the union's interpretation of a vacation benefit clause in a collective agreement; however, he applied the doctrine of estoppel to deny the relief the union sought. The Court held that as the equitable remedy did not involve a question of central importance to the legal system as a whole, and was not a question beyond the expertise of the arbitrator, deference was

owed to the arbitrator's estoppel ruling. Equally important is the finding that labour arbitrators are not always bound to apply equitable and common law principles, including estoppel, in the same manner as courts of law. As the reviewing courts could not agree on the proper standard of review (the Court of Queen's Bench applied a reasonableness standard, but the Court of Appeal held the correctness standard to be appropriate), the Supreme Court looked at the types of questions for which correctness is generally applied and those where reasonableness normally prevails, and upheld the arbitrator's decision:

> An administrative tribunal's decision will be reviewable for correctness if it raises a constitutional issue, a question of "general law 'that is both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's specialized area of expertise'", or a "true question of jurisdiction or *vires*". It will be reviewable for correctness as well if it involves the drawing of jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals (*Dunsmuir*, at paras. 58-61; *Smith*, at para. 26; *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, Local 79, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77 (*"Toronto (City)"*), at para. 62, per LeBel J.).
>
> The standard of reasonableness, on the other hand, normally prevails where the tribunal's decision raises issues of fact, discretion or policy; involves inextricably intertwined legal and factual issues; or relates to the interpretation of the tribunal's enabling (or "home") statute or "statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity" (*Dunsmuir*, at paras. 51 and 53-54; *Smith*, at para. 26). [paras. 35-36].

See *Bowater Maritimes Inc.*, at para. 18, as well.

[21] In the case at bar, I find nothing wrong with the reviewing judge's analysis on the standard of review issue; in fact, he rejected the correctness standard utilizing the criteria in *Dunsmuir* and *Nor-Man*, which is, in my view, the proper approach. In finding the applicable standard of review to be reasonableness, he stated:

> In my view there is nothing present in the essential elements of this case that calls out for review on a standard of correctness. *Nor-Man, supra* is sufficient authority for

> me to conclude that an arbitration board in circumstances such as these, and applying the principles of estoppel and its related concepts, is in no way issuing a decision which would be of central importance to the legal system.
>
> Moreover, the issues presented in this case are certainly not outside the tribunal's field of relative expertise. A cursory review of the various reporting series of labour arbitration cases will reveal that for decades arbitration boards have been considering and applying the principles of *res judicata*, estoppel and related concepts.
>
> […]
>
> Being satisfied that the applicable standard of review had been recognized in prior cases as the reasonableness standard there is no need to move to the second step of the analysis required by *Dunsmuir, supra*. [paras. 45-46, 48]

[22] As the reviewing judge was correct in using a reasonableness standard, I turn to a brief consideration of its application in this case. In *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, the Court, quoting from *Dunsmuir*, stated:

> […] A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law. [para. 11]

[23] In *Bowater Maritimes Inc.*, our Court, per Robertson J.A., discussed deference and reasonableness adopting the same analysis (para. 24). This was recently reiterated by the Supreme Court in *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp*., 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, at para. 119. Therefore, as Robertson J.A. stated in *Small*, the "reasons must be read together with the outcome for the purpose of determining whether the result falls within the range of possible outcomes" (para. 11). See also: *Her*

Majesty the Queen as represented by the Board of Management on behalf of the Department of Natural Resources v. Pinder and New Brunswick Union of Public and Private Employees, 2012 NBCA 60, 391 N.B.R. (2d) 110, per Robertson J.A., at para. 7.

B. *The test for issue estoppel*

[24] Issue estoppel, *res judicata*, collateral attack and abuse of process are doctrines that have developed to promote finality in judicial decision making. The basis for these doctrines was recently explained in *Penner*:

> Relitigation of an issue wastes resources, makes it risky for parties to rely on the results of their prior litigation, unfairly exposes parties to additional costs, raises the spectre of inconsistent adjudicative determinations and, where the initial decision maker is in the administrative law field, may undermine the legislature's intent in setting up the administrative scheme. For these reasons, the law has adopted a number of doctrines to limit relitigation. [para. 28]

[25] Mr. Penner was arrested for disruptive behavior in a courtroom. He later filed a complaint, pursuant to the *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15, alleging unlawful arrest and excessive use of force during the arrest. He also commenced civil proceedings for the same incident, during which the issue of estoppel was raised. Cromwell J. found that although the three preconditions for estoppel had been met, there were significant differences between the police complaint process and the civil action; particularly, there were differences in the remedies available, and most notably, the fact he could pursue a damage claim in the civil action.

[26] The Supreme Court recognized there could be procedural differences between the two processes, and to deny a litigant the opportunity to fully present his case could result in unfairness. The Court discussed the "purpose" of the legislative scheme, "process", and the "scope and effect" of administrative proceedings. The majority favored the flexible, more holistic approach and found it would be unfair to Mr. Penner if

he were estopped from having his civil case heard. It concluded the "legislation does not intend to foreclose parallel proceedings" (para. 51).

[27] *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248, [1974] S.C.J. No. 95 (QL) established three preconditions for the application of issue estoppel: "(1) that the same question has been decided; (2) that the judicial decision which is said to create the estoppel was final; and, (3) that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their privies" (p. 254). Although *Angle* refers to judicial decisions, the jurisprudence has since established that issue estoppel equally applies to administrative decisions. Even if the preconditions are met, a decision maker has a residual discretion not to apply issue estoppel if it would render an injustice between the parties (*Penner*, at para. 29). Cromwell J. explains, quoting the Supreme Court from *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460: "[t]he principle underpinning this discretion is that "[a] judicial doctrine developed to serve the ends of justice should not be applied mechanically to work an injustice": *Danyluk*, at para. 1; see also *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, at paras. 52-53" (para. 30).

[28] In his submission, the respondent referenced *Minott v. O'Shanter Development Co.*, [1999] O.J. No. 5 (C.A.) (QL): "[p]rior to the release of *Danyluk*, the Ontario Court of Appeal in *Minott* at paragraphs 53-58, enumerated five concerns arising from the exercise of discretion to apply issue estoppel to findings of a Board of Referees under the Employment Insurance scheme". Among these, the Court recognized the potential for "real injustice to the claimants". This concern was also identified by Binnie J. in *Danyluk* when he discussed the factors that may be relevant to the exercise of discretion in the second step of the analysis: "[t]he objective is to ensure that the operation of issue estoppel promotes the orderly administration of justice but not at the cost of real injustice in the particular case" (para. 67).

[29] Our Court, per Drapeau, C.J.N.B. in *CUPE, Local 1188 and LeBlanc v. Town of Sackville*, 2007 NBCA 18, 313 N.B.R (2d) 147 confirmed that issue estoppel is applicable in a labour law context, and summarized its application:

> The principle – some label it a doctrine – of *res judicata* has two distinct forms: cause of action estoppel and issue estoppel. Generally speaking, cause of action estoppel – or action estoppel as it is sometimes called – is concerned with preventing the re-litigation of a suit that has been adjudicated, while issue estoppel is directed at precluding the rehashing of an issue that has been settled in the course of a previous adjudication. *Res judicata* has been described as a rule of evidence (see *Canadian Union of Public Employees, Local 1394 v. Extendicare Health Services Inc. et al.* (1993), 14 O.R. (3d) 65 (C.A.), [1993] O.J. No. 1545 (QL), per Doherty J.A.) and as a bar or defence to an action that must be specially pleaded (see *Cooper and Smith v. Molsons Bank* (1896), 26 S.C.R. 611 at 620, *Cox v. Cox and Canadian Imperial Bank of Commerce* (1987), 82 N.B.R. (2d) 379 (C.A.) at 382, [1987] N.B.J. No. 526 (QL) and Donald J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 2nd ed., (Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2004) at p. 11). In either case, neither cause of action estoppel nor issue estoppel operates to oust a judicial tribunal's jurisdiction over an action (see *McNichol v. Co-Operators General Insurance Co.* (2006), 298 N.B.R. (2d) 44 (C.A.), [2006] N.B.J. No. 194 (QL), 2006 NBCA 54, para. 23). Moreover, courts have reserved unto themselves a discretionary power to reject the application of *res judicata* in, admittedly, exceptional circumstances (see *McNichol*, at para. 23, and the cases cited therein, including *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*).
>
> […]
>
> *Res judicata*, in either of those forms, is hardly a technicality. Indeed, it is commonly described as a "fundamental doctrine of the justice system" (see *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, at p.8), one that is founded on considerations of justice and good sense (see *New Brunswick Rail. Co. v. British and French Trust Corporation, Ltd.*, [1939] A.C. 1, per Lord Maugham L.C. at pp. 19-20). It has been said that the equity of the doctrine is "obvious" (see George Spencer Bower and Sir Alexander Turner, *The Doctrine of Res Judicata*, 2nd ed. (London:

> Butterworths, 1969, p. 11) and that it is "rooted in equitable principles" (see *Comeau et al. v. Breau et al*. (1994), 145 N.B.R. (2d) 329 (C.A.), [1994] N.B.J. No. 74 (QL), per Rice J.A., at para. 13, *Beairsto et al. v. Michaud*, [2002] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 52 (Q.B.), [2002] N.B.J. No. 211 (QL), 2002 NBQB 210 (per Guerette J.), at para. 73, and *Phillips Estate v. Noble*, [1997] N.B.J. No. 553 (QL) (per Larlee J., as she then was, at para. 10). Not surprisingly, there are also arbitral pronouncements that attach the label of "equitable principle" to issue estoppel (see *Sheet Metal Workers' International Assn. v. Giffin Sheet Metal*, [1999] O.L.A.A. No. 926 (QL)). [paras. 33, 36]

See also *Ganong Bros., Limited v. Executive Director of Assessment*, 2004 NBCA 46, 271 N.B.R (2d) 43.

[30] *Penner* applied the legal framework governing the application of issue estoppel that was established in *Danyluk*. *Danyluk* set out a two-step analysis, drawing from *Angle*:

> The rules governing issue estoppel should not be mechanically applied. The underlying purpose is to balance the public interest in the finality of litigation with the public interest in ensuring that justice is done on the facts of a particular case. (There are corresponding private interests.) The first step is to determine whether the moving party (in this case the respondent) has established the preconditions to the operation of issue estoppel set out by Dickson J. in *Angle, supra*. If successful, the court must still determine whether, as a matter of discretion, issue estoppel ought to be applied: *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc*. (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), at para. 32; *Schweneke v. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), at paras. 38-39; *Braithwaite v. Nova Scotia Public Service Long Term Disability Plan Trust Fund* (1999), 176 N.S.R. (2d) 173 (C.A.), at para. 56. [para. 33]

[31] The Board, in the case at bar, did not conduct an analysis to determine whether the three pre-conditions had been met; even if it had, and determined the three pre-conditions were met, it had a residual discretion not to apply the doctrine (see *Penner*, at paras. 29-30).

C. *The Impact of Penner*

[32] *Penner* added to the fairness discussion with respect to the discretion step of the analysis:

> This Court in *Danyluk*, at paras. 68-80, recognized several factors identified by Laskin J.A. in *Minott v. O'Shanter Development Co. (1999)*, 42 O.R. (3d) 321 (C.A.), that are relevant to the discretionary analysis in the context of a prior administrative tribunal proceeding.
>
> The list of factors in *Danyluk* merely indicates some circumstances that may be relevant in a particular case to determine whether, on the whole, it is fair to apply issue estoppel. The list is not exhaustive. It is neither a checklist nor an invitation to engage in a mechanical analysis.
>
> Broadly speaking, the factors identified in the jurisprudence illustrate that unfairness may arise in two main ways which overlap and are not mutually exclusive. First, the unfairness of applying issue estoppel may arise from the unfairness of the prior proceedings. <u>Second, even where the prior proceedings were conducted fairly and properly having regard to their purposes, it may nonetheless be unfair to use the results of that process to preclude the subsequent claim.</u> [paras. 37-39]
>
> [Emphasis added]

In my opinion, the second type of unfairness identified in the above excerpt was the issue in this appeal.

[33] The appellant submitted *Penner* is distinguishable on its facts and the minority reasoning should be applied. The minority emphasized "the interests of fairness in preserving the finality of litigation" (para. 110) (following *British Columbia (Workers' Compensation Board) v. Figliola*, 2011 SCC 52, [2011] 3 S.C.R 422).

[34] I agree that finality is to be encouraged, and duplication discouraged. I agree there are situations when judicial intervention is justified for the very reasons the appellant suggests, namely to avoid forum shopping, re-litigation, and abuse of process; however, not in this case. Although the nature of the legal proceedings in *Penner* were distinct from the case at bar, the principles are applicable here. These are basic principles of *audi alteram partem*, which mandate due process and fairness. Unfairness can occur when the results of tribunal hearings are used as justification to preclude hearings in other forums constituted pursuant to distinct statutory regimes. I agree that judicial interference has its limitations; however, it will be justified, and warranted, when there is a finding that essential decision making was based on limited or circumscribed evidence, and where a mechanical use of a legal concept has resulted in an "injustice" (*Penner*, at para. 30). In my opinion, this is an important distinction.

[35] This philosophy spilled over into the majority decision in *Penner* when Cromwell J. found that issue estoppel should not be applied as it would "work an injustice" against the appellant (para. 8).

[36] In my opinion, on the same basis, a denial of benefits under the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 does not preclude a hearing before an arbitration board constituted to hear a grievance. This was exactly the concern identified by the Court in *Penner* when Cromwell J. cautioned there was a risk of undermining the administrative process if undue weight was attached to the *Police Services Act* proceedings. On the other hand, the minority, applying *Figliola*, favoured giving administrative tribunals a "wider discretion" and found finality should not be over-ridden on the basis of differing processes used by administrative tribunals. This approach acknowledges there may be cases of some overlapping jurisdiction.

D. *Overlapping Arbitral Jurisdiction*

[37] In *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, 2004 SCC 39, [2004] 2 S.C.R. 185 (*Morin*), the

Supreme Court discussed arbitral jurisdiction with respect to human rights issues. This question had continued to percolate in the jurisprudence following the decision in *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, [1995] S.C.J. No. 59 (QL).

[38] In *Morin*, McLachlin C.J.C. concluded *Weber* does not stand for the proposition that labour arbitrators always have exclusive jurisdiction in employer-union disputes. Depending on the legislation and the nature of the dispute, other tribunals may possess overlapping jurisdiction, concurrent jurisdiction, or themselves be endowed with exclusive jurisdiction.

[39] In addressing the jurisdictional question, the Court developed a two-part analysis. The majority found the collective agreement expressly gave the arbitrator jurisdiction to hear human rights complaints when they arose from the collective agreement; however, the Court expressly stated that this jurisdiction was not necessarily exclusive. The Court then determined that in the context of the complaint, the Human Rights Tribunal would have concurrent jurisdiction to hear the complaint and was the more appropriate forum. The nuanced distinction in *Morin* was the finding that the grievance did not arise from the collective agreement, but was animated by the negotiation process itself, which was discriminatory.

[40] The minority in *Morin* disagreed with this characterization, and preferred the majority opinion in *Weber*, where a contextual approach was followed, with an expressed preference for exclusive arbitral jurisdiction. The net effect of *Morin* is the recognized potential for overlapping jurisdiction. This is precisely what happened in the case at bar. I conclude that this approach was reinforced in *Penner*, which built on the analysis from *Danyluk* to ensure that issue estoppel will not apply to preclude multiple proceedings if to do so would work an “injustice”.

E. *The Issue for Determination*

[41] In my opinion, the seminal issue for determination in this appeal is whether the reviewing judge made a material error when he found that the Board's application of issue estoppel was unreasonable in part. He applied the reasonableness standard. He found the Board reasonably concluded the grievance was estopped on issues of discrimination under the *Human Rights Act*. As mentioned, this portion of the decision was not challenged on appeal. However, the reviewing judge also found the Board's decision was unreasonable when it agreed the Referees' finding of termination for misconduct precluded a reasoned consideration of the whole grievance. The Board applied issue estoppel and *res judicata* to the Referees' decision, which was narrowly circumscribed, and failed to consider the scope and purpose of the two different proceedings, thereby unreasonably denying M.B. the opportunity to be fully heard on the issue of his unjust dismissal. For the reasons just mentioned, it is my view the decision of the Board "does not fall within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law" and the reviewing judge, therefore, did not err.

[42] The first precondition for the application of issue estoppel is that the same issue must already have been decided. In this case, the Board was not faced with the same issue as the Referees. The decision of the Referees in this case was circumscribed, and unequivocally limited to misconduct. The grievance, on the other hand, referenced articles 4.01 and 22.05 of the Collective Agreement, which require a board to consider matters touching on "mutual respect", a "progressive labour management", "maintaining the dignity of employees", "providing support and guidance to employees", and providing safeguards against "unjust discipline". These are distinct criteria requiring broader considerations than were engaged by the Referees. Although misconduct may be one consideration, an arbitration board has the ability to adopt a more contextual and holistic approach to decision making under a Collective Agreement than a Board of Referees constituted under the *Employment Insurance Act*, which has limited decision making authority by virtue of the legislation. In my opinion, the reviewing judge was live

to this distinction when he decided to remit the matter to a new board for a hearing of the merits of the grievance.

[43] Under the Collective Agreement, art. 22.05(d), M.B. could only be dismissed for just cause. The substance of the grievance before the Board was that M.B. was the "victim of discrimination by the City with respect to its duty to accommodate his disability and regarding the circumstances surrounding the termination of his employment". On the other hand, under s. 30 of the *Employment Insurance Act*, "[a] claimant is disqualified from receiving any benefits if the claimant lost any employment because of their misconduct". The Referees' finding was that "the employee, [M.B.], lost his employment with the City of Saint John due to his misconduct". These are separate issues. There may be potential for overlap, but the reviewing judge, aware of this fact, found that this would not preclude the Board from deciding the grievance on its merits in this case.

[44] In *Karelia v. Canada (Human Resources and Skills Development)*, 2012 FCA 140, [2012] F.C.J. No. 617 (QL), Pelletier J.A. drew a distinction between misconduct and just cause for dismissal:

> It is not the function of the employment insurance system to make determinations about whether an employee has been dismissed for just cause. The only issue in this case is whether Mr. Karelia lost his employment by reason of his own wilful misconduct so as to disqualify him from the receipt of benefits. The jurisprudence is clear that misconduct and just cause for dismissal are distinct concepts: *Canada (Attorney General) v. McNamara*, 2007 FCA 107 (CanLII), [2007] F.C.J. No. 364 at para. 22, *Fakhari v. Canada (Attorney General)*, [1996] F.C.J. No. 653, 197 N.R. 300 at para. 3, *Canada (Attorney General) v. Jewell*, 1994 CanLII 608 (ON CA), [1994] F.C.J. No. 1584, 175 N.R. 350 at paras. 6-7. [para. 20]

A finding of termination for misconduct does not necessarily mean there was just cause for termination: the narrow issue cannot estop consideration of the broader one.

[45] However, even assuming the preconditions for the application of issue estoppel had been met, it is my view, on the facts of this case, the reviewing judge was correct when he found the Board should not have applied the doctrine of issue estoppel to preclude a hearing of M.B.'s grievance.

[46] Finally, the social policy objective of the *Employment Insurance Act* is worth noting. A person who qualifies is entitled to apply for and to receive benefits on termination of employment. This statutory scheme guarantees a sum certain for a defined period of time as income replacement under defined circumstances. A Board of Referees has the responsibility and duty to interpret its home statute, and to adjudicate claims based on prescribed criteria. A claimant pursuing an employment insurance claim represents their own interest. A board constituted pursuant to a Collective Agreement has a different set of responsibilities, with its own separate statutory authority. A union has the right to participate on behalf of a grievor under the Collective Agreement. If unionized employees were barred from pursuing grievance relief before a board constituted under the *Industrial Relations Act* on the basis their employment insurance claims had been previously adjudicated, there is a distinct risk either or both the grievance process and the employment insurance program would be undermined.

[47] During the appeal hearing, counsel for the appellant cautioned that remedies should not be conflated with jurisdiction. I agree. However, in this case, the reviewing judge was correct when he concluded the seminal question of unjust dismissal within the context of the Collective Agreement was not decided by the Referees. Their decision was based on the evidence they had which was documentary. They decided M.B. did not qualify for benefits on the basis he had been terminated for misconduct. In my opinion, the question of entitlement to employment insurance benefits should not be conflated with the issue of wrongful dismissal pursuant to the Collective Agreement, where there is a different standard of adjudication, the ability to receive *viva voce* evidence and different possible outcomes.

[48] As concluded by the reviewing judge, the issues raised in the grievance were not determined in the fullness of a hearing with *viva voce* evidence, where the Board could assess credibility, and where cross-examination could occur, following which, the Board would have had the authority to determine the grievance on its merits. I agree with the reviewing judge's referral of that question to a newly constituted board, as he was correct in determining that issue estoppel, collateral attack, *res judicata*, and abuse of process do not apply to estop consideration on the question of termination for cause. Further, the reviewing judge was aware of the potential for duplicitous evidence on the issue of discriminatory conduct (which was estopped), and granted the newly constituted board the authority to limit what evidence it would hear on that issue (i.e., to control its own process, or be the master of its own proceeding). I concur with this result as well.

V. Disposition

[49] I would dismiss the appeal with one set of costs to the respondents of $2,500.

Version française de la décision de la Cour rendue par

La juge Baird

I. Introduction

[1] Un conseil d'arbitrage (le conseil) a été constitué en vue de l'audition d'un grief déposé par M.B., employé de la Ville de Saint John, conformément à une convention collective négociée entre la section locale 18 du Syndicat canadien de la fonction publique (le SCFP) et la Ville de Saint John (la Ville).

[2] Une semaine avant l'audience, la Ville a déposé une motion préliminaire dans laquelle elle soulevait des questions ressortissant aux principes de préclusion, de *res judicata* (ou chose jugée), de contestation indirecte et d'abus de procédure pour le motif que les questions qui faisaient l'objet du grief de M.B. avaient déjà été tranchées à la fois par la Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick (la Commission) et par le conseil arbitral de l'assurance-emploi.

[3] Le conseil a conclu à la majorité que les questions soulevées dans le cadre du grief étaient les mêmes que celles qui avaient déjà été tranchées et qu'il n'y avait donc aucune question à soumettre à l'arbitrage. Le grief a été rejeté. Le SCFP et M.B. ont sollicité le contrôle judiciaire de la décision pour le motif que le conseil ne s'était pas prononcé sur le [TRADUCTION] « bien-fondé du grief ». Le juge saisi de la requête en révision a infirmé, en partie, la décision du conseil et a renvoyé le reste du grief à un conseil d'arbitrage [TRADUCTION] « nouvellement constitué » afin qu'il se prononce sur son [TRADUCTION] « bien-fondé ». Le nouveau conseil devait avoir compétence pour établir l'étendue de la preuve qu'il entendrait concernant la prétendue conduite discriminatoire de la Ville.

[4] Les questions à trancher en appel sont les suivantes :

1. Est-ce à bon droit que le tribunal qui a effectué la révision a conclu que la préclusion pour même question en litige, la chose jugée, la contestation indirecte et l'abus de procédure ne s'appliquaient pas au grief sauf en ce qui concernait la question de la conduite discriminatoire de la part de la Ville?

2. Le tribunal qui a effectué la révision a-t-il commis une erreur en appliquant d'une façon erronée la norme de contrôle de la raisonnabilité pour les fins de la question préjudicielle soulevée par la Ville?

3. Le tribunal qui a effectué la révision a-t-il commis une erreur en renvoyant le grief à un conseil nouvellement constitué en vue d'une audience sur le bien-fondé du grief?

4. Le juge qui a effectué la révision a-t-il commis une erreur lorsqu'il a conclu que le conseil nouvellement constitué pouvait déterminer l'étendue de la preuve relative à la conduite discriminatoire qu'il pouvait entendre?

II. Le contexte procédural et factuel

[5] Le 19 mai 2011, M.B. a été suspendu avec traitement par suite d'un incident survenu sur le lieu de travail, en attendant la tenue d'une enquête interne. Le 25 mai 2011, il a déposé auprès de la Commission une plainte dans laquelle il alléguait que sa suspension était le résultat de mesures discriminatoires en milieu de travail prises à son endroit en raison de sa déficience mentale. La plainte a plus tard été modifiée afin d'y ajouter des allégations de conduite discriminatoire de la part de la Ville relativement à son congédiement.

[6] Le 27 juillet 2011, à la suite d'une audience disciplinaire tenue en juin de la même année, M.B. a été congédié. Sa demande initiale en vue d'obtenir des prestations d'assurance-emploi a été accueillie; toutefois, à la suite d'un appel interjeté par la Ville, le conseil arbitral de l'assurance-emploi, composé de trois personnes, a unanimement

rejeté sa demande. En rejetant la demande, le conseil arbitral de l'assurance-emploi a conclu que [TRADUCTION] « [...] l'employé [avait] été congédié pour 'inconduite' au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi* » et qu'il n'avait donc pas droit à des prestations. M.B. n'a pas interjeté appel de cette décision.

[7] Dans l'intervalle, la Commission a mené une enquête approfondie. L'enquêtrice a déposé, le 19 octobre 2011, un rapport d'analyse de cas dans lequel elle concluait que la demande de M.B. devait être rejetée pour motif [TRADUCTION] d'« absence de fondement ». La plainte de M.B. a subséquemment été rejetée et il n'a pas sollicité la révision judiciaire de cette décision.

[8] Outre ces procédures, le président du Syndicat a signé une formule de grief dans laquelle il sollicitait des mesures réparatoires ainsi que la réintégration, formule que M.B. a lui aussi signée le 2 août 2011. Un conseil a été constitué en vue de l'audition du grief de M.B. en novembre 2012. Une semaine avant l'audience, la Ville a avisé le conseil qu'elle sollicitait une décision sur des questions préjudicielles ressortissant aux principes de la chose jugée et de préclusion pour même question en litige ainsi qu'aux concepts de contestation indirecte et d'abus de procédure du fait d'une remise en litige, pour le motif que les questions que le conseil devait entendre avaient déjà été tranchées par le conseil arbitral de l'assurance-emploi et la Commission. M.B. était représenté par un avocat à l'audience de deux jours qui a suivi et au cours de laquelle aucun témoignage de vive voix n'a été présenté. Trois mémoires ont été déposés après l'audience, à la demande du conseil, par suite des décisions rendues dans les affaires *SCFP, section locale 1840 (Edwin Pelletier) et le Ministère de la Sécurité publique* (inédite), et *Penner c. Niagara (Commission régionale de services policiers)*, 2013 CSC 19, [2013] 2 R.C.S. 125, toutes deux antérieures à l'audience.

[9] Le conseil a souscrit aux prétentions de la Ville. Le grief a été rejeté le 9 juillet 2013 pour le motif que les mêmes questions avaient déjà été tranchées par un autre tribunal. En formulant ses conclusions, la majorité a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]
Il est évident que [M.B.] en l'espèce a fondé sa demande sur une question déjà tranchée par la Commission des droits de la personne, qui a conclu que sa demande était [TRADUCTION] « sans fondement » : la doctrine applicable en l'espèce « établit un équilibre entre le caractère définitif des décisions et l'économie, d'une part, et d'autres considérations intéressant l'équité envers les parties, d'autre part. Toujours selon cette doctrine, une partie ne peut pas engager une nouvelle instance à l'égard d'une question tranchée de façon définitive à l'issue d'une instance judiciaire antérieure opposant les mêmes parties ou celles qui les remplacent ». [*Penner*, par. 29]

De plus, « [l]a préclusion découlant d'une question déjà tranchée, de même que le pouvoir discrétionnaire qui s'y rattache, s'applique aux décisions des tribunaux administratifs. Le cadre juridique qui régit l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est énoncé dans *Danyluk*. À notre avis, ce cadre n'a pas été supplanté par la jurisprudence subséquente de la Cour. Lorsque les cours de justice exercent leur pouvoir discrétionnaire, elles doivent tenir compte de l'éventail et de la diversité des structures, des mandats et des règles de procédure qui circonscrivent le travail des décideurs dans la sphère administrative; toutefois, il ne faut pas exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à, dans les faits, sanctionner une attaque collatérale, ou à miner l'intégrité du régime administratif. […] les lois qui créent les tribunaux administratifs sont le reflet des choix politiques des législateurs et la prise de décision par ces tribunaux doit être traitée avec respect par les cours de justice. Cela dit, comme la Cour l'a affirmé dans *Danyluk*, par. 67 : « [L]'objectif est de faire en sorte que l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée favorise l'administration ordonnée de la justice, mais pas au prix d'une injustice concrète dans une affaire donnée ». [*Penner*, par. 31]

La preuve en l'espèce démontre que [M.B.] a déposé une plainte auprès de la Commission des droits de la personne et qu'il a par la suite déposé une demande auprès du conseil arbitral de l'assurance-emploi, avec l'aide d'un avocat chevronné pour mener à bien à la fois la plainte et la demande. Il a déjà eu droit à « [sa] seule tentative ».

[10] M.B. a déposé une requête en révision de la décision fondée sur les motifs suivants :

> [TRADUCTION]
> 1. Il y a eu application et interprétation déraisonnables des art. 55 et 76 de la *Loi sur les relations industrielles* ainsi que de l'article 12.07 de la convention collective;
> 2. Le conseil d'arbitrage a appliqué d'une façon déraisonnable les doctrines de la préclusion pour même question en litige, de l'abus de procédure et de la contestation indirecte;
> 3. Le conseil d'arbitrage a contrevenu aux principes de justice naturelle et d'équité procédurale;
> 4. La décision était fondée sur des conclusions de fait qui ne trouvent pas appui dans la preuve;
> 5. Les autres motifs qui peuvent se faire jour.

[11] Les articles pertinents de la *Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, et de la convention collective sont joints à l'annexe « A ».

III. Le contrôle judiciaire

[12] Le juge qui a effectué la révision a examiné la preuve documentaire ainsi que la jurisprudence relative à la question de la norme de contrôle à appliquer (par. 34 à 39) et a conclu que la norme de contrôle applicable en l'espèce était celle de la décision raisonnable (norme de la raisonnabilité). Il s'est dit d'avis qu'en ce qui a trait aux questions d'équité procédurale, la norme de la décision correcte est la norme appropriée, mais il a ajouté : « [J]e ne pense pas que, dans la présente affaire, la procédure ait été 'inéquitable', au sens de ce mot, pour les requérants. Le simple fait que le grief ait été rejeté à une étape préliminaire ne signifie pas que la procédure était inéquitable » (par. 47).

[13] Les intimés ont fait valoir que le conseil avait envers M.B. l'obligation de tenir une audience sur le bien-fondé de l'affaire et que l'absence d'une audience de cette nature constituait une violation des par. 55(1) et 76(4) de la *Loi sur les relations industrielles* et de l'article 12.07 de la convention collective. Le juge qui a effectué la

révision a reconnu qu'en l'espèce, « [l]e conseil ne s'est jamais prononcé sur le bien-fondé du grief » (par. 5); toutefois, pendant qu'il examinait cette prétention, il a dit ceci : « [S]elon mon interprétation, l'article 12.07 n'exige pas que chaque grief soit tranché sur le fond malgré une opposition préliminaire valable » (par. 56).

[14] Il a conclu que l'objection préliminaire était en partie valide et qu'il était raisonnable, pour ce motif, que le conseil ait refusé d'entendre le grief sur le fond en ce qui concernait la question ressortissant aux droits de la personne. Il a conclu que cette question était précluse et qu'il ne modifierait donc pas la décision du conseil à cet égard. Il a fait observer qu'il peut arriver qu'un chevauchement de compétence entre différents tribunaux administratifs fonde l'application de principes apparentés à la préclusion :

> Il est indéniable que la Commission a plein pouvoir pour trancher les questions qui lui sont soumises dans le contexte d'une plainte déposée en vertu de la *Loi sur les droits de la personne*. Parallèlement, les parties à la convention collective ont aussi convenu qu'un conseil d'arbitrage avait le pouvoir particulier de décider des allégations de violation de la *Loi sur les droits de la personne*. Cela ne veut pas dire qu'un conseil d'arbitrage pourrait rendre une décision qui lierait la Commission des droits de la personne ou, à l'inverse, que la Commission des droits de la personne pourrait rendre une décision qui lierait un conseil d'arbitrage. Les deux entités disposent de pouvoirs qui leur sont propres pour remédier aux violations des principes de protection des droits de la personne énoncés dans la *Loi sur les droits de la personne* ou la convention collective. Toutefois, lorsque, comme en l'espèce, plus d'un tribunal ou organisme a compétence pour décider essentiellement de la même question à partir des mêmes faits, il est contraire au bon sens de permettre à une partie de demander réparation aux deux. [par. 58]

[15] L'article 4.01 de la convention collective intervenue entre la Ville et le SCFP, section locale 18, interdit qu'une [TRADUCTION] « mesure discriminatoire ou coercitive fondée sur les motifs interdits par la *Loi sur les droits de la personne* » soit exercée ou prise à l'endroit d'un employé. L'appelante prétend que cette question a été tranchée par la Commission et M.B. a choisi de ne pas demander la révision judiciaire de

la décision en question. Je suis d'accord avec le juge qui a effectué la révision pour conclure que « [l]a partie du grief qui soulève des questions de discrimination ou des questions se rapportant aux droits de la personne au sens de la *Loi sur les droits de la personne* ne peut être instruite à nouveau » (par. 64). Je souligne incidemment que ni le SCFP ni M.B. n'ont formé d'appel reconventionnel relativement à cette question, de sorte que je ne l'examinerai pas.

[16] Le juge qui a effectué la révision a ensuite tiré les conclusions suivantes :

> Contrairement au lien qui existe entre la Commission et le conseil, il n'y a pas de chevauchement de compétence perceptible entre le régime de l'assurance-emploi et la procédure de règlement des griefs. En d'autres termes, il est difficile de concevoir qu'un conseil d'arbitrage aurait le pouvoir d'examiner et de trancher une question relative au droit d'obtenir des prestations d'assurance-emploi prévu par la loi. Il n'est pas raisonnable non plus de penser qu'une décision du conseil arbitral de l'assurance-emploi (qui a jugé que l'inconduite de M.B. était à l'origine de son congédiement) est déterminante à l'égard des obligations de portée plus large des parties qui sont prévues à l'article 22.05. On peut dire que le conseil arbitral de l'assurance-emploi a tranché une question relative au droit à des prestations prévues par la loi, ce qui est très différent de dire qu'il a déterminé les droits et obligations des parties qui sont prévues à l'article 22.05 (et des autres articles) de la convention collective. [par. 62]

Autrement dit, ces deux entités ont des mandats distincts qui donnent lieu à des issues différentes.

[17] Il a ensuite annulé la décision du conseil, en partie, et a tiré les conclusions suivantes :

> […] La partie du grief qui soulève des questions de discrimination ou des questions se rapportant aux droits de la personne au sens de la *Loi sur les droits de la personne* ne peut être instruite à nouveau. Toutes les autres questions

> soulevées dans le grief pourront être plaidées devant un conseil d'arbitrage nouvellement constitué.
>
> Je n'ai pas l'intention, dans la présente décision, de limiter la compétence du nouveau conseil pour établir l'étendue de la preuve qu'il pourra examiner. Ainsi, les requérants pourront tenter de présenter une preuve contextuelle qui, selon eux, illustre le comportement discriminatoire de la Ville. Il reviendra au nouveau conseil de décider si cette preuve est recevable ou non. J'affirme seulement que la décision du conseil concernant l'article 4.01, ou plus largement les questions de discrimination ou les demandes présentées sous le régime de la *Loi sur les droits de la personne*, est définitive. [par. 64 et 65]

IV. Analyse

A. *L'évolution de la norme de contrôle*

[18] L'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, a modifié le paysage canadien en matière de droit administratif pour ce qui concerne les normes de contrôle et l'arbitrage. Cette décision a été suivie et appliquée par notre Cour dans de nombreux arrêts, tout particulièrement les suivants : *Small c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, 2012 NBCA 53, 390 R.N.-B. (2e) 203; *Smith c. Province du Nouveau-Brunswick (Ministère de la Sécurité publique) et Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick*, 2012 NBCA 41, 397 R.N.-B. (2e) 1; *Port of Dalhousie Inc.* c. *Maltais*, 2011 NBCA 84, 377 R.N.-B. (2e) 312; *Mourant c. Town of Sackville*, 2014 NBCA 56, 423 R.N.-B. (2e) 330; *Bowater Maritimes Inc. c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, sections locales 117, 146, 164 et 263, et l'Association nationale des débardeurs, section locale 1433*, 2011 NBCA 22, 368 R.N.-B. (2e) 348; et *J.D. Irving, Limited c. Office de commercialisation des produits forestiers du Nord et autres*, 2014 NBCA 42, 422 R.N.-B. (2e) 233.

[19] Les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir si la norme de contrôle à appliquer est celle de la raisonnabilité ou celle de la décision correcte. Dans l'arrêt *Small*, notre Cour, sous la plume du juge d'appel Robertson, a fourni certaines orientations à cet égard :

> Il nous reste donc à examiner la norme de contrôle qu'il faut appliquer aux pures questions de droit, lesquelles appartiennent à l'une des deux catégories suivantes : (1) l'identification d'un principe ou d'une règle de common law ou d'equity, ou d'un cadre analytique et (2) l'interprétation d'une clause contractuelle ou d'une disposition législative. Il est un fait reconnu que la décision qu'un juge du procès ou un juge saisi d'une requête ou d'une motion rend sur une pure question de droit ne commande aucune déférence. Une cour d'appel a toute latitude pour se faire sa propre opinion (voir *Housen c. Nikolaisen*, au par. 8). Bien que la norme de la décision correcte ait toujours été la norme de contrôle applicable aux questions de droit tranchées dans le contexte de procédures civiles, il n'en est pas de même des décisions rendues par un tribunal administratif exerçant des fonctions décisionnelles. Il est généralement admis que les cours de révision doivent faire preuve de déférence à l'égard des décisions qu'un tribunal administratif a rendues relativement à l'interprétation de sa loi constitutive, d'une loi étroitement liée et de tout arrangement contractuel relevant de son mandat, même si la question en litige comporte une pure question de droit. Toutefois, la voie que la Cour suprême du Canada a suivie pour arriver à ce stade n'avait rien de direct. Un bref historique pourrait se révéler utile.
>
> […]
>
> […] Cette compréhension de l'état actuel du droit est renforcée par le fait que depuis la publication de l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême n'a toujours pas adopté la « méthode pragmatique et fonctionnelle » pour déterminer quelle est la norme de contrôle appropriée. L'analyse a plutôt été centrée sur la question de savoir si la question de droit tranchée par le tribunal administratif était du type qui commandait la déférence. Il en découle qu'à l'heure actuelle, le rôle de la cour de révision consiste à cerner les types de questions de droit pour lesquelles la norme de la

> décision correcte est la norme appropriée. Il « devrait être présumé au départ » que toute décision interprétative de la loi constitutive du tribunal et des lois connexes sera assujettie à la norme déférente comme ce sera le cas des questions de droit qui ne revêtent pas une « importance capitale » pour le système juridique. Trois décisions récentes de la Cour suprême confirment cette formulation abrégée du droit. [par. 17 et 21]

[20] Une des trois décisions que le juge d'appel Robertson a mentionnées dans l'arrêt *Small* est l'arrêt *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616. Dans cette affaire, l'arbitre avait donné raison au syndicat quant à l'interprétation d'une disposition sur les crédits de congés annuels incluse dans la convention collective; toutefois, il avait appliqué la doctrine de la préclusion afin de refuser d'accorder la mesure réparatoire sollicitée par le syndicat. La Cour a conclu que puisque la préclusion appliquée à titre de réparation d'equity par l'arbitre ne constituait pas une question qui revêtait une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et n'était pas une question étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre, il fallait faire preuve de déférence envers la décision de l'arbitre sur la préclusion. La conclusion voulant que les arbitres en droit du travail ne soient pas tenus juridiquement d'appliquer les principes de common law et d'equity, dont la préclusion, de la même manière que les tribunaux judiciaires est tout aussi importante. Puisque les cours de révision n'avaient pas pu s'entendre sur la norme de révision applicable (la Cour du Banc de la Reine ayant appliqué la norme de la raisonnabilité, mais la Cour d'appel ayant conclu que la norme de la décision correcte était la norme applicable), la Cour suprême a examiné le genre de questions au titre desquelles la norme de la décision correcte est généralement appliquée et celles au titre desquelles la norme de la raisonnabilité l'emporte habituellement et elle a confirmé la décision de l'arbitre :

> La décision d'un tribunal administratif est assujettie à la norme de la décision correcte si elle soulève une question constitutionnelle; une question « de droit générale 'à la fois, d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre' »; une « question touchant véritablement à la

> compétence »; ou une question portant sur la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents (*Dunsmuir*, par. 58-61; *Smith*, par. 26; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, par. 62, le juge LeBel).
>
> En revanche, la norme de la raisonnabilité l'emporte généralement lorsque la décision du tribunal administratif touche aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique; lorsque les faits et le droit s'entrelacent et ne peuvent être facilement dissociés; ou lorsque le tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une « loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie » (*Dunsmuir*, par. 51 et 53-54; *Smith*, par. 26). [par. 35 et 36]

Voir aussi l'arrêt *Bowater Maritimes Inc.*, au par. 18.

[21] En l'espèce, je ne vois rien de répréhensible dans l'analyse du juge qui a effectué la révision sur la question de la norme de contrôle; en fait, il a rejeté la norme de la décision correcte en s'appuyant sur les critères énoncés dans les arrêts *Dunsmuir* et *Nor-Man*, ce qui est, à mon avis, la bonne façon de procéder. En concluant que la norme de contrôle applicable était celle de la raisonnabilité, il a dit ceci :

> [TRADUCTION]
> À mon avis, on ne trouve rien dans les éléments essentiels de la présente affaire qui exigerait l'application de la norme de la décision correcte. L'arrêt *Nor-Man*, précité, fait suffisamment autorité pour me permettre de conclure qu'un conseil d'arbitrage, dans des circonstances comme celles en l'espèce, qui applique les principes de la préclusion et ses concepts connexes, n'est pas en train de rendre une décision d'une importance capitale pour le système juridique.
>
> Qui plus est, les questions soulevées en l'espèce ne sont certainement pas étrangères à l'expertise relative du conseil. Un examen superficiel des divers recueils regroupant les décisions arbitrales en matière de relations du travail révèle que, depuis des décennies, les conseils d'arbitrage examinent et appliquent les principes de *res judicata* et de préclusion et les concepts connexes.

[…]

> Comme je suis convaincu que la norme de la raisonnabilité avait été désignée comme la norme de contrôle applicable dans des affaires antérieures, il n'y a pas lieu de passer au deuxième volet de l'analyse exigée par l'arrêt *Dunsmuir*, précité. [par. 45, 46 et 48]

[22] Puisque c'est à bon droit que le juge qui a effectué la révision a employé la norme de la raisonnabilité, j'examinerai brièvement l'application de cette norme dans l'affaire qui nous occupe. Dans l'arrêt *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, la Cour, qui citait l'arrêt *Dunsmuir*, a dit ce qui suit :

> […] La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonnabilité. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. [par. 11]

[23] Dans l'arrêt *Bowater Maritimes Inc.*, notre Cour, sous la plume du juge d'appel Robertson, a examiné la déférence et la raisonnabilité en adoptant cette même analyse (par. 24). La Cour suprême a récemment réitéré cette démarche dans l'arrêt *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, au par. 119. Par conséquent, comme l'a dit le juge Robertson dans l'arrêt *Small*, « [l]es motifs doivent […] être examinés en corrélation avec le résultat et ils doivent permettre de savoir si ce dernier fait partie des issues possibles » (par. 11). Voir aussi : *Sa Majesté la Reine du chef de la Province du Nouveau-Brunswick, représentée par le Conseil de gestion pour le compte du ministère des Ressources naturelles c. Pinder et le Syndicat des employé(e)s des secteurs public et privé du Nouveau-Brunswick*, 2012 NBCA 60, 391 R.N.-B. (2e) 110, le juge Robertson, au par. 7.

B. *Le critère qui régit la préclusion pour même question en litige*

[24] La préclusion pour même question en litige, la chose jugée, la contestation indirecte et l'abus de procédure sont des doctrines qui ont été dégagées afin d'assurer le caractère définitif des décisions judiciaires. Le fondement de ces doctrines a récemment été expliqué dans l'arrêt *Penner* :

> La tenue d'une nouvelle instance à l'égard d'une question déjà tranchée gaspille les ressources, fait en sorte qu'il soit risqué pour les parties d'agir sur la foi du jugement obtenu à l'issue de l'instance antérieure, expose inéquitablement les parties à des frais additionnels, soulève le risque d'incohérence décisionnelle et, lorsque le premier décideur exerce une fonction qui relève du droit administratif, risque de contrecarrer l'intention du législateur qui a mis en place le régime administratif. Pour ces motifs, le droit a développé un certain nombre de doctrines visant à limiter la tenue de nouvelles instances. [par. 28]

[25] M. Penner avait été arrêté parce qu'il avait eu un comportement perturbateur dans une salle d'audience. Il avait par la suite déposé une plainte, en vertu de la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15, pour arrestation illégale et usage de force injustifiée pendant l'arrestation. Il avait également intenté, relativement au même incident, une action civile au titre de laquelle la question de la préclusion avait été soulevée. Le juge Cromwell a conclu que bien que les trois conditions d'application de la préclusion fussent réunies, il y avait des différences importantes entre le processus d'audition de la plainte concernant la police et l'action civile; il y avait, tout particulièrement, des différences sur le plan de mesures réparatoires possibles et, surtout, le fait que M. Penner pouvait réclamer des dommages-intérêts dans le cadre de l'action civile.

[26] La Cour suprême a reconnu qu'il pouvait y avoir des différences de nature procédurale entre les deux processus et qu'en privant une partie de la possibilité de présenter pleinement sa preuve, on pouvait créer une iniquité. La Cour a examiné « l'objet » du régime législatif, la « procédure » ainsi que « la portée et l'effet » de

l'instance administrative. La majorité a penché en faveur de l'approche souple, plus globale, et a conclu qu'il serait injuste envers M. Penner de l'empêcher, pour cause de préclusion, de faire entendre son action civile. Elle a conclu que « la loi ne vise pas à empêcher la tenue d'instances parallèles » (par. 51).

[27] L'arrêt *Angle c. M.R.N.*, [1975] 2 R.C.S. 248, [1974] A.C.S. n° 95 (QL), a établi trois conditions d'application de la préclusion pour même question en litige : il faut [TRADUCTION] « (1) que la même question ait été décidée; (2) que la décision judiciaire invoquée comme créant la fin de non-recevoir soit finale; et, (3) que les parties dans la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes que les parties engagées dans l'affaire où la fin de non-recevoir est soulevée, ou leurs ayants droit » (p. 254). Bien que l'arrêt *Angle* mentionne les décisions judiciaires, la jurisprudence a depuis établi que la préclusion pour même question en litige s'applique également aux décisions administratives. Même si les conditions d'application sont réunies, le décideur a le pouvoir discrétionnaire résiduel de ne pas appliquer la préclusion pour même question en litige (ou préclusion découlant qu'une question déjà tranchée) lorsqu'il en découlerait une injustice entre les parties (*Penner*, au par. 29). Le juge Cromwell explique, en citant un extrait de l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, que « [s]elon le principe sur lequel repose ce pouvoir discrétionnaire, '[u]ne doctrine élaborée par les tribunaux dans l'intérêt de la justice ne devrait pas être appliquée mécaniquement et donner lieu à une injustice' : *Danyluk*, au par. 1; voir également *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, par. 52-53 » (par. 30).

[28] Dans leur mémoire, les intimés ont invoqué l'arrêt *Minott c. O'Shanter Development Co.*, [1999] O.J. No. 5 (C.A.) (QL) : [TRADUCTION] « Avant le dépôt de l'arrêt *Danyluk*, la Cour d'appel de l'Ontario avait, aux paragraphes 53 à 58 de l'arrêt *Minott*, énuméré cinq motifs de préoccupation découlant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire afin d'appliquer la préclusion pour même question en litige aux conclusions d'un conseil arbitral dans le cadre du régime de l'assurance-emploi ». Parmi ces motifs de préoccupation, la Cour a reconnu la possibilité qu'une [TRADUCTION]

« injustice concrète soit causée aux demandeurs ». Le juge Binnie a lui aussi mentionné ce motif de préoccupation, dans l'arrêt *Danyluk*, lorsqu'il a examiné les facteurs susceptibles d'être pertinents pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire à la deuxième étape de l'analyse : « L'objectif est de faire en sorte que l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée favorise l'administration ordonnée de la justice, mais pas au prix d'une injustice concrète dans une affaire donnée » (par. 67).

[29] Dans l'arrêt *Section locale 1188 du SCFP et LeBlanc c. Ville de Sackville*, 2007 NBCA 18, 313 R.N.-B. (2e) 147, notre Cour, sous la plume du juge Drapeau, juge en chef du Nouveau-Brunswick, a confirmé que la préclusion pour même question en litige est applicable dans le contexte du droit du travail et il en a résumé l'application :

> Le principe de la chose jugée – que certains qualifient de doctrine – comporte deux formes distinctes : la préclusion pour même cause d'action et la préclusion pour même question en litige. En général, la préclusion pour même cause d'action – encore appelée parfois préclusion liée à la cause d'action – a pour objet d'empêcher la réintroduction d'une action qui a été jugée déjà, tandis que la préclusion pour même question en litige vise à interdire le remaniement d'une question en litige qui a été tranchée déjà dans le cadre d'une décision antérieure. L'autorité de la chose jugée a été considérée comme constituant une règle de preuve (voir *Canadian Union of Public Employees, Local 1394 c. Extendicare Health Services Inc.* (1993), 14 O.R. (3d) 65 (C.A.), [1993] O.J. No. 1545 (QL), le juge d'appel Doherty), et comme un obstacle ou un moyen de défense à un recours qui exige la présentation d'une plaidoirie spéciale (voir *Cooper c. Molsons Bank* (1896), 26 R.C.S. 611, à la page 620, *Cox c. Cox and Canadian Imperial Bank of Commerce* (1987), 82 R.N.-B. (2e) 379 (C.A.), à la page 382, [1987] A.N.-B. no 526 (QL), ainsi que Donald J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 2e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2004), à la page 11). Dans l'un et l'autre cas, ni la préclusion pour même cause d'action ni la préclusion pour même question en litige n'opère de telle sorte à déposséder un tribunal judiciaire de sa compétence dans une action (voir *McNichol c. Co-operators General Insurance Co.* (2006), 298 R.N.-B. (2e) 44 (C.A.), [2006] A.N.-B. no 194 (QL), 2006 NBCA 64, au par. 23). De plus,

> les tribunaux se sont réservés le pouvoir discrétionnaire de rejeter l'application du principe de la chose jugée dans des circonstances, à vrai dire, exceptionnelles (voir l'arrêt *McNichol*, au par. 23, et la jurisprudence citée dans cet arrêt, dont *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, précité).
>
> […]
>
> Dans l'une ou l'autre de ces formes, la chose jugée n'est guère une formalité. De fait, on la qualifie communément de [TRADUCTION] « doctrine fondamentale du système de justice » (se reporter à l'ouvrage *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, précité, à la page 8), laquelle s'inspire de considérations de justice et de bon sens (voir *New Brunswick Rail. Co. c. British and French Trust Corporation, Ltd.*, [1939] A.C. 1, lord Maugham L.C., aux pages 19 et 20). On a dit que l'equity de la doctrine est [TRADUCTION] « manifeste » (voir George Spencer Bower et Sir Alexander Turner, *The Doctrine of Res Judicata*, 2e éd. (London : Butterworths, 1969, à la page 11) et qu'elle [TRADUCTION] « tire son origine des principes reconnus en equity » (voir *Comeau et al. c. Breau et al.* (1994), 145 R.N.-B. (2e) 329 (C.A.), [1994] A.N.-B. no 74 (QL), le juge d'appel Rice, au par. 13, *Beairsto et al. c. Michaud*, [2002] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 52 (C.B.R.), [2002] A.N.-B. no 211 (QL), 2002 NBBR 210 (le juge Guerette), au par. 73, et *Phillips Estate c. Noble*, [1997] A.N.-B. no 553 (QL) (la juge Larlee, tel était alors son titre), au par. 10). Il n'est pas étonnant de constater qu'il existe aussi des décisions arbitrales qui qualifient de [TRADUCTION] « principe d'equity » la préclusion pour même question en litige (voir *Sheet Metal Workers' International Assn. c. Giffin Sheet Metal Ltd. (Shift Premium Grievance)*, [1999] O.L.A.A. No. 926 (QL)). [par. 33 et 36]

Voir aussi l'arrêt *Ganong Bros., Limited c. Directeur exécutif de l'évaluation*, 2004 NBCA 46, 271 R.N.-B. (2e) 43.

[30] Dans l'arrêt *Penner*, la Cour a appliqué le cadre juridique régissant la préclusion pour même question en litige (ou découlant d'une question déjà tranchée) qui

avait été établi dans l'arrêt *Danyluk*. L'arrêt *Danyluk* énonce une analyse à deux volets qui s'inspire de l'arrêt *Angle* :

> Les règles régissant la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne doivent pas être appliquées machinalement. L'objectif fondamental est d'établir l'équilibre entre l'intérêt public qui consiste à assurer le caractère définitif des litiges et l'autre intérêt public qui est d'assurer que, dans une affaire donnée, justice soit rendue. (Il existe des intérêts privés correspondants.) Il s'agit, au cours de la première étape, de déterminer si le requérant (en l'occurrence l'intimée) a établi l'existence des conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée énoncées par le juge Dickson dans l'arrêt *Angle*, précité. Dans l'affirmative, la cour doit ensuite se demander, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, si cette forme de préclusion devrait être appliquée : *British Columbia (Minister of Forests) c. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), par. 32; *Schweneke c. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), par. 38-39; *Braithwaite c. Nova Scotia Public Service Long Term Disability Plan Trust Fund* (1999), 176 N.S.R. (2d) 173 (C.A.), par. 56. [par. 33]

[31] Le conseil, en l'espèce, n'a pas effectué d'analyse afin de déterminer si les trois conditions d'application étaient réunies; même s'il avait effectué cette analyse, et jugé que les trois conditions d'application étaient présentes, il avait le pouvoir discrétionnaire résiduel de ne pas appliquer la doctrine en question (voir l'arrêt *Penner*, aux par. 29 et 30).

C. *L'incidence de l'arrêt Penner*

[32] L'arrêt *Penner* a élargi la portée de l'examen du caractère équitable pour ce qui concerne l'étape de l'analyse qui consiste à se demander s'il y a lieu d'exercer ce pouvoir discrétionnaire résiduel :

> Dans *Danyluk*, aux par. 68-80, la Cour a repris plusieurs facteurs relevés par le juge Laskin dans *Minott c. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321

> (C.A.) et qui sont pertinents pour l'analyse préalable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans le contexte où un tribunal administratif s'est déjà prononcé sur la question en litige.
>
> Les facteurs énumérés dans *Danyluk* indiquent simplement certaines circonstances susceptibles d'être pertinentes dans un cas particulier pour déterminer si, dans l'ensemble, il est équitable d'appliquer cette doctrine. Cette liste n'est pas exhaustive. Il ne s'agit ni d'une liste de contrôle ni d'un appel à une analyse mécanique.
>
> De manière générale, les facteurs relevés dans la jurisprudence montrent que l'iniquité peut se manifester de deux façons principales qui se chevauchent et ne s'excluent pas l'une l'autre. Premièrement, l'iniquité de l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée peut résulter de l'iniquité de l'instance antérieure. Deuxièmement, même si l'instance antérieure s'est déroulée de manière juste et régulière, eu égard à son objet, il pourrait néanmoins se révéler injuste d'opposer la décision en résultant à toute action ultérieure. [par. 37 à 39]
>
> [Je souligne.]

À mon avis, le deuxième genre d'injustice ou d'iniquité mentionné dans l'extrait qui précède était la question à trancher dans le présent appel.

[33] L'appelante fait valoir que l'arrêt *Penner* peut être écarté en raison des faits et que le raisonnement de la minorité devrait être appliqué. La minorité a insisté sur le fait qu'il fallait « obéir à un souci d'équité et préserver le caractère définitif d'un litige » (par. 110) (suivant ainsi l'arrêt *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola*, 2011 CSC 52, [2011] 3 R.C.S. 422).

[34] Je conviens qu'il y a lieu de favoriser le caractère définitif des décisions et de décourager les procédures répétitives. Je conviens qu'il y a des situations où l'intervention judiciaire est justifiée pour les raisons mêmes qu'invoque l'appelante, savoir éviter la recherche du tribunal le plus favorable, la réintroduction d'une action et l'abus de procédure; toutefois, tel n'est pas le cas en l'espèce. Bien que l'instance engagée dans *Penner* fût, de par sa nature, différente de celle qui nous occupe en

l'espèce, les principes qui y ont été établis s'appliquent en l'espèce. Ce sont des principes fondamentaux de la règle *audi alteram partem*, lesquels prescrivent l'application régulière de la loi et un traitement équitable. Il peut y avoir iniquité lorsque l'issue des audiences d'un tribunal est invoquée comme justification afin d'empêcher la tenue d'audiences devant d'autres tribunaux constitués conformément à des régimes législatifs distincts. Je reconnais que l'intervention judiciaire a ses limites mais elle sera justifiée, et nécessaire, en présence d'une conclusion selon laquelle une décision essentielle était fondée sur une preuve limitée ou restreinte et lorsque l'application mécanique d'un concept juridique a donné lieu à une « injustice » (*Penner*, au par. 30). J'estime qu'il s'agit là d'une distinction importante.

[35] Cette philosophie a trouvé écho dans la décision des juges majoritaires dans l'arrêt *Penner* lorsque le juge Cromwell a conclu que la préclusion pour même question en litige (ou découlant d'une question déjà tranchée) ne devait pas être appliquée parce qu'elle aurait « entraîn[é] une injustice » pour l'appelant (par. 8).

[36] À mon avis, pour la même raison, le refus d'accorder les prestations prévues à la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, ne fait pas obstacle à la tenue d'une audience devant un conseil d'arbitrage constitué pour entendre un grief. C'est exactement là la préoccupation que la Cour a évoquée, dans l'arrêt *Penner*, lorsque le juge Cromwell a prévenu que l'on courait le risque de compromettre le processus administratif si l'on accordait une importance excessive à l'instance tenue en vertu de la *Loi sur les services policiers*. La minorité, pour sa part, suivant l'arrêt *Figliola*, a estimé qu'il fallait donner aux tribunaux administratifs un « pouvoir discrétionnaire […] plus large » et a conclu que les différences entre les processus utilisés par les tribunaux administratifs ne devraient pas être invoquées pour écarter le principe du caractère définitif des décisions. Cette approche reconnaît qu'il peut y avoir des situations où il y a chevauchement de compétence.

D. *Le chevauchement des compétences arbitrales*

[37] Dans l'arrêt *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, 2004 CSC 39, [2004] 2 R.C.S. 185 (*Morin*), la Cour suprême a examiné la compétence arbitrale relativement à des questions touchant aux droits de la personne. Cette question avait continué de se faire jour dans la jurisprudence à la suite de la décision dans l'affaire *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, [1995] A.C.S. n° 59 (QL).

[38] Dans l'arrêt *Morin*, la juge en chef McLachlin a conclu que l'arrêt *Weber* ne pose pas le principe que la compétence de l'arbitre en droit du travail à l'égard d'un conflit de travail est toujours exclusive. Selon la loi applicable et la nature du litige, il pourra y avoir chevauchement, concurrence ou exclusivité.

[39] Pour les fins de l'examen de la question de la compétence, la Cour a établi une analyse à deux étapes. La majorité a conclu que la convention collective conférait expressément à l'arbitre la compétence d'entendre les plaintes en matière de droits de la personne lorsqu'elles découlaient de la convention collective; toutefois, la Cour a expressément dit que cette compétence n'est pas nécessairement exclusive. La Cour a ensuite jugé que dans le contexte de la plainte, le Tribunal des droits de la personne possédait une compétence concurrente pour ce qui concernait l'audition de la plainte et était le tribunal le plus approprié. La nuance qui a été établie dans l'arrêt *Morin* consistait dans la conclusion selon laquelle le grief ne découlait pas de la convention collective, mais était issu du processus de négociation lui-même, lequel était discriminatoire.

[40] La minorité, dans l'arrêt *Morin*, n'a pas souscrit à cette qualification et s'en est tenue à l'opinion de la majorité dans l'arrêt *Weber*, où une approche contextuelle avait été suivie et une préférence exprimée en faveur de la compétence exclusive de l'arbitre. L'incidence nette de l'arrêt *Morin* est la possibilité reconnue qu'il y ait chevauchement des compétences. C'est précisément ce qui s'est passé en l'espèce. Je conclus que cette approche a été renforcée dans l'arrêt *Penner*, où la Cour s'est appuyée

sur l'analyse énoncée dans l'arrêt *Danyluk* pour s'assurer que la préclusion pour même question en litige (ou découlant d'une question déjà tranchée) ne sera pas appliquée pour empêcher la multiplicité des instances lorsque cela entraînerait « une injustice ».

E. *La question à trancher*

[41] À mon avis, la question fondamentale à trancher dans le présent appel est celle de savoir si le juge qui a effectué la révision a commis une erreur importante lorsqu'il a conclu que l'application, par le conseil, de la préclusion pour même question en litige était en partie déraisonnable. Il a appliqué la norme de la raisonnabilité. Il a conclu qu'il était raisonnable de la part du conseil d'avoir conclu que le grief était préclus en ce qui concernait les questions de discrimination visées à la *Loi sur les droits de la personne*. Comme je l'ai dit, cette partie de la décision n'a pas été contestée en appel. Toutefois, le juge qui a effectué la révision a également conclu que la décision du conseil était déraisonnable lorsque ce dernier a reconnu que la conclusion de congédiement pour inconduite tirée par le conseil arbitral de l'assurance-emploi interdisait un examen raisonné de l'ensemble du grief. Le conseil a appliqué la préclusion pour même question en litige et le principe de la chose jugée à la décision du conseil arbitral de l'assurance-emploi, laquelle était étroitement circonscrite, mais il n'a pas examiné la portée et l'objet des deux instances différentes, enlevant ainsi à M.B., de façon abusive, la possibilité de se faire entendre pleinement sur la question de son congédiement injuste. Pour les raisons que je viens de mentionner, j'estime que la décision du conseil n'appartient pas « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » et le juge qui a effectué la révision n'a donc pas commis d'erreur.

[42] La première condition d'application de la préclusion pour même question en litige est que la même question doit déjà avoir été tranchée. En l'espèce, le conseil n'était pas saisi de la même question que le conseil arbitral de l'assurance-emploi. La décision du conseil arbitral de l'assurance-emploi, en l'espèce, avait une portée restreinte et elle était sans aucune équivoque limitée à la question de l'inconduite. Le grief, par ailleurs, invoquait les articles 4.01 et 22.05 de la convention collective, lesquels obligent

le conseil à examiner des questions ressortissant au [TRADUCTION] « respect [que manifestent les employés et les membres de la direction] les uns pour les autres », à une [TRADUCTION] « relation syndicale-patronale progressive », au [TRADUCTION] « maintien de la dignité des employés », au fait de [TRADUCTION] « fournir du soutien et des conseils aux employés » et à la protection contre les [TRADUCTION] « mesures disciplinaires injustifiées ». Ce sont là des critères distincts qui exigent un examen plus vaste que celui qu'a effectué le conseil arbitral de l'assurance-emploi. Bien que l'inconduite puisse constituer une considération possible, un conseil d'arbitrage a la capacité d'aborder la prise de décisions en vertu d'une convention collective d'une façon plus contextuelle et plus globale qu'un conseil arbitral constitué sous le régime de la *Loi sur l'assurance-emploi*, lequel n'a qu'un pouvoir décisionnel limité en vertu de ce texte législatif. J'estime que le juge qui a effectué la révision était conscient de cette distinction lorsqu'il a décidé de renvoyer l'affaire à un conseil nouvellement constitué afin qu'il entende le grief sur le fond.

[43] Aux termes de l'al. 22.05d) de la convention collective, M.B. ne pouvait être congédié que pour un motif valable. On prétendait essentiellement, dans le grief dont le conseil était saisi, que M.B. avait été [TRADUCTION] « victime de discrimination de la part de la Ville en ce qui concerne à la fois l'obligation qui lui est faite de tenir compte de la déficience de M.B. et les circonstances de la cessation de son emploi ». Par ailleurs, aux termes de l'art. 30 de la *Loi sur l'assurance-emploi*, « [l]e prestataire est exclu du bénéfice des prestations s'il perd un emploi en raison de son inconduite ». Le conseil arbitral de l'assurance-emploi a conclu que [TRADUCTION] « l'employé, [M.B.], a perdu son emploi à la Ville de Saint John en raison de son inconduite ». Ce sont là des questions distinctes. Il se peut qu'il y ait chevauchement, mais le juge qui a effectué la révision, conscient de ce fait, a conclu que cela n'empêcherait pas le conseil, en l'espèce, de trancher le grief sur le fond.

[44] Dans l'arrêt *Karelia c. Canada (Human Resources and Skills Development)*, 2012 FCA 140, [2012] A.C.F. n° 617 (QL), le juge d'appel Pelletier a établi une distinction entre l'inconduite et le motif valable de congédiement :

> [TRADUCTION]
> La question de savoir si un employé a été congédié pour un motif valable ne relève pas du régime d'assurance-emploi. La seule question à trancher en l'espèce est celle de savoir si M. Karelia a perdu son emploi en raison de sa propre inconduite délibérée de sorte qu'il serait exclu du bénéfice des prestations. La jurisprudence établit clairement que l'inconduite et le motif valable de congédiement sont des concepts distincts : *Canada (Procureur général) c. McNamara*, 2007 CAF 107, [2007] A.C.F. n° 364, au par. 22, *Fakhari c. Canada (Procureur général)*, [1996] A.C.F. n° 653, 197 N.R. 300, au par. 3, *Canada (Procureur général) c. Jewell*, [1994] A.C.F. n° 1584, 175 N.R. 350, aux par. 6 et 7. [par. 20]

Une conclusion de congédiement pour inconduite ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit d'un congédiement pour un motif valable : la question plus restreinte ne saurait empêcher, par préclusion, l'examen de la question plus large.

[45] Toutefois, même à supposer que les conditions d'application de la préclusion pour même question en litige aient été réunies, j'estime, d'après les faits de l'affaire, que c'est à bon droit que le juge qui a effectué la révision a conclu que le conseil n'aurait pas dû appliquer la doctrine de la préclusion pour même question en litige afin de refuser d'entendre le grief de M.B.

[46] Finalement, il y a lieu de souligner l'objectif de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui ressortit à la politique sociale. La personne admissible a le droit de demander et de recevoir des prestations lors de la cessation de son emploi. Ce régime législatif garantit le versement d'une certaine somme pour une période de temps définie en remplacement d'un revenu dans ces circonstances précises. Le conseil arbitral de l'assurance-emploi a la charge et l'obligation d'interpréter sa loi constitutive et de trancher les demandes en fonction des critères prescrits. Le prestataire qui sollicite des prestations d'assurance-emploi représente ses propres intérêts. Le conseil constitué conformément à une convention collective a un ensemble de responsabilités différent et il dispose, en vertu de la loi, de ses propres pouvoirs distincts. Un syndicat a le droit de

participer pour le compte d'un plaignant en vertu de la convention collective. Si l'on devait interdire aux employés syndiqués de faire instruire un grief devant un conseil constitué en vertu de la *Loi sur les relations industrielles* pour le motif que leurs demandes de prestations d'assurance-emploi ont déjà été tranchées, on courrait nettement le risque de compromettre soit le processus de règlement des griefs soit le programme d'assurance-emploi ou les deux.

[47] Pendant l'audition de l'appel, l'avocat de l'appelante a rappelé qu'il faut se garder de confondre les mesures réparatoires avec la compétence. J'en conviens. En l'espèce, toutefois, le juge qui a effectué la révision a eu raison de conclure que le conseil arbitral de l'assurance-emploi n'avait pas tranché la question fondamentale du congédiement injuste dans le contexte de la convention collective. La décision du conseil arbitral était fondée sur la preuve dont il disposait, savoir une preuve documentaire. Il a décidé que M.B. n'était pas admissible à des prestations pour le motif qu'il avait été congédié pour inconduite. À mon avis, on ne doit pas confondre la question du droit à des prestations d'assurance-emploi avec celle du congédiement injustifié prévu dans la convention collective, lorsque la norme décisionnelle est différente, qu'il est possible de recevoir des témoignages de vive voix et que différentes issues sont possibles.

[48] Comme l'a conclu le juge qui a effectué la révision, les questions soulevées dans le grief n'ont pas été tranchées dans le cadre d'une audience en bonne et due forme où des témoignages de vive voix auraient été présentés, où le conseil aurait pu évaluer la crédibilité et où des contre-interrogatoires auraient pu être menés, à la suite de quoi le conseil aurait eu le pouvoir de se prononcer sur le bien-fondé du grief. Je souscris à la décision du juge qui a effectué la révision de renvoyer cette question à un conseil nouvellement constitué, tout comme j'estime que c'est à bon droit qu'il a conclu que la préclusion pour même question en litige, la contestation indirecte, la chose jugée et l'abus de procédure ne s'appliquent pas afin d'interdire l'examen de la question du congédiement pour un motif valable. De plus, le juge qui a effectué la révision était conscient de la possibilité qu'une double preuve soit présentée sur la question de la conduite discriminatoire (laquelle était précluse) et il a donné au conseil nouvellement

constitué le pouvoir de limiter la preuve qu'il entendrait sur cette question (c'est-à-dire de contrôler sa procédure ou d'être le maître de l'instance tenue devant lui). Je souscris à ce résultat également.

V. Dispositif

[49] Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens de 2 500 $ payables en une seule masse.

APPENDIX A / ANNEXE A

Industrial Relations Act

55(1) Every collective agreement shall provide for the final and binding settlement by arbitration or otherwise, without stoppage of work, of all differences between the parties to, or persons bound by, the agreement or on whose behalf it was entered into, concerning its interpretation, application, administration or an alleged violation of the agreement, including any question as to whether a matter is arbitrable.

76(4) Notwithstanding anything in the collective agreement, where the arbitrator or the arbitration board in a proceeding under the provisions of section 55 determines that an employee has been discharged or otherwise disciplined by an employer for cause and the collective agreement does not contain a specific penalty for the infraction that is the subject matter of the arbitration, the arbitrator or the arbitration board may substitute such other penalty for the discharge or discipline as to the arbitrator or arbitration board seems just and reasonable in all the circumstances.

Collective Agreement

Article 4.01 *Human Rights Act*

It is agreed that there shall be no discrimination or coercion exercised or practiced with respect to any employee by any ground prohibited by the *Human Rights Act*.

Loi sur les relations industrielles

55(1) Toute convention collective doit prévoir des dispositions pour le règlement définitif et obligatoire, par voie d'arbitrage ou autrement et sans arrêt de travail, de tous conflits entre les parties à la convention ou entre les personnes liées par elle, ou au nom desquelles elle a été conclue, relativement à son interprétation, à son application, à son exécution ou à une violation alléguée de la convention, y compris le fait de savoir si une question est arbitrable.

76(4) Nonobstant toute disposition d'une convention collective, lorsque l'arbitre ou le conseil d'arbitrage, dans une procédure engagée en application des dispositions de l'article 55, constate qu'un salarié a été congédié par un employeur ou a fait l'objet de toute autre mesure disciplinaire pour un motif valable et que la convention collective ne prévoit pas de peine spéciale pour l'infraction qui a donné lieu à l'arbitrage, l'arbitre ou le conseil peut substituer au congédiement ou à la peine imposée, toute autre peine qu'il estime juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances.

Convention collective
[TRADUCTION]
Article 4.01 *Loi sur les droits de la personne*

Il est convenu qu'aucune mesure discriminatoire ou coercitive fondée sur les motifs interdits par la *Loi sur les droits de la personne* ne sera exercée ou prise à l'endroit d'un employé.

Article 12.07

It shall be the duty of the Board of Arbitration to hear all parties concerned and to determine the matters referred to it. Upon determination of the matter, the Board of Arbitration shall make any order which will provide for final settlement of the matter and make any order that will restore the aggrieved party, whether it be the Union or the City, to its rightful, just and equitable position.

Article 12.07

Le conseil d'arbitrage est tenu d'entendre toutes les parties intéressées et de trancher les questions qui lui sont soumises. Lorsqu'il statue sur l'affaire, le conseil d'arbitrage doit rendre une ordonnance assurant le règlement définitif de l'affaire et toute ordonnance susceptible de remettre la partie lésée, qu'il s'agisse du syndicat ou de la municipalité, dans sa position légitime et équitable.

Article 22.05 Constructive Discipline – Duty of Mutual Respect

(a) The parties to this collective agreement are committed to working together to create a responsive, enthusiastic and respectful unionized work environment – one dedicated to providing quality, cost-effective public services; achieving high standards of personal and group performance; and resolving issues constructively and for the common good. To that end, the parties are committed to:

i. Creating a workplace that requires employees and management to demonstrate mutual respect;

ii. Building a progressive labour management relationship that provides the Employer with the opportunity to meet legitimate corporate interests and obligates the Employer to provide all employees with feedback on their performance;

iii. Maintaining the dignity of employees;

Article 22.05 Mesures disciplinaires constructives – Devoir de respect mutuel

a) Les parties à la présente convention collective s'engagent à travailler ensemble pour créer un environnement de travail syndiqué coopératif, plaisant et respectueux – qui s'emploie à offrir des services publics de qualité et rentables, à se conformer à des normes élevées de rendement individuel et collectif et à résoudre les problèmes de manière constructive dans un intérêt commun. Pour ce faire, les parties se sont engagées à faire ce qui suit :

i. créer un milieu de travail où les employés et les membres de la direction manifestent du respect les uns pour les autres;

ii. bâtir une relation syndicale-patronale progressive qui offre à l'Employeur la possibilité de favoriser les intérêts légitimes de son entreprise et l'oblige à fournir à tous les employés de la rétroaction sur leur rendement;

iii. assurer le maintien de la dignité des employés;

iv. Providing support and guidance to those employees required to improve performance; and

v. Providing safeguards against unjust discipline by adhering to a sound discipline policy that encourages self-rehabilitation.

[…]

(d) An employee shall not be disciplined or dismissed without just cause and having a fair investigation and hearing. Both Management and the Union have the right to call witnesses or examine any statements taken with the view to rebuttal of same. Copies of all written statements taken shall be furnished to all parties.

iv. fournir du soutien et des conseils aux employés qui doivent améliorer leur rendement;

v. fournir une protection contre les mesures disciplinaires injustifiées en observant une politique saine en matière de mesures disciplinaires qui encourage les employés à améliorer leur comportement.

[…]

d) Un employé ne doit pas faire l'objet d'une mesure disciplinaire ni être congédié sans motif valable et sans la tenue d'une enquête et d'une audience équitables. La partie patronale et la partie syndicale ont toutes les deux le droit d'assigner des témoins ou d'examiner toute déclaration recueillie en vue de les réfuter. Des copies de toutes les déclarations écrites recueillies doivent être fournies à toutes les parties.