COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

80-18-CA

CANADIAN UNION OF PUBLIC EMPLOYEES, LOCAL 3515

APPELLANT

- and -

DIEPPE (CITY)

RESPONDENT

Canadian Union of Public Employees, Local 3515 v. Dieppe (City), 2019 NBCA 11

CORAM:
The Honourable Justice Drapeau
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Baird

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
June 21, 2018

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
November 8, 2018

Judgment rendered:
January 31, 2019

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Drapeau

Concurred in by:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Baird

SYNDICAT CANADIEN DE LA FONCTION PUBLIQUE, SECTION LOCALE 3515

APPELANT

- et -

VILLE DE DIEPPE

INTIMÉE

Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3515 c. Ville de Dieppe, 2019 NBCA 11

CORAM :
l'honorable juge Drapeau
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Baird

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 21 juin 2018

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 8 novembre 2018

Jugement rendu :
le 31 janvier 2019

Motifs de jugement :
l'honorable juge Drapeau

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Baird

Counsel at hearing:

For the appellant:
Glen S. Gallant

For the respondent:
G. Robert Basque, Q.C.

THE COURT

The appeal is dismissed, with costs.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Glen S. Gallant

Pour l'intimée :
G. Robert Basque, c.r.

LA COUR

L'appel est rejeté, avec dépens.

Le jugement suivant a été rendu par

LE JUGE DRAPEAU

I. Introduction

[1] Au Nouveau-Brunswick, les pompiers municipaux n'ont pas le droit de grève. Lorsque leur syndicat et leur employeur ne réussissent pas à s'entendre sur toutes les dispositions d'une convention collective, un conseil d'arbitrage peut être constitué pour trancher le différend et prescrire les dispositions qui s'imposent. En l'espèce, les parties n'ont pu conclure une entente à l'égard de certaines dispositions malgré des négociations poursuivies de bonne foi et l'intervention d'une conciliatrice. Un conseil d'arbitrage a été constitué en vertu de l'art. 80 de la *Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, et il a rendu, par une majorité (2:1), une sentence qui, selon le membre dissident et l'intimée, la Ville de Dieppe, était injustement défavorable à celle-ci.

[2] Par la suite, un juge de la Cour du Banc de la Reine a fait droit à la demande de contrôle judiciaire de la Ville et il a annulé la sentence au motif qu'elle avait été rendue au terme d'une procédure qui n'était pas conforme à la *Loi* et au droit de la Ville à l'équité procédurale. D'après le juge, ce manque de conformité découlait d'une rencontre tenue *ex parte* et à l'insu de la Ville entre, d'une part, la présidente du conseil d'arbitrage et le membre nommé par le syndicat et, d'autre part, le syndicat et son avocate. Fait significatif, à l'époque, le conseil d'arbitrage avait entendu la preuve et les représentations des parties sur les différends qui les opposaient et les solutions que chacune proposait en application du principe de la reproduction, et il avait mis en délibéré sa décision sur le fond.

[3] Le syndicat interjette appel de la décision du juge chargé de la révision au motif qu'il a commis une erreur de droit en statuant que la procédure suivie par le conseil d'arbitrage n'était pas conforme à la *Loi* et à l'équité procédurale. Selon le syndicat, la rencontre *ex parte* susmentionnée ne viciait aucunement la procédure car : (1) elle faisait partie intégrante du mandat que le par. 79(4) de la *Loi* impose au conseil d'arbitrage de

« s'efforcer d'effectuer le règlement des conflits » et les membres du conseil qui y ont participé étaient des « médiateurs » à qui le droit n'impose aucune obligation d'équité; et (2) le conseil d'arbitrage, étant maître de sa procédure, était investi de la compétence requise pour déléguer l'exécution de ce mandat à deux de ses membres. Corrélativement, le syndicat soutient que la conclusion du juge selon laquelle la procédure en question n'était pas autorisée par la *Loi* repose sur une interprétation erronée des dispositions pertinentes, notamment les paragraphes 79(4) et (5).

[4] Le syndicat prétend également que le juge a commis une erreur de droit : (1) en tirant des conclusions de fait injustifiées au regard de la preuve versée au dossier; et (2) en faisant défaut de trancher sa demande d'exclusion des paragraphes 9,10 et 11 de l'affidavit de Martine Savoie, la Directrice des ressources humaines de la Ville. À l'exception de celle portant sur l'admissibilité du paragraphe 11 de l'affidavit en question, ces prétentions sont dénuées de fondement. Ainsi, j'estime que les paragraphes 9 et 10 de l'affidavit de Martine Savoie sont admissibles puisqu'ils précisent la perception et la compréhension de la Ville à l'égard de la procédure que le conseil d'arbitrage a suivie pour mener à terme son mandat statutaire. En revanche, le paragraphe 11 est inadmissible étant donné qu'il ne fait qu'interpréter la sentence arbitrale, une tâche qui est du ressort exclusif du juge en révision.

[5] Dans le cadre d'un appel comme celui-ci, la Cour doit décider si le juge a cerné la norme de contrôle indiquée et s'il l'a appliquée correctement. Pour trancher cette dernière question, nous devons nous mettre à la place du juge et faire porter le faisceau de notre analyse sur la décision administrative. Bien entendu, cette démarche n'exclut pas la prise en considération des représentations, des aveux et des motifs de jugement formulés en première instance (voir les arrêts recensés dans l'arrêt *Régie régionale de la santé A c. Dr Khider*, 2019 NBCA 5, au par. 10).

[6] À mon avis, le juge chargé de la révision a identifié la bonne norme de contrôle et il l'a appliquée impeccablement. À son instar, je suis d'avis que la norme de la décision correcte gouverne la détermination des questions qui sous-tendent l'annulation

de la sentence arbitrale. Comme lui, j'estime que la procédure mise en œuvre par le conseil d'arbitrage n'est pas conforme à la *Loi* et à ses obligations d'équité procédurale. Je rejetterais donc l'appel.

II. Le contexte, y compris les dispositions législatives pertinentes

[7] Le syndicat et la Ville ont conclu une convention collective pour la période du 11 avril 2011 au 10 avril 2014. La convention prévoyait son renouvellement à défaut d'un préavis contraire. Un tel préavis a été donné et les négociations collectives ont débuté en février 2016.

[8] Les négociations ont été fructueuses à plusieurs égards, mais certains différends n'ont pu être résolus à l'amiable, même avec l'assistance d'une conciliatrice nommée aux termes de la *Loi*.

[9] Cela étant, le Ministre a autorisé la constitution d'un conseil d'arbitrage en vertu du par. 80(1) de la *Loi*. Les parties pertinentes de l'art. 80 se lisent comme suit :

Arbitration	**Arbitrage**
80(1) When persons are employed full time by a local government as members of a fire department and are represented for the purposes of collective bargaining by a trade union that has the exclusive authority to bargain collectively on their behalf only with the local government that is the employer of the fire fighters, and if	**80**(1) Lorsque des personnes sont employées à plein temps par un gouvernement local en qualité de membres d'un corps de pompiers et qu'elles sont représentées, à des fins de négociations collectives, par un syndicat qui a le pouvoir exclusif de négocier collectivement en leur nom seulement avec le gouvernement local qui est leur employeur, et lorsque
(a) collective bargaining has been carried on between the local government that is the employer of the fire fighters and the bargaining agent of the fire fighters,	a) des négociations collectives ont été poursuivies entre le gouvernement local qui est l'employeur de ces pompiers, et l'agent négociateur de ces derniers,
(b) a conciliation officer or a mediator appointed under section 70 has failed to	b) un conciliateur ou un médiateur, nommé en application de l'article 70, n'a pas réussi

bring about agreement between the parties, and

à concilier les parties, et

(c) the Minister is satisfied that the collective bargaining has been carried on in good faith but that it is unlikely that the parties will agree, within a reasonable time, to the making of a collective agreement or the renewal or revision of an existing agreement or the making of a new agreement,

c) le Ministre est convaincu que les négociations collectives ont été poursuivies de bonne foi, mais qu'il est peu probable que les parties en arrivent à une entente, dans un délai raisonnable, en vue de la conclusion d'une convention collective, de la reconduction ou la révision d'une convention existante ou de la conclusion d'une nouvelle convention,

the Minister shall, on the application of either party, authorize the constitution of an arbitration board, or the appointment of an arbitrator if the parties so request, to deal with the dispute and to formulate a collective agreement or the renewal or revision of an existing agreement or a new agreement between the parties.

sur la demande de l'une ou l'autre des parties, le Ministre autorise la constitution d'un conseil d'arbitrage ou la nomination d'un arbitre, si les parties le demandent, pour régler le différend et pour élaborer une convention collective ou faciliter la reconduction ou la révision d'une convention existante ou la conclusion d'une nouvelle convention entre les parties.

[…]

[…]

80(2) The Minister, when he has authorized the appointment of an arbitrator or the constitution of an arbitration board under subsection (1) or (1.1), shall forthwith notify the parties.

80(2) Quand le Ministre autorise la nomination d'un arbitre ou la constitution d'un conseil d'arbitrage en application du paragraphe (1) ou (1.1), il doit immédiatement en donner avis aux parties.

80(3) Upon a notification under subsection (2), subsections 79(3) to (10) apply *mutatis mutandis*.

80(3) Sur une notification faite en application du paragraphe (2), les paragraphes 79(3) à (10) s'appliquent *mutatis mutandis*.

[10] Comme on peut le constater, un conseil d'arbitrage peut être constitué en vertu du par. 80(1) sur la demande de l'une ou l'autre des parties lorsque : (1) les négociations n'ont pas produit une convention collective satisfaisante; (2) un médiateur ou un conciliateur n'a pu concilier les parties; et (3) le Ministre constate l'improbabilité d'un règlement à l'amiable dans un délai raisonnable. Le mandat du conseil d'arbitrage est de « régler » le différend et de parachever une convention collective entre les parties.

À cet égard, le libellé du par. 80(1), qui ne s'applique qu'aux pompiers, peut être contrasté à celui des paragraphes (4) et (5) de l'art. 79, qui est d'application générale :

Arbitration

79(1) Where an employer or employers' organization and a bargaining agent have bargained collectively with a view to the making of a collective agreement, or the renewal or revision of an agreement or the making of a new agreement, but have failed to reach agreement, the parties may, by agreement in writing to be bound by an award, submit their differences to arbitration before an arbitrator or arbitration board.

79(2) An agreement to be bound by an award made under subsection (1) is effective when filed with the Minister.

79(3) On the filing of an agreement to arbitrate under subsection (1) or on submitting the difference to an arbitrator or an arbitration board under subparagraph 36.1(5)(*b*)(ii), subsections 55(2) to (5), section 73 and 74, subsections 75(1) and (2), subsections 76(1) and (2) and subsections 77(1) and (2) shall apply with the necessary modifications and subsection 131(2) shall apply to the proceedings and award of the arbitrator or arbitration board as if the arbitrator or arbitration board were named therein.

79(4) The arbitrator or arbitration board appointed or constituted under this section shall endeavour to bring about a settlement of the differences between the bargaining agent and the employer and to formulate an agreement which, upon being entered into by the parties, shall be a collective

Arbitrage

79(1) Lorsqu'un employeur ou une organisation d'employeurs et un agent négociateur ont négocié collectivement en vue de conclure une convention collective, de reconduire ou de réviser une convention ou d'en conclure une nouvelle, mais n'ont pas pu s'entendre, les parties peuvent, en convenant par écrit d'être liées par une sentence, soumettre leurs conflits à l'arbitrage devant un arbitre ou un conseil d'arbitrage.

79(2) Une convention conclue entre les parties, visant à les lier par une sentence, en application du paragraphe (1), prend effet quand elle est déposée au bureau du Ministre.

79(3) Sur le dépôt d'une convention d'arbitrage conclue en application du paragraphe (1) ou sur la soumission d'une affaire à l'arbitrage mené par un arbitre ou un conseil d'arbitrage conformément au sous-alinéa 36.1(5)*b*)(ii), les paragraphes 55(2) à (5), les articles 73 et 74 et les paragraphes 75(1) et (2), 76(1) et (2) et 77(1) et (2) s'appliquent avec les adaptations nécessaires et le paragraphe 131(2) est applicable aux procédures et à la sentence de l'arbitre ou du conseil d'arbitrage, comme si l'arbitre ou le conseil y était mentionné.

79(4) L'arbitre ou le conseil d'arbitrage, nommé ou constitué en application du présent article, doit s'efforcer d'effectuer le règlement des conflits surgissant entre l'agent négociateur et l'employeur, et d'élaborer une convention qui, lorsqu'elle est conclue par les parties, devient une

agreement under this Act.

79(5) Where the arbitrator or arbitration board is unsuccessful in formulating an agreement satisfactory to both parties, and after considering the matters of difference together with any other matter considered necessarily incidental to a resolution of the matters of difference, the arbitrator or arbitration board shall render an award in respect thereto.

[…]

79(10) An award under subsection (5), subject to subsection (9), shall forthwith be incorporated into a collective agreement and subsections 37(3), (5) and (6) apply *mutatis mutandis* and, until so incorporated, the award, subject to subsection 57(2), shall have the effect of a collective agreement for the purposes of this Act.

[Emphasis added.]

convention collective conclue en application de la présente loi.

79(5) Lorsque l'arbitre ou le conseil d'arbitrage ne parvient pas à élaborer une convention satisfaisant les deux parties et après qu'il a examiné les points contestés, ainsi que toute autre chose jugée comme nécessairement accessoire à la solution du conflit, l'arbitre ou le conseil doit rendre une sentence y relative.

[…]

79(10) Sous réserve du paragraphe (9), une sentence rendue en application du paragraphe (5) doit être incorporée sans délai dans une convention collective et les paragraphes 37(3), (5) et (6) s'appliquent *mutatis mutandis*; sous réserve du paragraphe 57(2), une sentence, jusqu'à ce qu'elle soit ainsi incorporée, a le même effet qu'une convention collective aux fins d'application de la présente loi.

[Je souligne.]

[11] Tel qu'indiqué, l'al. 80(1)c) précise que le mandat du conseil est de « régler » le différend et, en définitive, de parachever une convention collective; il ne contraint pas, du moins explicitement, le conseil à faire des efforts en vue d'effectuer un règlement à l'amiable des conflits entre l'employeur et l'agent négociateur, comme c'est le cas aux termes du par. 79(4). Le libellé de l'al. 80(1)c), compte tenu particulièrement des conditions préalables à la constitution d'un conseil d'arbitrage en vertu de l'art. 80, nous a porté à soulever la question de savoir si son mandat comprenait l'obligation de faire de tels efforts.

[12] Or, les parties conviennent que, même si le mandat du conseil d'arbitrage aux termes du par. 80(1) est formulé différemment de celui qui est précisé à la disposition d'application générale (l'art. 79), le par. 80(3) a pour effet d'imposer au conseil l'obligation de faire des efforts pour effectuer le règlement à l'amiable des conflits qui

subsistent entre les parties. Je fais mienne cette définition du mandat d'un conseil d'arbitrage constitué en vertu de l'art. 80 pour les raisons suivantes.

[13] S'il est vrai que la version française du par. 80(1) confie au conseil d'arbitrage le mandat de « régler » le différend, la version anglaise circonscrit le mandat de façon beaucoup plus large. En effet, elle requiert que le conseil « se penche sur » le différend.

[14] Qui plus est, il est prévu au paragraphe 80(3) que les paragraphes 79(4) à (10) s'appliquent *mutatis mutandis* (expression latine qui signifie « en changeant ce qui doit être changé ») lorsque le Ministre notifie les parties de la constitution d'un conseil d'arbitrage. L'emploi de l'expression *mutatis mutandis* nous contraint à déterminer la question de savoir si changer le par. 79(4) (en éliminant l'obligation qu'il impose au conseil de « s'efforcer d'effectuer le règlement des conflits ») est <u>nécessaire</u> aux fins du paragraphe 80(1). À mon avis, un tel changement n'est pas <u>nécessaire</u>.

[15] Il s'ensuit que le mandat du conseil d'arbitrage comportait l'obligation de faire des efforts en vue d'effectuer le règlement à l'amiable des conflits entre les parties.

[16] Les parties avaient réussi à s'entendre sur bon nombre de sujets avant la constitution du conseil d'arbitrage. Les points qui demeuraient en litige étaient les suivants : (1) Article 13 (Rappel au travail); (2) Article 14 (Prime d'ancienneté); (3) Article 18 (Jours de paie); (4) Article 37.05(c) (Allocation de retraite); (5) Article 39 (Régime de retraite); (6) Article 42 (Date d'expiration); (7) Annexe « A » (Salaires : rattrapage et majoration « économique ») ; et (8) Lettre d'entente sur les questions linguistiques.

[17] Les parties ont convenu que le conseil d'arbitrage devait trancher les différends en appliquant le principe de la reproduction (« *replication principle* »). Ce principe enjoignait au conseil de cerner et d'adopter l'entente que les parties « auraient conclue si elles avaient pu mener de libres négociations collectives, avec possibilité de recourir à un arrêt de travail » (sentence arbitrale, au par. 9).

[18] Le conseil d'arbitrage a tenu des audiences sur le fond les 6, 7 et 8 juin 2017. Après l'audition des témoins et des représentations des parties, le conseil a mis en délibéré sa décision sur le fond, soit l'application du principe de la reproduction et le parachèvement de dispositions de la convention collective qui le refléteraient concrètement. Il a ensuite entamé la procédure qui a mené à l'annulation de sa sentence. Selon la thèse véhiculée en appel par le syndicat, cette procédure visait à satisfaire au mandat statutaire du conseil d'arbitrage de faire des efforts pour effectuer un règlement à l'amiable.

[19] Voici ce qui semble s'être produit. Le conseil a confié au membre nommé par la Ville le mandat de la rencontrer *ex parte*. Selon le conseil, l'objectif poursuivi était tout simplement de « déterminer s'il était possible de conclure un règlement négocié des différends, conformément au par. 79(4) de la *Loi sur les relations industrielles* » (sentence arbitrale, au par. 2). Or, aucun élément du dossier ne porte à croire qu'on ait expliqué à la Ville que cette rencontre se voulait un effort de la part du conseil d'arbitrage pour effectuer un règlement.

[20] S'il est vrai que le but de cette rencontre était de déterminer les chances de règlement, il n'en demeure pas moins que le dossier est muet sur la nature précise des entretiens qui ont eu lieu. Cela dit, la preuve démontre que la Ville n'a pas compris que cette rencontre constituait un effort de la part du conseil d'arbitrage en vue d'effectuer un règlement à l'amiable. Les paragraphes 9 et 10 de l'affidavit de Martine Savoie à l'appui de la requête en révision établissent que, selon la Ville, le conseil n'a rien fait pour tenter d'effectuer un règlement :

> Au début de l'audience, l'avocat de la requérante, G. Robert Basque, c.r., s'est enquis auprès du conseil d'arbitrage, de vive voix, de ses intentions de procéder avec la démarche prévue à l'article 79(4) de la *Loi*. La présidente du conseil a répondu que le conseil voulait entendre de la preuve avant de procéder ainsi. En aucun temps que le conseil s'est par la suite efforcé d'effectuer un règlement des conflits surgissant entre l'agent négociateur et l'employeur, en vue d'élaborer une convention qui

> deviendrait une convention collective conclue en application de la *Loi*. En aucun temps que le conseil a par la suite tenté de parvenir à élaborer une convention satisfaisant les deux parties avant de rendre sa sentence.
>
> La seule « rencontre » avec le conseil au sujet d'un règlement fut une « déclaration » au nom du conseil selon laquelle une entente ne serait pas possible. Le conseil n'a déployé aucun effort pour tenter un règlement, et n'a entrepris aucune forme de négociations ou de conciliation. [par. 9-10]
>
> [Je souligne.]

[21] Quoi qu'il en soit, et fait plus important, le conseil d'arbitrage a délégué à sa présidente et au membre nommé par le syndicat le mandat de rencontrer *ex parte* le syndicat et son avocate. Selon le conseil, l'objectif était de déterminer les chances d'une entente négociée. Dans l'affidavit qu'elle a déposé en opposition à la requête en révision, l'avocate du syndicat décrit comme suit l'interaction entre les participants à cette rencontre :

> [TRADUCTION]
> Après la présentation de la preuve et des plaidoiries le 8 juin, les membres du conseil d'arbitrage ont établi un processus pour voir si un accord pourrait être conclu sur certaines questions. Les autres représentants de la section locale 3515 et moi sommes allés dans une salle de réunion où des discussions sous toutes réserves ont eu lieu avec la présidente du conseil d'arbitrage et son membre nommé par le syndicat. Les discussions ont porté sur la possibilité d'un compromis de la part de la section locale 3515 au sujet des questions non résolues. Quand nous sommes entrés dans la salle, il y avait un tableau de papier sur lequel était déjà écrite une liste de certaines questions non résolues. Au nom de la section locale 3515, j'ai répondu aux diverses demandes de renseignements du conseil et j'ai expliqué la position de la section locale et ce qu'il faudrait pour parvenir à un règlement concernant les questions non résolues. Nous avons alors été informés par le conseil, et je crois sincèrement que c'est vrai, que le même genre de rencontre privée avait lieu entre les représentants de la Ville et le membre du conseil nommé par l'employeur. [par. 7]

Comme on peut le constater, les membres du conseil ont posé des questions et l'avocate du syndicat y a répondu, et elle a également exposé la « position » du syndicat avant de préciser les concessions requises de la Ville pour réaliser un règlement à l'amiable.

[22] Il importe également de souligner que le syndicat ne prétend pas que les parties se sont entendues sur la procédure contestée; elle a été établie par le conseil d'arbitrage sans les consulter. En fait, c'est lors de la rencontre *ex parte* avec la présidente et le membre nommé par le syndicat que son avocate a appris qu'une « séance » tout aussi « privée » était en cours entre la Ville et le membre du conseil qu'elle avait nommé. Soyons clairs : aucun élément du dossier ne permet de conclure que l'une ou l'autre des parties a renoncé à son droit à l'équité procédurale.

[23] Les membres majoritaires du conseil d'arbitrage confirment dans la sentence que c'est à la suite de ces « séances privées » que le conseil a conclu à l'impossibilité d'un règlement à l'amiable et qu'il lui fallait, conformément au par. 79(5) de la *Loi*, exercer sa compétence juridictionnelle en examinant le bien-fondé des positions respectives des parties et en tranchant les différends.

[24] Dans son mémoire en appel, le syndicat résume, de façon fort utile, les dispositifs prévus à la sentence rendue par la majorité :

> Dans sa décision rendue le 17 juillet 2017, la majorité du conseil d'arbitrage a tranché les questions en litige de la manière suivante :
>
> i. <u>Article 13 – Rappel au travail</u>
>
> La Ville souhaitait avoir plus de latitude en évaluant les demandes d'intervention et en décidant quand les pompiers au repos devaient être rappelés au travail. Le Syndicat s'opposait à cette demande. En raison du fait que les clauses existantes étaient relativement nouvelles et que les parties n'étaient passées qu'il y a environ 18 mois à un mode de fonctionnement reposant sur deux casernes, la majorité du conseil d'arbitrage n'a vu aucune raison de

modifier les clauses négociées collectivement sur la question du rappel au travail.

ii. Article 14 – Prime d'ancienneté

Les pompiers touchent une prime annuelle qui dépend de la durée de leur service auprès de la Ville. La majorité du conseil d'arbitrage a donné droit aux arguments du Syndicat et a accordé l'augmentation demandée de 20 $ par année.

iii. Article 18 – Jours de paie

La Ville proposait que les pompiers soient payés toutes le deux semaines, au lieu de chaque semaine, puisque tous les autres employés de la Ville sont payés aux deux semaines. Le Syndicat proposait de maintenir le statu quo. La majorité du conseil d'arbitrage a accordé la demande de la Ville.

iv. Article 37.05(c) – Allocation de retraite

Les pompiers sont autorisés à transférer dans un compte de retraite les journées de congé de maladie dont ils n'ont pas demandé à bénéficier, jusqu'à concurrence de 672 heures (c.-à-d. 28 quarts de 24 heures). Le Syndicat demandait que le plafond passe à 768 heures, soit l'équivalent de 32 quarts de 24 heures.

La majorité du conseil d'arbitrage a fait droit à la demande du Syndicat en raison du fait que les pompiers de Moncton et de Riverview touchent une allocation de retraite supérieure à celle qu'offre la Ville. Cependant, étant donné que l'application rétroactive de la nouvelle disposition poserait des difficultés, cette modification de la convention collective ne prenait effet qu'à partir du 1er janvier 2018.

v. Article 39 – Régime de retraite

La Ville offre à tous ses employés (et non pas seulement aux pompiers) un régime de pension à cotisations déterminées. Le Syndicat demandait que la Ville offre aux pompiers un régime de pension à prestations déterminées, soit dans le cadre du Régime de pension des employés municipaux du Nouveau-Brunswick (« RPEMNB »), soit en instaurant un régime particulier dont les dispositions

seraient similaires à celles du RPEMNB. La majorité de conseil d'arbitrage a rejeté la demande du Syndicat.

vi. Article 42 – Date d'expiration

Le Syndicat proposait que la durée de la convention collective soit ramenée à trois ans. La Ville proposait cinq ans. La majorité du conseil d'arbitrage a décidé que la durée de la convention collective serait de quatre ans.

vii. Appendice « A » – Salaires

Le Syndicat proposait une augmentation économique de 3,25 % par an et une augmentation supplémentaire de 12 % visant à réduire l'écart qui existait entre les pompiers de la Ville et deux des municipalités comparables.

La Ville proposait une augmentation du budget d'au plus 2,75 % par an, afin de prendre en compte tous les éléments monétaires. En reconnaissance de l'existence d'un écart salarial qu'elle convenait de réduire, la Ville proposait aussi une augmentation supplémentaire de 1% par an pendant cinq ans.

La majorité du Conseil d'arbitrage a ordonné une augmentation économique de 2,97 % pour chacun des 11 avril 2016, 2017, 2018 et 2019, et une augmentation salariale supplémentaire de 2,5% (1er août 2017), de 1,5 % (1er août 2018) et de 1 % (1er août 2019).

Jusqu'à une date relativement récente, les conventions collectives étaient débattues en partie en anglais, en partie en français, mais rédigées essentiellement en anglais. Au cours de la dernière ronde de négociations (2011-2012), les parties avaient convenu d'obtenir des versions complètes de la convention collective rédigées en français et en anglais. À l'époque, les parties avaient décidé que les deux versions feraient autorité autant l'une que l'autre et que les modifications ultérieures seraient traduites au fur et à mesure.

La Ville demandait que la version française de la convention soit reconnue comme ayant préséance, l'objectif à terme étant de ne rédiger la convention qu'en français. Le Syndicat proposait de maintenir le statu quo.

> La majorité du Conseil d'arbitrage était répugne à déclarer la version française comme celle qui prévaut, du mois tant que les parties n'auront pas pris le temps de vérifier que toutes les clauses expriment fidèlement leurs intentions. La majorité du Conseil a rejeté la demande de la Ville et a enjoint les parties de renouveler la lettre d'entente sur les questions linguistiques. [par. 10-23]

[25] Le membre nommé par la Ville a choisi d'être dissident. À son avis, les membres majoritaires n'avaient « essentiellement rien accordé aux demandes » de la Ville et avaient consenti à « des augmentations salariales et ajustements qui sont bien au-delà de la norme ».

[26] La Ville a demandé l'annulation de la sentence par voie de requête en application de la règle 69 des *Règles de procédure*. À l'époque, elle n'était pas au courant de la rencontre *ex parte* entre d'une part, la présidente du conseil d'arbitrage et le membre nommé par le syndicat et, d'autre part, le syndicat et son avocate. Quoi qu'il en soit, le premier motif évoqué dans l'avis de requête pour justifier l'annulation de la sentence arbitrale est formulé en termes généraux : le conseil d'arbitrage a manqué aux exigences de ses fonctions ou mal conduit la procédure et la sentence a été rendue de façon irrégulière. Les autres motifs mettent en cause la validité de la sentence sur le fond.

[27] Au début de l'audience, nous avons entendu les parties sur l'opportunité de modifier l'avis de requête afin d'y invoquer explicitement comme motif d'intervention le présumé manquement aux règles d'équité procédurale. La question est pertinente au regard de la règle 69.09, qui est ainsi libellée :

69.09 Amendment	**69.09 Modifications**
(1) The court hearing a proceeding under this rule may grant leave to amend the Notice of Application and allow further affidavits to be used, on such terms as may be just.	(1) La cour qui entend une instance aux termes de la présente règle peut, aux conditions qu'elle estime justes, accorder la permission de modifier l'avis de requête et autoriser l'utilisation d'affidavits additionnels.
(2) No ground shall be relied upon and no	(2) Aucun motif ne sera invoqué ni aucune

relief shall be granted except as set out or claimed in the original or amended Notice of Application.

mesure de redressement accordée qui n'a pas été exposée ou sollicitée, selon le cas, dans l'avis de requête original ou modifié.

[28] La Ville a fait valoir que la violation des règles d'équité procédurale relevée par le juge de révision est captée par les prétentions formulées dans son avis de requête selon lesquelles le conseil d'arbitrage a manqué aux exigences de sa fonction ou a mal mené la procédure et a rendu la sentence de façon irrégulière. À l'évidence, le juge d'instance était du même avis puisqu'il n'a pas jugé nécessaire de modifier l'avis de requête. Quoique nous souscrivons à cette appréciation des motifs élaborés dans l'avis de requête, nous l'avons néanmoins modifié aux termes de la règle 62.21(4), certains diront par souci excessif de précision, afin qu'il identifie explicitement la violation des règles d'équité procédurale comme motif d'intervention.

[29] À la demande du syndicat, nous avons ensuite permis la modification de son avis d'appel afin de soulever la question de la compétence du juge de première instance de trancher la requête sur le fondement d'un motif qui, à l'époque, n'était pas soulevé dans l'avis de requête. À mon avis, compte tenu du libellé des motifs invoqués dans l'avis de requête tel qu'il se lisait à l'époque de l'audience en première instance et de la modification que nous y avons apportée, laquelle s'applique rétroactivement, l'annulation de la sentence arbitrale pour violation des règles d'équité procédurale n'était pas interdite en vertu de la règle 69.09(2).

[30] Le syndicat s'est opposé à la requête sur le fond en s'appuyant notamment sur l'affidavit susmentionné de son avocate devant le conseil d'arbitrage. Tel que je l'ai indiqué, la Ville a seulement pris connaissance de la « séance privée » qui est décrite au paragraphe 7 de cet affidavit lorsqu'il lui a été signifié. C'est à partir de ce moment-là que l'équité procédurale a occupé l'avant-scène des débats en révision judiciaire.

III. Analyse et décision

[31] L'avis de requête tel que modifié en appel soulève deux questions : (1) le conseil d'arbitrage a-t-il outrepassé sa compétence lorsqu'il a délégué à sa présidente et au membre nommé par le syndicat son mandat statutaire de faire des efforts en vue d'effectuer un règlement à l'amiable des points contestés? et (2) la rencontre *ex parte*, tenue à l'insu de la Ville, a-t-elle violé ses droits en matière d'équité procédurale? À mon avis, une réponse affirmative est requise pour chacune de ces questions.

A. *La compétence du conseil aux termes du par. 79(4) de la Loi*

[32] C'est au conseil d'arbitrage, et non à l'un et/ou un autre de ses membres, que le par. 79(4) confère l'important mandat de faire des efforts pour effectuer le règlement des conflits entre l'agent négociateur et l'employeur. Le libellé de cette disposition ne laisse planer aucun doute sur le sujet. En outre, la *Loi* ne permet pas, du moins explicitement, une délégation de ce mandat. Tout bien considéré, j'estime qu'elle ne la permet pas implicitement.

[33] En effet, il me paraît inconcevable que le législateur ait eu l'intention de permettre une telle délégation. Après tout, il n'en fait aucune mention. Ce mutisme est révélateur compte tenu du fait que le législateur a autorisé le conseil d'arbitrage à déléguer d'autres pouvoirs statutaires. Ainsi, l'al. 76(1)*d*), qui est applicable en l'espèce en vertu des par. 80(3) et 79(3), autorise le conseil d'arbitrage à déléguer à « quiconque » le pouvoir de « faire tout ce que […] le conseil d'arbitrage peut faire en application de l'alinéa *c*) » et de lui en faire rapport. L'al. 76(1)*c*) confère au conseil d'arbitrage divers pouvoirs, y compris le pouvoir d'entrer dans un local de travail, d'y faire des inspections et des examens, et d'interroger toute personne, en présence des parties ou de leurs représentants.

[34] À défaut d'une autorisation législative pour une délégation de mandat comme celle qui s'est produite en l'espèce, il convient d'appliquer le principe *delegatus*

non potest delegare. Il est défini comme suit par la majorité dans l'arrêt *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 R.C.S. 90, [1988] A.C.S. nº 68 (QL) :

> Par ailleurs, le principe *delegatus non potest delegare* fait obstacle à ce que le titulaire d'un pouvoir comportant l'exercice d'une discrétion ne confère à une autre personne ou à un autre organisme le soin d'exercer cette compétence. [par. 37]

Voir également les arrêts *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3, au par. 93, et *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249, au par. 65.

[35] De fil en aiguille, je ferais remarquer qu'un conseil d'arbitrage ne peut rendre une sentence en application du par. 80(1) que s'il ne parvient pas, après avoir fait les efforts requis en vertu du par. 79(4), à élaborer une convention satisfaisante pour les deux parties (par. 79(5)). En d'autres mots, la compétence juridictionnelle du conseil d'arbitrage n'est enclenchée que s'il a, lui-même, complété son mandat de faire des efforts en vue d'effectuer un règlement à l'amiable des différends entre les parties. Cette condition préalable n'a pas été remplie en l'espèce.

B. *Le défaut de respecter les droits de la Ville en matière d'équité procédurale*

[36] L'apparence d'impartialité est, en soi, une composante de l'équité procédurale. À ce propos, je fais miennes les observations de Lorne Sossin et Emily Lawrence dans *Administrative Law in Practice : Principles and Advocacy*, (Toronto : Emond Montgomery Publications Limited, 2018) :

> [TRADUCTION]
> Bien que l'obligation d'équité s'applique à tous les organismes administratifs, l'étendue de cette obligation dépend de la nature et de la fonction du tribunal administratif en question. L'obligation d'agir équitablement inclut l'obligation d'offrir l'équité procédurale aux parties. Cela n'est simplement pas possible si un arbitre est partial. Il est évidemment impossible de déterminer précisément l'état d'esprit d'un arbitre qui a rendu une décision de

> tribunal administratif. En conséquence, les tribunaux judiciaires ont admis en principe qu'une apparence d'impartialité est par elle-même un élément essentiel de l'équité procédurale. Pour assurer l'équité, on a mesuré la conduite des membres des tribunaux administratifs selon la norme de la crainte raisonnable de partialité. Le critère consiste à se demander si un observateur relativement bien renseigné percevrait de la partialité chez un décideur.
>
> Comme il est expliqué au chapitre 4, le premier pilier de l'équité procédurale est le droit d'être entendu. Le deuxième pilier de l'équité procédurale est l'impartialité. Les parties ont droit à ce que leur cause soit entendue par un arbitre impartial. Un décideur impartial est quelqu'un qui *n'a pas* de parti pris pour ou contre l'une des parties et qui ne serait pas *perçu* comme ayant un parti pris par un observateur raisonnable et bien informé. [p. 84]

[37] Le syndicat soutient que, lorsqu'ils ont participé à la « séance privée », la présidente et le membre qu'il avait nommé au conseil d'arbitrage étaient des « médiateurs » qui n'étaient pas tenus au respect des règles de justice naturelle. Pour étayer cette prétention, il invoque *Borba c. ATU, Local 113*, 2016 CarswellOnt 19135, une décision de la Commission des relations de travail de l'Ontario.

[38] Avec égard, il n'y a pas d'équivalence entre le mandat d'un conseil d'arbitrage et celui d'un médiateur. Le médiateur n'exerce aucune compétence juridictionnelle. Il ne détermine pas les droits et les obligations des parties.

[39] Il en est tout autre en ce qui concerne un conseil d'arbitrage, comme celui qui nous occupe. Son mandat est bi-fonctionnel. Sa première fonction est de faire des efforts en vue d'effectuer un règlement à l'amiable des points contestés. À mon avis, le conseil doit s'acquitter de cette fonction en ayant à l'esprit que, si ses efforts se soldent par un échec, il aura à exercer une seconde fonction, soit celle de trancher les différends et de parachever la convention collective conformément aux solutions qu'il a prescrites. Cette seconde fonction confère au conseil d'arbitrage une compétence juridictionnelle, qui l'oblige à adopter une procédure, y compris celle reliée à la poursuite de ses efforts en vue d'un règlement à l'amiable, qui ne viole pas les règles d'équité procédurale,

notamment en suscitant une crainte raisonnable de partialité chez un observateur raisonnable et bien renseigné.

[40] Je suis d'avis que la procédure adoptée par le conseil d'arbitrage en lien avec son mandat de faire des efforts pour effectuer un règlement des points contestés a violé les droits de la Ville en matière d'équité procédurale et suscite une crainte raisonnable de partialité. Les circonstances suivantes me portent à cette conclusion : (1) le conseil n'a pas accordé à la Ville l'occasion d'être entendue avant d'établir cette procédure; (2) le conseil n'a pas donné à la Ville une explication de la procédure sur laquelle il s'était arrêté; (3) le conseil n'a pas entendu le point de vue de la Ville sur la question de la nature et de la suffisance des efforts requis pour compléter le premier mandat du conseil en vertu du par. 79(4), soit la poursuite d'un règlement à l'amiable; (4) la présidente a participé à la rencontre *ex parte* avec le syndicat, mais elle s'est abstenue de participer à celle qui a impliqué la Ville; (5) la rencontre *ex parte* avec le syndicat a eu lieu à l'insu de la Ville, qui en a pris connaissance seulement lorsqu'on lui a signifié l'affidavit de l'avocate du syndicat en opposition à sa requête en révision judiciaire; (6) le conseil n'a pas remis à la Ville un compte-rendu des échanges lors de cette rencontre *ex parte* et il ne lui a pas accordé l'occasion de faire des représentations en lien avec ces échanges. À cet égard, il importe de rappeler : (a) que les membres du conseil ont posé des questions lors de cette rencontre et que l'avocate du syndicat y a répondu, et qu'elle a exposé « la position » du syndicat avant de préciser les concessions requises de la Ville pour effectuer un règlement à l'amiable; et (b) que le dossier n'élucide pas la teneur des questions posées, des réponses données et de « la position » du syndicat; et (7) les deux membres du conseil qui ont rencontré le syndicat *ex parte* ont subséquemment rendu une sentence qui, selon le membre dissident et la Ville, est déraisonnablement favorable au syndicat.

IV. Conclusion et dispositif

[41] Je suis d'avis que le juge chargé de la révision de la sentence arbitrale a bien cerné la norme de contrôle applicable aux déterminations qui sous-tendent sa

décision de l’annuler, et qu’il a appliqué cette norme impeccablement. Cela étant, je rejetterais l’appel.

[42] Le juge de première instance n’a pas accordé de dépens, et sa décision sur la question n’a pas été portée en appel. Toutefois, dans leurs mémoires respectifs, le syndicat et la Ville ont sollicité une ordonnance condamnant l’autre aux dépens afférents à l’appel. En règle générale, la partie gagnante a droit aux dépens. Je condamnerais donc le syndicat au paiement des dépens en appel, que j’établirais à la somme relativement modeste de 2 000 $.

English version of the decision delivered by

DRAPEAU, J.A.

I. Introduction

[1] In New Brunswick, municipal firefighters do not have the right to strike. Where their union and their employer are unable to agree on all the terms of a collective agreement, an arbitration board may be appointed to settle the dispute and to prescribe appropriate terms. In the case at hand, the parties failed to reach an agreement on some terms despite negotiations conducted in good faith and the intervention of a conciliation officer. An arbitration board was appointed under s. 80 of the *Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, and it rendered, by a majority (2:1), an award that, according to the dissenting member and the respondent, City of Dieppe, was unjustifiably unfavourable to the City.

[2] Subsequently, a judge of the Court of Queen's Bench allowed the City's application for judicial review and set aside the award on the grounds it was the product of a process that contravened the *Act* and the City's right to procedural fairness. In the judge's view, this contravention arose from a meeting held *ex parte* and without the City's knowledge between, on the one hand, the chairperson of the arbitration board and the member appointed by the union, and, on the other hand, the union and its counsel. Significantly, at the time, the arbitration board had heard the evidence and the representations of the parties regarding their differences and the solutions each proposed within the framework of the replication principle, and it had reserved its decision on the merits.

[3] The union appeals the reviewing judge's decision on the grounds he erred in law in holding the process followed by the arbitration board was inconsistent with the *Act* and procedural fairness. According to the union, the above-mentioned *ex parte* meeting was procedurally unobjectionable because: (1) it was an integral part of the

mandate conferred on the arbitration board by s. 79(4) of the *Act* to "endeavour to bring about a settlement of the differences", and the participating board members were "mediators" upon which the law imposes no duty of fairness; and (2) the arbitration board, as master of its own procedure, could properly delegate the exercise of its mandate to two of its members. Correlatively, the union submits the judge's finding that this process was unauthorized under the *Act* is based on an incorrect interpretation of the relevant provisions, particularly ss. 79(4) and (5).

[4] The union also contends the judge erred in law: (1) by drawing inferences of fact bereft of support in the evidential record; and (2) by failing to rule on its motion to exclude paragraphs 9, 10 and 11 of the affidavit of Martine Savoie, Director of Human Resources for the City. These contentions, apart from the one pertaining to the admissibility of paragraph 11, are without merit. In my view, paragraphs 9 and 10 of Martine Savoie's affidavit are admissible because they shed light on the City's perception and understanding of the process followed by the arbitration board to fulfill its statutory mandate. Conversely, paragraph 11 is inadmissible because it merely purports to interpret the arbitral award, a task that falls within the exclusive jurisdiction of the reviewing judge.

[5] On an appeal like the present one, the Court must decide if the judge identified the appropriate standard of review and applied it correctly. To determine the latter question, we must step into the shoes of the judge and focus our analysis on the administrative decision. Of course, this approach does not exclude consideration of the representations, admissions and reasons for judgment provided in first instance (see the cases referenced in *Regional Health Authority A v. Dr. Khider*, 2019 NBCA 5, at para. 10).

[6] In my view, the reviewing judge identified the correct standard of review and applied it impeccably. Like him, I am of the view that the standard of correctness applies to the determination of the issues underlying the quashing of the arbitral award.

As he did, I find the process followed by the arbitration board contravenes the *Act* and fails to meet its procedural fairness obligations. I would, therefore, dismiss the appeal.

II. The background, including the relevant statutory provisions

[7] The union and the City entered into a collective agreement for the period of April 11, 2011 to April 10, 2014. The agreement provided it would be renewed unless notice was given to the contrary. The required notice was given, and collective bargaining began in February 2016.

[8] The negotiations were successful on several fronts, but some differences could not be resolved amicably, even with the assistance of a conciliation officer appointed under the *Act*.

[9] That being so, the Minister authorized the appointment of an arbitration board under s. 80(1) of the *Act*. The relevant parts of s. 80 read as follows:

Arbitration	**Arbitrage**
80(1) When persons are employed full time by a local government as members of a fire department and are represented for the purposes of collective bargaining by a trade union that has the exclusive authority to bargain collectively on their behalf only with the local government that is the employer of the fire fighters, and if	**80**(1) Lorsque des personnes sont employées à plein temps par un gouvernement local en qualité de membres d'un corps de pompiers et qu'elles sont représentées, à des fins de négociations collectives, par un syndicat qui a le pouvoir exclusif de négocier collectivement en leur nom seulement avec le gouvernement local qui est leur employeur, et lorsque
(a) collective bargaining has been carried on between the local government that is the employer of the fire fighters and the bargaining agent of the fire fighters,	a) des négociations collectives ont été poursuivies entre le gouvernement local qui est l'employeur de ces pompiers, et l'agent négociateur de ces derniers,
(b) a conciliation officer or a mediator appointed under section 70 has failed to bring about agreement between the parties, and	b) un conciliateur ou un médiateur, nommé en application de l'article 70, n'a pas réussi à concilier les parties, et

(c) the Minister is satisfied that the collective bargaining has been carried on in good faith but that it is unlikely that the parties will agree, within a reasonable time, to the making of a collective agreement or the renewal or revision of an existing agreement or the making of a new agreement,

c) le Ministre est convaincu que les négociations collectives ont été poursuivies de bonne foi, mais qu'il est peu probable que les parties en arrivent à une entente, dans un délai raisonnable, en vue de la conclusion d'une convention collective, de la reconduction ou la révision d'une convention existante ou de la conclusion d'une nouvelle convention,

the Minister shall, on the application of either party, authorize the constitution of an arbitration board, or the appointment of an arbitrator if the parties so request, to deal with the dispute and to formulate a collective agreement or the renewal or revision of an existing agreement or a new agreement between the parties.

sur la demande de l'une ou l'autre des parties, le Ministre autorise la constitution d'un conseil d'arbitrage ou la nomination d'un arbitre, si les parties le demandent, pour régler le différend et pour élaborer une convention collective ou faciliter la reconduction ou la révision d'une convention existante ou la conclusion d'une nouvelle convention entre les parties.

[…]

[…]

80(2) The Minister, when he has authorized the appointment of an arbitrator or the constitution of an arbitration board under subsection (1) or (1.1), shall forthwith notify the parties.

80(2) Quand le Ministre autorise la nomination d'un arbitre ou la constitution d'un conseil d'arbitrage en application du paragraphe (1) ou (1.1), il doit immédiatement en donner avis aux parties.

80(3) Upon a notification under subsection (2), subsections 79(3) to (10) apply *mutatis mutandis*.

80(3) Sur une notification faite en application du paragraphe (2), les paragraphes 79(3) à (10) s'appliquent *mutatis mutandis*.

[10] As can be seen, an arbitration board may be constituted under s. 80(1) on the application of either party where: (1) negotiations have not resulted in a satisfactory collective agreement; (2) a mediator or conciliation officer has failed to bring about an agreement between the parties; and (3) the Minister is satisfied it is unlikely the parties will reach an agreement within a reasonable time. The mandate of the arbitration board is to "deal with" the dispute and to finalize a collective agreement between the parties. In this regard, the wording of s. 80(1), which applies only to firefighters, can be contrasted with the wording of subsections (4) and (5) of s. 79, which is of general application:

Arbitration

79(1) Where an employer or employers' organization and a bargaining agent have bargained collectively with a view to the making of a collective agreement, or the renewal or revision of an agreement or the making of a new agreement, but have failed to reach agreement, the parties may, by agreement in writing to be bound by an award, submit their differences to arbitration before an arbitrator or arbitration board.

79(2) An agreement to be bound by an award made under subsection (1) is effective when filed with the Minister.

79(3) On the filing of an agreement to arbitrate under subsection (1) or on submitting the difference to an arbitrator or an arbitration board under subparagraph 36.1(5)(*b*)(ii), subsections 55(2) to (5), section 73 and 74, subsections 75(1) and (2), subsections 76(1) and (2) and subsections 77(1) and (2) shall apply with the necessary modifications and subsection 131(2) shall apply to the proceedings and award of the arbitrator or arbitration board as if the arbitrator or arbitration board were named therein.

79(4) The arbitrator or arbitration board appointed or constituted under this section shall endeavour to bring about a settlement of the differences between the bargaining agent and the employer and to formulate an agreement which, upon being entered into by the parties, shall be a collective agreement under this Act.

Arbitrage

79(1) Lorsqu'un employeur ou une organisation d'employeurs et un agent négociateur ont négocié collectivement en vue de conclure une convention collective, de reconduire ou de réviser une convention ou d'en conclure une nouvelle, mais n'ont pas pu s'entendre, les parties peuvent, en convenant par écrit d'être liées par une sentence, soumettre leurs conflits à l'arbitrage devant un arbitre ou un conseil d'arbitrage.

79(2) Une convention conclue entre les parties, visant à les lier par une sentence, en application du paragraphe (1), prend effet quand elle est déposée au bureau du Ministre.

79(3) Sur le dépôt d'une convention d'arbitrage conclue en application du paragraphe (1) ou sur la soumission d'une affaire à l'arbitrage mené par un arbitre ou un conseil d'arbitrage conformément au sous-alinéa 36.1(5)*b*)(ii), les paragraphes 55(2) à (5), les articles 73 et 74 et les paragraphes 75(1) et (2), 76(1) et (2) et 77(1) et (2) s'appliquent avec les adaptations nécessaires et le paragraphe 131(2) est applicable aux procédures et à la sentence de l'arbitre ou du conseil d'arbitrage, comme si l'arbitre ou le conseil y était mentionné.

79(4) L'arbitre ou le conseil d'arbitrage, nommé ou constitué en application du présent article, doit s'efforcer d'effectuer le règlement des conflits surgissant entre l'agent négociateur et l'employeur, et d'élaborer une convention qui, lorsqu'elle est conclue par les parties, devient une convention collective conclue en application de la présente loi.

79(5) Where the arbitrator or arbitration board is unsuccessful in formulating an agreement satisfactory to both parties, and after considering the matters of difference together with any other matter considered necessarily incidental to a resolution of the matters of difference, the arbitrator or arbitration board shall render an award in respect thereto.

[…]

79(10) An award under subsection (5), subject to subsection (9), shall forthwith be incorporated into a collective agreement and subsections 37(3), (5) and (6) apply *mutatis mutandis* and, until so incorporated, the award, subject to subsection 57(2), shall have the effect of a collective agreement for the purposes of this Act.

[Emphasis added.]

79(5) Lorsque l'arbitre ou le conseil d'arbitrage ne parvient pas à élaborer une convention satisfaisant les deux parties et après qu'il a examiné les points contestés, ainsi que toute autre chose jugée comme nécessairement accessoire à la solution du conflit, l'arbitre ou le conseil doit rendre une sentence y relative.

[…]

79(10) Sous réserve du paragraphe (9), une sentence rendue en application du paragraphe (5) doit être incorporée sans délai dans une convention collective et les paragraphes 37(3), (5) et (6) s'appliquent *mutatis mutandis*; sous réserve du paragraphe 57(2), une sentence, jusqu'à ce qu'elle soit ainsi incorporée, a le même effet qu'une convention collective aux fins d'application de la présente loi.

[Je souligne.]

[11] As underscored, s. 80(1)(c) specifies the board's mandate is to "deal with" the dispute and, ultimately, to finalize a collective agreement; it does not compel the board, at least in explicit terms, to endeavour to bring about a settlement of the differences between the employer and the bargaining agent, as is the case under s. 79(4). The wording of s. 80(1)(c), especially in light of the conditions precedent to the constitution of an arbitration board under s. 80, prompted us to raise the issue of whether its mandate included the duty to take measures to that end.

[12] However, the parties agree that, even though the mandate of the arbitration board under s. 80(1) is worded differently than the mandate set out in the provision of general application (s. 79), s. 80(3) has the effect of obligating the board to endeavour to bring about an amicable settlement of the outstanding differences between the parties. I endorse this definition of the mandate of an arbitration board constituted under s. 80 for the following reasons.

[13] While the French version of s. 80(1) confers on the arbitration board the mandate to [TRANSLATION] "settle" the dispute, the English version delineates the mandate in much broader terms. Indeed, it requires the board to "deal with" the dispute.

[14] Moreover, s. 80(3) states ss. 79(4) to (10) apply *mutatis mutandis* (a Latin expression meaning "changing what must be changed") when the Minister notifies the parties of the constitution of an arbitration board. The use of the expression *mutatis mutandis* compels us to determine whether it is necessary for the purposes of s. 80(1) to change s. 79(4) (by eliminating the obligation imposed on the board to "endeavour to bring about a settlement of the differences"). In my view, such a change is not necessary.

[15] It follows that the mandate of the arbitration board included the obligation to endeavour to bring about an amicable settlement of the differences between the parties.

[16] The parties had reached agreement on many issues before the constitution of the arbitration board. The unresolved issues were the following: (1) Article 13 (Call-outs); (2) Article 14 (Service pay); (3) Article 18 (Pay days); (4) Article 37.05(c) (Retirement allowance); (5) Article 39 (Pension plan); (6) Article 42 (Termination date); (7) Appendix "A" (Wages: catch-up increase and "economic" allowance); and (8) Letter of agreement on language issues.

[17] The parties stipulated the arbitration board should settle their differences by applying the replication principle ("*principe de la reproduction"*). This principle enjoined the board to identify and adopt the agreement the parties [TRANSLATION] "would have arrived at if they could have conducted free collective bargaining, with a possibility of resorting to work stoppage" (arbitral award, at para. 9).

[18] The arbitration board held hearings on the merits on June 6, 7, and 8, 2017. After hearing witnesses and the parties' representations, the board reserved its decision on the merits, namely the application of the replication principle and the formulation of the collective agreement provisions that would give effect to this principle. It then engaged in the process that led to the quashing of its award. According

to the theory advanced by the union on appeal, this process was designed to fulfill the arbitration board's mandate to endeavour to bring about an amicable settlement.

[19] Here is what appears to have happened. The board gave the City-appointed member the mandate to meet the City *ex parte*. According to the board, the objective was simply to [TRANSLATION] "determine if it was possible to reach a negotiated settlement of the differences, pursuant to s. 79(4) of the *Industrial Relations Act*" (arbitral award, at para. 2). However, nothing in the record suggests it was explained to the City that this meeting was part and parcel of the arbitration board's initiatives to bring about a settlement.

[20] While the aim of this meeting was to assess the chances of a settlement, the record is mute regarding the precise nature of the discussions that took place. That said, the evidence shows the City did not understand this meeting was an effort by the arbitration board to bring about an amicable settlement. Paragraphs 9 and 10 of Martine Savoie's affidavit in support of the application for review establish that, according to the City, the board did nothing to try to bring about a settlement:

> [TRANSLATION]
> At the beginning of the hearing, the applicant's counsel, G. Robert Basque, Q.C., asked the arbitration board, orally, if it intended to follow the procedure set out in s. 79(4) of the *Act*. The chairperson of the board answered that the board wanted to hear some evidence before doing so. After that, the board never endeavoured to bring about a settlement of the differences between the negotiating agent and the employer in order to prepare an agreement that would become a collective agreement under the *Act*. After that, the board never tried to work on formulating an agreement that would be satisfactory to both parties before rendering its award.
>
> <u>The only "meeting" with the board concerning a settlement was a "declaration" on behalf of the board that an agreement would not be possible</u>. The board did not invest any efforts to try for a settlement and did not undertake any form of negotiations or conciliation. [paras. 9-10]
>
> [Emphasis added.]

[21] In any event, and more importantly, the arbitration board delegated to its chairperson and to the member appointed by the union the mandate to meet *ex parte* the union and its counsel. According to the board, the purpose was to assess the chances of a negotiated agreement. In the affidavit she filed in opposition to the application for review, the union's counsel describes the interaction between the participants in the following terms:

> After the presentation of evidence and arguments on June 8, the members of the Arbitration Board established a process to see if an agreement on some issues could be reached. Other representatives of Local 3515 and I went to a meeting room where without prejudice discussions took place with the Chair and Union Nominee of the Arbitration Board. The discussions were focused on a potential compromise on the part of Local 3515 regarding the outstanding items. When we entered the room, there was a flip chart on which was already written a list of some of the outstanding articles. On behalf of Local 3515, I responded to the various inquiries of the Board and explained the Local's position and what it would take to reach a settlement regarding the outstanding issues. We were advised at that time by the Board, and I do verily believe, that the same sort of private meeting was occurring between the representatives of the City and the Employer Nominee of the Board. [para. 7]

As is readily apparent, the board members asked questions and the union's counsel answered them, and she also explained the union's "position" before specifying the concessions required of the City to achieve an amicable settlement.

[22] It bears underscoring, as well, that the union does not claim the parties agreed to the process under challenge; it was established by the board without consulting them. In fact, it was during the *ex parte* meeting with the chairperson and the member appointed by the union that the union's counsel learned a "session", equally "private", was in progress between the City and its appointee to the board. To be plain, there is nothing in the record to suggest either party waived its right to procedural fairness.

[23] The majority of the arbitration board confirms in the award it is following these "private sessions" that the board concluded an amicable settlement was unachievable and that, pursuant to s. 79(5) of the *Act*, it had to exercise its adjudicative jurisdiction by considering the merits of the parties' respective positions and settling the disputes.

[24] In its submission on appeal, the union summarizes, in a most helpful fashion, the dispositions found in the award rendered by the majority:

> [TRANSLATION]
> In its decision issued on July 17, 2017, the majority of the arbitration board ruled on the issues in dispute as follows:
>
> i. Article 13 – Call-outs
>
> The City wished to have greater latitude in assessing the requests for intervention and in deciding when the off-duty firefighters should be called out. The union opposed this request. Given that the existing clauses were relatively new and that the parties had, only 18 months or so before, moved to a mode of operation based on two fire stations, the majority of the arbitration board did not see any reason to amend the clauses collectively negotiated on the issue of call-outs.
>
> ii. Article 14 – Service pay
>
> The firefighters receive an annual bonus that depends on the length of their service for the City. The majority of the arbitration board accepted the union's arguments and granted the requested increase of $20.00 per year.
>
> iii. Article 18 – Pay days
>
> The City proposed that the firefighters be paid every two weeks instead of every week, since all the other City employees are paid every two weeks. The union proposed that the status quo be maintained. The majority of the arbitration board granted the City's request.

iv. Article 37.05(c) – Retirement allowance

The firefighters are authorized to transfer to a retirement account the sick days they did not ask to take, up to a maximum of 672 hours (i.e., 28 shifts of 24 hours). The union asked for the ceiling to be increased to 768 hours, the equivalent of 32 shifts of 24 hours.

The majority of the arbitration board allowed the union's request given that Moncton and Riverview firefighters receive a higher retirement allowance than the one offered by the City. However, since a retroactive application of the new provision would present difficulties, this amendment of the collective agreement only became effective on January 1, 2018.

v. Article 39 – Pension plan

The City offers all its employees (and not only firefighters) a defined contribution pension plan. The union requested that the City offer the firefighters a defined benefit pension plan, either as part of the New Brunswick Municipal Employees Pension Plan ("NBMEPP") or by creating another plan whose provisions would be similar to those of the NBMEPP. The majority of the arbitration board dismissed the union's request.

vi. Article 42 – Termination date

The union proposed that the duration of the collective agreement be reduced to three years. The City proposed five years. The majority of the arbitration board decided that the duration of the collective agreement would be four years.

vii. Appendix "A" – Wages

The union proposed an economic increase of 3.25% a year and an additional 12% increase in order to reduce the existing gap between the City's firefighters and those of two comparable municipalities.

The City proposed a budget increase of, at the most, 2.75% a year in order to take into account all financial elements. In acknowledgment of an existing salary gap that it agreed

> to reduce, the City also proposed an additional increase of 1% a year for five years.
>
> The majority of the arbitration board ordered a 2.97% economic increase on April 11 of each of the years 2016, 2017, 2018, and 2019, and an additional salary increase of 2.5% (August 1, 2017), 1.5% (August 1, 2018), and 1% (August 1, 2019).
>
> Until a relatively recent date, collective agreements were negotiated partly in English, partly in French, but essentially written in English. During the last round of negotiations (2011-2012), the parties had agreed to obtain complete English and French versions of the collective agreement. At that time, the parties had agreed that both versions would be equally authoritative and that subsequent amendments would be translated as they went along.
>
> The City requested that the French version of the agreement be recognized as taking precedence, the goal being to eventually write the agreement in French only. The union proposed that the status quo be maintained.
>
> The majority of the arbitration board was reluctant to declare the French version as taking precedence, at least as long as the parties had not taken the time to verify that all clauses expressed their intentions faithfully. The majority of the board dismissed the City's request and enjoined the parties to renew the letter of agreement on language issues. [paras. 10-23]

[25] The member appointed by the City chose to dissent. In his opinion, the majority members [TRANSLATION] "essentially accepted nothing from the requests" of the City and allowed [TRANSLATION] "salary increases and adjustments far exceeding the norm."

[26] The City applied to set aside the award, pursuant to Rule 69 of the *Rules of Court*. At that time, it was not aware of the *ex parte* meeting between, on the one hand, the chairperson of the arbitration board and the member appointed by the union, and, on the other, the union and its counsel. Nonetheless, the first ground enunciated in the Notice of Application to justify setting aside the arbitral award is formulated in broad

terms: the arbitration board failed to fulfill its obligations or misconducted the proceedings, and the award was improperly procured. The other grounds challenge the validity of the award on the merits.

[27] At the outset of the hearing, we heard the parties with respect to the appropriateness of amending the Notice of Application in order to explicitly raise, as a ground for judicial intervention, the alleged breach of the rules of procedural fairness. The issue is relevant in view of Rule 69.09, which reads as follows:

69.09 Amendment	**69.09 Modifications**
(1) The court hearing a proceeding under this rule may grant leave to amend the Notice of Application and allow further affidavits to be used, on such terms as may be just.	(1) La cour qui entend une instance aux termes de la présente règle peut, aux conditions qu'elle estime justes, accorder la permission de modifier l'avis de requête et autoriser l'utilisation d'affidavits additionnels.
(2) No ground shall be relied upon and no relief shall be granted except as set out or claimed in the original or amended Notice of Application.	(2) Aucun motif ne sera invoqué ni aucune mesure de redressement accordée qui n'a pas été exposée ou sollicitée, selon le cas, dans l'avis de requête original ou modifié.

[28] The City argued the breach of the rules of procedural fairness identified by the reviewing judge is covered by the allegations in its Notice of Application that the arbitration board failed to fulfill its obligations or misconducted the proceedings, and that the award was improperly procured. Evidently, the application judge shared this view, since he did not consider it necessary to amend the Notice of Application. Although we concur with this assessment of the grounds set out in the Notice of Application, we nevertheless amended it pursuant to Rule 62.21(4), some would say out of excessive concern for transparency, so that it would explicitly identify breach of the rules of procedural fairness as grounds for intervention.

[29] We then amended, at the union's request, its Notice of Appeal to raise the issue of the judge's jurisdiction to determine the application on a ground that had not

been raised at that time in the Notice of Application. In my view, given the wording of the grounds articulated in the Notice of Application as it read at the time of the hearing in the court below and the amendment we allowed, which applies retroactively, Rule 69.09(2) did not foreclose setting aside the arbitral award for breach of the rules of procedural fairness.

[30] The union opposed the application on the merits, relying, *inter alia*, on the aforementioned affidavit of its counsel before the arbitration board. As indicated, the City only became aware of the "private session" described in para. 7 of the affidavit following its service. In the aftermath, procedural fairness took center stage in the debates on judicial review.

III. Analysis and decision

[31] The Notice of Application as amended on appeal raises two issues: (1) Did the arbitration board exceed its jurisdiction when it delegated to the chairperson and to the member appointed by the union its statutory mandate to endeavour to bring about an amicable settlement on the disputed issues? (2) Did the *ex parte* meeting, held without the City's knowledge, breach of its right to procedural fairness? In my view, the answer must be yes to both questions.

A. *The board's jurisdiction under s. 79(4) of the Act*

[32] It is the arbitration board, and not one or more of its members, that s. 79(4) invests with the important mandate of endeavouring to bring about the settlement of disputes between the bargaining agent and the employer. The provision's wording leaves no room for doubt on the point. As well, the *Act* does not allow, at least explicitly, a delegation of this mandate. All things considered, I am of the view it is not allowed implicitly.

[33] Indeed, I find it inconceivable the Legislature intended to allow any such delegation. After all, there is no mention of it. This silence is significant because the Legislature authorized the arbitration board to delegate other statutory powers. Thus, s. 76(1)(d), which is made applicable by ss. 80(3) and 79(3), authorizes the arbitration board to delegate to "any person" the power to "do any things that the […] arbitration board may do under paragraph (c)" and report thereon. Paragraph 76(1)(c) attributes various powers to the arbitration board, including the power to enter premises where work is being done, to conduct inspections and viewings there, and to interrogate any person in the presence of the parties or their representatives.

[34] Where a mandate is delegated without statutory authority, as happened here, the principle *delegatus non potest delegare* comes into play. It is defined as follows by the majority in *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90, [1988] S.C.J. No. 68 (QL):

> The *delegatus non potest delegare* rule prevents the holder of a power which entails the exercise of a discretion from conferring the exercise of that power on some other person or agency. [para. 37]

See also *Therrien (Re)*, 2001 SCC 35, [2001] 2 S.C.R. 3, at para. 93, and *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, 2002 SCC 11, [2002] 1 S.C.R. 249, at para. 65.

[35] Complementarily, it bears emphasizing an arbitration board may make an award pursuant to s. 80(1) only if it is unable, after making the efforts required under s. 79(4), to formulate an agreement that is satisfactory to both parties (s. 79(5)). In other words, the arbitration board's adjudicative jurisdiction is engaged only once it has executed its mandate to endeavour to bring about an amicable settlement of the differences between the parties. This condition precedent has not been met here.

C. *The failure to respect the City's right to procedural fairness*

[36] The appearance of impartiality is, in itself, a component of procedural fairness. In this regard, I agree with the observations of Lorne Sossin and Emily Lawrence in *Administrative Law in Practice: Principles and Advocacy* (Toronto: Emond Montgomery Publications Limited, 2018):

> Although the duty of fairness applies to all administrative bodies, the extent of that duty will depend upon the nature and the function of the particular tribunal. The duty to act fairly includes the duty to provide procedural fairness to the parties. That simply cannot exist if an adjudicator is biased. It is, of course, impossible to determine the precise state of mind of an adjudicator who has made an administrative board decision. As a result, the courts have taken the position that an unbiased appearance is, in itself, an essential component of procedural fairness. To ensure fairness, the conduct of members of administrative tribunals has been measured against a standard of reasonable apprehension of bias. The test is whether a reasonably informed bystander could reasonably perceive bias on the part of an adjudicator.
>
> As discussed in Chapter 4, the first pillar of procedural fairness is the right to be heard. The second pillar of procedural fairness is impartiality. Parties have a right to have their case heard by an adjudicator who is impartial. An impartial decision-maker is one who is *not* biased for or against any of the parties and who would not be *perceived* as biased by a reasonable and well-informed observer. [p. 84]

[37] The union contends that, when they took part in the "private session", the chairperson and its nominee were "mediators" to which the rules of natural justice do not apply. It refers to *Borba v. ATU, Local 113*, 2016 CarswellOnt 19135, a decision of the Ontario Labour Relations Board, as authority for this proposition.

[38] With respect, an arbitration board's mandate cannot be equated to a mediator's mandate. The mediator does not exercise any adjudicative jurisdiction. He or she does not determine the rights and obligations of the parties.

[39] It is quite different in the case of an arbitration board such as the one here. Its mandate is twofold. Its first function is to endeavour to bring about an amicable settlement on the disputed issues. In my view, the board must exercise this function while keeping in mind that, if its efforts end in failure, it will have to exercise a second function, namely the settlement of the disputes and the finalization of the collective agreement in accordance with the solutions it imposes. This second function is carried out as part of an adjudicative jurisdiction that obligates the arbitration board to adopt settlement-related processes consonant with the rules of procedural fairness. Those rules are contravened where the processes followed give rise to a reasonable apprehension of bias in the mind of a reasonable and well-informed observer.

[40] In my view, the process imposed by the arbitration board in connection with its mandate of endeavouring to bring about a settlement of the disputed issues breached the City's right to procedural fairness and gives rise to a reasonable apprehension of bias. The following circumstances lead me to this conclusion: (1) the board did not give the City an opportunity to be heard before establishing this process; (2) the board did not provide the City with an explanation of the process it had decided to follow; (3) the board did not hear the City's point of view regarding the nature and adequacy of the efforts required to fulfill the board's first mandate under s. 79(4), namely endeavouring to bring about an amicable settlement; (4) the chairperson joined in the *ex parte* meeting with the union, but abstained from the meeting involving the City; (5) the *ex parte* meeting with the union took place without the knowledge of the City, which only became aware of it when it was served with the affidavit of the union's counsel in opposition to its application for judicial review; (6) the board did not provide the City with an account of the exchanges that took place during the *ex parte* meeting, thereby depriving it of the opportunity to make representations with respect to same. In this regard, it is important to remember: (a) the board members asked questions during this

meeting and counsel for the union provided answers, and explained the union's "position" before specifying the concessions the City had to make to bring about an amicable settlement; and (b) the record does not shed light on the nature of the questions asked, the answers given and the union's "position"; and (7) the two board members who met the union *ex parte* later rendered an award which, according to the dissenting member and the City, is unreasonably favourable to the union.

IV. Conclusion and disposition

[41] In my view, the application judge identified the standard of review applicable to the determinations underlying his decision to quash the arbitral award, and he applied this standard flawlessly. Accordingly, I would dismiss the appeal.

[42] The application judge did not award costs, and his decision on point is not under appeal. However, in their respective written submissions, both the union and the City sought an order directing the other to pay costs on appeal. The general rule is that the successful party is entitled to costs. I would, therefore, order the appellant union to pay costs on appeal, which I would set at the relatively modest sum of $2,000.