

Parry Sound, the Sequel:

No hobgoblins in the Supreme Court of Canada this year

A Case Comment: *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Québec (Attorney General)*, (“*Morin*”)



What forum do you go to when your bargaining unit member has a human rights dispute with the employer? The Supreme Court of Canada (“S.C.C.”) stated in *Weber v. Ontario Hydro*¹ that if the dispute arose from the collective agreement, then you go to an arbitrator. But *Weber* wasn’t a human rights dispute. It was a *Charter of Rights and Freedoms* claim and a civil claim for damages for trespass and breach of Mr. Weber’s common law right to privacy. If Mr. Weber had been in a non-unionized workplace (with no alternative internal grievance process), the dispute would have been the domain of the common law courts. But he was in a unionized workplace so the courts said, “go to an arbitrator”. But what if the *dispute* was a human rights matter governed by human rights legislation and labour legislation?

In September 2003 the S.C.C. ruled on this question, in part, in the case of *Parry Sound*.² The conclusion: arbitrators have jurisdiction over human rights disputes in the workplace if the factual dispute arises out of the collective agreement. What the court did not resolve at that time (because it didn’t “have to”) was whether in the context of a unionized workplace the human rights

statutory bodies have concurrent jurisdiction with a labour arbitrator. Still, it seemed fairly clear from this decision that arbitrators would have the jurisdiction, indeed the duty, to resolve grievances alleging discrimination in the unionized workplace. The court did clarify in *Parry Sound* that every collective agreement, indeed every contract of employment, included the statutory human rights and employment standards obligations, whether the contract stated this explicitly or not.³

But now the question of jurisdiction is an open wound, festering once again. In June of this year, in the *Morin* decision,⁴ the S.C.C. ruled on the arbitral jurisdiction over a workplace dispute in which a group of teachers in Québec alleged that the collective agreement contained a discriminatory article. The court ruled that it was the human rights tribunal, *not the arbitrator*, that had jurisdiction when determining questions of *validity* of the collective agreement in light of the requirements of the Québec *Charter of Human Rights and Freedoms*, (the “*Québec Charter*”) and the wording of the Québec *Labour Code*.

Is there a reason that in this Québec case the

Supreme Court held that it was the human rights board that had exclusive jurisdiction, but in *Parry Sound, Weber, and St. Anne Nackawic*⁵ the same court held that arbitrators generally have exclusive jurisdiction over workplace disputes that arise out of the collective agreement? That question is not easily answered without briefly examining the development of jurisprudence on the jurisdiction of labour arbitrators.

Prior to World War II, the courts had inherent jurisdiction over master-servant relationships. But along came labour and workers compensation legislation, and the relationship with the courts changed. The case of *St. Anne Nackawic* clarified the relationship. In it, the S.C.C concluded that an arbitrator has exclusive jurisdiction over parties to a collective agreement where the dispute involves the interpretation or application of the collective agreement (the very wording of most labour legislation). In the *St. Anne Nackawic* case, the employer sought to obtain damages from the union arising out of illegal strike activity. The court stated that, while the ordinary courts had inherent jurisdiction to issue an injunction or fines to stop or punish the union for an illegal strike, the labour arbitrator had exclusive jurisdiction over the parties and the collective agreement (including the award of damages for the illegal strike):

The collective agreement establishes the broad parameters of the

relationship between the employer and his employees. This relationship is properly regulated through arbitration and it would, in general, subvert both the relationship and the statutory scheme under which it arises to hold that matters addressed and governed by the collective agreement may nevertheless be the subject of actions in the courts at common law.⁶

The court was called upon again, ten years after *St. Anne Nackawic*, to examine the issue in a slightly different context under different legislation and this time, in Québec (*St. Anne Nackawic* having arisen in New Brunswick). In *Beliveau St-Jacques*,⁷ the appellant was an employee of two unions. She filed a workers' compensation-type claim with a Québec statutory board pursuant to the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases* ("AIAOD") against both her employers for damages for harassment (workplace injury). She also filed a civil claim in the regular courts for exemplary damages caused by the harassment, relying in that claim upon s. 49 of the Québec *Charter*.⁸

In respect of the AIAOD claim, the employers argued that because the appellant had obtained compensation for her injuries under the AIAOD, she was barred by that statute and the *Code Civil* from making any further claim in the courts or arbitration. In the alternative, the employer argued that the court was barred from hearing her claim for

damages because the dispute was within the exclusive jurisdiction of the arbitrator under the collective agreement.

The S.C.C. agreed with the employers that any civil action, even one based upon s. 49 of the Québec *Charter*, was barred because of the operation of the *AIAOD* and the *Code Civil*. While the court acknowledged that the *Charter* was quasi-constitutional, giving it otherwise special status, it held that actions for exemplary damages under s. 49 of the *Charter* were not exempted from the bar on claims for damages already claimed pursuant to the *AIAOD*. The purpose of the *AIAOD*, like other workers' compensation legislation, was to provide a speedy remedy and exclusive regime for financial compensation for workplace injuries. While non-financial remedies might be available through a complaint to the human rights commission, the court found that the legislature in Québec had barred multiple proceedings for financial damage claims against the employer and their agents. The employee benefited from the speed, certainty, and low cost of the *AIAOD* regime and the employer benefited as well from the limits on their liability. As a result, the court concluded, the appellant was barred completely from proceeding in the civil courts.

In respect of the arbitrator's jurisdiction, the court majority found that it did not have to decide the question of whether the arbitrator had concurrent jurisdiction with the *AIAOD* board. The court did say, however, that

even if the arbitrator had jurisdiction, he or she would be barred by the *Code Civil* and the *AIAOD* from determining civil liability claims, including exemplary damages. He or she could, perhaps, fashion other remedies, such as reinstatement and accommodation, but not those covered by the *AIAOD*.

While the applicability of *Beliveau St-Jacques* is arguably limited to the province of Québec, as it considered only the relation between workers' compensation claims under the *AIAOD* and the Québec human rights legislation, it did provide a general framework for determining the scope of an arbitrator's jurisdiction. With *Beliveau St-Jacques*, it became clear that in determining the scope of an arbitrator's jurisdiction in a particular case, the court would have to decide first whether the facts of the dispute arose out of the collective agreement and whether relevant governing legislation provided for exclusive, overlapping, or concurrent jurisdiction between the arbitrator and another body.

But, what the exact boundaries in this new framework were, were left unclear. Then along came OPSEU and a dispute with the District of Parry Sound. In *Parry Sound*, a female probationary employee was dismissed without notice prior to the conclusion of her probationary period upon return to work following her maternity leave. The union grieved that she was discriminated against on the basis of sex (pregnancy), and that this was contrary to

the Ontario *Human Rights Code* (the “code”) as well as the *Employment Standards Act*. The employer argued that probationary employees could be dismissed for any reason at any time prior to the end of their probationary period pursuant to a broad management rights clause. The court agreed with the union and found that while the management rights clause on its face granted broad discretion to the employer over probationary employees, that discretion was fettered by the statutory prohibitions in the *Code* and the *Employment Standards Act*, which protected employees’ equality of treatment. Moreover, the arbitrator had jurisdiction to determine this issue as the *Code* and the *Employment Standards Act* were incorporated by the effect of law into every collective agreement regardless of the wording of the collective agreement. The arbitrator was bound by the *Labour Relations Act* to apply and interpret the collective agreement in a manner consistent with these statutes, including, determining whether the collective agreement was in conflict with the legislation.

“...section 48 (12) (j) [of the *Ontario Labour Relations Act*] provides that an arbitrator has the power to interpret and apply human rights and other employment-related statutes, *despite any conflict between those statutes and the terms of the collective agreement.*⁹ [emphasis added]

This statement *appeared* unambiguous. It seemed to say, “the resolution of any

conflict between those statutes and the terms of the collective agreement is a job for the arbitrator.” Implicit in this message is the idea that arbitrators must also be able to declare invalid any article in a collective agreement that is found to be in conflict with employment standards and human rights legislation. At least, it seemed reasonably safe to advise union clients that this was what an arbitrator could and should do after *Parry Sound*.

So far so good, except *Parry Sound* did not decide whether a *human rights board* retained *concurrent* jurisdiction with labour arbitrators.

Then along came Mr. Morin and his colleagues in Québec and the court was provided with an opportunity to clarify the matter. But the result of the decision in *Morin* is more like a head-on collision with *Parry Sound* than a clarification of it.

The facts in *Morin* are neatly summarized in paragraph 2 of the reasons:

In 1997 the teachers’ unions entered into a modification of a collective agreement with the province of Québec, which provided that experience acquired by teachers during the 1996-1997 school year would not be recognized or credited toward their salary increments or seniority. This term only affected teachers who had not yet obtained the highest level of the pay scale - a

minority group composed primarily of *younger* and less experienced teachers. The younger teachers complained that this term discriminated against them by treating them less favourably than older teachers and violating the equality guarantee of the [Québec] *Charter*.

The case was brought to the court on judicial review. The complainants (Mr. Morin et al.) had filed a human rights complaint against their employers alleging, as stated in the paragraph above, that a term of the province-wide collective agreement discriminated against them. The employer attempted to stop their complaint from proceeding before the human rights tribunal, but the Tribunal rejected this effort. The employer then went to court to challenge the jurisdiction of the Tribunal to adjudicate the complaint. The employer argued that the Tribunal did not have jurisdiction, and that if any body had jurisdiction it was the arbitrator pursuant to the collective agreement and the reasoning of *Parry Sound*. The majority of the Supreme Court, *per* McLachlin, C.J., found that the human rights tribunal was the proper forum for resolution of the complaint of discriminatory effect of the collective agreement. The court went further, however, and decided that the arbitrator did *not* have jurisdiction to hear the dispute. McLachlin opined that the arbitrator under the collective agreement was without jurisdiction because the

question of the validity of the contract was not something which arose *under* the collective agreement.

In her view, the issue between the parties in this case was not simply whether the employer had discriminated against the employees (a matter for an arbitrator), but rather, whether there was a discriminatory effect arising from the negotiations that led to the article in the collective agreement.¹⁰ A resounding “huh?” echoed loudly in the halls of academe and legal chambers around the country when the decision was read.

McLachlin’s reasoning is the object of valid concerns and questions. The dissent by Bastarache, J. challenges her conclusions and analysis. Doesn’t every term of the collective agreement arise out of the collective bargaining process? Defining the factual context in this manner would arguably take many questions of interpretation of the collective agreement in relation to human rights legislation out of the hands of the arbitrator! But *Parry Sound* and *Weber* clearly gave this jurisdiction to the arbitrator, didn’t they? And isn’t determining the validity of a collective agreement in light of the human rights or employment legislation exactly what *Parry Sound* said was in the domain of the arbitrator?

McLachlin supports her analysis in para. 24 of *Morin* by reference to *Goudie v. Ottawa (City)*.¹¹ In that case, the court ruled that the arbitrator lacked jurisdiction because the dispute did not arise out of the collective

agreement. But *Goudie* was not about a *term* of the collective agreement. It was about an independent contract made between the parties prior to the commencement of the collective agreement, that was never formalized into a collective agreement article (unlike in *Morin*). The parties agreed, prior to the transfer of the group of employees from one employer to another, that the employees would be entitled to better wages than those under the collective agreement to which they would soon be subject. The question for the court was whether this pre-employment contract existed, and if it did, what rights thereunder could be claimed by the employees. The collective agreement was not in issue.

Paragraph 21 of McLachlin’s reasons may lead some readers to conclude that she was justifying excluding the arbitrator in this case because of the difference in the wording between s. 100 of the Québec *Labour Code* and s. 45(1) of the Ontario *Labour Relations Act*, (as it existed at the time of *Weber*).

Section 100 of the Québec legislation provides:

“Every grievance shall be submitted to arbitration in the manner provided in the collective agreement if it so provides and the certified association and the employer abide by it”.

Section 45 (1) of the Ontario legislation provided:

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

McLachlin suggests that the latter provision is “arguably stronger” than the former. This might mean that unlike arbitrators in Ontario, arbitrators in Québec have less expansive interpretation powers. But McLachlin raises the possibility and then quickly dismisses it as any justification for her decision in this case:

...the critical difference between *Weber* and this case lies in the factual context that gave rise to the dispute (para. 21)

...Viewed in its factual matrix, this is not a dispute over which the arbitrator has exclusive jurisdiction. It does not arise out of the operation of the collective agreement, so much as out of the pre-contractual negotiation of that agreement. (para. 24)

...The nature of the question (in this case) does not lend itself to characterization as a grievance under the collective agreement, since the

claim is not that the agreement has been violated, but that it is itself discriminatory. (para. 27)

...even if the unions had filed a grievance on behalf of the complainants, the arbitrator would not have jurisdiction over all the parties. (para 29)

Paragraph 29, therefore, may be the real crux of McLachlin's reasoning. If there is no way to bring all the parties that negotiated a collective agreement before the arbitrator (as in *Morin* where all the teachers' unions that negotiated the provincial contract could not be brought before the arbitrator) then the arbitrator is without power and the only recourse is to the human rights forum. But the wording of para. 29 leaves one in doubt as to whether she would still have concluded that the arbitrator was without jurisdiction because the matter "did not lend itself to characterization as a grievance under the collective agreement".

Moreover, the conclusion that the arbitrator could not bring the *real parties* to the plate is suspect, as Bastarache J. points out in his dissent. As he reasons, it is not the parties that bargained for the agreement that need to be before the arbitrator, it is the parties subject to the collective agreement and its allegedly discriminatory effect.¹²

The court could have taken the *Parry Sound* route in this case and simply refused to

determine whether an arbitrator also had jurisdiction since the case was about whether the complaints referred to the Human Rights Tribunal could proceed. They might simply have concluded that the human rights tribunal did have jurisdiction, and left the rest alone. Of course the legal world was aching to learn whether the tribunal's jurisdiction was *concurrent* with the labour arbitrator. *Parry Sound* already said an arbitrator had jurisdiction, but did not say the arbitrator had exclusive jurisdiction.

The majority in *Morin* goes to great lengths to demonstrate that the human rights tribunal has been granted jurisdiction over this type of dispute by the Québec *Charter*. But, in light of that, and in light of the analysis set out in *Weber*, *St. Anne Nackawic*, *Goudie*, and finally in *Parry Sound*, isn't it reasonable to conclude that the human rights tribunal has concurrent jurisdiction with labour arbitrators over the resolution of conflicts between a collective agreement and human rights legislation? The legislation supports this conclusion. Human rights tribunals were specifically created to resolve such disputes - they were intended to have specialized knowledge, skills and powers - but they were also given the discretion to defer to arbitrators in individual cases.¹³ In Québec, as in many jurisdictions, the Commission and the Tribunal can refuse to hear a complaint if there is another reasonably available process.

In *Morin* the grievance process and arbitration was not reasonably available to the complainants¹⁴ and given the Tribunal's jurisdiction over human rights disputes in the workplace, the Tribunal could and did accept jurisdiction appropriately. The concurrency model would not undermine the role of the arbitrator, and would be more consistent with McLachlin's closing statement that the Human Rights Tribunal in this case (where there were multiple complainants and a potential dispute over the appropriateness of parties) was a "better fit" than a single arbitrator.

Where does the S.C.C. leave us after *Morin*? Does it leave one answer for Québec and another for the other provinces? Arguably, the door is still left open for the concurrency model, even in Québec, should the arbitrator have the capacity to bring the essential parties to the table, and should the matter concern something other than the *negotiation of the contract*. But for now, inside Québec it seems probable that lower court cases following *Morin* will require employees to go to the human rights forum, not the arbitrator.

A series of conditional conclusions can be drawn from *Morin*. The following are but a few.

Inside Québec:

The Human Rights Commission and Tribunal have jurisdiction (the word *exclusive* is not used) –

1. *If the arbitrator is unable to bring the relevant parties to the table (because the union won't grieve or because the necessary remedy might involve parties other than the employer and the employees);*
2. *If a case involves a term of the collective agreement that might be invalid from the outset in light of the Québec Charter.*

In all provinces including Québec:

The arbitrator probably has jurisdiction (though probably not *exclusive* in light of the discretion of the human rights boards to decline or proceed) –

1. *If the dispute is clearly about the interpretation or application of the collective agreement (for example, the refusal to grant special leave to a black employee, when in like circumstances allowing special leave to a white employee);*
2. *If the employee has carriage rights or the union agrees to proceed.*

These guidelines notwithstanding, it still seems reasonable in all instances to approach the appropriate human rights board within the statutory time-limit and obtain a record of that approach.

Provinces other than Québec:

The door remains open to consider a

concurrency model in all cases involving interpretation, application, administration or alleged violation of the collective agreement where human rights are in issue, but may be restricted to human rights forums if it can be reasonably argued that the matter is not about the collective agreement, but about the collective bargaining that led to the agreement (a distinction that many would argue is a distinction without a difference).

Again, unions and members wishing to be prudent should file both a grievance and a human rights complaint in every case that involves a human rights issue, at least until we receive further clarification from the courts.

And one day:

Perhaps the wording of the different labour codes in the different provinces will provide (as McLachlin hinted at, but arguably left unclear) some difference worthy of distinction and thereby clarify the role and power of labour arbitrators to interpret and apply human rights legislation to the collective agreement. But, that determination is for another day, and a different panel.

Emerson once said, “*a foolish consistency is the hobgoblin of little minds.*” Hobgoblins may be preferable to the confusion left by the court in the wake of the *Morin* decision.

Rosemary Morgan, Legal Counsel, CAUT

¹ [1995] 2 S.C.R. 929.

² *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 S.C.C. 42 at ¶ 42 [*Parry Sound*].

³ *Ibid.* at ¶ 42.

⁴ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Québec*, 2044 S.C.C. 39 [*Morin*].

⁵ *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. Ltd. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704.

⁶ *Ibid.* at ¶ 16.

⁷ *Beliveau St-Jacques v. Federation des employés et employés de service publics Inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345.

⁸ Unlike in the common law provinces, damage claims under the human rights code in Québec may proceed in the civil courts.

⁹ *Parry Sound*, *supra* note 2 at ¶ 42.

¹⁰ *Morin*, *supra* note 4 at ¶ 23 and 24.

¹¹ [2003] 1 S.C.R. 141.

¹² *Morin*, *supra* note 4 at ¶ 46-59.

¹³ See for example: British Columbia *Human Rights Code* s. 25(1); New Brunswick *Human Rights Act*, s. 20 (1) (b); Ontario *Human Rights Code*, s. 34 (1) (a); Prince Edward Island, *Human Rights Act*, s. 22 (4); and Québec *Charter of Human Rights and Freedoms*, s. 77 (2) and 77 (4).

¹⁴ It seems that in this case the bargaining agent for the teachers did not (or would not) file a grievance on their behalf. The union had carriage rights. There may be an issue therefore, of duty of fair representation in light of another recent case out of Québec: *Roy et Syndicat de la fonction publique due Québec Inc.*, C.R.T. AQ-1005-0647 et CQ-2000-9881, 2004-06-21.

Parry Sound, la suite :

Pas de spectre à la Cour suprême du Canada cette année

Commentaire d'arrêt : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, (« *Morin* »)

Où aller quand un membre de votre unité de négociation a un différend en matière de droits de la personne avec l'employeur? Dans l'arrêt *Weber c. Ontario Hydro*,¹ la Cour suprême du Canada (CSC) a déclaré que, si le litige découle de l'application de la convention collective, il faut en saisir un arbitre. Cependant, *Weber* n'était pas un différend en matière de droits de la personne. Il s'agissait d'une demande fondée sur la *Charte des droits et libertés* et d'une poursuite civile en dommages-intérêts pour intrusion et violation du droit à la vie privée de M. Weber en common law. Si M. Weber avait travaillé dans un lieu non syndiqué (sans procédure interne de règlement des griefs), le litige aurait relevé des tribunaux en common law. Mais, comme son lieu de travail était syndiqué, les tribunaux ont dit : « Adressez-vous à un arbitre. » Cependant, qu'arrive-t-il si le litige est une question relative aux droits de la personne qui est régie par la législation à cet effet et par la législation du travail ou de l'emploi?

En septembre 2003, la CSC a statué en partie sur cette question dans l'arrêt *Parry Sound*.² La conclusion : les arbitres ont

compétence sur les différends en matière de droits de la personne au travail si le conflit factuel découle de l'application de la convention collective. À ce moment-là (parce qu'elle « n'avait pas à le faire »), la Cour n'a pas résolu la question suivante : dans le contexte d'un lieu de travail syndiqué, les organismes créés par une loi sur les droits de la personne ont-ils une compétence concurrente avec un arbitre en droit du travail? Tout de même, il semblait assez évident, à la lecture de l'arrêt, que les arbitres auraient la compétence, voire l'obligation, de résoudre les griefs alléguant une discrimination dans un lieu de travail syndiqué. La Cour précise bien dans *Parry Sound* que chaque convention collective, en fait chaque contrat de travail, comporte les obligations statutaires en matière de droits de la personne et de normes d'emploi, que le document l'indique explicitement ou non.³

Toutefois, la question de la compétence constitue aujourd'hui une plaie ouverte qui suppure de nouveau. En juin de cette année, dans l'arrêt *Morin*,⁴ la CSC a statué au sujet de la compétence arbitrale relativement à un différend en milieu de travail dans lequel un groupe d'enseignants québécois alléguait que la convention collective renfermait une clause discriminatoire. La Cour a décidé que

c'était le tribunal des droits de la personne, *et non l'arbitre*, qui avait compétence pour se prononcer sur les questions de *validité* de la convention collective à la lumière des exigences de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec (la *Charte*) et du libellé du *Code du travail* de la province.

Existe-t-il une raison pour laquelle, dans cet arrêt concernant le Québec, la Cour suprême a statué que le Tribunal des droits de la personne bénéficiait de la compétence exclusive, alors que, dans *Parry Sound, Weber et St. Anne Nackawic*,⁵ elle a conclu que les arbitres avaient, en général, une telle compétence sur les différends en milieu de travail qui découlent de l'application de la convention collective? Il est difficile de répondre à cette question sans examiner brièvement l'évolution de la jurisprudence sur la compétence des arbitres en droit du travail.

Avant la Seconde Guerre mondiale, les tribunaux possédaient une compétence inhérente sur les relations entre le maître et ses domestiques. Mais la législation du travail et de l'indemnisation des accidents du travail a ensuite été adoptée, ce qui a changé le rapport avec les tribunaux. L'arrêt *St. Anne Nackawic* a précisé celui-ci. Dans cette décision, la CSC a conclu qu'un arbitre possède la compétence exclusive sur les parties à une convention collective quand le différend porte sur l'interprétation ou l'application du document (le libellé même de la plupart des lois du travail). Dans l'affaire *St. Anne Nackawic*, l'employeur

avait réclamé des dommages-intérêts du syndicat à la suite d'une grève illégale. La Cour a conclu que, bien que les tribunaux ordinaires possèdent la compétence inhérente de prononcer une injonction ou d'imposer des amendes pour arrêter une grève illégale ou punir le syndicat visé, l'arbitre en droit du travail a la compétence exclusive sur les parties et la convention collective (y compris l'attribution de dommages-intérêts pour le débrayage illégal) :

La convention collective établit les grands paramètres du rapport qui existe entre l'employeur et ses employés. Ce rapport est ajusté d'une manière appropriée par l'arbitrage et, en général, ce serait bouleverser et le rapport et le régime législatif dont il découle que de conclure que les questions visées et régies par la convention collective peuvent néanmoins faire l'objet d'actions devant les tribunaux en common law.⁶

Dix ans après *St. Anne Nackawic*, on a demandé à la Cour d'examiner la question dans un contexte légèrement différent et, cette fois-ci, au Québec (l'affaire *St. Anne Nackawic* s'étant produite au Nouveau-Brunswick). Dans *Béliveau St-Jacques*,⁷ l'appelante était employée de deux syndicats. Aux termes de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles (LATMP)*, elle a déposé, contre ses deux employeurs, une demande

de dommages-intérêts pour harcèlement (maladie professionnelle). Cette demande d'indemnisation d'accident du travail a été présentée à la commission québécoise créée par la loi. Elle a aussi intenté, auprès des tribunaux ordinaires, une poursuite civile pour dommages exemplaires causés par le harcèlement en se fondant sur l'art. 49 de la Charte québécoise.⁸

Relativement à la demande aux termes de la *LATMP*, les employeurs ont soutenu que, parce que l'appelante avait obtenu une indemnisation pour ses lésions en vertu de cette loi, celle-ci et le *Code Civil* l'empêchaient d'intenter un autre recours devant les tribunaux ou ailleurs. L'employeur a aussi soutenu que le tribunal ne pouvait instruire son recours pour dommages-intérêts parce le litige relevait de la compétence exclusive de l'arbitre de griefs.

La CSC a convenu avec les employeurs que toute action au civil, même si elle se fonde sur l'art. 49 de la *Charte* québécoise, est interdite en raison du fonctionnement de la *LATMP* et du *Code Civil*. Tout en reconnaissant que la *Charte* était quasi constitutionnelle, bénéficiant à part cela d'un statut spécial, la Cour a statué que les recours en dommages exemplaires aux termes de l'art. 49 de la *Charte* n'étaient pas exemptés de l'obstacle imposé aux demandes au civil pour des dommages qui ont déjà fait l'objet d'un recours en vertu de la *LATMP*. À l'instar des autres lois sur les accidents du travail, la *LATMP* visait à

fournir une réparation rapide et un régime exclusif de compensation financière des lésions professionnelles. Bien que des réparations non financières puissent être disponibles par le truchement d'une plainte auprès de la commission des droits de la personne, la Cour a conclu qu'au Québec, le législateur avait empêché les recours multiples contre l'employeur et ses agents pour l'obtention de dommages-intérêts financiers. L'employée a bénéficié de la rapidité, de la certitude et de la faiblesse de coûts du régime de la *LATMP*, tandis que l'employeur a tiré profit des limites imposées à sa responsabilité. Par conséquent, la Cour a conclu que l'appelante se voyait complètement interdire le recours aux tribunaux civils.

La majorité de la Cour a conclu qu'elle n'avait pas vraiment à décider s'il y avait conflit de compétences entre l'arbitre et la commission créée aux termes de la *LATMP*. La Cour a toutefois déclaré que, même si l'arbitre était compétent, le *Code Civil* et la *LATMP* l'empêcheraient de rendre une décision sur des réclamations en responsabilité civile, y compris celles pour dommages exemplaires. L'arbitre pourrait peut-être concevoir d'autres redressements, comme la réintégration ou des mesures d'adaptation, mais non ceux qui sont prévus par la *LATMP*.

Bien qu'on puisse soutenir que l'applicabilité de *Béliveau St-Jacques* est limitée au Québec, étant donné que l'arrêt n'a examiné que les rapports entre les

demandes d'indemnisation des accidents du travail aux termes de la *LATMP* et de la législation québécoise en matière de droits de la personne, la décision donne quand même un cadre général pour la détermination de l'étendue de la compétence d'un arbitre. Avec *Béliveau St-Jacques*, il était devenu évident que, pour établir la portée de la compétence d'un arbitre dans un cas donné, la Cour devrait d'abord décider si les faits en litige découlent de l'application de la convention collective et si la loi pertinente accorde une compétence exclusive ou prévoit un chevauchement ou un conflit de compétences entre l'arbitre et un autre organisme.

Cependant, les limites exactes de ce nouveau cadre ont été laissées floues. Puis éclata un différend entre le SEEFPO et le district de Parry Sound. Dans l'affaire *Parry Sound*, une employée à l'essai a été congédiée sans préavis avant la fin de sa période d'essai après son retour au travail à la suite de son congé de maternité. Le syndicat a déposé un grief selon lequel l'employée a subi une discrimination fondée sur le sexe (grossesse), ce qui allait à l'encontre du *Code des droits de la personne* (le *Code*) et de la *Loi sur les normes d'emploi* de l'Ontario. L'employeur a soutenu que les employés à l'essai pouvaient, à son entière discrétion, être congédiés avant la fin de leur période d'essai, et ce en vertu d'un article de nature générale relatif aux droits de la direction. La Cour s'est dite d'accord avec le syndicat et a conclu que, bien qu'à première vue, l'article

sur les droits de la direction donne une large discrétion à l'employeur relativement aux employés à l'essai, cette dernière est restreinte par les interdictions prévues dans le *Code* et la *Loi sur les normes d'emploi*, qui protègent l'égalité de traitement des employés. De surcroît, l'arbitre est compétent pour trancher la question, étant donné que les droits et obligations prévus par le *Code* et la *Loi sur les normes d'emploi* sont incorporés dans chaque convention collective, peu importe son libellé. La *Loi sur les relations de travail* obligeait l'arbitre à appliquer et à interpréter la convention collective d'une manière conforme à ces lois et, notamment, déterminer si la convention collective entraînait en conflit avec celles-ci.

l'alinéa 48(12)j) [de la *Loi sur les relations de travail de l'Ontario*] prévoit que l'arbitre a le pouvoir « d'interpréter et d'appliquer les lois ayant trait aux droits de la personne ainsi que les autres lois ayant trait à l'emploi, *malgré toute incompatibilité entre ces lois et les conditions de la convention collective* ». ⁹

Cette formulation *paraissait* ambiguë. Elle semblait dire : « Il revient à l'arbitre de résoudre tout conflit entre ces lois et le libellé de la convention collective. » Ce qui est implicite dans ce message, c'est l'idée que l'arbitre doit aussi pouvoir invalider n'importe quel article d'une convention collective qui est jugée incompatible avec

les normes d'emploi et la législation sur les droits de la personne. Au moins, il semblait raisonnablement prudent d'informer les syndicats clients que c'est ce qu'un arbitre pourrait et devrait faire.

Jusqu'ici tout va bien, sauf que l'arrêt *Parry Sound* n'indique pas si une *commission des droits de la personne* conserve une compétence *concurrente* avec les arbitres de griefs.

Puis vinrent M. Morin et ses collègues au Québec, et la Cour eut l'occasion d'éclaircir la question. Cependant, la décision *Morin* ressemble davantage à une collision frontale avec *Parry Sound* qu'à un éclaircissement de cet arrêt.

Les faits de l'affaire *Morin* sont habilement résumés au paragraphe 2 des motifs :

En 1997, les syndicats des enseignants et le gouvernement du Québec ont apporté à une convention collective une modification prévoyant que l'expérience acquise par des enseignants au cours de l'année scolaire 1996-1997 ne serait ni reconnue ni comptabilisée au titre de l'augmentation de traitement ou de l'ancienneté. Cette clause ne visait que les enseignants n'ayant pas encore atteint le sommet de l'échelle salariale, soit une minorité composée principalement de jeunes enseignants ayant peu d'expérience. Ces derniers se sont plaints du caractère

discriminatoire de la clause, faisant valoir qu'elle leur accordait un traitement moins favorable qu'aux enseignants plus âgés et violait le droit à l'égalité garanti par la *Charte* [québécoise].

La cause a été portée à l'attention de la Cour pour un contrôle judiciaire. Les plaignants (M. Morin et autres) ont déposé une plainte relative aux droits de la personne contre leurs employeurs, alléguant, comme l'indique le paragraphe ci-dessus, qu'une clause de la convention collective était discriminatoire à leur égard. L'employeur a essayé d'empêcher l'audition de la plainte par le Tribunal des droits de la personne, mais celui-ci a rejeté cette initiative. L'employeur s'est ensuite pourvu en justice pour contester la compétence du Tribunal de se prononcer sur la plainte. Il a soutenu que le Tribunal n'était pas compétent et que, si une entité l'était, c'était l'arbitre, aux termes de la convention collective et du raisonnement dans *Parry Sound*. Selon les motifs rédigés par la juge en chef McLachlin, la majorité de la Cour suprême a conclu que le Tribunal des droits de la personne constitue l'organisme approprié pour le règlement de la plainte concernant l'effet discriminatoire de la convention collective. La Cour est cependant allée plus loin et a décidé que l'arbitre *n'était pas* compétent pour entendre le litige. D'après la juge McLachlin, l'arbitre en droit du travail n'était pas compétent, parce que la question de la validité de la convention ne découlait pas de *l'application* de la convention

collective. À son avis, le différend entre les parties en l'espèce ne consistait pas simplement à déterminer si l'employeur faisait preuve de discrimination contre les employés (une affaire relevant d'un arbitre), mais plutôt à établir si les négociations ayant mené à la rédaction de la cause de la convention collective ont eu un effet discriminatoire.¹⁰ Un « hein? » retentissant a résonné dans les milieux universitaires et les cabinets d'avocats du pays quand l'arrêt a été lu.

Le raisonnement de la juge McLachlin soulève des préoccupations et des questions pertinentes. Dans sa dissidence, le juge Bastarache s'objecte à ses conclusions et à son analyse. Chaque modalité de la convention collective ne découle-t-elle pas du processus de négociation collective? Une telle définition du contexte factuel enlèverait sans doute des mains de l'arbitre de nombreuses questions d'interprétation de la convention collective au regard de la Charte québécoise! Cependant, les arrêts *Parry Sound* et *Weber* ont clairement attribué cette compétence à l'arbitre, n'est-ce pas? L'arrêt *Parry Sound* ne dit-il pas exactement que la détermination de la validité d'une convention collective à la lumière de la législation en matière de droits de la personne ou d'emploi ressortit à l'arbitre?

Au paragraphe 24 de *Morin*, la juge McLachlin soutient son analyse en renvoyant à l'arrêt *Goudie c. Ottawa (Ville)*.¹¹ Dans cette affaire, la Cour avait décidé que l'arbitre n'était pas compétent

parce que le litige ne découlait pas de la mise en œuvre de la convention collective. Cependant, *Goudie* ne traitait pas d'une *modalité* de la convention collective. Cet arrêt concernait un contrat indépendant qui avait été conclu entre les parties avant l'entrée en vigueur de la convention collective et qui n'a jamais été officialisé dans une clause de celle-ci (contrairement à la situation dans *Morin*). Avant le transfert du groupe d'employés d'un employeur à un autre, les parties avaient convenu que les employés auraient droit à un meilleur salaire que celui prévu dans la convention collective à laquelle ils seraient bientôt assujettis. Il s'agissait, pour la Cour, de déterminer l'existence du contrat de pré-emploi et, dans l'affirmative, les droits que les employés pouvaient revendiquer sous son régime. La convention collective n'était pas en cause.

Le paragraphe 21 des motifs de la juge McLachlin pourrait porter certains lecteurs à conclure qu'elle justifie l'exclusion de l'arbitre en l'espèce à cause de la différence entre le libellé de l'art. 100 du *Code du travail* du Québec et celui du par. 45(1) de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario (tel qu'il existait à l'époque de *Weber*).

L'article 100 de la loi québécoise stipule :

Tout grief doit être soumis à l'arbitrage en la manière prévue dans la convention collective si elle y

pourvoit et si l'association accréditée et l'employeur y donnent suite [...].

Le paragraphe 45(1) de la loi ontarienne stipulait :

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

La juge McLachlin suggère qu'on peut certes prétendre que la seconde disposition est rédigée de manière plus catégorique que la première. Cela pourrait signifier que, contrairement à leurs homologues ontariens, les arbitres québécois posséderaient moins de pouvoirs d'interprétation. Cependant, la juge McLachlin fait état de cette possibilité, puis l'écarte rapidement comme justification de sa décision en l'espèce :

[...] la différence essentielle entre *Weber* et la présente affaire tient aux faits ayant donné naissance au litige. (par. 21)

En l'espèce, le contexte factuel permet de conclure que le litige ne ressortit pas exclusivement à l'arbitre. Il ne découle pas tant de la

mise en œuvre de la convention collective que de la négociation ayant précédé sa signature. (par. 24)

[...] il est difficile de voir dans la plainte une question pouvant faire l'objet d'un grief régi par la convention collective, puisque les plaignants prétendent non pas que la convention a été violée, mais bien qu'elle est discriminatoire. (par. 27)

[...] même si les syndicats avaient déposé un grief au nom des plaignants, l'arbitre n'aurait pas eu compétence à l'égard de toutes les parties au litige. (par. 29)

Par conséquent, le paragraphe 29 constitue peut-être le véritable point crucial du raisonnement de la juge McLachlin. S'il est impossible de réunir devant l'arbitre toutes les parties qui ont négocié une convention collective (comme dans l'affaire *Morin*, où tous les syndicats d'enseignants qui avaient négocié la convention provinciale ne pouvaient comparaître devant l'arbitre), celui-ci n'a aucun pouvoir et le seul recours est celui auprès de la commission des droits de la personne. Toutefois, le libellé du par. 29 permet de douter que la juge aurait quand même conclu que l'arbitre était dépourvu de compétence parce qu'« il est difficile de voir dans la plainte une question pouvant faire l'objet d'un grief régi par la convention collective ».

En outre, la conclusion que l'arbitre ne pourrait pas convoquer les *vraies parties* est suspecte, comme le juge Bastarache le souligne dans sa dissidence. À son avis, ce ne sont pas les parties qui ont négocié la convention qui doivent comparaître devant l'arbitre ou le tribunal, mais les parties assujetties à la convention collective et à l'effet discriminatoire qu'on allègue à celle-ci.¹²

En l'espèce, la Cour aurait pu emprunter la voie utilisée dans *Parry Sound* et simplement refuser de décider si un arbitre était également compétent, étant donné que l'affaire portait sur l'opportunité de renvoyer les plaintes devant le Tribunal des droits de la personne. Elle aurait pu tout bonnement conclure que le Tribunal des droits de la personne était compétent et laisser le reste tel quel. Bien entendu, le monde juridique mourait d'envie d'apprendre si la compétence du Tribunal était *concurrente* avec celle de l'arbitre en droit du travail. Dans *Parry Sound*, on avait déjà dit qu'un arbitre possédait une compétence, mais on ne précisait pas si elle était exclusive.

Dans l'arrêt *Morin*, la majorité se donne beaucoup de mal pour démontrer que la *Charte québécoise* accorde au Tribunal des droits de la personne la compétence sur ce genre de litige. Cependant, à la lumière de cela et de l'analyse contenue dans *Weber, St. Anne Nackawic, Goudie* et, enfin, *Parry Sound*, n'est-il pas raisonnable de conclure que le Tribunal des droits de la personne

possède, avec les arbitres en droit du travail, une compétence concurrente relativement au règlement des conflits entre une convention collective et la législation sur les droits de la personne? La législation soutient cette conclusion. Les tribunaux des droits de la personne ont été créés spécifiquement pour régler de tels différends. Ils ont été destinés à posséder des connaissances, des compétences et des pouvoirs spécialisés, mais on leur a aussi donné la discrétion de s'en remettre à des arbitres dans des cas individuels.¹³ Au Québec, comme dans de nombreuses autres instances, la Commission et le Tribunal peuvent refuser d'instruire une plainte si un autre processus raisonnable est disponible.

Dans l'affaire *Morin*, la procédure de règlement des griefs et l'arbitrage n'étaient pas raisonnablement disponibles aux plaignants.¹⁴ En outre, étant donné sa compétence sur les différends en matière de droits de la personne au travail, le Tribunal pouvait, de façon appropriée, accepter la compétence et l'a fait. Le modèle de la compétence concurrente ne saperait pas le rôle de l'arbitre et serait plus compatible avec les observations finales de la juge McLachlin, selon lesquelles, en l'espèce (où il y avait de nombreux plaignants et une possibilité de différend sur la pertinence des parties), le Tribunal présentait une « *plus grande adéquation* » qu'un arbitre seul.

Dans quelle situation la CSC nous laisse-t-elle après l'arrêt *Morin*? Existe-t-il une réponse pour le Québec et une deuxième

pour les autres provinces? On peut certes prétendre que la porte est encore ouverte au modèle de la compétence concurrente, même au Québec, si l'arbitre peut réunir les parties essentielles en sa présence et si l'enjeu porte sur autre chose que la *négociation de la convention*. Mais, pour l'instant, il semble probable qu'au Québec, à la suite de l'arrêt *Morin*, les tribunaux inférieurs exigeront que les employés s'adressent à l'organisme s'occupant des droits de la personne et non à l'arbitre.

On peut donc tirer de *Morin* une série de conclusions conditionnelles. En voici quelques-unes.

Au Québec :

La Commission des droits de la personne possède la compétence (le mot *exclusive* n'est pas employé) –

1. *Si l'arbitre ne peut réunir les parties pertinentes (parce que le syndicat ne veut pas déposer de grief ou que le redressement nécessaire peut impliquer d'autres parties que l'employeur et les employés);*
2. *Si le différend porte sur une modalité de la convention collective qui risquerait d'être nulle d'entrée de jeu à la lumière de la Charte.*

Dans toutes les provinces, y compris le Québec :

L'arbitre a probablement la compétence (bien qu'elle ne soit probablement pas *exclusive*, compte tenu du fait que les commissions des droits de la personne peuvent, à leur discrétion, refuser d'instruire une plainte ou procéder à son instruction) –

1. *Si le litige porte clairement sur l'interprétation ou l'application de la convention collective (par exemple, le refus d'accorder un congé spécial à un employé de race noire quand, dans des circonstances semblables, on en donne un à un employé de race blanche);*
2. *Si l'employé possède le droit de mener le grief jusqu'à l'arbitrage ou si le syndicat accepte d'aller de l'avant.*

Malgré ces lignes directrices, il semble encore raisonnable, dans tous les cas au Québec, de s'adresser à la commission des droits de la personne appropriée dans les délais imposés par la loi et d'obtenir un compte rendu de cette démarche.

Dans les provinces autres que le Québec :

La porte demeure ouverte à la prise en compte d'un modèle de compétence concurrente dans tous les cas liés à l'interprétation, à l'application, à l'administration ou à une prétendue violation de la convention collective lorsque les droits de la personne sont en cause, mais la compétence pourrait être restreinte aux organismes chargés des droits de la personne s'il peut être raisonnablement

soutenu que le litige ne porte pas sur la convention collective, mais sur la négociation qui a donné lieu à celle-ci (une distinction qui, de l'avis de beaucoup, constitue une distinction sans différence).

Bref, comme au Québec, les syndicats et les membres désirant être prudents devraient probablement déposer à la fois un grief et une plainte relative aux droits de la personne chaque fois qu'un enjeu concernant ces derniers est en cause, au moins jusqu'à ce que nous obtenions des éclaircissements supplémentaires des tribunaux.

Et, un jour :

Peut-être que le libellé des différentes législations du travail provinciales procurera (comme l'a laissé entendre la juge McLachlin, tout en maintenant l'imprécision, pourrait-on prétendre) une différence digne d'une distinction et, par conséquent, clarifiera le rôle et le pouvoir des arbitres en droit du travail en matière d'interprétation de la législation sur les droits de la personne et d'application de celle-ci à la convention collective.

Cependant, cette détermination sera faite un autre jour par un groupe différent.

Emerson a dit : « *La cohérence imbécile est le spectre des petits esprits.* » Les spectres seraient peut-être préférables à la confusion laissée par la Cour dans la foulée de l'arrêt *Morin*.

*Rosemary Morgan, conseillère juridique,
ACPPU*

¹ [1995] 2 R.C.S. 929.

² *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, ¶ 42 [*Parry Sound*].

³ *Ibid.* ¶ 42.

⁴ Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Québec, 2044 R.C.S. 39 [*Morin*].

⁵ *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704.

⁶ *Ibid.* ¶ 16.

⁷ *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345.⁸ À la différence des provinces de common law, au Québec, les demandes en dommages-intérêts aux termes de la *Charte des droits et libertés* peuvent être instruites par les tribunaux civils.

⁹ *Parry Sound*, *supra* note 2, ¶ 42.

¹⁰ *Morin*, *supra* note 4, ¶ 23 et 24.

¹¹ [2003] 1 R.C.S. 141.

¹² *Morin*, *supra* note 4 at ¶ 46-59.

¹³ Voir, par exemple, le par. 25(1) du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique; l'al. 20(1)b) de la *Loi sur les droits de la personne* du Nouveau-Brunswick; l'al. 34(1)a) du *Code des droits de la personne* de l'Ontario; l'al. 22(4) de la *Human Rights Act* de l'Île-du-Prince-Édouard; l'art.77, al. 2 et 4 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec.

¹⁴ Il semble qu'en l'espèce, l'agent négociateur des enseignants n'a pas (ou ne voulait pas) déposer un grief en leur nom. Le syndicat possédait le droit de mener le grief jusqu'à l'arbitrage. Il pourrait donc y avoir une question de devoir de juste représentation, à la lumière d'une autre affaire en provenance du Québec : *Roy c. Syndicat de la fonction publique du Québec inc.*, Commission des relations de travail, dossier AQ1005-0647, cas CQ-2000-9881, 21 juin 2004.

PENSION\$ AND BENEFIT\$

■ Laid-off employees have some rights to pension surplus

In July, 2004, the Supreme Court of Canada ruled that laid-off employees have a right to a share of the surplus in their employer's pension plan. The decision is limited, however, to those situations where a large enough number of employees has been laid off to trigger a partial wind-up of the plan under provincial legislation.

Unions' fight over the years to win rights in court to pension surpluses have yielded mixed results. Many experts in the area agree that better rules on how and when surpluses must be distributed are needed.

■ New EI benefits for compassionate care

In January 2004, new EI benefits for compassionate care leave came into effect. The benefits are available for employees who have to be away from work temporarily to provide care or support for a member of their family who is "gravely ill with a significant risk of death". Under the new program, "family members" include one's child or the child of one's spouse or common law partner, one's spouse or common law partner, one's parents, and the spouse or common law partners of one's separated parents.

The person for whom one is caring must be at risk of dying within 26 weeks. That person can be living inside or outside of Canada. Benefits are paid out for a maximum of six weeks with a two week waiting period and, as with parental leave benefits, benefits can be shared with someone else who is eligible for them.

- In Ontario, the new Family Medical Leave Act will protect the jobs of employees who take up to two months off to care for sick relatives.

Top Court Rules Arbitrators May Award Damages in Lieu of Reinstatement

The traditional remedy for dismissal in unionized settings is reinstatement, since most collective agreements provide that employees cannot be fired without "just cause". Even when an employer has some legitimate reason to fire an employee but fails to follow a fair process in executing the dismissal, arbitrators have ordered reinstatement. But a

recent Supreme Court of Canada decision has challenged this view.

In *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*,¹ the employer fired an employee for incompetence but failed to follow the procedural requirements for dismissing an employee on non-culpable grounds, set out in the case *Re Edith Cavell*.² The Court, however, said that to find that the employer

had failed to establish cause in those circumstances and that the employee, therefore, had to be reinstated, would be a “narrow and mechanistic approach” to the matter. It acknowledged that, as a general rule, where a grievor’s rights have been violated, reinstatement was the normal and expected remedy. But, it concluded that it was reasonable for an arbitrator to consider all of the circumstances relevant to fashioning “a lasting solution” to a dispute, and to award damages to a grievor instead of reinstatement where the employment relationship was “no longer viable”.

Unions and associations representing employees should insist on the limited application of the *Lethbridge Community College* case. It is a decision based on a unique set of facts, and reinstatement should remain the normal rule. The interpretation given by the court of the remedial powers of the arbitrator under Section 142 (1) of the Alberta *Labour Relations Code* is disputable. It must be remembered that Section 142 (1) was enacted to remediate to the conclusions reached in *Port-Arthur Shipbuilding Co. v Arthurs*,³ and to allow arbitrators to interfere with the disciplinary action taken by an employer.

In interpreting Section 142 (1) as giving power to an arbitrator to choose between awarding damages or ordering reinstatement, the court sent the message that an arbitrator can guess what the future relationship between the grievor and the employer will be.

If the *Lethbridge* reasoning is applied as a general rule, it will “distract” the arbitrator from his or her original function in a case of disciplinary measures, which is to decide on a just remedy and not to predict the future.

Mariette Pilon, Legal Counsel, CAUT

¹ [2004] S.C.J. No. 24.

² Re Edith Cavell Private Hospital and Hospital Employees Union, Local 180 (1982), 6 L.A.C. (3d) 229.

³ [1969] S.C.R. 85.



Intellectual Property & Academic Staff

[a three part series]

This is the third and final installment of a three-part examination of intellectual property. The series commenced with an overview of intellectual property as a legal concept and an examination of the basic legal rights that academic staff enjoy with respect to it. Part Two looked at the legal and political implications of the growing obsession of universities with intellectual property.

Part Three discusses the threats and choices academic staff face in respect to intellectual property.

Part Three - Intellectual Property: Responding to the Challenges

Background

In the last five years the subject of intellectual property has moved from relative obscurity to centre stage at Canadian universities and colleges. The issue's higher profile has prompted an intense discussion about who owns the work of academic staff. It has also set in motion a

more fundamental debate about whether it is even appropriate to define the fruits of academic labour as property, and arisen from a desire to see universities more closely integrated with the market economy and has prompted an intense discussion about who owns the work of academic staff.

There can be no doubt that the control over their creativity through ownership of intellectual property that academic staff have won at the bargaining table has contributed greatly to their autonomy and academic freedom. The preservation of existing intellectual property ownership rights is therefore a necessary part of the struggle to protect academic staff interests more generally. However, academic staff must also address the fact that the concept of intellectual property is being transformed, from a background presence on campus that allows staff to protect their rights into an overarching ideological obsession of university administrators and the private sector that threatens to destroy the university as a bastion of the unfettered search for knowledge.

The Threats

The private sector and the federal government view post-secondary institutions as a major source of marketable intellectual property. Moreover, they have also identified academic staff ownership of this material as a barrier to its commercial exploitation and have vigorously proselytized this belief.¹ As a result, federal policy initiatives aimed at removing intellectual property ownership rights from academic staff are being adopted with varying degrees of zealotry by administrations at universities across Canada. While the main force of this effort has been directed at securing control of patents, on-line courses have recently been identified as a potential revenue source and within the last few years a number of

university administrations have secured a share of ownership in professors' lecture notes and course content, a trend with potentially devastating impact on academic freedom, job security and educational quality.²

Because ownership by academic staff of their creative works plays an important role in protecting scholarly independence and integrity, academic staff and their associations must forcefully protect intellectual property rights at the negotiating table.

But determined collective bargaining can only be one part of a broader strategic defence of academic staff interests in intellectual property. At a practical level, a single-minded focus on individual ownership rights can be easily painted by university administrators and others as a simple expression of faculty greed, rather than a defence of any higher principle, and turned back on those grounds. This is especially so given the considerable public resources that support the research work of academic staff

More importantly, treating the matter as solely a bargaining table issue does not address the underlying reasons for the assault on intellectual property rights in the first place. To preserve their interests, academic staff and their associations must also challenge those responsible for underfunding and corporatizing universities. If funding levels are restored, university administrators will be less vulnerable to the get rich quick delusions peddled by the

commercializers. If the market mania is deflated, intellectual property can recede from being the university's *raison d'être* to its rightful place as a useful, background presence on campus.

Finally, a degree of soul searching is required by academic staff on the extent to which they have accepted the notion that their work is properly categorizable, first and foremost, as property. The difficult task of strengthening the information commons while at the same time defending the legitimate uses of intellectual property law to maintain the independence and integrity of scholarly work must be faced. This can most credibly be done if academic staff, individually and collectively, restate their commitment to the unequivocal division of private commercial interests (whether personal or corporate) from the broader public interest that universities must serve.

All three parts of this series are available on-line at:
<http://www.caut.ca/english/member/papers/intellectualproperty.asp>

¹ See, for example, "Public Investments in University Research: Reaping the Benefits - The Report of the Expert Panel on the Commercialization of University Research" - "the Fortier Report" - May 4, 1999.

² For a chilling insight into the on-line education industry and the motivations of university administrators see *Dollars, Distance and Online Education - The New Economics of College Teaching and Learning*, Edited by Martin J. Finkelstein, Carol Frances, Frank I. Jewett and Bernhard W. Scholz, American Council on Education, Oryx Press, Series on Higher Education, 2000.



La propriété intellectuelle et le corps universitaire [série en trois parties]

Ceci est la dernière partie d'une série en trois parties qui traiteront du concept de la propriété intellectuelle. La série a commencé par un aperçu de la propriété intellectuelle en tant que concept juridique et par un examen des droits fondamentaux qui en découlent et dont jouit le corps universitaire.

La troisième partie traite des menaces et des choix auxquels est confronté le corps universitaire relativement à la propriété intellectuelle.

Troisième partie - La propriété intellectuelle : la réponse aux défis

Aperçu

Au cours des cinq dernières années, le sujet de la propriété intellectuelle est sorti d'une obscurité relative pour occuper l'avant-scène dans les universités et collèges du Canada. Cette popularité a déclenché un débat intense sur la détermination des titulaires des droits de propriété des travaux des membres du corps universitaire. Elle en a aussi lancé un autre, plus fondamental, sur la question de savoir s'il est même approprié de définir comme une propriété les fruits des travaux des universitaires, et sur les retombées que cette définition a sur la nature et l'objet des universités.

Les menaces

Le secteur privé et le gouvernement fédéral considèrent les établissements postsecondaires comme une source majeure de propriété intellectuelle commercialisable. En outre, ils trouvent aussi que l'octroi des droits de propriété aux membres du corps universitaire constitue un obstacle à l'exploitation commerciale de l'œuvre et ont redoublé de zèle pour faire admettre cette conviction.¹ Résultat : des administrations universitaires de tout le Canada sont en train d'adopter, avec plus ou moins de zèle, des politiques fédérales visant à dépouiller le corps universitaire de ses droits de propriété intellectuelle. Quoique cette démarche ait

principalement pour but d'avoir la haute main sur les brevets, récemment, les cours en ligne se sont révélés des sources de revenus potentielles. De plus, ces dernières années, un certain nombre d'administrations universitaires ont obtenu une part du droit de propriété sur les notes de cours des professeurs et professeuses et sur le contenu des cours, tendance qui pourrait avoir des conséquences dévastatrices sur la liberté universitaire, la sécurité d'emploi et la qualité de l'éducation.²

Étant donné qu'au nom de la protection de l'indépendance et de l'intégrité des travaux savants, il est important que les membres du corps universitaire soient propriétaires de leurs œuvres, ils doivent à tout prix protéger les droits de propriété intellectuelle à la table de négociation de concert avec leurs associations.

Cependant, la négociation collective énergique ne peut constituer qu'un élément de l'ensemble de la défense stratégique des intérêts du corps universitaire en matière de propriété intellectuelle. Sur le plan pratique, les administrateurs universitaires et d'autres peuvent facilement considérer l'acharnement sur les droits individuels de propriété intellectuelle comme une simple expression d'appât du gain de la part du corps universitaire plutôt qu'une défense de tout autre principe supérieur, et les rejeter pour cette raison. C'est d'autant plus le cas que des ressources publiques considérables appuient les travaux de recherche du corps universitaire.

Plus important, traiter la question uniquement comme un point de négociation des conventions collectives fait omettre les raisons sous-jacentes de l'attaque contre les droits de propriété intellectuelle en premier lieu. Afin de préserver leurs intérêts, les membres du corps universitaire et leurs associations doivent aussi s'insurger contre les responsables du sous-financement et de la transformation des universités en entreprises commerciales. Si les niveaux de financement sont restaurés, les administrateurs universitaires seront moins tentés de céder aux promesses d'enrichissement rapide que leur fait le monde des affaires. Si la manie de la commercialisation perd du terrain, la propriété intellectuelle peut faire marche arrière et regagner sa place normale, c.-à-d., une présence utile et discrète sur le campus en ne constituant plus la raison d'être de l'université.

Finalement, les membres du corps universitaire doivent réfléchir à la mesure dans laquelle ils acceptent la notion que leur travail puisse être catégorisé d'abord et avant tout comme un bien. Il faut entreprendre la tâche difficile qui consiste à alimenter la tribune d'information tout en défendant l'utilisation légitime de la loi sur la propriété intellectuelle afin de préserver l'indépendance et l'intégrité des activités savantes. Pour que cette tâche soit crédible, il faut que les membres du corps universitaire, individuellement et collectivement, réitèrent leur engagement envers la séparation sans équivoque des intérêts commerciaux privés (personnels ou

d'une entreprise) de l'intérêt public général que les universités doivent servir.

Les trois parties de cette série se trouvent à l'adresse virtuelle :
<http://www.caut.ca/francais/membre/documents/intellectualproperty.asp>

¹ Voir par exemple « Investissements publics dans la recherche universitaire - Rapport du Groupe d'experts sur la commercialisation des résultats de la recherche universitaire » (rapport Fortier) - 4 mai 1999.

² On trouvera une réflexion peu rassurante dans *Dollars, Distance and Online Education - The New Economics of College Teaching and Learning*, publié par Martin J. Kinkelstein, Carol Frances, Frank I. Jewett et Bernhard W. Scholz, American Council on Education, Oryx Press, Series on Higher Education, 2000.

CIVIL LIBERTIES WATCH

SCC rulings limit secrecy of anti-terrorism hearings



In a pair of landmark rulings under Canada's new anti-terrorism law, a divided Supreme Court of Canada has held that "judicial investigative hearings" pass constitutional muster but safeguards must apply, including a presumption that such hearings will be open to the public.

Seven of nine members of the court (Justices Morris Fish and Louis LeBel dissenting) upheld the constitutionality of s. 83.28 of the Criminal Code, one of the most controversial and novel provisions of the Anti-terrorism Act enacted within weeks of

the September 11, 2001 attacks in the United States.

Section 83.28 empowers a judge, on application by police, to order the compelled examination of a person by the Crown at an investigative hearing if there are reasonable grounds to believe a terrorist offence has been or will be committed.

The section's constitutionality was challenged in B.C. Supreme Court last year at the first such hearing in Canada by a previously "unnamed person" (revealed on the day of the Supreme Court's decision to be Satnam Kaur Reyat, the wife of a man convicted of manslaughter in the 1985 Air India bombings), who did not wish to be forced to testify at the secret hearing in Vancouver.

Dissenters Ian Binnie, Louis LeBel and Morris Fish would also have barred the adjourned investigative hearing from proceeding further at this time because they found the Crown's move was not aimed solely at furthering the ongoing terrorist investigation of the Air India bombings.

The minority held that the Crown abused the trial court's process by attempting to use the novel investigative hearing procedure as a way to "bootstrap" its case at the parallel and ongoing murder conspiracy trial of two other Air India accused, Ripudaman Malik and Ajaib Bagri.

Having skipped the usual preliminary inquiry by preferring a direct indictment against Malik and Bagri, the Crown was trying to obtain "mid-trial discovery" of an

unco-operative potential Crown witness by using the new anti-terrorism measure, Justice Binnie said in *Re* an application under s. 83.28 of the Criminal Code.

Writing for the majority in upholding the law against arguments that it violates the s. 11(d) Charter right to an independent and impartial judiciary and the s. 7 right against self-incrimination, Justices Frank Iacobucci and Louise Arbour stressed that although terrorism changes the context in which the rule of law must operate, "it does not call for the abdication of law."

"Yet at the same time, while respect for the rule of law must be maintained in response to terrorism, the Constitution is not a suicide pact," they continued. "Consequently the challenge for a democratic state's answer to terrorism calls for a balancing of what is required for an effective response to terrorism in a way that appropriately recognizes the fundamental values of the rule of law."

The hearing mechanism does not infringe the right against self-incrimination, the majority held, because procedural requirements in s. 83.28 (10) provide immunity from both use and absolute derivative use in criminal proceedings. Moreover, they held s. 7 requires that the same safeguards be extended by a judge presiding over a hearing to the use of information gathered under s. 83.28(10) in extradition or deportation hearings and by foreign authorities.

The majority also found that judges acting under s. 83.28 don't lack institutional independence or impartiality, nor are they co-opted into performing an executive function, since they will have the full weight of their authority "to provide all the constitutional guarantees of the Charter."

The three dissenters were less sanguine. Justice Binnie (who upheld the law, but would have stayed the Reyat investigative hearing for abuse of process) noted that "the challenge posed to our legal institutions by the current 'war on terrorism' promises to be more enduring and difficult to manage than the more traditional wartime challenges to civil liberties previously experienced."

Pointing out that upholding constitutional rights at times of stress is one of the chief distinctions that sets liberal democracies apart from totalitarian regimes, he predicted efforts to counteract terrorism will probably "become part of our everyday existence perhaps for generations to come. ... The role of s. 83.28 in our criminal law should be approached with that unhappy prospect firmly in mind."

In calling for a stay of the Reyat investigative hearing until Reyat either testifies at the trial, or the Crown affirms that she will not be called as a witness, Justice Binnie noted that the Crown's attempted use of the hearing went "far beyond" what was contemplated by Parliament. Acknowledging the heavy burden on Crown counsel in the case and the

enormity of the charges, Justice Binnie said it was "comparatively painless for a society to support the procedural rights of an accused when the stakes are small. It is when the stakes are high, as here, that our commitment is truly tested."

In a separate dissent supported by Justice Fish, Justice LeBel warned that the new role for judges in investigative hearings, especially when those hearings are held in camera, undermines the independence of courts by making judges appear to be tools of the executive, with a consequential loss of public confidence in the justice system. The "tension and fears resulting from the rise in terrorist activity do not justify such an alliance," he wrote, noting that the preservation of courts' institutional independence is a "fundamental value" of the Canadian political system.

In the second, companion case, seven judges (Justices Michel Bastarache and Marie Deschamps dissenting in part) allowed in part the challenge by the Vancouver Sun to the veil of secrecy imposed by the judge presiding over the Reyat investigative hearing: *Re Vancouver Sun*.

The Supreme Court's majority ordered that Reyat's name be made public, and that the proposed judicial investigative hearing be held in public, subject to any order by the presiding judge to exclude the public, or ban publication, in order to prevent "unduly jeopardizing" the interests of Reyat, third parties, or the investigation. The dissenters

would have upheld the presiding judge's determination that the hearing proceed in camera, commenting that the efficacy of the s. 83.28 hearing "would be seriously compromised" if it were opened to the public. The majority instructed judges presiding over such hearings to "reject the presumption of secrecy.

"Hearings of a judicial nature must contain as many of the guarantees and other hallmarks of judicial involvement as is compatible with the task at hand," wrote Justices Arbour and Iacobucci.

The majority said the presumption of openness should be displaced only upon proper consideration of the competing interests at every stage of the process, and the existence of an order, and as much of its subject matter as possible should be made public unless, under the balancing exercise of the Dagenais/Mentuck test, secrecy becomes necessary.

As for press freedom generally, the majority also stated that the open court principle extends "to all judicial proceedings and the Dagenais/Mentuck test should be applied to all discretionary judicial decisions that limit freedom of expression by the press."

Brian Crane of Ottawa's Gowling Strathy Henderson, who represented Reyat along with Howard Rubin and Kenneth Westlake, said the decisions strike an appropriate balance. "The court recognize that special measures could be justified in the anti-terrorism legislation but that those special measures still had to measure up to the Charter."

■ A parliamentary review of the Canadian Anti Terrorism Act is supposed to take place this fall or early next year. The Canadian Association of University Teachers is pushing for a review that will consider all of the anti-terrorism legislation passed since September 11, 2001.

Cristin Schmitz, *The Lawyers Weekly*.
©2004.
Reprinted with permission. Originally printed July 2, 2004, pages 1, 8.

SURVEILLANCE
LIBERTÉS CIVILES



Des arrêts de la CSC limitent le secret entourant les investigations des infractions de terrorisme

Dans deux arrêts-clés relatifs à la nouvelle loi antiterroriste du Canada, une Cour suprême du Canada divisée a statué que les « investigations judiciaires » résistent à l'examen de leur constitutionnalité, mais que des garanties doivent s'appliquer, y compris une présomption que ces investigations soient accessibles au public.

Sept des neuf membres de la Cour (les juges Morris Fish et Louis LeBel sont dissidents) ont maintenu la constitutionnalité de l'art. 83.28 du *Code criminel*, l'une des dispositions les plus controversées et originales de la *Loi antiterroriste* qui a été promulguée dans les semaines qui ont suivi les attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis.

L'article 83.28 habilite un juge, sur demande de la police, à ordonner l'interrogatoire obligatoire d'une personne par le ministère public lors d'une investigation, s'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été ou sera commise.

La constitutionnalité de l'article a été contestée devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique l'an dernier, lors de la première investigation de ce genre au

Canada d'une « personne non désignée » auparavant qui ne voulait pas être forcée de témoigner lors de l'investigation secrète à Vancouver. Le jour de l'arrêt de la Cour suprême, on a appris qu'il s'agissait de Satnam Kaur Reyat, épouse d'un homme condamné pour homicide involontaire coupable dans le contexte des attentats à la bombe contre des avions d'Air India en 1985.

En outre, les dissidents Ian Binnie, Louis LeBel et Morris Fish auraient empêché de poursuivre, à ce moment-ci, l'investigation ajournée, parce que le geste du ministère public ne visait pas uniquement à faire progresser l'enquête antiterroriste en cours concernant les attentats à la bombe susmentionnés.

La minorité a soutenu que le ministère public avait abusé du processus de première instance en tentant d'utiliser la nouvelle procédure d'investigation comme moyen d'étoffer sa preuve dans le procès parallèle et en cours de Ripudaman Malik et d'Ajaib Bagri, accusés de complot pour meurtre dans le contexte des attentats susmentionnés.

Ayant préféré déposer une mise en accusation directe contre Malik et Bagri au

lieu de procéder à l'enquête préliminaire habituelle, le ministère public essayait d'obtenir l'interrogatoire, au milieu du procès, d'un de ses témoins potentiels qui était peu coopératif, et ce en recourant à la nouvelle disposition antiterroriste, a déclaré le juge Binnie dans l'arrêt *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*.

Écrivant pour la majorité, qui confirmait la *Loi* contre les arguments selon lesquels elle viole le droit conféré par l'alinéa 11*d*) de la *Charte* à un ordre judiciaire indépendant et impartial et celui conféré par l'art. 7 à la protection contre l'auto-incrimination, les juges Frank Iacobucci et Louise Arbour ont souligné que, quoiqu'il modifie le contexte dans lequel doit s'appliquer le principe de la primauté du droit, « le terrorisme ne commande pas la renonciation à ce principe ».

« Mais en même temps, s'il est vrai que la réaction au terrorisme doit respecter la primauté du droit, il reste que la Constitution n'est pas un pacte de suicide, ont-il ajouté. Par conséquent, le défi qu'un État démocratique doit relever en réagissant au terrorisme consiste à prendre des mesures qui soient à la fois efficaces et conformes aux valeurs fondamentales de la primauté du droit. »

La majorité a statué que le mécanisme de l'audience ne contrevient pas au droit de ne pas s'incriminer, parce que les garanties procédurales du paragraphe 83.28 (10) accordent l'immunité contre l'utilisation de

la preuve et l'immunité absolue contre l'utilisation de la preuve dérivée lors de poursuites criminelles. En outre, elle a conclu que l'art. 7 exige que les mêmes garanties soient accordées par un juge présidant une investigation pour ce qui est de l'utilisation de l'information recueillie aux termes du paragraphe 83.28(10) dans des audiences en matière d'extradition ou d'expulsion, ou encore par des autorités étrangères.

La majorité a aussi statué que les juges qui agissent en vertu de l'art. 83.28 ne sont pas dépourvus d'indépendance ou d'impartialité institutionnelle, et ne se voient pas permettre d'exercer une fonction exécutive, étant donné qu'ils mettent à contribution toute l'autorité qu'ils possèdent « pour offrir toutes les garanties constitutionnelles de la *Charte* ».

Les trois dissidents ont été moins optimistes. Le juge Binnie (qui a confirmé la *Loi*, mais qui aurait suspendu l'investigation de Reyat pour abus de procédure) a souligné que « le problème que présente pour nos institutions juridiques l'actuelle “guerre contre le terrorisme” s'annonce plus durable et plus difficile à gérer que les attaques plus traditionnelles dont les libertés civiles ont jusqu'à maintenant été l'objet en temps de guerre ».

Faisant remarquer que le maintien des droits constitutionnels, en période de malaise, est l'un des principaux traits qui distingue les démocraties libérales des régimes

totalitaires, il a prédit que les efforts déployés pour lutter contre le terrorisme « feront probablement partie de notre vie de tous les jours pour des générations à venir. [...] C'est en ayant fermement à l'esprit cette triste perspective qu'il faut aborder le rôle de l'art. 83.28 dans notre droit criminel. »

En demandant la suspension de l'investigation de Reyat jusqu'à ce qu'elle ait témoigné au procès ou jusqu'à ce que le ministère public ait indiqué qu'il ne l'assignera pas à comparaître, le juge Binnie a souligné que la tentative, par le ministère public, de recourir à l'investigation allait « bien au-delà » de ce que le Parlement avait envisagé. Reconnaisant le lourd fardeau de l'avocat du ministère public dans l'instance et la gravité des accusations, le juge Binnie a déclaré qu'il était « relativement plus facile pour une société de défendre les droits procéduraux d'un accusé lorsque les enjeux sont négligeables. C'est lorsque les enjeux sont considérables, comme c'est le cas en l'espèce, que notre engagement envers ces droits est véritablement mis à l'épreuve. »

Dans des motifs de dissidence distincts appuyés par le juge Fish, le juge LeBel a averti que le nouveau rôle des juges dans les investigations, surtout celles qui se tiennent à huis clos, mine l'indépendance des tribunaux en faisant paraître les juges comme des outils de l'autorité exécutive, ce qui entraîne une perte de confiance du public dans le système judiciaire. Il a écrit que les « tensions et les craintes que suscite la montée du terrorisme ne justifient pas

cette association », faisant remarquer que la préservation de l'indépendance institutionnelle des tribunaux constitue une « valeur essentielle » du régime politique canadien.

Dans le deuxième arrêt, qui est complémentaire et s'intitule *Vancouver Sun (Re)*, sept juges (les juges Michel Bastarache et Marie Deschamps sont dissidents en partie) ont accueilli en partie la contestation, par le *Vancouver Sun*, du voile de secret imposé par la juge président l'investigation de Reyat.

La majorité de la Cour suprême a ordonné que le nom de Reyat soit rendu public et que l'investigation proposée se tienne en public, sauf si la juge qui préside ordonne l'exclusion du public ou l'interdiction de publication afin d'éviter de compromettre indûment les droits de Reyat, ceux des tiers ou l'investigation. Les dissidents auraient confirmé la décision de la juge qui préside de tenir l'investigation à huis clos, commentant que l'efficacité de l'investigation aux termes de l'art. 83.28 « serait gravement compromise » si le public y était admis. La majorité a donné aux juges président de telles investigations la consigne de rejeter la présomption de secret.

Selon les juges Arbour et Iacobucci, les investigations de nature judiciaire « doivent comporter autant de garanties et d'indices découlant de l'intervention judiciaire que le permet le dossier ».

La majorité a déclaré que la présomption de publicité des procédures ne devrait être écartée qu'après un examen judiciaire des intérêts opposés à chaque étape du processus. L'existence d'une ordonnance et, autant que possible, l'objet du dossier devraient être rendus publics, à moins que la pondération selon le critère de *Dagenais/Mentuck* n'exige le secret.

Par ailleurs, pour ce qui est de la liberté de la presse en général, la majorité a affirmé que le principe de la publicité des débats en justice « vise toutes les procédures judiciaires. Le critère de *Dagenais/Mentuck* doit s'appliquer à tout exercice judiciaire de pouvoir discrétionnaire tendant à restreindre la liberté de la presse. »

Brian Crane, du cabinet Gowling Strathy Henderson d'Ottawa, qui a représenté Reyat avec Howard Rubin et Kenneth Westlake, a déclaré que les décisions établissent un juste milieu. « La Cour reconnaît que des mesures spéciales pourraient être justifiées dans la loi antiterroriste, mais qu'elles doivent néanmoins respecter la *Charte*. »

Cristin Schmitz, *The Lawyers Weekly*. © 2004.

Reproduit avec permission. Première publication le 2 juillet 2004, pages 1, 8.