

A-33-93

A-33-93

Michel J. Murphy (*Appellant*) (*Applicant*)**Michel J. Murphy** (*appelant*) (*requérant*)

v.

c.

Adjudicator, Martin Teplitsky, Q.C. and Purolator Courier Ltd. (*Respondents*) (*Respondents*)**L'arbitre Martin Teplitsky, c.r. et Purolator Courier Ltd.** (*intimés*) (*intimés*)*INDEXED AS: MURPHY v. CANADA (ADJUDICATOR, LABOUR CODE) (C.A.)**RÉPERTORIÉ: MURPHY c. CANADA (ARBITRE DÉSIGNÉ EN VERTU DU CODE DU TRAVAIL) (C.A.)*

Court of Appeal, MacGuigan, Linden and McDonald JJ.A.—Toronto, November 1; Ottawa, November 26, 1993.

Cour d'appel, juges MacGuigan, Linden et McDonald, J.C.A.—Toronto, 1^{er} novembre; Ottawa, 26 novembre 1993.

Labour relations — Adjudicator ordering reinstatement of employee provided that for three years, following absence of more than three days, employee would submit to medical examination if so requested, and if employer of opinion employee not physically able to do job, could apply for order discharging him — Holding unfair to require employer to pay compensation — Trial Judge quashing portion of decision setting out conditions — Erred in assuming conditions imposed on employee — Conditionality falling on employer — Canada Labour Code, s. 242(4)(c) not limiting adjudicator to making orders similar to those in ss. 242(4)(a), (b) — Adjudicator functus officio only when finally determining complaint before him — Underpinning of s. 242(4) "make-whole" philosophy allowing adjudicator to tailor remedy to circumstances — Adjudicator's reliance on fairness not reason for review, but final justification of decision.

Relations du travail — L'arbitre a ordonné la réintégration d'un employé dans son emploi à condition que, pendant trois ans, l'employé subisse, après une absence de trois jours, un examen médical sur demande à cet effet et que l'employeur puisse demander une ordonnance de congédiement de l'employé si l'employeur estimait que l'employé n'était pas physiquement en mesure de faire le travail — L'arbitre a estimé qu'il serait injuste d'exiger de l'employeur qu'il paye une indemnité — Le juge de première instance a annulé la partie de la décision dans laquelle des conditions étaient imposées — Le juge de première instance a commis une erreur en présumant que les conditions étaient imposées à l'employé — Les conditions s'appliquaient à l'employeur — L'art. 242(4)c) du Code canadien du travail ne limite pas les pouvoirs conférés à l'arbitre en ne lui permettant de rendre que des ordonnances similaires à celles qui sont prévues aux art. 242(4)a) et b) — L'arbitre n'est dessaisi que lorsqu'il a tranché définitivement la plainte qui lui a été soumise — Le principe que sous-tend l'art. 242(4) est un principe réparateur qui permet à l'arbitre d'adapter la réparation aux circonstances de chaque cas — Le fait que l'arbitre se soit fondé sur l'équité ne justifie pas le contrôle de sa décision mais constitue la justification finale de sa décision.

Construction of statutes — Canada Labour Code, s. 242(4)(c) permitting adjudicator to require employer to "do any other like thing" to remedy unjust dismissal — Paras. (a), (b) permitting orders for payment of compensation, reinstatement — As remedial, s. 242(4)(c) given broad interpretation — "Like" not limiting power conferred on adjudicator to make orders similar to those in ss. 242(4)(a), (b).

Interprétation des lois — L'art. 242(4)c) du Code canadien du travail permet à l'arbitre d'enjoindre à l'employeur «de prendre toute autre mesure» pour remédier aux effets d'un congédiement injuste — Les alinéas a) et b) permettent de prononcer une ordonnance de paiement d'une indemnité et une ordonnance de réintégration — En tant que disposition réparatrice, l'art. 242(4)c) doit recevoir une interprétation large — La présence du mot «like» dans la version anglaise ne limite pas les pouvoirs conférés à l'arbitre en ne lui permettant de rendre que des ordonnances similaires à celles qui sont prévues aux art. 242(4)a) et b).

This was an appeal from the trial judgment upholding the Adjudicator's decision to order reinstatement without compensation, but quashing that portion of the decision imposing conditions. The appellant was dismissed from his job as a courier because the Workers' Compensation Board had indicated that he was "unable to return to [his] position as a courier" and the respondent did not have alternative work available. *Canada*

Il s'agit d'un appel du jugement par lequel le juge de première instance a confirmé la décision de l'arbitre d'ordonner la réintégration sans indemnisation, mais a annulé la partie de la décision dans laquelle des conditions étaient imposées. L'appellant a été renvoyé de son emploi de messager parce que la Commission d'indemnisation des accidents du travail avait précisé qu'il n'était «pas en mesure de reprendre son travail de

Labour Code, paragraph 242(4)(a) permits an adjudicator to order payment of compensation to an employee who has been unjustly dismissed; 242(4)(b) permits an order of reinstatement; and 242(4)(c) permits an order requiring the employer to do any other like thing that it is equitable to require the employer to do to remedy any consequence of the unjust dismissal. The Adjudicator ordered the employer to reinstate the appellant, but imposed the following conditions for a three-year period: following any absence of more than three days, the appellant was required to submit to a medical, if so requested. If the employer was of the opinion that the appellant's back could not handle the stress of the job, the employer could apply for an order discharging him. He held that it would not be fair to require the employer to pay compensation in the circumstances of this case. On application for judicial review, the Trial Judge held that the Adjudicator did not have the jurisdiction to impose conditions for three years and to remain seized of the matter during that period. He held that paragraph 242(4)(c) refers only to what an adjudicator may require the employer to do and he was *functus* after deciding the issues of reinstatement and compensation. As to compensation, the appellant argued that fairness was an extraneous consideration. The respondent cross-appealed, arguing that the Trial Judge erred in holding that the Adjudicator did not possess jurisdiction to reinstate the appellant conditionally. The issue was the point at which an adjudicator becomes *functus officio*, thereby losing all remedial powers.

Held, the appeal should be dismissed, the cross-appeal allowed, the trial judgment set aside to the extent that it quashed a portion of the Adjudicator's decision, and the Adjudicator's decision restored.

The Trial Judge correctly stated that paragraph 242(4)(c) refers only to what the employer may do, but seems to have regarded it as self-evident that the conditions were imposed on the employee and not on the employer. Although the Adjudicator did not expressly state on whom the conditions were imposed, the provision for an application by the employer to discharge the appellant made it clear that the conditionality fell on the employer. The employer was required to take the appellant back conditionally, but if the appellant did not prove equal to the challenge of the work, the order itself, and not the conditions, could be abrogated.

Paragraph 242(4)(c) is part of a remedial provision and must be given a broad interpretation. The presence of "like" in paragraph 242(4)(c) does not limit the powers conferred on the adjudicator to making only orders similar to those expressly mentioned in paragraphs 242(4)(a) and (b).

The test as to when an adjudicator is *functus officio* is not the form of the order, but whether the adjudicator has finally determined the complaint before him. The underpinning of

messenger» et que l'intimée n'avait pas d'autre travail à lui offrir. L'alinéa 242(4)a du *Code canadien du travail* permet à l'arbitre d'enjoindre à un employeur de payer une indemnité à un employé qui a été congédié injustement; 242(4)b permet d'ordonner la réintégration de l'employé dans son emploi et 242(4)c permet à l'arbitre d'enjoindre à l'employeur de prendre toute autre mesure qu'il juge équitable de lui imposer et de nature à remédier aux effets du congédiement injuste. L'arbitre a enjoint à l'employeur de réintégrer l'employé dans son emploi, mais a imposé les conditions suivantes pour une période de trois ans: après une absence de plus de trois jours, l'appellant devait subir un examen médical à la demande de l'employeur. Si l'employeur estimait que le dos de l'appellant ne pouvait supporter les efforts que requerrait son travail, l'employeur pouvait demander une ordonnance de congédiement de l'appellant. L'arbitre a statué qu'eu égard aux circonstances de l'affaire, il serait injuste d'exiger de l'employeur qu'il paye une indemnité. Saisi d'une demande de contrôle judiciaire, le juge de première instance a statué que l'arbitre n'avait pas compétence pour imposer des conditions pendant trois ans et pour demeurer saisi de l'affaire durant cette période. Il a statué que l'alinéa 242(4)c ne fait référence qu'à ce que l'arbitre peut exiger de l'employeur et que l'arbitre est «dessaisi» après avoir réglé les questions de réintégration et d'indemnité. Sur la question de l'indemnité, l'appellant a fait valoir que la considération d'équité était hors de propos. L'intimée a formé un appel incident dans lequel elle a affirmé que le juge de première instance avait commis une erreur en statuant que l'arbitre n'avait pas compétence pour réintégrer l'appellant dans son emploi à certaines conditions. Le point litigieux porte sur le moment où l'arbitre est dessaisi, perdant ainsi tout pouvoir de réparation.

Arrêt: l'appel doit être rejeté, l'appel incident devrait être accueilli, le jugement de première instance devrait être annulé dans la mesure où il annule une partie de la décision de l'arbitre, et la décision de l'arbitre devrait être rétablie.

Le juge de première instance a eu raison de dire que l'alinéa 242(4)c ne fait référence qu'à ce que l'arbitre peut exiger de l'employeur. Il semble toutefois qu'il a considéré comme allant de soi que les conditions étaient imposées à l'employé et non à l'employeur. Bien que l'arbitre n'ait pas déclaré expressément à qui les conditions étaient imposées, il ressort de la disposition permettant à l'employeur de demander le congédiement de l'appellant que les conditions s'appliquaient à l'employeur. L'employeur était tenu de reprendre l'appellant de façon conditionnelle, mais si l'appellant ne réussissait pas à se montrer à la hauteur de la tâche, l'ordonnance elle-même—et non les conditions—pouvait être abrogée.

L'alinéa 242(4)c fait partie d'une disposition réparatrice et doit être interprété largement. La présence du mot «like» dans la version anglaise de l'alinéa 242(4)c n'a pas pour effet de limiter les pouvoirs conférés à l'arbitre en ne lui permettant de rendre que des ordonnances similaires à celles qui sont expressément mentionnées aux alinéas 242(4)a et b).

Le critère permettant de savoir quand l'arbitre est dessaisi de l'affaire ne porte pas sur la façon dont l'ordonnance est libellée, mais sur la question de savoir si l'arbitre a tranché de

subsection 242(4) is a "make-whole" philosophy, allowing an adjudicator to tailor the remedy to fit the circumstances. The Adjudicator's ultimate reliance on fairness was not a reason for review but, as a make-whole concept, was the final justification of the Adjudicator's decision in terms of the statutory provision.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 61.5(9).
Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 242 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 9, s. 16), 243.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Slaight Communications Inc. v. Davidson, [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183; *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768; (1979), 25 N.B.R. (2d) 613; 51 A.P.R. 613; 79 CLLC 14,200; NBLLC 24273; 27 N.R. 103; *Humeault v. Canada Mortgage and Housing Corporation* (1981), 41 N.R. 214 (F.C.A.); *Blanchard v. Control Data Canada Ltd. et al.*, [1984] 2 S.C.R. 476; (1984), 14 D.L.R. (4th) 289; 14 Admin. L.R. 133; 84 CLLC 14,070; 55 N.R. 194.

REFERRED TO:

Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board, [1984] 2 S.C.R. 412; (1984), 14 D.L.R. (4th) 457; 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 C.L.L.C. 14,069; *Service Employees International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association et al.*, [1975] 1 S.C.R. 382; (1975), 41 D.L.R. (3d) 6; [1974] 1 W.W.R. 653.

AUTHORS CITED

Grossman, Norman. *Federal Employment Law in Canada*, Toronto: Carswell, 1990.
 Levitt, Howard A. *The Law of Dismissal in Canada*, 2nd ed., Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 1992.

APPEAL and cross-appeal from trial judgment ((1992), 59 F.T.R. 1) upholding the Adjudicator's decision to order reinstatement without compensation, but quashing the portion of the order imposing conditions. Appeal re: compensation dismissed and cross-appeal re: jurisdiction to impose conditions allowed.

façon définitive la plainte dont il est saisi. Le principe que sous-tend le paragraphe 242(4) est un principe réparateur qui permet à l'arbitre d'adapter la réparation aux circonstances particulières de chaque cas. Le fait que l'arbitre se soit fondé sur l'équité ne justifie pas le contrôle de sa décision mais, à titre réparateur, cette considération d'équité constitue la justification finale de la décision de l'arbitre en ce qui concerne cette disposition législative.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 242 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 16), 243.
Code canadien du travail, S.R.C. 1970, ch. L-1, art. 61.5(9).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), c. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Slaight Communications Inc. c. Davidson, [1989] 1 R.C.S. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183; *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768; (1979), 25 R.N.-B. (2d) 613; 51 A.P.R. 613; 79 CLLC 14,200; NBLLC 24273; 27 N.R. 103; *Humeault c. Société canadienne d'hypothèques et de logement* (1981), 41 N.R. 214 (C.A.F.); *Blanchard c. Control Data Canada Ltée et autre*, [1984] 2 R.C.S. 476; (1984), 14 D.L.R. (4th) 289; 14 Admin. L.R. 133; 84 CLLC 14,070; 55 N.R. 194.

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail, [1984] 2 R.C.S. 412; (1984), 14 D.L.R. (4th) 457; 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 C.L.L.C. 14,069; *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association et autres*, [1975] 1 R.C.S. 382; (1975), 41 D.L.R. (3d) 6; [1974] 1 W.W.R. 653.

DOCTRINE

Grossman, Norman. *Federal Employment Law in Canada*, Toronto: Carswell, 1990.
 Levitt, Howard A. *The Law of Dismissal in Canada*, 2nd ed., Aurora, Ont.: Canada Law Books Inc., 1992.

APPEL et appel incident du jugement de première instance ((1992), 59 F.T.R. 1) qui confirmait la décision de l'arbitre ordonnant la réintégration de l'appelant sans indemnité, mais infirmait la partie de l'ordonnance qui imposait des conditions. L'appel concernant l'indemnité est rejeté; l'appel incident concernant le pouvoir d'imposer des conditions est accueilli.

COUNSEL:

Timothy J. Law for appellant (applicant).
Carl W. Peterson for respondents (respondents).

SOLICITORS:

David S. Wilson, Toronto, for appellant (applicant).
Winkler, Filion & Wakely, Toronto, for respondents (respondents).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.A.: The principal issue on this appeal is the extent of labour adjudicators' remedial authority under the powers conferred on them by paragraph 242(4)(c) of the *Canada Labour Code* (the Code), R.S.C., 1985, c. L-2, as amended. The whole of section 242 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 16] reads as follows:

242. (1) The Minister may, on receipt of a report pursuant to subsection 241(3), appoint any person that the Minister considers appropriate as an adjudicator to hear and adjudicate on the complaint in respect of which the report was made, and refer the complaint to the adjudicator along with any statement provided pursuant to subsection 241(1).

(2) An adjudicator to whom a complaint has been referred under subsection (1)

(a) shall consider the complaint within such time as the Governor in Council may by regulation prescribe;

(b) shall determine the procedure to be followed, but shall give full opportunity to the parties to the complaint to present evidence and make submissions to the adjudicator and shall consider the information relating to the complaint; and

(c) has, in relation to any complaint before the adjudicator, the powers conferred on the Canada Labour Relations Board, in relation to any proceeding before the Board, under paragraphs 16(a), (b) and (c).

(3) Subject to subsection (3.1), an adjudicator to whom a complaint has been referred under subsection (1) shall

(a) consider whether the dismissal of the person who made the complaint was unjust and render a decision thereon; and

(b) send a copy of the decision with the reasons therefor to each party to the complaint and to the Minister.

(3.1) No complaint shall be considered by an adjudicator under subsection (3) in respect of a person where

(a) that person has been laid off because of lack of work or because of the discontinuance of a function; or

(b) a procedure for redress has been provided elsewhere in or under this or any other Act of Parliament.

AVOCATS:

Timothy J. Law pour l'appellant (requérant).
Carl W. Peterson pour les intimés (intimés).

a PROCUREURS:

David S. Wilson, Toronto, pour l'appellant (requérant).
Winkler, Filion & Wakely, Toronto, pour les intimés (intimés).

b

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendu par

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: La principale question en litige dans le présent appel est l'étendue du pouvoir de réparation dont les arbitres sont investis en vertu des pouvoirs que leur confère l'alinéa 242(4)c) du *Code canadien du travail* (le Code), L.R.C. (1985), ch. L-2, modifié. Voici le texte intégral de l'article 242 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 16]:

242. (1) Sur réception du rapport visé au paragraphe 241(3), le ministre peut désigner en qualité d'arbitre la personne qu'il juge qualifiée pour entendre et trancher l'affaire et lui transmettre la plainte ainsi que l'éventuelle déclaration de l'employeur sur les motifs du congédiement.

(2) Pour l'examen du cas dont il est saisi, l'arbitre:

f

a) dispose du délai fixé par règlement du gouverneur en conseil;

b) fixe lui-même sa procédure, sous réserve de la double obligation de donner à chaque partie toute possibilité de lui présenter des éléments de preuve et des observations, d'une part, et de tenir compte de l'information contenue dans le dossier, d'autre part;

g

c) est investi des pouvoirs conférés au Conseil canadien des relations du travail par les alinéas 16a), b) et c).

h

(3) Sous réserve du paragraphe (3.1), l'arbitre:

a) décide si le congédiement était injuste;

i

b) transmet une copie de sa décision, motifs à l'appui, à chaque partie ainsi qu'au ministre.

j

(3.1) L'arbitre ne peut procéder à l'instruction de la plainte dans l'un ou l'autre des cas suivants:

a) le plaignant a été licencié en raison du manque de travail ou de la suppression d'un poste;

b) la présente loi ou une autre loi fédérale prévoit un autre recours.

(4) Where an adjudicator decides pursuant to subsection (3) that a person has been unjustly dismissed, the adjudicator may, by order, require the employer who dismissed the person to

(a) pay the person compensation not exceeding the amount of money that is equivalent to the remuneration that would, but for the dismissal, have been paid by the employer to the person;

(b) reinstate the person in his employ; and

(c) do any other like thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal.

The next provision in the Code, section 243, is a private clause which limits judicial review of orders made under section 242. It reads as follows:

243. (1) Every order of an adjudicator appointed under subsection 242(1) is final and shall not be questioned or reviewed in any court.

(2) No order shall be made, process entered or proceeding taken in any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise, to question, review, prohibit or restrain an adjudicator in any proceedings of the adjudicator under section 242.

I

The appellant was hired by the respondent Purolator Courier (the respondent) as a freight sorter in 1981 and was promoted to courier in 1985. He had already injured his back while working as a freight sorter, an injury for which he underwent a discolotomy in 1983. On returning to work, he reinjured his back, and the problem worsened after he became a courier, because that job requires the repetitive lifting of packages weighing up to seventy pounds. He was assessed by the Workers' Compensation Board of Ontario (WCB) for a permanent partial disability of 15% in 1988, but he sought reinstatement as a courier with the respondent on June 19, 1989, armed with a letter from an orthopedic surgeon that he could return to work as of that date. He was dismissed by the respondent the next day on the basis that the WCB had indicated that he was "unable to return to [his] position as a courier" (Appeal Book, at page 14), and that the respondent did not have alternative work available.

The appellant filed a complaint with Labour Canada, alleging that he had been unjustly dismissed from his employment. Adjudicator Martin Teplitsky

(4) S'il décide que le congédiement était injuste, l'arbitre peut, par ordonnance, enjoindre à l'employeur:

a) de payer au plaignant une indemnité équivalant, au maximum, au salaire qu'il aurait normalement gagné s'il n'avait pas été congédié;

b) de réintégrer le plaignant dans son emploi;

c) de prendre toute autre mesure qu'il juge équitable de lui imposer et de nature à contrebalancer les effets du congédiement ou à y remédier.

La disposition suivante du Code, l'article 243, est une disposition privative qui limite le contrôle judiciaire des ordonnances prononcées en vertu de l'article 242. En voici le libellé:

243. (1) Les ordonnances de l'arbitre désigné en vertu du paragraphe 242(1) sont définitives et non susceptibles de recours judiciaires.

(2) Il n'est admis aucun recours ou décision judiciaire—notamment par voie d'injonction, de *certiorari*, de prohibition ou de *quo warranto*—visant à contester, réviser, empêcher ou limiter l'action d'un arbitre exercée dans le cadre de l'article 242.

I

L'appelant a été engagé en 1981 par l'intimée Purolator Courier (l'intimée) à titre de trieur de marchandises. Il a été promu aux messageries en 1985. Il s'était déjà blessé au dos alors qu'il travaillait comme trieur de marchandises et avait subi une discectomie pour cette blessure en 1983. À son retour au travail, il s'est blessé à nouveau au dos, et le problème a empiré après sa promotion aux messageries, parce que le travail de messenger l'obligeait à soulever de façon répétée des colis pouvant peser jusqu'à soixante-dix livres. En 1988, la Commission d'indemnisation des accidents du travail de l'Ontario (la Commission) a évalué à 15 % l'invalidité partielle permanente dont il était atteint. Cela ne l'a pas empêché de demander d'être réintégré dans ses fonctions comme messenger auprès de l'intimée le 19 juin 1989, muni d'une lettre d'un chirurgien orthopédiste qui affirmait qu'il pouvait reprendre le travail à compter de cette date. Il a été renvoyé le lendemain par l'intimée au motif que la Commission avait précisé qu'il n'était [TRADUCTION] «pas en mesure de reprendre son travail de messenger» (dossier d'appel, à la page 14), et que l'intimée n'avait pas d'autre travail à lui offrir.

L'appelant a porté plainte auprès de Travail Canada en alléguant qu'il avait été congédié injustement. L'arbitre Martin Teplitsky a, par conséquent,

was accordingly appointed as adjudicator of the complaint pursuant to subsection 242(1). After on-again, off-again hearings over a period of a year, the details of which I do not find it necessary to set out, on 19 February 1992 the Adjudicator issued a decision reinstating the appellant as of April 6, 1992.

However, the rest of Adjudicator Teplitsky's decision was not so pleasing to the appellant. I set the remainder out in full (Appeal Book, at pages 71-72):

The following conditions are imposed for a 3 year period:

- (1) Mr. Murphy will maintain reasonable attendance;
- (2) Following any absence of more than 3 days, Mr. Murphy will submit, if requested, to a medical, at the employer's expense with a doctor of the employer's choosing. Mr. Murphy shall be given a copy of any medical report.
- (3) I will remain seized should any problems arise with these conditions.

If during this 3 year period the employer is of the opinion that Mr. Murphy's back cannot handle the stress of the job, the employer may apply, on notice to me, for an order discharging the grievor.

The final matter is Mr. Murphy's claim for compensation. He no doubt lost some money. No evidence was provided by him of the amount. In any event, I do not think that this is a proper case for compensation. The employer's decision in light of the medical evidence was fully justified. The subsequent difficulty in obtaining a "clear" medical certificate was not the employer's fault. Moreover, I am putting the employer at risk of Workers' Compensation Board problems by this order. To require the employer to pay compensation in these circumstances would not be fair.

The appellant then sought judicial review under section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, as amended, seeking (1) to have the conditions set out in his order above declared invalid on the ground that the Adjudicator had no jurisdiction under section 242 to establish conditions, and (2) to have the part of his decision denying the appellant compensation set aside for several reasons.

The Trial Judge reached his conclusion as follows ((1992), 59 F.T.R. 1, at page 11):

été désigné en qualité d'arbitre en vertu du paragraphe 242(1) pour entendre et trancher la plainte. Le 19 février 1992, à la suite d'une série d'auditions qui se sont échelonnées sur un an et dont je n'estime pas nécessaire d'exposer les détails, l'arbitre a rendu une décision par laquelle il a ordonné que l'appellant soit réintégré dans son emploi à compter du 6 avril 1992.

Cependant, la reste de la décision de l'arbitre Teplitsky n'a pas autant fait plaisir à l'appellant. Je reproduis le texte intégral du reste de la décision (dossier d'appel, aux pages 71 et 72):

[TRADUCTION] Les conditions suivantes sont imposées pour une période de trois ans:

- 1) M. Murphy fera preuve d'une assiduité raisonnable;
- 2) Après une absence de plus de trois jours, M. Murphy subira un examen médical, sur demande et aux frais de l'employeur, chez un médecin que l'employeur aura choisi. Une copie de tout rapport médical sera remise à M. Murphy;
- 3) Je demeurerai saisi de l'affaire au cas où ces conditions posent des difficultés quelconques.

Si, durant ladite période de trois ans, l'employeur estime que le dos de M. Murphy ne peut supporter les efforts que requiert le travail, il peut demander, en m'en donnant avis, une ordonnance de congédiement du plaignant.

Le dernier point est la demande d'indemnité de M. Murphy. Celui-ci a sans nul doute perdu de l'argent. Il n'a fourni aucune preuve quant au montant en cause. Quoiqu'il en soit, je ne crois pas qu'il convienne en l'espèce d'adjuger une indemnité. Au vu de la preuve médicale, la décision de l'employeur était entièrement justifiée. La difficulté qu'il y a eue par la suite à obtenir un certificat médical «clair» n'était pas la faute de l'employeur. En outre, par cette ordonnance, j'expose l'employeur au risque d'avoir des difficultés avec la Commission des accidents du travail. Dans ces circonstances, il serait injuste d'exiger de l'employeur qu'il paye une indemnité.

L'appellant a ensuite demandé en vertu de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, modifiée, le contrôle judiciaire de l'ordonnance. Il a plus particulièrement demandé: (1) que la Cour déclare invalides les conditions énoncées dans l'ordonnance susmentionnée au motif que l'arbitre n'avait pas compétence en vertu de l'article 242 pour fixer des conditions; (2) que la Cour déclare nulle la partie de la décision dans laquelle l'arbitre avait refusé d'accorder une indemnité à l'appellant pour plusieurs motifs.

Le juge de première instance en est venu à la conclusion suivante ((1992), 59 F.T.R. 1, à la page 11):

What applicant seeks is not a quashing of the adjudicator's entire decision, but a finding that compensation should have been ordered. I believe that the weight of the jurisprudence indicates that an adjudicator acting under s. 242(4) of the **Canada Labour Code** may order reinstatement without compensation for lost earnings in the interval between the dismissal and reinstatement. The use of the word "may" in the said subsection gives an adjudicator sufficient latitude to do so. With respect to compensation therefore the adjudicator's decision should not be interfered with.

I do not find, however, that para. (c) gives the adjudicator sufficient latitude to require applicant to be reinstated subject to three years' probation and for the adjudicator to consider himself still seized of the issue during this period. It refers only to what he may require the "employer" to do, and he is "functus" after deciding the issues of reinstatement and compensation (see Huneault, supra).

The last paragraph of the decision, supra, is more in the nature of an explanation of the reasons of the adjudicator for making the decision he did with respect to not awarding compensation. Save for the non-awarding of compensation which I have found to be within his jurisdiction, the comments about absence of fault on the part of the employer, and the speculative risk of putting the employer at risk of the Workers' Compensation Board are gratuitous and unnecessary.

The Trial Judge thereupon quashed that portion of the Adjudicator's decision setting out the conditions.

II

On appeal the appellant raised questions about the Adjudicator's evidentiary findings, which I have not taken the trouble to set out, since I do not find this line of attack sustainable.

On this issue, it was admitted by the appellant that the applicable standard of review was that of patent unreasonableness, but it was said that the Adjudicator's error in the case at bar was jurisdictional in nature rather than a mere error of law (*Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412), and one moreover which came within the examples of jurisdictional error that fell outside the protection of privative clauses (*Service Employees International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association et al.*, [1975] 1 S.C.R. 382, at page 389, per Dickson J. [as he then was]). However, in *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*

L'appelant ne demande pas l'annulation de la décision toute entière de l'arbitre, mais une conclusion qu'il aurait fallu ordonner l'octroi d'une indemnité. À mon sens, le poids de la jurisprudence indique qu'un arbitre agissant en vertu du par. 242(4) du **Code canadien du travail** peut ordonner la réintégration d'une personne dans son emploi, sans indemnité pour les gains perdus entre le moment du congédiement et celui de la réintégration. Le mot «peut» audit paragraphe donne à un arbitre assez de latitude pour le faire. Par conséquent, en ce qui concerne la question de l'indemnité, il ne convient pas de modifier la décision rendue.

Cependant, je ne considère pas que l'al. c) donne à l'arbitre assez de latitude pour qu'il puisse ordonner la réintégration du requérant dans son emploi sous réserve d'une période probatoire de trois ans et se considérer toujours saisi de l'affaire durant cette période. Cette disposition ne fait référence qu'à ce que l'arbitre peut exiger de l'«employeur», et il est «dessaisi» après avoir réglé les questions de la réintégration et de l'indemnité (voir l'affaire Huneault précitée).

Le dernier paragraphe de la décision (précitée) est davantage une explication des motifs pour lesquels l'arbitre a décidé de ne pas adjuger une indemnité. Si l'on excepte la non-adjudication d'une indemnité qui, selon moi, entre dans les limites de la compétence de l'arbitre, les observations relatives à l'absence de faute de la part de l'employeur et au risque possible d'exposer l'employeur à des difficultés avec la Commission des accidents du travail sont gratuits et superflus.

Sur ce, le juge de première instance a annulé la partie de la décision de l'arbitre dans lesquelles les conditions étaient énoncées.

II

En appel, l'appelant a soulevé des questions au sujet des conclusions que l'arbitre a tirées de la preuve et que je ne me suis pas donné la peine de reproduire, étant donné que ce moyen de contestation m'apparaît mal fondé.

Sur cette question, l'appelant reconnaît que la norme de contrôle applicable est celle du caractère manifestement déraisonnable, mais il affirme que l'erreur que l'arbitre aurait commise en l'espèce est de la nature d'une erreur de compétence plutôt que de la nature d'une simple erreur de droit (*Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412), et qu'en outre, cette erreur fait partie des exemples d'erreurs de compétence qui échappent à la protection des dispositions privatives (*Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association et autres*, [1975] 1 R.C.S. 382, à la page 389, le juge Dickson

et al., [1984] 2 S.C.R. 476, at page 479, Beetz J. wrote for the majority of the Court, with respect to a provision of Quebec law analogous to section 242, that “the existence of good and sufficient cause of dismissal is not a prerequisite to the exercise of the arbitrator’s jurisdiction, but is the very subject of his inquiry, and it is the principal question which the arbitrator must decide before making any other order he thinks proper and reasonable in view of all circumstances.” Such issues are therefore within jurisdiction, and, if erroneously decided, are not automatically patently unreasonable, unless a case to that effect is established on the facts, which the appellant has not succeeded in doing. The Trial Judge was therefore correct in holding, with respect to various pieces of evidence before the Adjudicator, that “the weight, if any, to be given to them was a matter for him to decide” (at page 5) and that “[t]his is not a case where there was no evidence on any of the facts before the adjudicator” (*ibid.*).

As applied to the issue of compensation, it must be admitted that the Trial Judge’s reference [at page 3] to “putting the employer at risk of Workers’ Compensation Board problems by this order” is purely gratuitous, and irrelevant to the issue to be decided. However, he advanced ample other reasons for his conclusion, summarized in his ultimate finding that “[t]o require the employer to pay compensation in these circumstances would not be fair.” The appellant argued that such fairness is an extraneous consideration, a matter that can best be addressed under the cross-appeal.

The respondent’s cross-appeal was that the Trial Judge erred in holding that Adjudicator Teplitsky did not possess sufficient jurisdiction to reinstate the appellant conditionally. That issue necessitates an interpretation of paragraph 242(4)(c).

(tel était alors son titre]). Toutefois, dans l’arrêt *Blanchard c. Control Data Canada Ltée et autre*, [1984] 2 R.C.S. 476, à la page 479, le juge Beetz a écrit, pour la majorité de la Cour, au sujet d’une disposition d’une loi québécoise analogue à l’article 242 que «l’existence d’une cause juste et suffisante de congédiement n’est pas une condition préliminaire à l’exercice de la compétence de l’arbitre mais qu’il s’agit de l’objet même de son enquête et que c’est la question principale que l’arbitre doit décider avant de rendre toute autre ordonnance qui lui paraît juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances». Ces questions relèvent donc de la compétence de l’arbitre et, si elles font l’objet d’une décision erronée, elles ne sont pas manifestement déraisonnables de façon automatique, à moins que l’on démontre le bien-fondé d’une prétention en ce sens sur le fondement des faits, ce que l’appellant n’a pas réussi à faire en l’espèce. Le juge de première instance a donc eu raison de statuer, en ce qui concerne les divers éléments de preuve soumis à l’arbitre, qu’il «appartenait à ce dernier de déterminer quel poids, s’il y en avait un, il fallait leur accorder» (à la page 5) et qu’«il ne s’agit pas en l’espèce d’une affaire dans laquelle aucune preuve n’a été soumise à l’arbitre sur l’un quelconque des faits en cause» (*ibidem*).

En ce qui concerne la question de l’indemnité, il faut bien reconnaître que l’allusion du juge de première instance au fait que [à la page 3] «par cette ordonnance, j’expose l’employeur au risque d’avoir des difficultés avec la Commission des accidents du travail» est purement gratuite et qu’elle n’a rien à voir avec la question à trancher. Il a toutefois avancé de nombreux autres motifs pour justifier sa conclusion, qui est résumée dans sa conclusion finale suivant laquelle «il serait injuste d’obliger l’employeur à verser une indemnité dans ces circonstances». L’appellant fait valoir que cette considération d’équité est hors de propos et qu’il serait préférable d’aborder cette question dans le cadre de l’appel incident.

Dans son appel incident, l’intimée affirme que le juge de première instance a commis une erreur en statuant que l’arbitre Teplitsky ne possédait pas suffisamment de pouvoirs pour réintégrer l’appellant dans son emploi à certaines conditions. Cette question exige une interprétation de l’alinéa 242(4)c).

The Trial Judge was clearly right in stating [at page 11] that this provision “refers only to what he may require the ‘employer’ to do”, but seems to have regarded it as self-evident that the conditions here were imposed on the employee and not on the employer. But this is only the apparent reading of the Adjudicator’s order. Admittedly, the Adjudicator does not state expressly on whom the conditions are imposed, but the paragraph immediately following the three conditions makes it apparent to me that the conditionality falls on the employer. If “the employer” becomes convinced that the employee is not up to the tasks imposed on him [at page 11], “the employer may apply . . . for an order discharging the grievor.” In other words, the employer is required to take the appellant back conditionally, but if the appellant does not prove equal to the challenge of the work, the order itself, and not the conditions, may be abrogated. Of course, it would have been more helpful if the Adjudicator had expressed himself throughout in less abbreviated concepts, but I cannot doubt that he thought he was imposing conditions on the employer, as the statutory provision requires.

The question remains as to whether paragraph (c) of subsection 242(4) can be taken implicitly to authorize such a conditional order, especially in the light of the fact that the English version specifies an order “to do any other like thing” (emphasis added) —like, it was urged, to the paying and reinstating mentioned in the two previous paragraphs.

I regard the issue as having been settled by Lamer J. (as he then was), speaking for the Court on this point and interpreting the same statutory provision, in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at pages 1071-1072:

In the case at bar I consider, like the Federal Court of Appeal judges, that the presence of the word “like” in para. (c) of the English version was not intended to limit the powers conferred on the adjudicator by allowing him to make only orders similar to the orders expressly mentioned in paras. (a) and (b) of that subsection, and does not have that effect. Interpreting this provision in this way would mean applying the

Le juge de première instance a de toute évidence eu raison d’affirmer [à la page 11] que cette disposition «ne fait référence qu’à ce que l’arbitre peut exiger de l’“employeur”». Il semble toutefois qu’il a considéré comme allant de soi que les conditions étaient en l’espèce imposées à l’employé et non à l’employeur. Mais ce n’est là que l’interprétation apparente de l’ordonnance de l’arbitre. Il faut reconnaître que l’arbitre ne déclare pas expressément à qui les conditions sont imposées. À mon sens, il ressort toutefois du paragraphe qui suit immédiatement ces trois conditions que celles-ci s’appliquent à l’employeur. Si l’«employeur» devient convaincu que l’employé n’est pas à la hauteur des tâches qui lui sont confiées [à la page 11], «il peut demander . . . une ordonnance de congédiement du plaignant». En d’autres termes, l’employeur est tenu de reprendre l’appelant de façon conditionnelle, mais si l’appelant ne réussit pas à se montrer à la hauteur de la tâche, l’ordonnance elle-même—et non les conditions—peut être abrogée. Il aurait évidemment été plus utile que l’arbitre exprime sa pensée du début à la fin en recourant à des concepts moins abrégés, mais je ne doute pas qu’il pensait qu’il imposait des conditions à l’employeur, comme la disposition législative l’exige.

Il nous reste à savoir si l’alinéa 242(4)c) peut être interprété implicitement comme autorisant le prononcé d’une telle ordonnance conditionnelle, compte tenu spécialement du fait que la version anglaise précise que l’arbitre peut, par ordonnance, enjoindre à l’employeur «to do any other like thing» (de prendre tout autre mesure) [mot souligné par nos soins], comme par exemple, soutient-on, le paiement d’une indemnité et la réintégration qui sont mentionnés aux deux alinéas précédents.

J’estime que la question a été réglée par le juge Lamer (maintenant juge en chef) qui s’exprimait au nom de la Cour sur ce point et qui interprétait la même disposition législative dans l’arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, aux pages 1071 et 1072:

En l’espèce, je suis d’avis, comme l’étaient les juges de la Cour d’appel fédérale, que la présence du mot «like» dans l’al. c) de la version anglaise n’a pas pour but et n’a pas comme conséquence de limiter les pouvoirs conférés à l’arbitre en ne lui permettant de rendre que des ordonnances similaires aux ordonnances expressément mentionnées aux al. a) et b) du même paragraphe. Interpréter ainsi cette disposition signifierait

ejusdem generis rule. I think it is impossible to apply this rule in the case at bar since one of the conditions essential for its application has not been met. The specific terms (here the orders referred to in paras. (a) and (b)) which precede the general term (the power conferred on the adjudicator in para. (c) to make any order that is equitable) must have a common characteristic, a common genus. As Maxwell writes in *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12th ed. 1969), at p. 299:

Unless there is a genus or class or category, there is no room for any application of the *ejusdem generis* doctrine.

Professor Côté also notes this requirement when he writes in his work titled *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), at p. 245:

As a third condition, the specific terms must have a significant common denominator to be considered within one given category. If this is lacking, *ejusdem generis* does not apply.

In the case at bar I do not see what characteristic could be described as common to a compensation order and a reinstatement order. The only "denominator" which seems to me common to these two orders in the context of s. 61.5(9) [now s. 242] is the fact that these orders are both intended to remedy or counteract the consequences of the dismissal found by the adjudicator to be unjust. However, para. (c) expressly provides that an order made under that paragraph must be designed to remedy or counteract any consequence of the dismissal. This "common denominator" cannot therefore assist in the application of the *ejusdem generis* rule, since the legislator has already expressly provided that the orders the adjudicator is empowered to make must have this characteristic. Even if I were to admit that the English version should prevail over the French version, which I do not admit, I would still consider that this provision is ambiguous and that the most rational way of interpreting it is to say that the presence of the word "like" in this version does not have the effect of limiting the general power conferred on the adjudicator. This interpretation is in any case much more consistent with the general scheme of the Code, and in particular with the purpose of Division V.7 [unjust dismissal], which is to give non-unionized employees a means of challenging a dismissal they feel to be unjust and at the same time to equip the adjudicator with the powers necessary to remedy the consequences of such a dismissal. Section 61.5¹ is clearly a remedial provision and must accordingly be given a broad interpretation. The consequence of interpreting para. (c) in the manner suggested by appellant would be to limit considerably the type of order the adjudicator could make. It would in fact be very difficult to find remedies like the remedies mentioned in paras. (a) and (b). The extent of the compensation that can be ordered has been carefully limited by the legislator and there is not really any similarity between

¹ At that time s. 61.5 comprised the whole of Division V.7 of the Code on unjust dismissal. In the current statute the same ground is covered by ss. 240-246.

en l'effet l'application de la règle *ejusdem generis*. Or, il me semble impossible d'appliquer cette règle en l'espèce puisqu'une des conditions essentielles à son application n'est pas remplie. Il faut en effet que les termes spécifiques (en l'espèce les ordonnances énoncées aux al. a) et b)) qui précèdent le terme général (le pouvoir conféré à l'arbitre à l'al. c) de rendre toute ordonnance qu'il juge équitable) aient une caractéristique commune, un genre commun. Comme l'a écrit Maxwell dans *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12^e éd. 1969), à la p. 299:

[TRADUCTION] S'il n'y a pas de genre, de classe ou de catégorie, la doctrine *ejusdem generis* ne peut s'appliquer.

Le professeur Côté souligne également cette nécessité lorsqu'il écrit dans son volume intitulé *Interprétation des lois* (1982), à la p. 266:

Troisième condition d'application: il faut que les termes spécifiques aient en commun une caractéristique significative, qu'on puisse les considérer comme des espèces d'une catégorie de choses. Sans caractéristique commune, le règle *ejusdem generis* est inapplicable.

En l'espèce, je ne vois pas quelle caractéristique pourrait être qualifiée de commune à une ordonnance de compensation et à une ordonnance de réintégration. La seule «caractéristique» qui me semble commune à ces deux ordonnances dans le contexte du par. 61.5(9) c'est le fait que ces ordonnances visent toutes deux à remédier ou à contrebalancer les effets du congédiement qualifié d'injuste par l'arbitre. L'alinéa c) stipule toutefois expressément que l'ordonnance rendue en vertu de cet alinéa doit viser à contrebalancer les effets du congédiement ou à y remédier. Cette «caractéristique commune» ne peut donc être utile dans le cadre de l'application de la règle *ejusdem generis* puisque le législateur a déjà expressément stipulé que les ordonnances que l'arbitre a le pouvoir de rendre doivent posséder cette caractéristique. Alors même si je devais admettre que la version anglaise devrait prévaloir sur la version française, ce que je n'admets pas, je serais néanmoins d'avis que cette disposition est ambiguë et que la façon la plus rationnelle de l'interpréter consiste à dire que la présence du mot «like» dans cette version n'a pas pour effet de limiter le pouvoir général conféré à l'arbitre. Cette interprétation est d'ailleurs beaucoup plus conforme à l'économie générale du Code et en particulier au but de la division V.7 qui est d'offrir à l'employé non syndiqué un moyen de contester un congédiement qu'il juge injuste et parallèlement d'offrir à l'arbitre les pouvoirs nécessaires pour remédier aux effets d'un tel congédiement. L'article 61.5¹ est une disposition clairement réparatrice qui, de ce fait, doit être interprétée largement. Interpréter l'al. c) de la façon dont le suggère l'appellante aurait pour conséquence de limiter considérablement le type d'ordonnance que pourrait rendre l'arbitre. Il serait en effet très difficile de trouver des remèdes semblables aux remèdes prévus aux al. a) et b). L'étendue de la compensation qui peut être ordonnée a été soigneusement limitée par le législateur tandis que la réin-

¹ À l'époque, l'art. 61.5 comprenait en son entier la partie V.7 du Code relative au congédiement injuste. Dans la version actuelle du Code, les mêmes dispositions se trouvent aux art. 240 à 246.

reinstatement and any other measure. I believe that, on the contrary, by enacting s. 61.5(9)(c) [now s. 92(4)(c)], the legislator intended to vest in the adjudicator powers that would be sufficiently wide and flexible for him to adequately perform the duties entrusted to him, in each of the cases that come before him. I therefore consider that the meaning to be given to both versions is what clearly appears on the face of the French version and that accordingly the type of order the adjudicator can make should not be limited to orders like those expressly authorized in paras. (a) and (b).

In the words of Lamer J. the statutory provision in the case at bar is part of "a remedial provision and must accordingly be given a broad interpretation." If other authority were required, reference might be had to *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768, at pages 780 and 782, where Dickson J. said of a similar provision that a continuum from financial penalty through suspension to discharge inhered in the exercise of adjudicative authority. In *Heustis* the Court's finding depended on there being nothing in the collective agreement or the Act which expressly precluded the adjudicator's exercise of remedial authority, and the appellant argued that in the case at bar the role of "spoiler" was played by the requirement that any remedial order must be made against the employer. However, as I have stated, I regard the order herein to have been so made.

The final issue is as to the point at which an adjudicator becomes *functus officio*, thereby losing all remedial powers. In the case at bar the Trial Judge held [at page 11] that the Adjudicator "is 'functus' after deciding the issues of reinstatement and compensation."

A contrary view on an adjudicator's powers is taken by Howard A. Levitt, *The Law of Dismissal in Canada*, 2nd ed., at pages 53-54, §203.9:

The adjudicator's duty is to tailor a remedy that is appropriate to the specific situation. Unlike in a wrongful dismissal action, the adjudicator has the right to reinstate the employee in his position, with or without back pay. Furthermore, dam-

égration n'a pas vraiment de ressemblance avec une quelconque autre mesure. Or, je crois que le législateur, en édictant l'al. 61.5(9)c), a au contraire voulu investir l'arbitre de pouvoirs suffisamment larges et suffisamment souples pour que ce dernier puisse s'acquitter adéquatement des fonctions qui lui sont confiées et ce à l'égard de chacun des cas qui se présentent à lui. Je suis donc d'avis que le sens qui doit être donné aux deux versions est celui qui apparaît nettement à la face de la version française et qu'en conséquence l'on ne saurait limiter le type d'ordonnances que l'arbitre peut rendre aux ordonnances du genre de celles expressément autorisées aux al. a) et b).

Pour reprendre les paroles du juge Lamer, la disposition législative à l'étude dans le cas qui nous occupe fait partie d'une «disposition . . . réparatrice qui, de ce fait, doit être interprétée largement». Si l'on avait besoin d'un autre précédent, on pourrait citer l'arrêt *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768, aux pages 780 et 782, dans lequel le juge Dickson a déclaré au sujet d'une disposition semblable qu'une gradation des peines à partir de la peine pécuniaire, en passant par la suspension, pour aboutir au congédiement était inhérent à l'exercice des pouvoirs de l'arbitre. Dans l'arrêt *Heustis*, la conclusion de la Cour reposait sur le fait que rien dans la convention collective ou la loi n'empêchait expressément l'exercice par l'arbitre de son pouvoir de réparation, et l'appelant soutient qu'en l'espèce ce qui «limite l'action de l'arbitre», c'est le fait que son ordonnance de réparation doit être prononcée contre l'employeur. J'estime malgré tout, comme je l'ai déjà dit, que l'ordonnance rendue en l'espèce a été effectivement prononcée contre l'employeur.

La dernière question porte sur le moment où l'arbitre est dessaisi, perdant ainsi tout pouvoir de réparation. En l'espèce, le juge de première instance a statué [à la page 11] que l'arbitre est «dessaisi» après avoir réglé les questions de la réintégration et de l'indemnité.

Howard A. Levitt adopte un point de vue contraire au sujet des pouvoirs de l'arbitre dans son ouvrage intitulé *The Law of Dismissal in Canada*, 2^e éd., aux pages 53 et 54, §203.9:

[TRADUCTION] L'arbitre a pour tâche de trouver un redressement propice à la situation dont il est question. Contrairement à ce qui se fait dans une action pour congédiement illégal, l'arbitre a le droit de réintégrer l'employé dans son emploi, avec

ages are not limited to those which would be appropriate in an action for wrongful dismissal.

An adjudicator can order that the employee not only be reinstated but also be placed on probation for a certain period of time in order to determine if he is sufficiently rehabilitated to return on a permanent basis, to his position.

As authority for his statement that an employee may be placed on probation, Levitt cites *Huneault v. Canada Mortgage and Housing Corporation* (1981), 41 N.R. 214 (F.C.A.), a case in which an adjudicator was held to be acting *functus officio*. The Trial Judge in the case at bar was correct in stating that *Huneault* “does not specifically deal with” (at page 9) the issue of probation, but to my mind it does imply an answer.

In that case the initial order of an adjudicator under the same provision of the Code [R.S.C. 1970, c. L-1, s. 61.5] provided for the conditional restoration of the complainant’s employment for four months, after which the matter would be reviewed again by the adjudicator. On the four-month review the adjudicator ordered the complainant restored to permanent employment and made provision for his reclassification and salary increase, concluding that “the above Order now effectively and finally disposed of this complaint.” Nevertheless, the adjudicator went on to request further argument as to the deduction and refunding of unemployment insurance benefits. It was as to this final requirement that the issue of *functus officio* was raised, which led Thurlow C.J. to state for the Court (at page 217):

In our view the first and second orders made by the adjudicator exhausted the powers he was authorized by subs. 61.5(9) [now 242(4)] to exercise and he thereupon became and was *functus officio*. He had ordered reinstatement. He had ordered the payment of compensation. He had not ordered anything falling within paragraph 61.5(9)(c), but he had finally determined the complaint before him. He no longer had any power, statutory or otherwise, to reconsider or withdraw or change either order. Moreover, the purported reservation by him of authority to make such orders, if any, as might be appropriate and necessary after receipt of submissions on the question of the Unemployment Insurance benefit refunds cannot affect our conclusion.

ou sans traitement rétroactif. De plus, les dommages-intérêts qui peuvent être adjugés ne se limitent pas à ceux qui seraient appropriés dans le cadre d’une action en congédiement injustifié.

a

Un arbitre peut ordonner que l’employé soit non seulement réintégré dans son emploi mais aussi soumis à une période probatoire d’une certaine durée qui permette de juger si sa réadaptation lui permet de reprendre le travail de façon permanente.

b

Pour appuyer son affirmation qu’un employé peut être soumis à une période probatoire, Levitt cite l’arrêt *Huneault c. Société canadienne d’hypothèques et de logement* (1981), 41 N.R. 214 (C.A.F.) dans lequel

c

il a été jugé que l’arbitre avait agi après avoir été désaisi de l’affaire. En l’espèce, le juge de première instance a eu raison de déclarer que l’affaire *Huneault* «ne traite pas expressément» (à la page 9) de la question de la période probatoire, mais, à mon sens, elle

d

comporte effectivement une réponse.

e

Dans cette affaire, l’ordonnance initiale prononcée par l’arbitre en vertu de la même disposition du Code [S.R.C. 1970, ch. L-1, art. 61.5] prévoyait la réintégration conditionnelle du plaignant dans ses fonctions pour une période de quatre mois, après quoi la question serait réexaminée par l’arbitre. À la suite de ce réexamen, l’arbitre a ordonné que le plaignant soit réintégré de façon permanente dans ses fonctions et a ordonné son reclassement et une augmentation de son salaire en concluant que [TRADUCTION] «l’ordonnance qui précède tranche de façon complète et définitive la présente plainte». L’arbitre a cependant continué en demandant qu’on lui soumette des observations au sujet de la retenue et du remboursement des prestations d’assurance-chômage. C’est au sujet de cette condition finale que la question du dessaisissement a été soulevée, ce qui a amené le juge en chef Thurlow à déclarer, au nom de la Cour (à la page 217):

h

i

À notre avis, les première et seconde ordonnances rendues par l’arbitre ont épuisé les pouvoirs qu’il détenait du paragraphe 61.5(9) [maintenant le paragraphe 242(4)], après quoi il y eut désaisissement, l’arbitre s’étant acquitté de sa charge. Il avait ordonné la réintégration. Il avait ordonné le paiement d’une indemnité. Il n’avait ordonné rien de ce qui est prévu à l’alinéa 61.5(9)c), mais il avait tranché définitivement la plainte dont il était saisi. Il n’avait plus aucun pouvoir, que ce soit par la loi ou autrement, pour réexaminer, retirer ou modifier l’une ou l’autre des ordonnances. De plus, le fait qu’il s’est réservé le pouvoir de rendre, le cas échéant, toute autre ordonnance qu’il jugerait appropriée et nécessaire après réception de l’argumentation sur la question du remboursement des presta-

j

In our view it follows from our conclusion that Mr. Cohen was *functus officio*, that he was without authority to refer the question to the court and that the present proceeding should be quashed.

It could hardly be doubted that the Adjudicator “had finally determined the complaint before him” by his second order before arriving at the addendum concerning unemployment insurance, especially since he himself had said so. But for present purposes what is important is that the Court apparently accepted without cavil the conditional nature of the first order. Indeed, as long as the condition continued, the Adjudicator could be said not to have finally determined the complaint before him. In my view, the test is not the form in which the order is cast. The test, and the only test, is whether the Adjudicator could be said to have finally determined the complaint before him.

This ties in with the view of M. Norman Grossman, *Federal Employment Law in Canada*, 1990, at page 180, that “the underpinning of the section [s. 242(4)] is a ‘make-whole’ philosophy.” And again (at page 179):

The use of the permissive term “may” in this section of the legislation [s. 42(4)] permits the adjudicator sufficient latitude to essentially craft the remedy to fit the individual circumstances of any case.

In the case at bar, the Adjudicator’s ultimate reliance on fairness is therefore not a reason for review, as the appellant would have it, but, as a make-whole concept, is rather the final justification of the Adjudicator’s decision in terms of the statutory provision.

III

In the result, the appeal must be dismissed with costs here and below, the cross-appeal allowed, the decision of the Trial Judge set aside to the extent that it quashed a portion of the decision of Adjudicator Teplitsky, and the decision of the Adjudicator restored.

LINDEN J.A.: I agree.

MCDONALD J.A.: I agree.

tions d’assurance-chômage ne saurait influencer sur notre conclusion.

À notre avis, il découle de notre conclusion que Cohen, s’étant acquitté de sa charge, était dessaisi de l’affaire, qu’il n’avait pas le pouvoir de renvoyer la question devant la Cour, et que la présente action devrait être rejetée.

On ne pourrait guère douter que l’arbitre «avait tranché définitivement la plainte dont il était saisi» par sa seconde ordonnance avant d’ajouter ses conclusions au sujet des prestations d’assurance-chômage, d’autant plus qu’il l’avait lui-même précisé. Mais ce qui nous importe en l’espèce, c’est que la Cour a vraisemblablement accepté sans sourciller le caractère conditionnel de la première ordonnance. D’ailleurs, tant que la condition demeurait valable, on pouvait prétendre que l’arbitre n’avait pas tranché de façon définitive la plainte dont il était saisi. À mon avis, le critère ne porte pas sur la façon dont l’ordonnance est libellée. Le critère—et le seul critère—est celui de savoir si l’on peut dire que l’arbitre avait tranché de façon définitive la plainte dont il était saisi.

Cette façon de voir cadre avec l’opinion formulée par M. Norman Grossman dans son ouvrage *Federal Employment Law in Canada*, 1990, à la page 180, suivant laquelle [TRADUCTION] «le principe que soutient le paragraphe 242(4) est un principe réparateur». Et l’auteur d’ajouter (à la page 179):

[TRADUCTION] Dans cette disposition de la Loi [le paragraphe 42(4)], le mot «peut»—qui accorde une faculté—laisse à l’arbitre suffisamment de latitude pour adapter essentiellement la réparation aux circonstances particulières de chaque cas.

En l’espèce, le fait que l’arbitre se soit en définitive fondé sur l’équité ne justifie pas le contrôle de sa décision, contrairement à ce que l’appelant souhaiterait, mais, à titre de concept réparateur, cette considération d’équité constitue plutôt la justification finale de la décision de l’arbitre en ce qui concerne cette disposition législative.

III

En conséquence, l’appel doit être rejeté avec dépens tant en appel qu’en première instance; l’appel incident doit être accueilli; la décision du juge de première instance doit être annulée dans la mesure où elle annule une partie de la décision de l’arbitre Teplitsky; et la décision de l’arbitre doit être rétablie.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je suis du même avis.

LE JUGE McDONALD, J.C.A.: Je suis du même avis.