

A-363-85

A-363-85

Canadian Imperial Bank of Commerce (Applicant)

v.

Ellen Rifou (Respondent)

INDEXED AS: CANADIAN IMPERIAL BANK OF COMMERCE v. RIFOU

Court of Appeal, Urie, Mahoney and Stone JJ.—
Toronto, May 12; Ottawa, July 9, 1986.

Labour relations — Application to set aside Adjudicator's order reinstating bank employee, dismissed upon conviction of theft under \$200 from store — Application allowed under s. 28(1)(c) of Federal Court Act — Decision based on erroneous finding of fact — Adjudicator finding job not involving handling money; evidence to contrary — Labour Code, s. 61.5(9)(b) power of reinstatement not infringing Charter s. 2(d) freedom of association as no joint common interest objectives — Code s. 61.5 intra vires — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28(1)(c) — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 61.5 (as enacted by S.C. 1977-78, c. 27, s. 21) — Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act, 1982, Item 1), ss. 96, 97, 98, 99, 100, 101 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 1, 2(d) — Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), s. 52 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 294(b) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 25).

Constitutional law — Distribution of powers — Canada Labour Code, s. 61.5 intra vires — S. 61.5 giving to ad hoc adjudicator appointed under Labour Code jurisdiction over claim of unjust dismissal — Jurisdiction properly belonging to superior, district or county court — Provincial ability to bestow jurisdiction on provincial agency restricted when power properly belonging to s. 96 court — Parliament not subject to same restrictions in conferring jurisdiction on administrative tribunals — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 61.5 (as enacted by S.C. 1977-78, c. 27, s. 21) — Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act, 1982, Item 1), ss. 96, 97, 98, 99, 100, 101.

Banque canadienne impériale de commerce (requérante)a
c.**Ellen Rifou (intimée)**b
RÉPERTORIÉ: BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE c. RIFOUCour d'appel, juges Urie, Mahoney et Stone—
Toronto, 12 mai; Ottawa, 9 juillet 1986.

Relations du travail — Demande d'annulation d'une ordonnance d'un arbitre réintégrant dans son emploi une employée de banque congédiée après avoir été trouvée coupable d'avoir volé, dans un magasin, des marchandises dont la valeur ne dépassait pas 200 \$ — La demande est accueillie en vertu de l'art. 28(1)(c) de la Loi sur la Cour fédérale — La décision est fondée sur une conclusion de fait erronée — L'arbitre a conclu que les fonctions de l'intimée n'impliquaient pas la manutention d'argent; la preuve indique le contraire — Le pouvoir de réintégrer un employé dans ses fonctions prévu à l'art. 61.5(9)(b) du Code du travail, n'est pas contraire à la liberté d'association prévue à l'art. 2d) de la Charte puisque les objectifs communs d'un groupe ne sont pas en jeu — L'art. 61.5 du Code est intra vires — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 28(1)(c) — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 61.5 (édicte par S.C. 1977-78, chap. 27, art. 21) — Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n^o 5] (mod. par la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, n^o 1), art. 96, 97, 98, 99, 100, 101 — Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 1, 2d) — Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 52 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 294(b) (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 93, art. 25).

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — L'art. 61.5 du Code canadien du travail est intra vires — L'art. 61.5 confère à un arbitre spécial nommé en vertu du Code du travail la compétence pour décider d'une demande alléguant qu'un congédiement est injuste — La compétence en la matière relèverait d'une cour supérieure, de comté ou de district — Les provinces sont assujetties à certaines restrictions lorsqu'il s'agit de conférer à un organisme provincial certains pouvoirs qui appartiennent dûment à une cour créée en vertu de l'art. 96 — Le Parlement du Canada n'est pas assujéti aux mêmes restrictions que les parlements provinciaux lorsqu'il s'agit de conférer des pouvoirs à des tribunaux administratifs — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 61.5 (édicte par S.C. 1977-78, chap. 27, art. 21) — Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n^o 5] (mod. par la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, n^o 1), art. 96, 97, 98, 99, 100, 101.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Freedom of association — Adjudicator reinstating employee after dismissal from Bank upon criminal conviction — S. 61.5(9)(b) of Labour Code, giving Adjudicator power of reinstatement, not infringing Charter s. 2(d) right of freedom of association — Freedom of association meaning freedom to enter into consensual arrangements to promote common interest objectives of associating group — Here no joint common interest objectives, much less group ones — Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 1, 2(d) — Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), s. 52.

Judicial review — Applications to review — Application to set aside Adjudicator's order reinstating Bank employee, dismissed upon conviction of store theft under \$200 — Decision based in part on finding employee's job not involving handling money — Performance review listing duties, including selling travellers cheques and other instruments — Application allowed — Adjudicator overlooking relevant evidence — Not necessary to refuse to take notice of material to come within s. 28(1)(c) — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28(1)(c).

Judges and Courts — Judicial independence — Threatened if Parliament having unfettered power to transfer judicial roles from superior courts to administrative tribunals — Tests in Residential Tenancies reference for usurpation of functions of superior courts — Availability of judicial review — Important that tribunal sufficiently independent for task assigned — S. 61.5 Canada Labour Code, giving Adjudicator power to order dismissed employee's reinstatement, not ultra vires Parliament — Powers necessarily incidental to broader policy goal — Tribunal not operating like s. 96 court — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 61.5 (as enacted by S.C. 1977-78, c. 27, s. 21).

The respondent was dismissed by her employer, a bank, after she was convicted of the theft of store merchandise valued under \$200. An Adjudicator, appointed under section 61.5 of the Labour Code, reinstated her in light of her previous unblemished work record, the severity of the consequences of termination and the distance between what she did and her duties and opportunities at work. The employer asks the Court to set aside the Adjudicator's order, pursuant to paragraph 28(1)(c) of the *Federal Court Act*, on the ground that the Adjudicator made an erroneous finding of fact. It also submits that paragraph 61.5(9)(b) of the Code, empowering the Adjudicator to reinstate the respondent, infringes the applicant's fundamental "freedom of association" contrary to para-

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Liberté d'association — Un arbitre a réintégré dans ses fonctions une employée congédiée par la Banque après avoir été trouvée coupable d'une infraction criminelle — L'art. 61.5(9)(b) du Code du travail, qui confère à un arbitre le pouvoir de réintégrer une personne dans son emploi, n'est pas contraire au droit à la liberté d'association prévu à l'art. 2d) de la Charte — La liberté d'association signifie la liberté de conclure des ententes pour promouvoir les objectifs communs du groupe s'associant — En l'espèce, il n'est pas question d'objectifs communs, et encore moins de ceux d'un groupe — Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 1, 2d) — Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 52.

Contrôle judiciaire — Demandes d'examen — La demande vise l'annulation d'une ordonnance d'un arbitre portant qu'une employée de banque congédiée après avoir été trouvée coupable d'avoir volé dans un magasin des marchandises d'une valeur ne dépassant pas 200 \$ doit être réintégrée dans son emploi — La décision est fondée en partie sur une conclusion que les fonctions de l'employée n'impliquent pas la manutention d'argent — Le rapport d'évaluation de l'employée énumère ses fonctions, qui comprennent la vente de chèques de voyage et d'autres documents — La demande est accueillie — L'arbitre a omis de tenir compte d'un élément de preuve pertinent — Il n'est pas nécessaire, pour que s'applique l'art. 28(1)(c), que la personne rendant la décision ait refusé de prendre connaissance d'éléments qui lui étaient présentés — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 28(1)(c).

Juges et tribunaux — Indépendance des tribunaux — L'indépendance des tribunaux serait menacée si le Parlement avait pleine compétence pour transférer les rôles judiciaires des cours supérieures aux tribunaux administratifs — Les critères établis dans le renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle s'appliquent à la question de l'usurpation des fonctions des cours supérieures — Possibilité d'un contrôle judiciaire — Il est important que les tribunaux soient suffisamment indépendants pour exercer les fonctions qui leur sont attribuées — L'art. 61.5 du Code canadien du travail, qui confère à un arbitre le pouvoir d'ordonner qu'un employé congédié soit réintégré dans son emploi, n'est pas ultra vires de la compétence du Parlement — Ces pouvoirs sont nécessairement inséparables de la réalisation d'objectifs plus larges — Le tribunal ne fonctionne pas comme une cour visée à l'art. 96 — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 61.5 (édité par S.C. 1977-78, chap. 27, art. 21).

L'intimée, qui était employée par une banque, a été congédiée après avoir été trouvée coupable d'avoir volé dans un magasin des marchandises dont la valeur ne dépassait pas 200 \$. Un arbitre, désigné conformément à l'article 61.5 du Code du travail, l'a réintégrée dans son emploi en tenant compte du fait que son dossier au travail était par ailleurs sans tache, des conséquences graves d'un congédiement ainsi que de l'absence de rapport entre l'acte commis et ses fonctions et possibilités au travail. L'employeur demande à la Cour d'annuler l'ordonnance de l'arbitre conformément à l'alinéa 28(1)(c) de la *Loi sur la Cour fédérale* pour le motif que l'arbitre a tiré une conclusion de fait erronée. Il prétend également que l'alinéa 61.5(9)(b) du Code, qui confère à l'arbitre le pouvoir de réinté-

graph 2(d) of the Charter. The applicant's final argument is that the whole of section 61.5 of the Code is *ultra vires* as the powers it purports to confer on an adjudicator in respect of wrongful dismissals are "judicial powers" that cannot be assigned to an adjudicator, but must either be left with a superior, district or county Court of a province or assigned to a court established under section 101 of the *Constitution Act, 1867*.

Held, the application should be allowed and the matter referred back to the Adjudicator.

Per Stone J.: The Adjudicator based his decision in part upon a finding that the respondent's job function did not involve handling money. That was not in accordance with the evidence since the respondent's duties, as listed in her performance review, included selling travellers cheques, money orders and other instruments. The respondent relied on *Re Rohm & Haas Canada Ltd.*, where it was held that the words "without regard for the material before it" in paragraph 28(1)(c) of the *Federal Court Act* connote ignoring or refusing to take notice of some material. The Adjudicator did not refuse to take notice of the performance review, but overlooked it. A tribunal that has overlooked a piece of relevant evidence in arriving at a finding of fact, and in deciding a matter on the basis of that finding has "based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made . . . without regard for the material before it".

The common thread running through the reported cases dealing with freedom of association is that the freedom guaranteed by paragraph 2(d) of the Charter is a freedom to enter into consensual arrangements to promote common interest objectives of the associating group. Paragraph 61.5(9)(b) of the Code does not infringe the freedom of association guaranteed by paragraph 2(d) of the Charter. There are not even joint common interest objectives here, much less group ones. The respondent is interested in gaining a livelihood from employment; the applicant's ultimate objective is to realize a profit from banking.

Within their spheres of legislative competence the provinces are subject to some restriction on their ability to bestow jurisdiction on a provincial agency, when that jurisdiction properly belongs to a section 96 court. The applicant argues, on the basis of *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick et al.*, that the Parliament of Canada is subject to the same restrictions when it attempts to transfer jurisdiction to a federal agency. It submits that the test in the *Residential Tenancies* case applies, and unless satisfied, section 61.5 is unconstitutional. To read the *McEvoy* case as authority for this proposition goes well beyond the question that it actually decided. The Supreme Court of Canada was dealing with a proposal by which a province would constitute a court and appoint the judges thereof and to which Parliament would transfer the jurisdiction of a superior court. The Supreme Court saw implementation of this scheme as violating the "fundamental principle" of the judicial independence of section 96 superior courts guaranteed by the judicature sections of the *Constitution Act, 1867*. Those sections applied and so prevented Parliament from

grer l'intimée dans son emploi, enfreint sa «liberté d'association», une liberté fondamentale prévue à l'alinéa 2d) de la Charte. La requérante prétend enfin que l'article 61.5 du Code est *ultra vires* dans son ensemble puisque les pouvoirs qu'il vise à conférer à un arbitre en matière de congédiement injuste constituent des «pouvoirs judiciaires» qui ne peuvent être accordés à un arbitre mais doivent plutôt être laissés à une cour supérieure, une cour de comté ou une cour de district de province ou encore à une cour créée en vertu de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Arrêt: la demande devrait être accueillie et la question devrait être renvoyée devant l'arbitre.

Le juge Stone: L'arbitre a fondé en partie sa décision sur une conclusion que les fonctions de l'intimée n'impliquaient pas la manutention d'argent. Cette conclusion était incompatible avec la preuve puisque les fonctions de l'intimée énumérées dans son rapport d'évaluation comprenaient la vente de chèques de voyage, mandats et autres documents. L'intimée s'est appuyée sur la décision rendue dans l'affaire *Re Rohm & Haas Canada Ltd.*, dans laquelle il a été conclu que les termes «sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance» figurant à l'alinéa 28(1)c) de la *Loi sur la Cour fédérale* laissent entendre que le tribunal aurait ignoré certains des éléments de preuve ou aurait refusé d'en prendre connaissance. L'arbitre n'a pas refusé de prendre connaissance du rapport d'évaluation mais a oublié de le faire. En omettant de tenir compte d'un élément de preuve pertinent pour tirer une conclusion de fait et fonder sa décision sur cette conclusion, le tribunal «[fonde] sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée . . . sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance».

La plupart des décisions publiées qui traitent de la liberté d'association ont un point en commun, à savoir que la liberté garantie par l'alinéa 2d) de la Charte est celle de conclure des ententes pour promouvoir les objectifs communs d'un groupe s'associant. L'alinéa 61.5(9)b) du Code ne contrevient pas à la liberté d'association garantie par l'alinéa 2d) de la Charte. En l'espèce, il n'est même pas question d'objectifs communs, et encore moins de ceux d'un groupe. L'intimée désire gagner sa vie grâce à un emploi; le but ultime de la requérante est de tirer un profit de ses opérations bancaires.

Dans leur champ de compétence, les provinces sont assujetties à certaines restrictions lorsqu'il s'agit de conférer à un organisme provincial certains pouvoirs qui appartiennent dûment à une cour créée en vertu de l'article 96. La requérante s'appuie sur l'arrêt *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick et autre* pour prétendre que le Parlement du Canada est soumis à ces mêmes restrictions lorsqu'il tente de transférer ces pouvoirs à un organisme fédéral. Elle prétend que le critère énoncé dans le renvoi relatif à la *Loi de 1979 sur la location résidentielle* s'applique à l'espèce et que, si ce critère n'est pas respecté, l'article 61.5 du Code est inconstitutionnel. La portée de la question se trouvant réellement tranchée dans l'affaire *McEvoy* est loin de permettre que l'on invoque cette décision à l'appui de la proposition précitée. La Cour suprême du Canada était saisie d'un projet en vertu duquel une province devait créer un tribunal dont elle nommait les juges, tribunal auquel le Parlement du Canada transférerait la compétence d'une cour supérieure. La Cour suprême a jugé que l'application de ce programme contreviendrait au «principe fondamental» de l'in-

transferring that jurisdiction and the province from appointing those judges. There is no clear and authoritative statement on the precise issue herein. The traditional view has been that Parliament in exercising its legislative competence is not subject to the same restrictions in creating and vesting with jurisdiction administrative tribunals as those that bind the provincial legislatures. Section 61.5 is not *ultra vires* the Parliament of Canada.

Per Urie J. (concurring in the result): The potential for erosion of judicial independence exists if Parliament has the unfettered authority to remove traditional judicial roles from superior courts to place them in the hands of other bodies. Perhaps the requirement of judicial review is a *sine qua non*. Recognizing that the *Residential Tenancies* reference was in respect of the power of a provincial legislature to assign traditional judicial powers to a provincial tribunal, the three tests laid down therein have equal applicability in determining whether Parliament has usurped the functions of superior courts in assigning to other tribunals powers theretofore exercised by them. Applying those tests, section 61.5 of the *Canada Labour Code* is not *ultra vires* because, viewing the Adjudicator's powers in "the 'context' in which they are exercised", the powers are "necessarily incidental to the achievement of a broader policy goal". It is not the "sole or central function of the tribunal . . . so that the tribunal can be said to be operating 'like a s. 96 court'".

Per Mahoney J. (concurring in the result): The power of Parliament to transfer jurisdiction need not be utterly unrestrained. Perhaps the test should be whether the status of the transferee tribunal is such that a reasonable, well-informed person would perceive it to be sufficiently independent for the task assigned and that it is, in fact, that independent. Perhaps the availability of judicial review is a *sine qua non*. Adjudicators appointed *ad hoc* under subsection 61.5(6) enjoy the necessary independence, and access to judicial review is not restricted. Section 61.5 is not *ultra vires*.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

Re Rohm & Haas Canada Ltd. and Anti-dumping Tribunal (1978), 91 D.L.R. (3d) 212 (F.C.A.).

APPLIED:

Public Service Alliance of Canada v. The Queen, [1984] 2 F.C. 889 (C.A.); *Collimore v. Attorney-General*, [1970] A.C. 538 (P.C.).

dépendance des cours supérieures visées à l'article 96, principe que garantissent les articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* portant sur le système judiciaire. Ces articles s'appliquaient et empêchaient le Parlement de transférer cette compétence et la province de nommer ces juges. Ce jugement ne comporte aucune déclaration claire et nette sur la question particulière qui se pose en l'espèce. L'opinion ayant prévalu par le passé veut que le Parlement du Canada, dans l'exercice de sa compétence législative, ne soit pas assujéti aux mêmes restrictions que les parlements provinciaux lorsqu'il s'agit de créer des tribunaux administratifs et de leur conférer des pouvoirs. L'article 61.5 n'est pas *ultra vires* des pouvoirs du Parlement du Canada.

Le juge Urie (motifs concordants quant au résultat): L'indépendance des tribunaux risque l'érosion si le Parlement a pleine compétence pour conférer les rôles judiciaires joués traditionnellement par les cours supérieures à d'autres organismes. La possibilité d'un contrôle judiciaire constitue peut-être une condition *sine qua non*. Même en reconnaissant que dans le renvoi relatif à la *Loi de 1979 sur la location résidentielle*, il s'agissait du pouvoir d'un législateur provincial de conférer les pouvoirs judiciaires traditionnels à un tribunal provincial, les trois critères énoncés dans cette affaire sont tout aussi applicables pour déterminer si le Parlement a usurpé les fonctions des cours supérieures en conférant à d'autres tribunaux des pouvoirs originalement exercés par celles-ci. Suivant ces critères, l'article 61.5 du *Code canadien du travail* n'est pas *ultra vires* puisque le pouvoir qu'il prévoit, compte tenu du «contexte dans lequel il est exercé», est de ceux qui sont «nécessairement inséparables de la réalisation des objectifs plus larges». Il ne s'agit pas de «la seule fonction ou la fonction principale du tribunal [de sorte] qu'on puisse dire que le tribunal fonctionne "comme une cour visée à l'article 96"».

Le juge Mahoney (motifs concordants quant au résultat): Les pouvoirs de transfert de compétence du Parlement ne doivent pas être illimités. Le critère applicable devrait peut-être consister à savoir si une personne raisonnable et bien informée considérerait le tribunal cessionnaire comme un organisme assez indépendant pour exercer les pouvoirs qui lui sont attribués et si, de fait, il est bel et bien indépendant. L'existence d'un contrôle judiciaire est peut-être une condition *sine qua non*. Les arbitres spéciaux nommés en vertu du paragraphe 61.5(6) jouissent de l'indépendance voulue et leurs décisions sont assujétiées au contrôle judiciaire. L'article 61.5 n'est pas *ultra vires*.

JURISPRUDENCE

DÉCISION NON SUIVIE:

Re Rohm & Haas Canada Ltd. et Le Tribunal antidumping (1978), 91 D.L.R. (3d) 212 (C.A.F.).

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Alliance de la Fonction publique du Canada c. La Reine, [1984] 2 C.F. 889 (C.A.); *Collimore v. Attorney-General*, [1970] A.C. 538 (P.C.).

DISTINGUISHED:

Black & Company v. Law Society of Alberta (1986), 68 A.R. 259 (C.A.); *Young, James and Webster v. United Kingdom* (1981), 4 E.H.R.R. 38; *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick et al.*, [1983] 1 S.C.R. 704.

CONSIDERED:

Residential Tenancies Act, 1979, Re, [1981] 1 S.C.R. 714; *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331 (C.A.); *R. v. Canada Labour Relations Board, Ex parte Federal Electric Corp.* (1964), 44 D.L.R. (2d) 440 (Man. Q.B.); *Canard v. Attorney-General of Canada et al.* (1972), 30 D.L.R. (3d) 9 (Man. C.A.); *rev'd sub nom. Attorney General of Canada et al. v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170; *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673.

REFERRED TO:

Re United Headwear, Optical and Allied Workers Union of Canada, Local 3 et al. and Biltmore/Stetson (Canada) Inc. et al. (1983), 43 O.R. (2d) 243 (C.A.); *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home et al. and two other applications* (1983), 44 O.R. (2d) 392 (Div. Ct.); *Dolphin Delivery Ltd. v. Retail, Wholesale and Dept. Store Union, Loc. 580* (1984), 52 B.C.L.R. 1 (C.A.); *Re Pruden Building Ltd. and Construction & General Workers' Union Local 92 et al.* (1984), 13 D.L.R. (4th) 584 (Alta. Q.B.); *Chappell v. Times Newspapers Ltd.*, [1975] 1 W.L.R. 482 (Ch.D.); *Reference re Authority to perform functions vested by the Adoption Act, the Children's Protection Act, the Children of Unmarried Parents Act, the Deserted Wives' Act and Children's Maintenance Act, of Ontario*, [1938] S.C.R. 398; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John-East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134 (P.C.); *Dupont and MacLeod v. Inglis, Biron and Mann*, [1958] S.C.R. 535; *Tomko v. Labour Relations Board (N.S.) et al.*, [1977] 1 S.C.R. 112; *Attorney General (Que.) et al. v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638; *Mississauga (City of) v. Municipality of Peel et al.*, [1979] 2 S.C.R. 244; *Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Attorney General of Quebec et al. v. Grondin et al.*, [1983] 2 S.C.R. 364; *B.C. Family Relations Act, Re*, [1982] 1 S.C.R. 62; *R. v. McDonald*, [1958] O.R. 373 (C.A.); *Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1.

COUNSEL:

D. J. M. Brown, Q.C. for applicant.
L. T. Roslyn for respondent.

SOLICITORS:

Blake, Cassels & Graydon, Toronto, for applicant.
Leighton T. Roslyn, Sudbury, Ontario, for respondent.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Black & Company v. Law Society of Alberta (1986), 68 A.R. 259 (C.A.); *Young, James and Webster v. United Kingdom* (1981), 4 E.H.R.R. 38; *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick et autre*, [1983] 1 R.C.S. 704.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Loi de 1979 sur la location résidentielle, [1981] 1 R.C.S. 714; *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331 (C.A.); *R. v. Canada Labour Relations Board, Ex parte Federal Electric Corp.* (1964), 44 D.L.R. (2d) 440 (B.R. Man.); *Canard v. Attorney-General of Canada et al.* (1972), 30 D.L.R. (3d) 9 (C.A. Man.); infirmée par *Procureur général du Canada et autre c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170; *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673.

DÉCISIONS CITÉES:

Re United Headwear, Optical and Allied Workers Union of Canada, Local 3 et al. and Biltmore/Stetson (Canada) Inc. et al. (1983), 43 O.R. (2d) 243 (C.A.); *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home et al. and two other applications* (1983), 44 O.R. (2d) 392 (C. div.); *Dolphin Delivery Ltd. v. Retail, Wholesale and Dept. Store Union, Loc. 580* (1984), 52 B.C.L.R. 1 (C.A.); *Re Pruden Building Ltd. and Construction & General Workers' Union Local 92 et al.* (1984), 13 D.L.R. (4th) 584 (B.R. Alb.); *Chappell v. Times Newspapers Ltd.*, [1975] 1 W.L.R. 482 (Ch.D.); *Reference re Authority to perform functions vested by the Adoption Act, the Children's Protection Act, the Children of Unmarried Parents Act, the Deserted Wives' Act and Children's Maintenance Act, of Ontario*, [1938] R.C.S. 398; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John-East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134 (P.C.); *Dupont and MacLeod v. Inglis, Biron and Mann*, [1958] R.C.S. 535; *Tomko c. Labour Relations Board (N.-É.) et autres*, [1977] 1 R.C.S. 112; *Procureur général (Qué.) et autre c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638; *Mississauga (ville de) c. Municipalité de Peel et autres*, [1979] 2 R.C.S. 244; *Crevier c. Procureur général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Procureur général du Québec et autre c. Grondin et autre*, [1983] 2 R.C.S. 364; *Family Relations Act (C.-B.), Renvoi*, [1982] 1 R.C.S. 62; *R. v. McDonald*, [1958] O.R. 373 (C.A.); *Valin v. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1.

AVOCATS:

D. J. M. Brown, c.r. pour la requérante.
L. T. Roslyn pour l'intimée.

PROCUREURS:

Blake, Cassels & Graydon, Toronto, pour la requérante.
Leighton T. Roslyn, Sudbury (Ontario), pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

URIE J. (*concurring in the result*): I have had the benefit of reading the draft reasons for judgment of both of my brothers, Mahoney and Stone JJ. As does Mahoney J., I agree completely with Stone J. on the result of the application and with his conclusions on both the erroneous finding of fact ground and on the ground relating to the alleged violation of the applicant's freedom of association as guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)*].

However, I share with Mahoney J. the difficulty in reconciling the constitutional status of an independent judiciary "with the notion that, within the sphere of its legislative competence, Parliament is entirely free to assign elsewhere the jurisdiction traditionally exercised by that judiciary", which is, in effect, the conclusion to which our brother Stone has come on question of the *vires* of Parliament to enact section 61.5 of the *Canada Labour Code* [R.S.C. 1970, c. L-1, as enacted by S.C. 1977-78, c. 27, s. 21]. His conclusion is an extension of the principles enunciated in the judgments of the Supreme Court of Canada in numerous cases but, in particular, in the *Residential Tenancies Act, 1979, Re*, [1981] 1 S.C.R. 714 and *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick et al.*, [1983] 1 S.C.R. 704. It is that extension with which I have difficulty.

Mahoney J. has succinctly expressed his doubts based upon his perception of the potential erosion of judicial independence if Parliament has the unfettered authority to remove traditional judicial roles from superior courts to place them in the hands of other bodies. He suggests that, perhaps, the possibility of judicial review is a *sine qua non*. I harbour the same doubts and have the same view as to the requirement, at least, of judicial review.

However, I would go one step further. Recognizing that the *Residential Tenancies* reference was in respect of the power of a provincial legislature to assign traditional judicial powers to a provincial tribunal, it appears to me that the three tests laid down therein by Dickson J. (as he then was) have

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

LE JUGE URIE (*souscrivant au résultat*): J'ai eu le privilège de lire l'ébauche des motifs du jugement de mes collègues, les juges Mahoney et Stone. Tout comme le juge Mahoney, je souscris tout à fait à l'opinion du juge Stone en ce qui concerne le résultat de la demande, la conclusion de fait erronée et la prétendue violation de la liberté d'association de la requérante, garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.)*].

Cependant, j'ai autant de difficulté que le juge Mahoney à concilier le statut constitutionnel d'un tribunal indépendant «avec la notion selon laquelle dans les limites de ses compétences législatives, le Parlement est libre d'attribuer à quiconque les pouvoirs traditionnellement exercés par ce tribunal»; c'était, en fait, la conclusion de notre collègue, le juge Stone, relativement au pouvoir du Parlement d'adopter l'article 61.5 du *Code canadien du travail* [S.R.C. 1970, chap. L-1, édicté par S.C. 1977-78, chap. 27, art. 21]. Sa conclusion représente un prolongement des principes énoncés fréquemment par la Cour suprême du Canada, notamment dans *Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714 et *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick et autre*, [1983] 1 R.C.S. 704. J'ai de la difficulté à accepter cette interprétation.

Le juge Mahoney a exprimé de façon succincte ses doutes au sujet de l'érosion éventuelle de l'indépendance des tribunaux si le Parlement avait pleine compétence pour conférer à d'autres organismes les rôles judiciaires joués traditionnellement par les cours supérieures. À son avis, la possibilité d'un contrôle judiciaire constitue peut-être une condition *sine qua non*. Je partage ses doutes et son opinion à l'égard de la nécessité, tout au moins, d'un contrôle judiciaire.

J'irais toutefois encore plus loin. Même si je reconnais que dans le renvoi relatif à la *Loi de 1979 sur la location résidentielle*, il s'agissait du pouvoir d'un législateur provincial de conférer les pouvoirs judiciaires traditionnels à un tribunal provincial, il me semble que les trois critères énoncés

equal applicability in determining whether Parliament has or has not usurped the functions of superior courts in assigning to other tribunals powers theretofore exercised by them. Applying those tests to the case at bar, I have no difficulty in concluding that, contrary to what was argued by counsel for the applicant, the enactment of section 61.5 of the *Canada Labour Code* is not *ultra vires* the Parliament of Canada because, *inter alia*, in the third step, viewing the Adjudicator's power in "the 'context' in which [these powers are] exercised" the powers are "necessarily incidental to the achievement of a broader policy goal". It is not the "sole or central function of the tribunal . . . so that the tribunal can be said to be operating 'like a s. 96 court' ". One need only view the scheme of the Act to verify that that is a correct view of the legislation.

That being so, I agree with my brothers that section 61.5 is not *ultra vires* the Parliament of Canada. I would, therefore dispose of the matter in the manner proposed by Stone J.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MAHONEY J. (*concurring in the result*): I have had the advantage of reading in draft the reasons for judgment prepared by my brother Stone herein. I agree in the result and am in complete agreement with his reasons on the questions of the Adjudicator's erroneous finding of fact and the alleged violation of the applicant's Charter guaranteed freedom of association.

There is an aspect of his reasons relative to the *ultra vires* argument which disturbs me a great deal. As Mr. Justice Stone has very clearly demonstrated, there is a substantial body of highly respectable judicial opinion supporting the proposition that Parliament is under no constitutional restraint whatever in assigning to federal administrative tribunals, or to federal officials, jurisdiction traditionally exercised by section 96 courts. I must say that I find that baldly stated proposition repugnant.

dans cette affaire par le juge Dickson (alors juge puîné) sont tout aussi applicables pour déterminer si le Parlement a usurpé les fonctions des cours supérieures en conférant à d'autres tribunaux les pouvoirs originalement exercés par celles-ci. Suivant ces critères, je conclus facilement qu'en l'espèce, contrairement à ce que prétend l'avocat de la requérante, l'adoption de l'article 61.5 du *Code canadien du travail* n'est pas *ultra vires* des compétences du Parlement du Canada parce que notamment, en ce qui concerne le troisième critère, compte tenu du «contexte dans lequel le pouvoir [de l'arbitre] s'exerce», ces pouvoirs sont «nécessairement inséparables de la réalisation des objectifs plus larges». Il ne s'agit pas de «la seule fonction ou la fonction principale du tribunal [de sorte] qu'on puisse dire que le tribunal fonctionne "comme une cour visée à l'art. 96"». Il suffit d'examiner l'économie de la loi pour conclure qu'il s'agit de l'interprétation exacte.

Par conséquent, je souscris à l'opinion de mes collègues selon laquelle l'article 61.5 n'est pas *ultra vires* des compétences du Parlement du Canada. Je disposerais donc de l'affaire de la même façon que le juge Stone.

* * *

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

LE JUGE MAHONEY (*souscrivant au résultat*): J'ai eu le privilège de lire l'ébauche des motifs du jugement de mon collègue le juge Stone. Je souscris à sa décision ainsi qu'à ses motifs, en ce qui concerne la conclusion de fait erronée de l'arbitre et la prétendue violation de la liberté d'association de la requérante, garantie par la Charte.

Toutefois, je suis sceptique à l'égard d'un aspect de ses motifs portant sur la constitutionnalité. Comme le juge Stone l'a très clairement démontré, de nombreux auteurs et experts de renom estiment que le Parlement n'est assujéti à aucune restriction constitutionnelle lorsqu'il s'agit de conférer à des fonctionnaires ou à des tribunaux administratifs fédéraux des pouvoirs traditionnellement exercés par des cours visées à l'article 96. Cette proposition maladroitement énoncée me semble tout à fait illogique.

While *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick et al.*, [1983] 1 S.C.R. 704, dealt with a Charter guaranteed right, and this issue is not based on the Charter, it was said there, at page 720:

The traditional independence of English Superior Court judges has been raised to the level of a fundamental principle of our federal system by the *Constitution Act, 1867* and cannot have less importance and force in the administration of criminal law than in the case of civil matters. Under the Canadian constitution the Superior Courts are independent of both levels of government. The provinces constitute, maintain and organize the Superior Courts; the federal authority appoints the judges. The judicature sections of the *Constitution Act, 1867* guarantee the independence of the Superior Courts; they apply to Parliament as well as to the Provincial Legislatures.

I cannot, with respect, reconcile the constitutional status of an independent judiciary with the notion that, within the sphere of its legislative competence, Parliament is entirely free to assign elsewhere the jurisdiction traditionally exercised by that judiciary. What is the point of a constitutionally enshrined independent judiciary if Parliament is at liberty to strip it of its jurisdiction?

It almost goes without saying that the practical requirements of the administration of justice will no more be satisfactorily met in the future, than in the past, by a static division of jurisdiction between section 96 courts and other tribunals. That does not, however, necessitate that the power of Parliament to transfer jurisdiction be utterly unrestrained.

A good deal of the discussion of judicial independence in *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673, is of some relevance to this question, although it, too, was a Charter case. Perhaps, as suggested there, at page 689, the test should be whether the status of the transferee tribunal is such that a reasonable, well-informed person would perceive it to be sufficiently independent for the task assigned and that it is, in fact, that independent. Perhaps, too, the availability of judicial review is a *sine qua non*.

On that basis, I have no difficulty agreeing in that section 61.5 of the *Canada Labour Code* is not *ultra vires* Parliament. Adjudicators appointed

Même si dans l'arrêt *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick et autre*, [1983] 1 R.C.S. 704, il s'agissait d'un droit garanti par la Charte, contrairement à l'espèce, cette décision portait notamment, à la page 720, ce qui suit:

La *Loi constitutionnelle de 1867* érige en principe fondamental de notre régime fédéral l'indépendance traditionnelle des juges des cours supérieures anglaises et cette indépendance ne peut être moins importante et moins vitale dans l'administration du droit criminel qu'elle ne l'est dans les affaires civiles. Aux termes de la Constitution canadienne, les cours supérieures sont indépendantes des deux paliers de gouvernement. Les provinces créent, maintiennent et organisent les cours supérieures; le fédéral nomme les juges. Les articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui portent sur l'organisation judiciaire garantissent l'indépendance des cours supérieures; ils s'appliquent aussi bien au Parlement qu'aux législatures provinciales.

En toute déférence, je ne puis concilier le statut constitutionnel d'un tribunal indépendant avec la notion selon laquelle dans les limites de ses compétences législatives, le Parlement est libre d'attribuer à quiconque les pouvoirs traditionnellement exercés par ce tribunal. Pourquoi reconnaître constitutionnellement l'indépendance des tribunaux si le Parlement peut à son gré leur retirer leurs pouvoirs?

Il va presque sans dire que les besoins pratiques de l'administration de la justice ne seront pas mieux servis à l'avenir par une division statique des pouvoirs entre les cours visées par l'article 96 et les autres tribunaux. Cependant, cela ne justifie pas que les pouvoirs de transfert de compétence du Parlement soient illimités.

Une bonne partie des arguments portant sur l'indépendance des tribunaux dans l'affaire *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673, sont pertinents en l'espèce, même s'il s'agissait également d'une question d'application de la Charte. La Cour a peut-être raison d'affirmer, à la page 689, qu'il faudrait déterminer si une personne raisonnable et bien informée considérerait le tribunal cessionnaire comme un organisme assez indépendant pour exercer les fonctions qui lui sont attribuées et si, de fait, il est bel et bien indépendant. En outre, l'existence d'un contrôle judiciaire est peut-être une condition *sine qua non*.

Par conséquent, j'admets facilement que l'article 61.5 du *Code canadien du travail* n'est pas *ultra vires* des compétences du Parlement. Les arbitres

ad hoc under subsection 61.5(6) enjoy the necessary independence, and access to judicial review is not restricted.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STONE J.: Mrs. Rifou, a long-time employee, lost her job with the Bank after being convicted of a criminal offence. An Adjudicator appointed and acting pursuant to section 61.5 of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, as amended, reinstated her to employment without compensation or other benefits. This Court is now asked to set aside the Adjudicator's decision and order which is dated March 27, 1985.

The decision and order was made in the following circumstances. On June 18, 1984 the respondent's employment was terminated by notice in writing of the same date. In the previous month she had been convicted of stealing store merchandise of a value not exceeding \$200 contrary to paragraph 294(b) of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 25)]. At the time of her conviction she was serving the applicant as a Liability or Loans Officer. She had held various positions with the Bank from the time she entered into employment in 1967. Her work record was without blemish prior to this occurrence, leading the Adjudicator to conclude that it showed "a high sense of responsibility and a high level of competence and collegiality". He went on to state at pages 7-8 of his decision and order:

I conclude that the theft was an aberration, for which there may not be an explanation known to the Complainant, and that, given the event of criminal conviction and suspension from employment, which may be much more reliable conditioners than an excuse which may be contrived or an expression of remorse that may be fabricated, the aberration is a much less plausible base for projecting future conduct than the Complainant's long and commendable work record. I note also that her job function is clerical, and does not involve handling money or like property. I note also that the theft was not work related and occurred off duty and off the employer's premises. I accept the Complainant's explanation for the incorrect and cryptic statements in the Unemployment Insurance events. The explanations are credible and I believe them.

spéciaux nommés en vertu du paragraphe 61.5(6) jouissent de l'indépendance voulue et leurs décisions sont assujetties au contrôle judiciaire.

* * *

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

LE JUGE STONE: Madame Rifou, employée de longue date de la Banque, a perdu son emploi après avoir été reconnue coupable d'une infraction criminelle. Un arbitre nommé en vertu de l'article 61.5 du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, modifié, l'a réintégrée dans son emploi, sans indemnité ni autres avantages. La Cour est maintenant saisie de l'annulation de la décision de l'arbitre ainsi que de son ordonnance datée du 27 mars 1985.

La décision et l'ordonnance ont été prononcées dans les circonstances suivantes. Le 18 juin 1984, l'intimée a été informée par écrit de son congédiement. Le mois précédent, elle avait été reconnue coupable d'avoir volé, dans un magasin, des marchandises dont la valeur ne dépassait pas 200 \$, enfreignant ainsi l'alinéa 294b) du *Code criminel* [S.R.C. 1970, chap. C-34 (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 93, art. 25)]. Au moment de sa condamnation, elle était préposée aux prêts ou au crédit chez la requérante. Elle avait occupé différents postes au sein de la Banque, depuis son arrivée en 1967. Avant cet incident, son dossier au travail était sans tache, ce qui a mené l'arbitre à conclure qu'elle avait [TRADUCTION] «un grand sens de la responsabilité et de la collaboration et un haut niveau de compétence». Voici ce qu'il a affirmé aux pages 7 et 8 de ses décision et ordonnance:

[TRADUCTION] Je conclus que le vol était une véritable aberration que la plaignante n'est peut-être pas en mesure d'expliquer et que, compte tenu de la condamnation criminelle et de la suspension de son emploi, lesquels sont peut-être de bien meilleurs éléments de conditionnement qu'une simple excuse ou expression de remords fabriquée de toute pièce, l'aberration en question est un facteur beaucoup moins plausible pour prédire le comportement futur de la plaignante que son bon dossier au travail, depuis des années. Je remarque également que ses fonctions se limitent à un travail de bureau et n'impliquent pas la manutention d'argent ou de biens semblables. De plus, le vol n'était pas lié à ses fonctions et a eu lieu en dehors de ses heures de travail et des locaux de son employeur. J'accepte l'explication qu'offre la plaignante au sujet des affirmations incorrectes et sibyllines en matière d'assurance-chômage. Ces explications sont tout à fait crédibles et je les accepte.

I conclude, therefore, that the facts do not establish a case for an uncompromising response from the Employer to the Complainant's culpable behaviour. That conclusion lets in the Complainant's case for mitigation, mainly her work record, the complex severity of the consequences of termination, and the distance between what she did and her duties and opportunities at work.

The applicant makes three separate attacks on the decision and order. It says that the learned Adjudicator based his decision upon an erroneous finding of fact made without regard for the material before him and, accordingly, that the decision and order should be set aside in accordance with paragraph 28(1)(c) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10. Secondly, it says that the provisions of paragraph 61.5(9)(b) of the Code empowering the Adjudicator to reinstate the respondent infringes the applicant's fundamental "freedom of association" contrary to paragraph 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that that paragraph is not saved by section 1 of the Charter. Finally, the applicant argues that the whole of section 61.5 of the Code is *ultra vires* the Parliament of Canada in that the powers it purports to confer on an adjudicator, being in respect of wrongful dismissal from employment, are "judicial powers" that cannot be assigned to an adjudicator but must either be left with a superior, district or county court of a province or assigned to a court established under section 101 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1)]. I shall deal with these issues in turn.

ERRONEOUS FINDING OF FACT

The basis of this attack is the above quoted finding of the Adjudicator that the respondent's "job function . . . does not involve handling money or like property". Counsel argues that the finding simply does not accord with the evidence and, in particular, with that contained in a performance review dated April 24, 1984 in which the respondent's regular duties are enumerated. The performance review document required that those duties "be listed in order of importance" and that less significant duties "be clustered into fewer statements where the content and ratings do not require

Je conclus donc que suivant les faits, la réaction intransigeante de l'employeur au comportement coupable de la plaignante est sans fondement. Cette conclusion tient compte des circonstances atténuantes du cas de la plaignante, principalement son dossier au travail, des conséquences graves d'un congédiement et de la disparité entre l'acte commis et ses fonctions et possibilités au travail.

La requérante conteste la décision et l'ordonnance pour trois motifs distincts. Elle prétend que l'arbitre a fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée, tirée sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance et que par conséquent, sa décision et son ordonnance devraient être annulées conformément à l'alinéa 28(1)c) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10. De plus, elle affirme que les dispositions de l'alinéa 61.5(9)b) du Code, habilitant l'arbitre à réintégrer l'intimée dans son emploi, est contraire à la «liberté d'association» fondamentale de la requérante, prévue à l'alinéa 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que cet alinéa n'est pas exempté par l'article 1 de la Charte. Enfin, la requérante allègue que tout l'article 61.5 du Code est *ultra vires* de la compétence du Parlement du Canada puisque les pouvoirs qu'il confère à l'arbitre, en matière de congédiements injustes, constituent des «pouvoirs judiciaires» qui ne peuvent être accordés à un arbitre mais doivent plutôt être laissés à une cour supérieure, une cour de comté ou une cour de district de province ou encore à une cour créée en vertu de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1)]. Je vais examiner ces questions tour à tour.

CONCLUSION DE FAIT ERRONÉE

Cette allégation est fondée sur la conclusion susmentionnée selon laquelle les «fonctions [de l'intimée] se limitent à un travail de bureau et n'impliquent pas la manutention d'argent ou de biens semblables». L'avocat prétend que cette conclusion est tout simplement incompatible avec la preuve et plus particulièrement, avec la preuve contenue dans un rapport d'évaluation daté du 24 avril 1984 qui fait mention des fonctions habituelles de l'intimée. Selon ce document, ces fonctions devaient [TRADUCTION] «être énumérées en ordre ou selon l'importance» et les tâches moins importantes

special attention". Among the regular duties enumerated are the following found in item 11 among the 14 items listed in the document:

11. Transact business with customers and non customers, selling travellers cheques, drafts, money orders, CSB's, GIC's, Term Deposit, Safety Deposit Boxes, cables, etc. as well as all other instruments.

There can be little doubt that this evidence, involving as it does "selling" by the respondent of travellers cheques and other instruments, points rather plainly to the handling of money by her as one of her regular duties. Even so, it is argued, the decision and order was not based upon that finding but rather upon a finding that the theft "is a much less plausible base for projecting future conduct than the Complainant's long and commendable work record". I am quite unable to accept this submission. A reading of the decision and order as a whole convinces me that the Adjudicator did base his decision to reinstate the respondent to employment at least in part upon his finding that her work "did not involve handling money or like property". It is among the several reasons he gives for doing so.

Was the finding in issue made "without regard for the material before" the Adjudicator within the meaning of paragraph 28(1)(c) of the *Federal Court Act*? That paragraph reads:

28. (1) Notwithstanding section 18 or the provisions of any other Act, the Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis, made by or in the course of proceedings before a federal board, commission or other tribunal, upon the ground that the board, commission or tribunal

(c) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

It is not contended that the finding was made "in a perverse or capricious manner". The respondent relies on certain views expressed by this Court in *Re Rohm & Haas Canada Ltd. and Anti-dump-*

[TRADUCTION] «devaient être regroupées en quelques énoncés dont le contenu et l'appréciation n'exigeaient pas d'attention particulière». Parmi les quatorze groupes de fonctions prévus dans ce document, on retrouve notamment les fonctions habituelles décrites au paragraphe 11 que voici:

[TRADUCTION] 11. Faire affaire avec les clients et les autres personnes, vendre des chèques de voyage, traites, mandats, obligations d'épargne du Canada, certificats de placement garanti, dépôts à terme, coffrets de sûreté, virements télégraphiques, etc. ainsi que d'autres documents.

Cet élément de preuve, impliquant la «vente» par l'intimée de chèques de voyage et d'autres documents, indique incontestablement que la manutention d'argent faisait partie de ses fonctions habituelles. Malgré cela, il est allégué que la décision et l'ordonnance n'étaient pas fondées sur cette conclusion mais plutôt sur la conclusion selon laquelle le vol «est un facteur beaucoup moins plausible pour prédire le comportement futur de la plaignante que son bon dossier au travail, depuis des années». Je ne puis accepter cette prétention. À la lecture de toute la décision et de l'ordonnance, je suis convaincu que l'arbitre a bel et bien fondé sa décision de réintégrer l'intimée dans son emploi, du moins en partie, sur la conclusion de fait selon laquelle ses fonctions «n'impliquent pas la manutention d'argent ou de biens semblables». C'est l'un des nombreux motifs qu'il avance.

La conclusion en cause a-t-elle été tirée «sans tenir compte des éléments portés à [la] connaissance» de l'arbitre, au sens de l'alinéa 28(1)(c) de la *Loi sur la Cour fédérale*? Voici le texte de cet alinéa:

28. (1) Nonobstant l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi, la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, rendue par un office, une commission ou un autre tribunal fédéral ou à l'occasion de procédures devant un office, une commission ou un autre tribunal fédéral, au motif que l'office, la commission ou le tribunal

c) a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.

La requérante ne prétend pas que la conclusion a été tirée «de façon absurde ou arbitraire». L'intimée fonde ses arguments sur certaines opinions exprimées par cette Cour dans *Re Rohm & Haas*

ing Tribunal (1978), 91 D.L.R. (3d) 212 (F.C.A.), concerning the meaning of the words "without regard for the material before it". They are found in the following passage of the judgment, at pages 214-216, where Chief Justice Jackett stated:

In considering an attack based on s. 28(1)(c) it should be kept in mind that, for such an attack to succeed, there are, according to the wording of s. 28(1)(c), three conditions precedent, *viz.*:

- (a) the Tribunal must have made an "erroneous" finding of fact;
- (b) that erroneous finding must have been made
 - (i) in a perverse or capricious manner, or
 - (ii) without regard for the material before the Tribunal, and
- (c) the decision attacked must be "based" on the erroneous finding.

In my view, none of the alleged "erroneous" findings can be said, on a fair reading of the Tribunal's "Statement of Reasons" to meet the second of these requirements. It was not suggested that the Tribunal was guilty of perversity (*i.e.*, wilfully going contrary to the evidence) or of capriciousness. As to the words "without regard for the material before it", in my view, they connote that the Tribunal has ignored (*i.e.*, refused to take notice of) that material or some significant part of it and not merely that the supervisory Court would have evaluated it differently than the Tribunal did. [Footnotes omitted.]

Counsel for the respondent submits that, in arriving at his decision, the Adjudicator did not refuse to take notice of the performance review for it is explicitly referred to on pages 1 and 2 of his decision and order and, inferentially, by his reference to the respondent's "work record" made elsewhere in the decision. On the other hand, it would seem that the Adjudicator failed to notice the content of item 11 of that review. If he had noticed it he would not have found that the respondent's "job function . . . does not involve handling money or like property". It is not suggested that he refused to notice that particular piece of evidence but only that he appears to have overlooked it. I agree. In my view, a tribunal that has overlooked a piece of relevant evidence in arriving at a finding of fact and in deciding a matter on the basis of that finding has "based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made . . . without regard for the material before it". That, surely, is what occurred here. I think the applicant has made out its case on the point and, ordinarily, that the

Canada Ltd. et Le Tribunal antidumping (1978), 91 D.L.R. (3d) 212 (C.A.F.), au sujet du sens des mots «sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance». Ces opinions figurent dans le passage suivant de la décision du juge en chef Jackett, aux pages 214 à 216:

Pour l'étude d'une contestation fondée sur l'al. 28(1)c), il faut garder en tête que, pour avoir gain de cause, il faut, d'après le libellé de l'al. 28(1)c), que trois conditions soient réalisées:

- a) le tribunal doit avoir tiré une conclusion de fait «erronée»,
- b) cette conclusion erronée doit avoir été tirée:
 - (i) de façon absurde ou arbitraire, ou
 - (ii) sans tenir compte des éléments portés à la connaissance du tribunal et,
- c) la décision contestée doit avoir été «fondée» sur la conclusion erronée.

À mon avis, on ne saurait considérer, après une lecture honnête des «motifs» du tribunal, que ses conclusions prétendument «erronées» satisfont à la deuxième de ces exigences. Il n'a pas été soutenu que le tribunal s'était rendu coupable d'absurdités (c.-à-d. d'avoir statué sciemment à l'opposé de la preuve) ni d'arbitraire. Quant à l'expression «sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance», à mon avis, elle laisse entendre que le tribunal les aurait ignorés (c.-à-d. aurait refusé d'en prendre connaissance) ou aurait ignoré ceux qui sont importants, et non pas simplement que la juridiction judiciaire aurait pu les évaluer différemment que ne l'a fait le tribunal. [Les renvois ont été omis.]

L'avocat de l'intimée prétend que pour prendre sa décision, l'arbitre n'a pas refusé de prendre connaissance du rapport d'évaluation puisqu'il en fait mention expressément, aux pages 1 et 2 de ses décision et ordonnance, et tacitement, en tenant compte du «dossier au travail» ailleurs dans la décision. Par contre, il semble que l'arbitre n'ait pas remarqué le paragraphe 11 de ce rapport. S'il l'avait fait, il n'aurait pas conclu que les «fonctions [de l'intimée] . . . n'impliquent pas la manutention d'argent ou de biens semblables». La requérante ne suggère pas qu'il a refusé de prendre connaissance de cet élément de preuve mais bien qu'il l'a oublié. J'en conviens. À mon avis, en omettant de tenir compte d'un élément de preuve pertinent pour tirer une conclusion de fait et fonder sa décision sur cette conclusion, le tribunal «[fonde] sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée . . . sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance». C'est certainement le cas en l'espèce. J'estime que la requérante a démontré le fondement de ses arguments

decision and order should be set aside and the matter referred back with directions.

Before considering this latter aspect, however, I should address the second issue for, if the applicant be correct in that contention, the powers of the Adjudicator under section 61.5 of the Code would necessarily be limited, so much so that he could not order reinstatement even if his conclusion on the merits remains unchanged. He would be left to select another remedy or remedies provided for in subsection 61.5(9). The third issue also requires attention at this stage for if, as is claimed, section 61.5 is *ultra vires* the Parliament of Canada, the Adjudicator would be powerless to award any remedy at all.

FREEDOM OF ASSOCIATION

The provisions of paragraph 61.5(9)(b) of the Code, it is argued, infringes the freedom of association guaranteed to the applicant by paragraph 2(d) of the Charter:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(d) freedom of association.

It was conceded for the purpose of this argument that the word "everyone" includes the applicant although it is a corporate entity. The applicant goes on to argue that paragraph 61.5(9)(b) of the Code is not saved by section 1 of the Charter:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

Paragraph 61.5(9)(b) is found in Division V.7 of the Code under the heading "UNJUST DISMISSAL". Subsection (1) thereof entitled the respondent to make a complaint in writing to an inspector if she considered her dismissal to be unjust. Upon receipt of an inspector's report the Minister is authorized by subsection (6) to appoint an adjudicator "to hear and adjudicate upon the complaint" and to "refer the complaint to the adjudicator". The remedial powers conferred are found in subsection 61.5(9):

sur cette question et par conséquent, que la décision et l'ordonnance devraient être annulées et le tout renvoyé à l'arbitre avec des directives en conséquence.

^a Avant d'étudier cet aspect de l'affaire, j'aimerais toutefois aborder la deuxième question en litige car si la requérante a raison, les pouvoirs de l'arbitre nommé en vertu de l'article 61.5 du Code seraient nécessairement restreints, de sorte qu'il ne pourrait ordonner la réintégration de l'employée, même si sa conclusion quant au fond demeure la même. Il serait alors tenu de choisir une autre solution prévue au paragraphe 61.5(9). La troisième question doit aussi être évaluée à cette étape-ci car si la requérante a raison de prétendre que l'article 61.5 est *ultra vires* des pouvoirs du Parlement du Canada, l'arbitre ne pourra alors prendre aucune décision.

LIBERTÉ D'ASSOCIATION

^d La requérante prétend que l'alinéa 61.5(9)(b) du Code contrevient à la liberté d'association qui lui est garantie par l'alinéa 2d) de la Charte dont voici le texte:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

d) liberté d'association.

^e Aux fins de cet argument, les parties ont reconnu que «chacun» comprend la requérante même si en l'espèce il s'agit d'une personne morale. La requérante ajoute que l'alinéa 61.5(9)(b) du Code n'est pas exempté de l'application de cette règle par l'article 1 de la Charte:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

^f L'alinéa 61.5(9)(b) fait partie de la Division V.7 du Code, sous la rubrique «CONGÉDIEMENT INJUSTE». C'est en vertu du paragraphe (1) que l'intimée a pu formuler par écrit une plainte auprès d'un inspecteur parce qu'elle estimait avoir été congédiée de façon injuste. Dès qu'il a reçu le rapport de l'inspecteur, le Ministre peut, en vertu du paragraphe (6), nommer un arbitre «pour entendre l'affaire en question et en décider» et pour «renvoyer la plainte à l'arbitre». Les pouvoirs de décision de l'arbitre sont prévus au paragraphe 61.5(9) dont voici le texte:

61.5 . . .

(9) Where an adjudicator decides pursuant to subsection (8) that a person has been unjustly dismissed, he may, by order, require the employer who dismissed him 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.

If we were to accept the applicant's submission that paragraph 61.5(9)(b) is inconsistent with the Charter the provisions of subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.)] would apply. It reads:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

The applicant's argument runs as follows: that it ought not to be forced by law to employ a person in whom it has lost confidence due to a criminal conviction; that paragraph 2(d) of the Charter frees the applicant from doing so by guaranteeing everyone the freedom to associate with whomever he pleases in whatever context; that that freedom implies choice as to with whom one wishes to associate and without that choice "freedom of association would have little practical meaning"; and that because it is being required to re-employ the respondent, paragraph 61.5(9)(b) infringes its "freedom of association" guaranteed by paragraph 2(d). On the other side it is argued that paragraph 2(d) does not apply because it guarantees freedom to enter into consensual arrangements to promote the common interest objectives of the associating group rather than the one-on-one relationship that results from a contract of employment.

So far as I can determine, the precise point has not heretofore been passed upon by a Canadian court in any of the reported cases. There are, however, a number of decisions in the books dealing with the application of paragraph 2(d) (see e.g. *Re United Headwear, Optical and Allied Workers Union of Canada, Local 3 et al. and Biltmore/Stetson (Canada) Inc. et al.* (1983), 43 O.R. (2d) 243 (C.A.); *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing*

61.5 . . .

(9) Lorsque l'arbitre décide conformément au paragraphe (8) que le congédiement d'une personne a été injuste, il peut, par ordonnance, requérir l'employeur

a) de payer à cette personne une indemnité ne dépassant pas la somme qui est équivalente au salaire qu'elle aurait normalement gagné si elle n'avait pas été congédiée;

b) de réintégrer la personne dans son emploi; et

c) de faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier.

Si l'on admettait la prétention de la requérante selon laquelle l'alinéa 61.5(9)(b) est incompatible avec la Charte, le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11* (R.-U.)] serait applicable. En voici le texte:

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

La requérante prétend ce qui suit: elle ne devrait pas être obligée par la loi de faire appel aux services d'une personne en qui elle n'a plus confiance, par suite de la reconnaissance de la culpabilité de celle-ci au criminel; l'alinéa 2d) de la Charte la libère de cette obligation en garantissant à chacun la liberté d'association avec les personnes de son choix, dans quelque contexte que ce soit; cette liberté inclut le choix des personnes avec qui l'on désire s'associer et, sans ce choix, [TRADUCTION] «la liberté d'association ne signifierait pas grand chose»; et l'alinéa 61.5(9)(b) contrevient à sa «liberté d'association», garantie par l'alinéa 2d), parce qu'elle est tenue de réengager l'intimée. L'autre partie prétend que l'alinéa 2d) n'est pas applicable parce qu'il garantit la liberté de conclure des ententes pour promouvoir les objectifs communs du groupe s'associant plutôt que les liens bilatéraux résultant d'un contrat de travail.

À ce que je sache, cette question en particulier n'a été soumise à un tribunal canadien dans aucune affaire publiée. Cependant, un certain nombre de décisions ont été rendues sur l'application de l'alinéa 2d) (voir notamment *Re United Headwear, Optical and Allied Workers Union of Canada, Local 3 et al. and Biltmore/Stetson (Canada) Inc. et al.* (1983), 43 O.R. (2d) 243 (C.A.); *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing*

Home et al. and two other applications (1983), 44 O.R. (2d) 392 (Div. Ct.); *Dolphin Delivery Ltd. v. Retail, Wholesale and Dept. Store Union, Loc. 580* (1984), 52 B.C.L.R. 1 (C.A.); *Public Service Alliance of Canada v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 889 (C.A.). I do not think it is necessary to analyze all of these cases for, in general, they are concerned with whether association activities are covered by paragraph 2(d) rather than with freedom to enter into an association.

There is, I think, a common thread running through most of the reported cases. It is this, that the "freedom of association" guaranteed by paragraph 2(d) is a freedom to enter into consensual arrangements to promote common interest objectives of the associating group. The underlying case is a decision of the Privy Council in *Collymore v. Attorney-General*, [1970] A.C. 538 in an appeal from the Court of Appeal of Trinidad and Tobago. The issue there was whether a public statute which provided a system for the compulsory settlement of labour disputes and which prohibited strikes and lock-outs infringed the "freedom of association" recognized and declared in section 1(j) of The Trinidad and Tobago [*Trinidad and Tobago (Constitution)*] Order in Council 1962, S.I. 1962/1875]. Section 1 of that Constitution read [as quoted at pages 543-544]:

1. It is hereby recognised and declared that in Trinidad and Tobago there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, origin, color, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely, (a) the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, and the right not to be deprived thereof except by due process of law; (b) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law; (c) the right of the individual to respect for his private and family life; (d) the right of the individual to equality of treatment from any public authority in the exercise of any functions; (e) the right to join political parties and to express political views; (f) the right of a parent or guardian to provide a school of his own choice for the education of his child or ward; (g) freedom of movement; (h) freedom of conscience and religious belief and observance; (i) freedom of thought and expression; (j) freedom of association and assembly; and (k) freedom of the press.

Lord Donovan summarized the arguments on both sides of the issue, at page 546:

The appellants now claim that the Act is void since it infringes their freedom of association which section 1 of the Constitution declares has existed "and shall continue to exist": and any abrogation, abridgment or infringement of which is

Home et al. and two other applications (1983), 44 O.R. (2d) 392 (C. div.); *Dolphin Delivery Ltd. v. Retail, Wholesale and Dept. Store Union, Loc. 580* (1984), 52 B.C.L.R. 1 (C.A.); *Alliance de la Fonction publique du Canada c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 889 (C.A.). Je ne crois pas qu'il soit nécessaire d'analyser toutes ces décisions puisqu'en général, elles tendent à déterminer si les activités d'une association sont visées par l'alinéa 2d) plutôt qu'à établir le sens de la liberté d'association.

Je pense que la plupart des décisions publiées ont un point en commun, à savoir que la «liberté d'association» garantie par l'alinéa 2d) est la liberté de conclure des ententes pour promouvoir les objectifs communs d'un groupe s'associant. La décision rendue par le Conseil privé dans *Collymore v. Attorney-General*, [1970] A.C. 538, en appel de la Cour d'appel de Trinidad et Tobago, est un arrêt fondamental en ce domaine. Il s'agissait de déterminer si une loi publique, prévoyant un régime de règlement obligatoire des conflits de travail et interdisant grève et lock-out, contrevenait à la «liberté d'association» reconnue et déclarée à l'article 1j) de la Constitution de Trinidad et Tobago [*Trinidad and Tobago (Constitution)*], décret de 1962, S.I. 1962/1875]. Voici l'article 1 de ce document [tel que cité aux pages 543 et 544]:

[TRADUCTION] 1. Les présentes reconnaissent et affirment qu'à Trinidad et Tobago, ont existé et existeront toujours, indépendamment de toute discrimination fondée sur la race, l'origine, la couleur, la religion ou le sexe, les droits et les libertés fondamentales qui suivent, savoir, a) le droit de la personne à la vie, à la liberté, à la sécurité de sa personne, à la jouissance de ses biens et le droit de ne pas en être privé, sous réserve de la primauté du droit; b) le droit de la personne à l'égalité devant la loi et à la protection des lois; c) le droit de la personne au respect de sa vie privée et familiale; d) le droit de la personne à l'égalité de traitement par toute autorité publique dans l'exercice de ses fonctions; e) le droit d'adhérer à des partis politiques et d'exprimer des opinions politiques; f) le droit d'un parent ou d'un tuteur d'offrir à son enfant ou à son pupille l'enseignement de l'école de son choix; g) la liberté de mouvement; h) la liberté de conscience ainsi que de croyance et de pratique religieuse; i) la liberté de pensée et d'expression; j) la liberté d'association et de réunion; et k) la liberté de la presse.

Lord Donovan a ainsi résumé les arguments des deux parties, à la page 546:

[TRADUCTION] Les appelants prétendent maintenant que la Loi est nulle puisqu'elle contrevient à leur liberté d'association qui, selon l'article 1 de la Constitution, a toujours existé «et exister[a] toujours», et ne peut être abrogée, modifiée ou violée,

forbidden by section 2, save in circumstances which admittedly do not exist in the present case.

The argument runs thus: "Freedom of Association" must be construed in such a way that it confers rights of substance and is not merely an empty phrase. So far as trade unions are concerned, the freedom means more than the mere right of individuals to form them: it embraces the right to pursue that object which is the main raison d'être of trade unions, namely, collective bargaining on behalf of its members over wages and conditions of employment. Collective bargaining in its turn is ineffective unless backed by the right to strike in the last resort. It is this which gives reality to collective bargaining. Accordingly, to take away or curtail the right to strike is in effect to abrogate or abridge that freedom of association which the Constitution confers.

The argument of the respondent is that "freedom of association" in section 1(j) of the Constitution means no more than it says, that persons are free to associate. It does not mean that the purposes for which they associate, and the objects which in association they pursue, are sacrosanct under the Constitution and cannot be altered or abridged save by the special procedure provided by section 5.

That case, like some of the decided cases in this country, was concerned with whether association activities were protected by "freedom of association". Nevertheless, in affirming the decision of the Court of Appeal for Trinidad and Tobago the Privy Council appears clearly to have endorsed the notion that "freedom of association", at least in the context of section 1 of that Constitution, refers to freedom to enter into consensual arrangements to promote common interest objectives of the associating group. The opinion of the Court appealed from was quoted by Lord Donovan, at page 547 of the report:

In my judgment, then, freedom of association means no more than freedom to enter into consensual arrangements to promote the common interest objects of the associating group. The objects may be any of many. They may be religious or social, political or philosophical, economic or professional, educational or cultural, sporting or charitable. But the freedom to associate confers neither right nor licence for a course of conduct or for the commission of acts which in the view of Parliament are inimical to the peace, order and good government of the country.

Among the cases which have dealt with the meaning of paragraph 2(d) of the Charter is the decision of this Court in *Public Service Alliance of Canada v. The Queen* (*supra*). It affirmed a decision of the Trial Division which held that the right of employees to bargain collectively through their union was not protected by paragraph 2(d). In his majority judgment, Mr. Justice Mahoney made

en vertu de l'article 2, sauf dans des circonstances qui de toute évidence n'existent pas en l'espèce.

L'argument porte que la «liberté d'association» doit être interprétée de façon à comprendre de véritables droits et non une simple phrase dénuée de sens. Dans le cas des syndicats, la liberté signifie bien plus que le simple droit des personnes de se syndiquer; elle comprend le droit de poursuivre l'objectif qui est la raison d'être des syndicats, c'est-à-dire la négociation collective, au nom de ses membres, du salaire et des conditions de travail. Par ailleurs, la négociation collective est inefficace si elle n'est pas assortie du droit de grève en dernier ressort. C'est ce qui donne son sens à la négociation collective. Par conséquent, l'annulation ou la restriction du droit de grève constitue en fait l'abrogation ou la restriction de la liberté d'association garantie par la Constitution.

L'intimé prétend que la «liberté d'association» prévue à l'alinéa 1j) de la Constitution ne signifie rien d'autre, savoir que les personnes sont libres de s'associer entre elles. Elle ne signifie pas que les objectifs qu'elles visent en s'associant et les buts de leur association seront sacro-saints en vertu de la Constitution, mais ils ne peuvent être modifiés ou restreints, sous réserve de la procédure particulière prévue à l'article 5.

Dans cette affaire, comme dans certaines décisions rendues dans ce pays, il s'agissait de déterminer si les activités de l'association étaient protégées par la «liberté d'association». Néanmoins, il semble qu'en confirmant la décision de la Cour d'appel de Trinidad et Tobago, le Conseil privé ait adopté la position selon laquelle la «liberté d'association», du moins dans le contexte de l'article 1 de cette Constitution, signifie la liberté de conclure des ententes pour promouvoir les objectifs communs du groupe s'associant. Lord Donovan a cité l'opinion du tribunal de première instance, à la page 547:

[TRADUCTION] À mon avis, la liberté d'association ne signifie donc rien de plus que la liberté de conclure des ententes pour promouvoir les objectifs communs du groupe s'associant. Ces objectifs peuvent être de toutes sortes. Ils peuvent être religieux ou sociaux, politiques ou philosophiques, économiques ou professionnels, éducatifs ou culturels, sportifs ou charitables. Toutefois, la liberté d'association ne confère ni le droit ni l'autorisation d'adopter une ligne de conduite ou de commettre des actes qui, de l'avis du Parlement, sont contraires à la paix, l'ordre et la bonne administration du pays.

Parmi la jurisprudence portant sur le sens de l'alinéa 2d) de la Charte, notons la décision rendue par cette Cour dans *Alliance de la Fonction publique du Canada c. La Reine* (précitée). La Cour d'appel y confirmait la décision de la Division de première instance suivant laquelle l'alinéa 2d) ne protégeait pas le droit des employés de négocier collectivement par l'entremise de leur syndicat. Au

reference to the *Collymore* case, at page 894 of the report as follows:

In *Collymore v. Attorney-General of Trinidad and Tobago*, ([1969] 2 All E.R. 1207 (P.C.)) the Judicial Committee of the Privy Council upheld the judgment of the Court of Appeal of Trinidad and Tobago which held that legislation abridging the right to bargain collectively and to strike did not breach the right to freedom of association guaranteed by that country's constitution. In so doing, the judgment of the Court of Appeal was quoted with approval [at page 1211]:

In my judgment, then, freedom of association means no more than freedom to enter into consensual arrangements to promote the common interest objects of the association (*sic*) group.

I agree.

The recent decision of the Court of Appeal of Alberta in *Black & Company v. Law Society of Alberta* (1986), 68 A.R. 259 was a case of a different kind than those already mentioned. There, certain Rules of the Law Society of Alberta were challenged by a group of Alberta solicitors as, among other things, infringing the "freedom of association" guaranteed to them by paragraph 2(d) of the Charter. The Rules forbade an active member ordinarily residing and carrying on practice within the Province from entering into or from continuing "any partnership, association or other arrangement for the joint practice of law with anyone who is not an active member ordinarily resident in Alberta" and prohibited any member from being a partner in or being associated for the practice of law with more than one law firm. The Court of Appeal considered the Rules to be invalid as infringing the freedom of the Alberta solicitors guaranteed to them by paragraph 2(d) of associating with a group of solicitors residing and practising their profession in Ontario. The views of the Court on the point are found in the judgment of Kerans J.A. and in the separate judgment of Stevenson J.A. (concurring in by Lieberman J.A.). On the issue of "freedom of association" Kerans J.A. said, at page 274:

... the solicitors have the right to associate among themselves and with others inside and outside Alberta for the purpose of seeking a livelihood in the profession for which they were qualified.

Stevenson J.A. came to the same conclusion. At page 302 he said:

I agree that both rules also violate s. 2(d) which protects the formation of an association for the earning of a livelihood. The learned trial judge suggested that the office of s. 2(d) was to

nom de la majorité, le juge Mahoney a notamment cité l'affaire *Collymore*, à la page 894 de la décision:

Dans l'arrêt *Collymore v. Attorney-General of Trinidad and Tobago* ([1969] 2 All E.R. 1207 (P.C.)), le comité judiciaire du Conseil privé a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de Trinidad et Tobago qui avait jugé que la loi restreignant le droit de négocier collectivement et de faire la grève ne violait pas le droit à la liberté d'association garanti par la constitution de ce pays. Ainsi, le jugement de la Cour d'appel a été cité tout en l'approuvant [à la page 1211]:

[TRADUCTION] À mon avis donc, la liberté d'association ne signifie rien de plus que la liberté de conclure des ententes pour promouvoir les objectifs communs du groupe s'associant.

Je souscris à cette définition.

La décision récente de la Cour d'appel de l'Alberta dans *Black & Company v. Law Society of Alberta* (1986), 68 A.R. 259, diffère des affaires déjà mentionnées. Un groupe d'avocats de l'Alberta contestait certaines Règles de la *Law Society of Alberta*, alléguant notamment qu'elles contrevenaient à la «liberté d'association» garantie par l'alinéa 2d) de la Charte. Les Règles interdisaient à un membre actif résidant et pratiquant habituellement dans la province d'adhérer ou de continuer à adhérer à [TRADUCTION] «toute société de personnes, association ou autre entente en vue de la pratique en commun du droit avec une personne qui n'est pas membre actif, résidant ordinairement en Alberta» et interdisaient à tout membre d'être associé à plus d'une étude d'avocats. La Cour d'appel a jugé que les Règles étaient invalides parce qu'elles contrevenaient à la liberté des avocats de l'Alberta, garantie par l'alinéa 2d), de s'associer à un groupe d'avocats résidant et pratiquant leur profession en Ontario. L'opinion de la Cour sur cette question est exprimée par le juge Kerans et par le juge Stevenson, dans un jugement distinct auquel a souscrit le juge Lieberman. Voici ce qu'affirmait le juge Kerans au sujet de la «liberté d'association», à la page 274:

[TRADUCTION] ... les avocats ont le droit de s'associer entre eux, à l'intérieur et à l'extérieur de l'Alberta, en vue d'assurer leur subsistance dans le cadre de la profession qu'ils peuvent exercer.

Le juge Stevenson a tiré la même conclusion, à la page 302:

[TRADUCTION] Je conviens que les deux règles contreviennent également à l'al. 2d) qui protège la création d'une association visant à assurer des moyens de subsistance. Le juge de première

protect association for the purpose of advancing the freedoms recognized by ss. 2(a) and (b). His interpretation would not protect the formation of trade unions unless formed for political purposes, yet he acknowledges that the expression "freedom of association" must be understood to extend the formation of such associations. I agree that the formation of such associations is **Charter** protected and once formed purposes found within ss. 2(a) and (b) are also **Charter** protected. Once the formation of associations for the improvement of working conditions is protected I conclude that "freedom of association" extends to association with the object of the earning of a livelihood. I need not consider the extent, if any, to which the **Charter** protects the objects as the impugned rules strike at formation.

That case, unlike the present one, was concerned with freedom to enter into consensual arrangements to promote common interest objectives of the two groups of solicitors involved. That is not the situation here. On the other hand, the applicant relies on a decision of the European Court of Human Rights in *Young, James and Webster v. United Kingdom* (1981), 4 E.H.R.R. 38. It was decided under Article 11 of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* [*European Conventions and Agreements*, Council of Europe, Strasbourg, 1971, Vol. 1, p. 21; ETS 5]:

Article 11

1. Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.

2. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State.

A "closed shop" agreement entered into by an employer, British Rail, in 1975, required the dismissal from employment of the three non-union employees hired in earlier years. The employees argued that the trade union membership condition required by that agreement infringed their "freedom of association" in its negative sense of not to be compelled to join the union. The Court agreed. It gave its opinion on the point, at page 54:

instance a suggéré que l'al. 2d) avait pour but de protéger le droit d'association en vue de promouvoir les libertés reconnues par les al. 2a) et b). Son interprétation ne protégerait la formation de syndicats qu'à des fins politiques, mais elle reconnaît tout de même que l'expression «liberté d'association» devait a comprendre la formation de pareilles associations. J'admets que la création d'associations semblables est protégée par la **Charte** et qu'une fois ces associations formées, les objectifs prévus aux al. 2a) et b) sont également protégés par la **Charte**. Puisque la création d'associations visant l'amélioration des conditions de travail est protégée, j'en conclus que la «liberté d'association» b s'applique également aux associations créées en vue de permettre à leurs membres de trouver des moyens de subsistance. Il n'est pas nécessaire de déterminer dans quelle mesure, le cas échéant, la **Charte** protège les objectifs visés puisque les règles en question visent la création d'associations.

Contrairement à l'espèce, cette affaire portait sur la liberté de conclure des ententes pour promouvoir les objectifs communs des deux groupes d'avocats en cause. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Par ailleurs, la requérante a fondé ses arguments d sur l'arrêt *Young, James et Webster v. United Kingdom* (1981), 4 E.H.R.R. 38, rendu par la Cour européenne des droits de l'homme. Cette affaire portait sur l'article 11 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales européenne* [*Conventions et accords européens*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1971, vol. 1, p. 21; STE 5]:

Article 11

1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État.

En vertu d'une entente [TRADUCTION] d'«atelier fermé» conclue par l'employeur, British Rail, en 1975, trois employés non syndiqués embauchés antérieurement devaient être congédiés. Les employés ont prétendu que l'obligation d'appartenir à un syndicat prévue dans cette entente contrevenait à leur «liberté d'association», au sens négatif de ne pas être obligé d'adhérer à un syndicat. La Cour a souscrit à cette opinion, en ces termes à la page 54:

55. The situation facing the applicants clearly runs counter to the concept of freedom of association in its negative sense.

Assuming that Article 11 does not guarantee the negative aspect of that freedom on the same footing as the positive aspect, compulsion to join a particular trade union may not always be contrary to the Convention.

However, a threat of dismissal involving loss of livelihood is a most serious form of compulsion and, in the present instance, it was directed against persons engaged by British Rail before the introduction of any obligation to join a particular trade union.

In the Court's opinion, such a form of compulsion, in the circumstances of the case, strikes at the very substance of the freedom guaranteed by Article 11. For this reason alone, there has been an interference with that freedom as regards each of the three applicants.

A Canadian jurist has observed that that case "has been the subject of much discussion, if not to say controversy" (*per* Sinclair J. in *Re Pruden Building Ltd. and Construction & General Workers' Union Local 92 et al.* (1984), 13 D.L.R. (4th) 584 (Alta. Q.B.), at page 597). In any event, it was concerned with freedom to enter into consensual arrangements (membership in a trade union) in the negative sense discussed by the European Court of Human Rights. It was not concerned with interference with a desire of an employer not to continue an employment relationship due to loss of confidence in an employee. I am unable to gain any real assistance from that case.

The question we have to decide is whether paragraph 61.5(9)(b) of the Code infringes the "freedom of association" guaranteed to the applicant under paragraph 2(d) of the Charter. I have come to the conclusion that it does not do so. There are not in this case even joint common interest objectives much less group ones. The respondent is basically interested in gaining a livelihood from employment in a position which she had held for many years and in which she had performed well; the applicant's ultimate objective, on the other hand, is to realize a profit from an operation in the banking industry. In my judgment, paragraph 61.5(9)(b) of the Code does not infringe the freedom guaranteed by paragraph 2(d) of the Charter and, accordingly, there is no need to consider the section 1 argument.

THE ULTRA VIRES ARGUMENT

I come, finally, to the third ground of attack. It is here argued that the whole of section 61.5 of the

55. Pareille situation va sans nul doute à l'encontre du concept de liberté d'association au sens négatif.

À supposer que l'article 11 ne garantisse pas l'élément négatif de cette liberté à l'égal de l'élément positif, contrairement à ce que l'on prétend, il est évident que quelque'un à s'inscrire à un syndicat déterminé peut ne pas se heurter toujours à la Convention.

Cependant, une menace de renvoi impliquant la perte de ses moyens d'existence constitue une forme très grave de contrainte; en l'espèce, elle pesait sur des personnes engagées par *British Rail* avant l'introduction de toute obligation de s'affilier à un syndicat donné.

La Cour estime que dans les circonstances de la cause pareil type de contrainte touche à la substance même de la liberté d'association telle que la consacre l'article 11. Pour cette raison déjà, il y a eu atteinte à cette liberté dans le chef de chacun des trois intéressés.

Un juriste canadien a remarqué que cette décision [TRADUCTION] «a fait l'objet de nombreuses discussions, sinon de controverse» (d'après le juge Sinclair dans *Re Pruden Building Ltd. and Construction & General Workers' Union Local 92 et al.* (1984), 13 D.L.R. (4th) 584 (B.R. Alb.), à la page 597). De toute façon, elle portait sur la liberté de conclure des ententes (adhésion à un syndicat), au sens négatif abordé par la Cour européenne des droits de l'homme. Il ne s'agissait pas de contre-carrer la volonté de l'employeur de mettre fin à l'emploi d'une personne parce qu'il avait perdu confiance en celle-ci. Je ne vois pas comment cette affaire pourrait être utile en l'espèce.

Nous devons déterminer si l'alinéa 61.5(9)b) du Code contrevient à la «liberté d'association» que l'alinéa 2d) de la Charte confère à la requérante. Je conclus que ce n'est pas le cas. En l'espèce, il n'est même pas question d'objectifs communs, et encore moins de ceux d'un groupe. L'intimée désire fondamentalement gagner sa vie grâce à un emploi qu'elle a occupé pendant de nombreuses années et dont elle a toujours bien exécuté les fonctions; en revanche, le but ultime de la requérante est de tirer un profit de ses opérations bancaires. J'estime que l'alinéa 61.5(9)b) du Code n'est pas contraire à la liberté garantie par l'alinéa 2d) de la Charte et qu'en conséquence, il n'est pas nécessaire d'examiner l'argument relatif à l'article 1.

L'ARGUMENT RELATIF À L'ULTRA VIRES

J'aborde finalement le troisième motif de contestation. La requérante prétend que tout l'article

Code (or at least paragraph (9)(b) thereof) is *ultra vires* the Parliament of Canada in that it purports to transfer to an *ad hoc* adjudicator appointed under the Code jurisdiction or power over a claim that the respondent was “unjustly dismissed” within the meaning of the Code and the legal consequences of that dismissal when that jurisdiction or power properly belongs to a Superior, District or County Court under section 96 of the *Constitution Act, 1867* or to a Court established under section 101 thereof. At common law, it is argued, a superior court does not attempt to reinstate a dismissed employee (see e.g. *Chappell v. Times Newspapers Ltd.*, [1975] 1 W.L.R. 482 (Ch.D.), at page 496; *aff’d loc. cit.* page 496 (C.A.)). The Adjudicator purported to do so pursuant to the Code. At the opening of the hearing counsel for the applicant filed a supplemental memorandum of argument on the point and informed us that it had been served on the Attorney General of Canada but that the latter had decided not to participate. This new point was not addressed in argument before us. Instead, the parties were invited to submit written argument and that has now been done.

Sections 96 and 101 are found in the JUDICATURE section of the *Constitution Act, 1867* which consist of sections 96 to 101 reading as follows:

96. The Governor General shall appoint the Judges of the Superior, District, and County Courts in each Province, except those of the Courts of Probate in Nova Scotia and New Brunswick.

97. Until the Laws relative to Property and Civil Rights in Ontario, Nova Scotia, and New Brunswick, and the Procedure of the Courts in those Provinces, are made uniform, the Judges of the Courts of those Provinces appointed by the Governor General shall be selected from the respective Bars of those Provinces.

98. The Judges of the Courts of Quebec shall be selected from the Bar of that Province.

99. (1) Subject to subsection (2) of this section, the judges of the superior courts shall hold office during good behaviour, but shall be removable by the Governor General on address of the Senate and House of Commons.

(2) A judge of a superior court, whether appointed before or after the coming into force of this section, shall cease to hold office upon attaining the age of seventy-five years, or upon the coming into force of this section if at that time he has already attained that age.

100. The Salaries, Allowances, and Pensions of the Judges of the Superior, District, and County Courts (except the Courts of

61.5 du Code (ou du moins l’alinéa 9b) de celui-ci) est *ultra vires* des compétences du Parlement du Canada puisqu’il tend à transférer à un arbitre spécial nommé en vertu du Code la compétence d’entendre une plainte portant que le congédiement de l’intimée était «injuste» au sens du Code et de déterminer les conséquences juridiques de ce congédiement lorsque cette compétence relève d’une cour supérieure, de comté ou de district, en vertu de l’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou d’une cour créée en vertu de l’article 101 de celle-ci. Il est allégué qu’en *common law*, une cour supérieure ne tente pas de réintégrer un employé congédié (voir, par exemple, *Chappell v. Times Newspapers Ltd.*, [1975] 1 W.L.R. 482 (Ch.D.), à la page 496, confirmée *loc. cit.*, à la page 496 (C.A.)). L’arbitre avait l’intention de le faire en vertu du Code. À l’ouverture de l’audience, l’avocat de la requérante a déposé un mémoire supplémentaire sur la question et nous a avisés que celui-ci avait été signifié au procureur général du Canada mais que ce dernier avait choisi de ne pas participer à cette étape des procédures. Cette nouvelle question n’a pas été plaidée devant nous. Les parties ont plutôt été invitées à présenter des plaidoiries écrites, ce qu’elles ont fait.

Les articles 96 et 101 figurent dans la section de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui porte sur LE SYSTÈME JUDICIAIRE et regroupe les articles 96 à 101 que voici:

96. Le gouverneur général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick.

97. Jusqu’à ce qu’on rende uniformes les lois relatives à la propriété et aux droits civils en Ontario, en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick, et à la procédure devant les tribunaux de ces provinces, les juges des cours de ces provinces qui seront nommés par le gouverneur général devront être choisis parmi les membres des barreaux respectifs de ces provinces.

98. Les juges des cours du Québec seront choisis parmi les membres du barreau de cette province.

99. (1) Sous réserve du paragraphe (2) du présent article, les juges des cours supérieures resteront en fonctions à titre inamovible, mais ils pourront être révoqués par le gouverneur général sur une adresse du Sénat ou de la Chambre des communes.

(2) Un juge d’une cour supérieure, nommé avant ou après l’entrée en vigueur du présent article, cessera de détenir sa charge lorsqu’il aura atteint l’âge de soixante-quinze ans, ou à la date d’entrée en vigueur du présent article si, à cette date, il a déjà atteint cet âge.

100. Les traitements, allocations et pensions des juges des cours supérieures, de district et de comté (sauf les cours de

Probate in Nova Scotia and New Brunswick), and of the Admiralty Courts in Cases where the Judges thereof are for the Time being paid by Salary, shall be fixed and provided by the Parliament of Canada.

101. The Parliament of Canada may, notwithstanding anything in this Act, from Time to Time provide for the Constitution, Maintenance, and Organization of a General Court of Appeal for Canada, and for the Establishment of any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada.

It seems now to be well settled that within their spheres of legislative competence the provinces are subject to some restriction on their ability to bestow jurisdiction or power on a provincial agency when that jurisdiction or power properly belongs to a section 96 court (*Reference re Authority to perform functions vested by the Adoption Act, the Children's Protection Act, the Children of Unmarried Parents Act, the Deserted Wives' Act and Children's Maintenance Act, of Ontario*, [1938] S.C.R. 398; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John-East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134 (P.C.); *Dupont and MacLeod v. Inglis, Biron and Mann*, [1958] S.C.R. 535; *Tomko v. Labour Relations Board (N.S.) et al.*, [1977] 1 S.C.R. 112; *Attorney General (Qué.) et al. v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638; *Mississauga (City of) v. Municipality of Peel et al.*, [1979] 2 S.C.R. 244; *Residential Tenancies Act, 1979, Re*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Attorney General of Quebec et al. v. Grondin et al.*, [1983] 2 S.C.R. 364). This is not to say that a province is entirely without ability to do so but when it acts it must do so in a manner that is constitutionally acceptable according to the decided cases (*B.C. Family Relations Act, Re.*, [1982] 1 S.C.R. 62, at pages 112-113). Specifically, the jurisdiction or power conferred must meet the tests of those cases and, in particular, the three-part test laid down by the Supreme Court of Canada in the *Residential Tenancies* case, at pages 734-736, where Dickson J. [as he then was] stated:

The jurisprudence since *John East* leads one to conclude that the test must now be formulated in three steps. The first involves consideration, in the light of the historical conditions existing in 1867, of the particular power or jurisdiction conferred upon the tribunal. The question here is whether the power or jurisdiction conforms to the power or jurisdiction

vérification en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick) et des cours de l'Amirauté, lorsque Ces juges reçoivent actuellement un traitement, seront fixés et assurés par le Parlement du Canada.

^a 101. Nonobstant toute disposition de la présente loi, le Parlement du Canada pourra, de temps à autre, prévoir la constitution, le maintien et l'organisation d'une cour générale d'appel pour le Canada, ainsi que l'établissement d'autres tribunaux pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada.

^b Il semble maintenant reconnu que dans leur champ de compétence, les provinces sont assujetties à certaines restrictions lorsqu'il s'agit de conférer à un organisme provincial certains pouvoirs qui appartiennent dûment à une cour créée en vertu de l'article 96 (*Reference re Authority to perform functions vested by the Adoption Act, the Children's Protection Act, the Children of Unmarried Parents Act, the Deserted Wives' Act and Children's Maintenance Act, of Ontario*, [1938] R.C.S. 398; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John-East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134 (P.C.); *Dupont and MacLeod v. Inglis, Biron and Mann*, [1958] R.C.S. 535; *Tomko c. Labour Relations Board (N.-É.) et autres*, [1977] 1 R.C.S. 112; *Procureur général (Qué.) et autre c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638; *Mississauga (ville de) c. Municipalité de Peel et autres*, [1979] 2 R.C.S. 244; *Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Crevier c. Procureur général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Procureur général du Québec et autre c. Grondin et autre*, [1983] 2 R.C.S. 364). Cela ne signifie pas qu'une province ne puisse absolument pas le faire; mais lorsqu'elle agit ainsi, elle doit le faire d'une façon jugée constitutionnellement acceptable par la jurisprudence (*Family Relations Act (C.-B.) Renvoi.*, [1982] 1 R.C.S. 62, aux pages 112 et 113). De façon plus précise, la compétence ou le pouvoir ainsi accordé doit répondre aux critères établis dans cette jurisprudence et plus particulièrement, au critère en trois étapes énoncé par la Cour suprême du Canada dans le renvoi relatif à la *Loi de 1979 sur la location résidentielle*, où le juge Dickson [alors juge puîné] a affirmé aux pages 734 à 736:

^j Depuis l'arrêt *John East*, la jurisprudence nous amène à conclure que le critère doit maintenant être formulé en trois étapes. La première porte sur l'examen dans le contexte des conditions qui prévalaient en 1867, de la compétence ou du pouvoir particuliers attribués au tribunal. Il s'agit ici de savoir si le pouvoir ou la compétence correspondent au pouvoir ou à la

exercised by superior, district or county courts at the time of Confederation. This temporary segregation, or isolation, of the impugned power is not for the purpose of turning back the clock and restoring *Toronto v. York* as the governing authority, an approach deplored in *Mississauga*. It is rather the first step in a three step process.

If the historical inquiry leads to the conclusion that the power or jurisdiction is not broadly conformable to jurisdiction formerly exercised by s. 96 courts, that is the end of the matter. As Rand J. noted in *Dupont et al. v. Inglis et al.* ([1958] S.C.R. 535), "Judicial power not of that type, [i.e. that exercised by s. 96 courts at Confederation] such as that exercised by inferior courts, can be conferred on a provincial tribunal whatever its primary character" (p. 542). If, however, the historical evidence indicates that the impugned power is identical or analogous to a power exercised by s. 96 courts at Confederation, then one must proceed to the second step of the inquiry.

Step two involves consideration of the function within its institutional setting to determine whether the function itself is different when viewed in that setting. In particular, can the function still be considered to be a 'judicial' function? In addressing the issue, it is important to keep in mind the further statement by Rand J. in *Dupont v. Inglis* that "... it is the subject-matter rather than the apparatus of adjudication that is determinative". Thus the question of whether any particular function is 'judicial' is not to be determined simply on the basis of procedural trappings. The primary issue is the nature of the question which the tribunal is called upon to decide. Where the tribunal is faced with a private dispute between parties, and is called upon to adjudicate through the application of a recognized body of rules in a manner consistent with fairness and impartiality, then, normally, it is acting in a 'judicial capacity'. To borrow the terminology of Professor Ronald Dworkin, the judicial task involves questions of 'principle', that is, consideration of the competing rights of individuals or groups. This can be contrasted with questions of 'policy' involving competing views of the collective good of the community as a whole. (See Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Duckworth, 1977) pp. 82-90.)

If, after examining the institutional context, it becomes apparent that the power is not being exercised as a "judicial power" then the inquiry need go no further for the power, within its institutional context, no longer conforms to a power or jurisdiction exercisable by a s. 96 court and the provincial scheme is valid. On the other hand, if the power or jurisdiction is exercised in a judicial manner, then it becomes necessary to proceed to the third and final step in the analysis and review the tribunal's function as a whole in order to appraise the impugned function in its entire institutional context. The phrase—"it is not the detached jurisdiction or power alone that is to be considered but rather its setting in the institutional arrangements in which it appears"—is the central core of the judgment in *Tomko*. It is no longer sufficient simply to examine the particular power or function of a tribunal and ask whether this power or function was once exercised by s. 96

compétence qu'exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération. Cette distinction ou cet isolement dans le temps du pouvoir attaqué n'a pas pour objet de faire un retour en arrière et d'appliquer l'arrêt *Toronto v. York*; l'arrêt *Mississauga* a rejeté cette façon de procéder. Il s'agit plutôt de la première étape d'un processus qui en compte trois.

Si la recherche historique mène à la conclusion que le pouvoir ou la compétence ne correspondent pas à la compétence qu'exerçaient auparavant les cours visées à l'art. 96, la question s'en trouve réglée. Comme l'a souligné le juge Rand dans l'arrêt *Dupont et autre c. Inglis et autres* ([1958] R.C.S. 535), [TRADUCTION] «Un pouvoir judiciaire autre que celui-là, [c.-à-d. celui qu'exerçaient les cours visées à l'art. 96 à la Confédération] comme par exemple celui qu'exercent les tribunaux inférieurs, peut être attribué à un tribunal provincial quel que soit son caractère premier» (à la p. 542). Si, cependant, l'histoire indique que le pouvoir attaqué est identique ou analogue à un pouvoir que les cours visées à l'art. 96 exerçaient au moment de la Confédération, il faut alors passer à la deuxième étape de l'enquête.

La deuxième étape porte sur l'examen de la fonction dans son cadre institutionnel pour établir si la fonction elle-même est différente lorsqu'elle est envisagée dans ce cadre. En particulier, la fonction peut-elle encore être considérée comme une fonction «judiciaire»? Face à cette question il importe de se rappeler une autre déclaration du juge Rand dans l'arrêt *Dupont c. Inglis* portant que [TRADUCTION] «... ce qui est déterminant c'est l'objet de la décision plutôt que le mode d'adjudication». Ainsi, on ne peut répondre à la question de savoir si une fonction donnée est «judiciaire» en se fondant uniquement sur les façades de la procédure. Il faut d'abord établir la nature de la question que le tribunal doit trancher. Lorsque le tribunal fait face à un litige privé entre des parties et qu'il est appelé à décider en appliquant un ensemble reconnu de règles d'une manière conforme à l'équité et à l'impartialité, il agit alors normalement en qualité d'«organisme judiciaire». Pour emprunter les termes du professeur Ronald Dworkin, la fonction judiciaire soulève des questions de «principe», c'est-à-dire l'examen des droits opposés de personnes ou de groupes de personnes. On peut les mettre en opposition avec les questions de «politique» qui soulèvent des opinions divergentes quant au bien-être de l'ensemble de la collectivité. (Voir l'ouvrage de Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Duckworth, 1977) aux pp. 82 à 90.)

Si, après avoir examiné le contexte institutionnel, il devient évident que le pouvoir n'est pas exercé comme un «pouvoir judiciaire», alors on n'a pas à poursuivre l'enquête, puisque le pouvoir, dans son contexte institutionnel, ne correspond plus à un pouvoir ou à une compétence qui peuvent être exercés par un tribunal visé à l'art. 96 et l'initiative provinciale est valide. D'autre part, si le pouvoir ou la compétence s'exerce d'une manière judiciaire, il devient alors nécessaire de passer à la troisième et dernière étape de l'analyse et d'examiner la fonction globale du tribunal afin d'évaluer dans tout son contexte institutionnel la fonction attaquée. La proposition «il ne faut pas considérer la juridiction dans l'abstrait ou les pouvoirs en dehors du contexte, mais plutôt la façon dont ils s'imbriquent dans l'ensemble des institutions où ils se situent» est le point essentiel de l'arrêt *Tomko*. Il ne suffit plus simplement d'examiner le pouvoir ou la fonction précise d'un tribunal et de se

courts. This would be examining the power or function in a 'detached' manner, contrary to the reasoning in *Tomko*. What must be considered is the 'context' in which this power is exercised. *Tomko* leads to the following result: it is possible for administrative tribunals to exercise powers and jurisdiction which once were exercised by the s. 96 courts. It will all depend on the context of the exercise of the power. It may be that the impugned 'judicial powers' are merely subsidiary or ancillary to general administrative functions assigned to the tribunal (*John East*; *Tomko*) or the powers may be necessarily incidental to the achievement of a broader policy goal of the legislature (*Mississauga*). In such a situation, the grant of judicial power to provincial appointees is valid. The scheme is only invalid when the adjudicative function is a sole or central function of the tribunal (*Farrah*) so that the tribunal can be said to be operating 'like a s. 96 court'.

The present case, of course, does not involve a transfer by a provincial legislature of jurisdiction or power from a section 96 court to a provincial administrative tribunal. Nevertheless, the argument is made that the reasoning which has gone into the decisions that have restricted transfer of such jurisdiction or power at the provincial level operates with equal force at the federal level. In other words, it is said that any attempt by the Parliament of Canada to transfer such jurisdiction or power to a federal agency must be treated in precisely the same way as an attempt by a provincial legislature to transfer jurisdiction or power of the same nature to a provincial agency. The test laid down in the *Residential Tenancies* case, it is submitted, applies in a situation like that of the present and unless that test is satisfied section 61.5 of the Code must be viewed as being unconstitutional.

The applicant relies upon the decision of the Supreme Court of Canada in *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick et al.*, [1983] 1 S.C.R. 704 as supporting this submission. The Supreme Court was there concerned with the constitutional validity of a proposal to establish a unified criminal court in the Province of New Brunswick. According to the proposal the new Court would exercise complete criminal jurisdiction, would replace the Provincial Court and its judges would be appointed by the province. Another element of the proposal would require the Parliament of Canada to amend the *Criminal Code* and other federal statutes so as to confer jurisdiction in criminal matters on the proposed Court. The effect of the judgment rendered by the Court of Appeal

demandé si ce pouvoir ou cette fonction a déjà été exercé par un tribunal visé à l'art. 96. Ce serait examiner le pouvoir ou la fonction «dans l'abstrait», contrairement au raisonnement de l'arrêt *Tomko*. C'est le «contexte» dans lequel le pouvoir s'exerce qu'il faut considérer. L'arrêt *Tomko* nous mène au résultat suivant: les tribunaux administratifs peuvent exercer les pouvoirs et la compétence que les tribunaux visés à l'art. 96 ont déjà exercés. Tout dépendra du contexte dans lequel le pouvoir est exercé. Les «pouvoirs judiciaires» attaqués peuvent être simplement complémentaires ou accessoires aux fonctions administratives générales attribuées au tribunal (les arrêts *John East* et *Tomko*), ou ils peuvent être nécessairement inséparables de la réalisation des objectifs plus larges de la législature (l'arrêt *Mississauga*). Dans ce cas, l'attribution d'un pouvoir judiciaire à des organismes provinciaux est valide. La loi ne sera invalide que si la seule fonction ou la fonction principale du tribunal est de juger (l'arrêt *Farrah*) et qu'on puisse dire que le tribunal fonctionne «comme une cour visée à l'art. 96».

En l'espèce, il ne s'agit évidemment pas d'un transfert, par la province à un tribunal administratif provincial, d'une compétence ou d'un pouvoir conféré à un tribunal visé par l'article 96. Néanmoins, il est allégué que le raisonnement suivi dans les décisions ayant restreint le transfert de pareils pouvoirs au niveau provincial s'applique également au niveau fédéral. En d'autres termes, toute tentative de transfert par le Parlement du Canada de pareils pouvoirs à un organisme fédéral doit être traitée exactement comme s'il s'agissait d'un parlement provincial et d'un organisme provincial. Il est allégué que le critère énoncé dans le renvoi relatif à la *Loi de 1979 sur la location résidentielle* s'applique dans une situation comme l'espèce et que si ce critère n'est pas respecté, l'article 61.5 du Code doit être considéré comme inconstitutionnel.

La requérante fonde ses arguments sur la décision de la Cour suprême du Canada dans *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick et autre*, [1983] 1 R.C.S. 704. Il s'agissait de la validité constitutionnelle d'un projet de tribunal criminel unifié au Nouveau-Brunswick. Selon le projet, le nouveau tribunal devait exercer tous les pouvoirs en matière criminelle et remplacer la Cour provinciale; ses juges devaient être nommés par la province. Aux fins de ce projet, le Parlement du Canada devait modifier le *Code criminel* et d'autres lois fédérales de façon à conférer la compétence en matière criminelle au nouveau tribunal. La décision de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a eu pour effet de reconnaître la validité constitutionnelle du projet. Cependant, la Cour

for New Brunswick was to approve the proposal as being constitutionally valid. But the Supreme Court of Canada disagreed. In the course of its judgment the Supreme Court observed (at page 718) that the proposal would “separate the new Court from provincial Superior Courts” and it added at pages 718-719:

Will that help or advance the matter if functional considerations have to be considered? It has long been the rule that s. 96, although in terms an appointing power, must be addressed in functional terms lest its application be eroded. What then, is the relation between the proposed new statutory Court and s. 96? This is the key constitutional issue in the present case and, as we view the matter, the result is to defeat the new statutory Court because it will effectively be a s. 96 Court.

This is followed by a recital of sections 96-100 of the *Constitution Act, 1867* which are noted as being “couched in mandatory terms” and as not resting “merely on federal statutory powers”. There then follows the Court’s opinion on the constitutional validity of the proposal. It said at pages 719-721:

What is being contemplated here is not one or a few transfers of criminal law power, such as has already been accomplished under the *Criminal Code*, but a complete obliteration of Superior Court criminal law jurisdiction. Sections 96 to 100 do not distinguish between courts of civil jurisdiction and courts of criminal jurisdiction. They should not be read as permitting the Parliament of Canada through use of its criminal law power to destroy Superior Courts and to deprive the Governor General of appointing power and to exclude members of the Bar from preferment for Superior Court appointments.

Parliament can no more give away federal constitutional powers than a province can usurp them. Section 96 provides that “The Governor General shall appoint the Judges of the Superior, District, and County Courts in each Province”. The proposal here is that Parliament transfer the present Superior Courts’ jurisdiction to try indictable offences to a provincial court. The effect of this proposal would be to deprive the Governor General of his power under s. 96 to appoint the judges who try indictable offences in New Brunswick. That is contrary to s. 96. Section 96 bars Parliament from altering the constitutional scheme envisaged by the judicature sections of the *Constitution Act, 1867* just as it does the provinces from doing so.

The traditional independence of English Superior Court judges has been raised to the level of a fundamental principle of our federal system by the *Constitution Act, 1867* and cannot have less importance and force in the administration of criminal law than in the case of civil matters. Under the Canadian constitution the Superior Courts are independent of both levels

suprême du Canada n’a pas souscrit à cette opinion. La Cour suprême a constaté (à la page 718) que le projet faisait «une distinction entre le nouveau tribunal et les cours supérieures de la province», et elle a ajouté ce qui suit aux pages 718 et 719:

Mais cela aidera-t-il, s’il faut tenir compte des fonctions? C’est un principe bien établi que bien que l’art. 96 confère expressément un pouvoir de nomination, il doit recevoir une interprétation qui tient compte des fonctions des cours qui y sont visées, de crainte que son champ d’application ne soit rétréci. Quel est donc le rapport entre le nouveau tribunal qu’on se propose de créer et l’art. 96? C’est là la question constitutionnelle qui est au cœur de la présente affaire et, d’après nous, la réponse est que ce nouveau tribunal ne pourra être établi parce qu’il sera en réalité une cour au sens de l’art. 96.

La Cour a ensuite cité les articles 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui, selon elle, sont «impératifs» et ne reposent pas «uniquement sur des pouvoirs législatifs fédéraux». La Cour donne ensuite son opinion sur la validité constitutionnelle du projet, aux pages 719 à 721:

Ce qu’on envisage ici n’est pas un certain transfert du pouvoir en matière de droit criminel d’une manière comparable à ce qui a déjà été accompli en vertu du *Code criminel*, mais la suppression totale de la compétence des cours supérieures en matière de droit criminel. Les articles 96 à 100 ne font pas de distinction entre les cours de juridiction civile et celles de juridiction criminelle. Ces articles ne doivent pas être interprétés de manière à autoriser le Parlement du Canada à se servir de son pouvoir en matière de droit criminel pour détruire les cours supérieures, pour priver le gouverneur général de son pouvoir de nomination et pour empêcher que les membres du barreau bénéficient d’une préférence en ce qui a trait aux nominations aux cours supérieures.

Il n’est pas plus loisible au Parlement de se départir des pouvoirs conférés au fédéral par la Constitution qu’il ne l’est à une province de les usurper. L’article 96 édicte que «le gouverneur-général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province». On propose en l’espèce que le Parlement transfère à un tribunal provincial la compétence qu’ont actuellement les cours supérieures pour juger les actes criminels. Cette proposition aurait pour effet d’enlever au gouverneur général son pouvoir en vertu de l’art. 96 de nommer les juges chargés de juger les actes criminels au Nouveau-Brunswick. Cela est contraire à l’art. 96 qui interdit aussi bien au Parlement qu’aux provinces de modifier le régime envisagé par les articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui portent sur l’organisation judiciaire.

La *Loi constitutionnelle de 1867* érige en principe fondamental de notre régime fédéral l’indépendance traditionnelle des juges des cours supérieures anglaises et cette indépendance ne peut être moins importante et moins vitale dans l’administration du droit criminel qu’elle ne l’est dans les affaires civiles. Aux termes de la Constitution canadienne, les cours supérieures

of government. The provinces constitute, maintain and organize the Superior Courts; the federal authority appoints the judges. The judicature sections of the *Constitution Act, 1867* guarantee the independence of the Superior Courts; they apply to Parliament as well as to the Provincial Legislatures.

Both sides of the proposal under review are flawed. Parliament cannot in effect give away the Governor General's s. 96 appointing power under colour of legislation vesting jurisdiction to try all indictable offences in a provincial court. New Brunswick cannot exercise an appointing power in respect of courts with s. 96 jurisdiction under colour of legislation in relation to the constitution, maintenance and organization of courts with criminal jurisdiction.

The applicant argues on the basis of that decision that the Parliament of Canada acting within its own field of legislative competence can no more remove or restrict the core of jurisdiction guaranteed to a "Superior Court" by sections 96-100 of the *Constitution Act, 1867* than can a provincial legislature do so acting within its field of legislative competence. The question has been the subject of much debate by the textwriters both pro (Dean W. R. Lederman, "The Independence of the Judiciary", (1956) 34 *Can. B. Rev.* 769, 1139; Professor R. Elliot, "New Brunswick Unified Criminal Court Reference", (1984) 18 *U.B.C. L. Rev.* 127) and con (Professor A. Abel, *Laskin's Canadian Constitutional Law*, 1975 (Rev. 4th ed.); Professor P. Hogg *Constitutional Law of Canada*, 1985 (2nd ed.)) and both prior and subsequent to the *McEvoy* decision. I do not think it would profit us to discuss these differing views for it seems to me that the primary focus must surely be on the implications for this case of the Supreme Court's decision in the *McEvoy* case. If that case stands for the proposition urged by the applicant, then our duty could only be to apply it and then move on to a consideration of whether or not the test laid down in the *Residential Tenancies* case is satisfied by section 61.5 of the Code.

In my judgment, to read the *McEvoy* case as authority for that proposition would be to go well beyond the question that it actually decided. There, the Supreme Court of Canada was dealing with a proposal by which a province would constitute a court and appoint the judges thereof and to which the Parliament of Canada would transfer jurisdiction of a superior court. The Supreme Court saw implementation of the scheme as violating the "fundamental principle" of judicial in-

sonnées indépendantes des deux paliers de gouvernement. Les provinces créent, maintiennent et organisent les cours supérieures; le fédéral nomme les juges. Les articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui portent sur l'organisation judiciaire garantissent l'indépendance des cours supérieures; ils s'appliquent aussi bien au Parlement qu'aux législatures provinciales.

La proposition en cause est doublement viciée. Le Parlement ne peut, par une loi qui attribuerait à un tribunal provincial compétence pour juger tous les actes criminels, faire ce qui équivaldrait à enlever au gouverneur général le pouvoir de nomination que lui confère l'art. 96. Le Nouveau-Brunswick pour sa part ne peut, par une loi portant sur la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de juridiction criminelle, exercer un pouvoir de nomination à l'égard des cours visées à l'art. 96.

Suivant cette décision, la requérante allègue que le Parlement du Canada, dans son propre champ de compétence législative, ne peut retirer ou restreindre les pouvoirs essentiels garantis à une «cour supérieure» par les articles 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, pas plus que ne le peut un parlement provincial dans son champ de compétence. Les auteurs ont beaucoup discuté de cette question, tant en sa faveur (le doyen W. R. Lederman, «The Independence of the Judiciary», (1956) 34 *R. du B. Can.* 769, 1139, et le professeur R. Elliot, «New Brunswick Unified Criminal Court Reference», (1984) 18 *U.B.C. L. Rev.* 127), qu'à son encontre (les professeurs A. Abel, *Laskin's Canadian Constitutional Law*, 1975 (4^e éd. révisée) et P. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 1985 (2^e éd.)), aussi bien avant qu'après la décision *McEvoy*. Je ne pense pas qu'il nous soit utile de discuter de ces différentes opinions puisqu'il me semble qu'il faut surtout s'attarder aux conséquences de la décision de la Cour suprême dans *McEvoy* sur l'espèce. Si cette affaire a le sens que lui donne la requérante, nous ne pourrions que l'appliquer, pour ensuite déterminer si l'article 61.5 du Code répond au critère établi dans le renvoi relatif à la *Loi de 1979 sur la location résidentielle*.

À mon avis, le fait de voir dans l'affaire *McEvoy* le fondement de cette proposition irait bien plus loin que la question qui y a été réellement tranchée. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada était saisie d'un projet en vertu duquel une province devait créer un tribunal dont elle nommait les juges, et auquel le Parlement du Canada transférerait la compétence d'une cour supérieure. La Cour suprême a jugé que l'application de ce programme contreviendrait au «principe fonda-

dependence of section 96 Superior Courts guaranteed by the judicature sections of the *Constitution Act, 1867*. Those sections applied and so prevented Parliament from transferring that jurisdiction and the province from appointing those judges. In my view, it would require a clear and authoritative statement upon the precise issue facing us before I could be persuaded that it has been decided in the manner argued for by the applicant. I do not find such a statement in the *McEvoy* case.

The traditional view, it would appear, has been the opposite to that urged by the applicant. It is that the Parliament of Canada in exercising its legislative competence is not subject to the same restrictions in creating and vesting with jurisdiction administrative tribunals as those that bind the provincial legislatures. Proponents of that view are found among the textwriters: see *Laskin's Canadian Constitutional Law* (4th ed.), at page 762; Dean R. A. Macdonald, "The proposed section 96B: An Ill-Conceived Reform Destined to Failure", (1985) 26 *C. de D.* 251, at page 263, and Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed.). At page 149 of his work Professor Hogg asserts:

However, the point that sections 96, 97, 98 and 100 of the Constitution Act, 1867 do not apply is still important, because it means that the federal Parliament, unlike the provincial Legislatures, is not under any constitutional restraint in assigning jurisdiction to federal administrative tribunals or officials (or to federal inferior courts, if it chose to create some): such bodies may be invested with functions of a kind traditionally exercised by a superior, district or county court if the Parliament so enacts.

There is, I think, some support for this view in the decided cases. A firm expression of it is found in the judgment of the Ontario Court of Appeal in *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331 where Laskin J.A. said, at page 339:

It is the appellant's further contention that even if custody is competently comprehended by the *Divorce Act*, it is offensive to s. 96 of the *B.N.A. Act* to vest interim custody jurisdiction in the Master. This submission can only be advanced if the source of the Master's custody jurisdiction is provincial legislation. Section 96 does not inhibit the federal Parliament: see *R. v. Canada Labour Relations Board, ex p. Federal Electric Corp.* (1964), 44 D.L.R. (2d) 440, 47 W.W.R. 391 *sub nom. Federal Electric Corp. v. Int'l Brotherhood of Electrical Workers Local Union 2085 and Canada Labour Relations Bd.* It has long been the law, declared and reiterated by the Supreme Court of Canada, that the federal Parliament may repose jurisdiction, in respect of any matter within its competence, in provincially

mental» de l'indépendance des cours supérieures visées à l'article 96, garanti par les articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* portant sur le système judiciaire. Ces articles s'appliquaient et empêchaient donc le Parlement de transférer cette compétence et la province de nommer ces juges. J'estime qu'il faudrait une déclaration claire et nette sur la question dont nous sommes saisis pour me convaincre que l'affaire a été réglée de la façon alléguée par la requérante. Je ne trouve aucune déclaration semblable dans l'affaire *McEvoy*.

Il semble que par le passé, l'opinion opposée à celle de la requérante ait été retenue. C'est-à-dire que dans l'exercice de sa compétence législative, le Parlement du Canada n'est pas assujéti aux mêmes restrictions que les parlements provinciaux lorsqu'il s'agit de créer des tribunaux administratifs et de leur conférer des pouvoirs. Certains auteurs sont de cet avis; voir notamment *Laskin's Canadian Constitutional Law* (4^e éd.), à la page 762, le doyen R. A. Macdonald, «The proposed section 96B: An Ill-Conceived Reform Destined to Failure», (1985) 26 *C. de D.* 251, à la page 263, et Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2^e éd.). Le professeur Hogg affirme ce qui suit à la page 149:

[TRADUCTION] Cependant, il demeure important de souligner que les articles 96, 97, 98 et 100 de la Loi constitutionnelle de 1867 ne s'appliquent pas, parce que cela signifie que le Parlement fédéral, contrairement aux législateurs provinciaux, n'est soumis à aucune restriction constitutionnelle lorsqu'il s'agit d'attribuer des pouvoirs à des fonctionnaires ou à des tribunaux administratifs fédéraux (ou à des cours inférieures fédérales, le cas échéant). Ces organismes peuvent être investis de fonctions habituellement exercées par une cour supérieure, de district ou de comté, si le Parlement en décide ainsi.

Je pense qu'une partie de la jurisprudence souscrit à cette opinion. Le juge Laskin l'a fermement exprimé, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, dans *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331, à la page 339:

[TRADUCTION] L'appelante prétend aussi que même s'il est légal que la *Loi sur le divorce* traite de la garde des enfants, il est contraire à l'art. 96 de l'*A.A.N.B.* de conférer au protonotaire compétence en matière de garde provisoire. Cette prétention ne peut être fondée que si les pouvoirs du protonotaire tirent leur source de lois provinciales. L'article 96 ne restreint pas les pouvoirs du Parlement fédéral: voir *R. v. Canada Labour Relations Board, ex p. Federal Electric Corp.* (1964), 44 D.L.R. (2d) 440, 47 W.W.R. 391 *sub nom. Federal Electric Corp. v. Int'l Brotherhood of Electrical Workers Local Union 2085 and Canada Labour Relations Bd.* La Cour suprême du Canada reconnaît depuis longtemps qu'en droit, le Parlement fédéral peut conférer des pouvoirs à des fonctionnaires nommés

appointed officers: see *Re Vancini* (1904), 34 S.C.R. 621; *Couglin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569, 68 D.L.R. (2d) 384.

See also *R. v. McDonald*, [1958] O.R. 373 (C.A.). In *R. v. Canada Labour Relations Board, Ex parte Federal Electric Corp.* (1964), 44 D.L.R. (2d) 440, the Manitoba Court of Queen's Bench had this to say (*per* Smith J., at pages 462-463) in speaking of the respondent Board:

Finally, it is a Federal Board and, as such, is not subject to any limitations that may have been said . . . to attach to Provincial Boards, arising from the fact that such Boards are created by Provincial Legislatures which have no power to create superior, county, or district Courts under s. 96 of the *B.N.A. Act*.

Eight years later the question once again arose in Manitoba, this time in *Canard v. Attorney-General of Canada et al.* (1972), 30 D.L.R. (3d) 9 (Man. C.A.). One of the issues there was whether the Parliament of Canada under the subject "Indians, and Lands reserved for the Indians" in subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867* could oust the jurisdiction of a provincial court in favour of a federal Minister to appoint an administrator of the estate of a deceased Indian pursuant to section 42 *et seq.* of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6. The opinion of the Manitoba Court of Appeal upholding the federal power was delivered by Dickson J.A. and is found at pages 17-18 of the report. He said:

Counsel for Mrs. Canard argued that if s. 42 *et seq.* are within s. 91, para. 24 of the *B.N.A. Act, 1867*, they are none the less invalid for the reason that they effect an ouster of the jurisdiction of a provincial Court. They do indeed effect such an ouster but there is ample authority to the effect that Parliament has the right to establish Courts having exclusive jurisdiction in a field that is within the jurisdiction of Parliament and to oust the jurisdiction of provincial Courts in that field. The only question is whether the words by which that object is sought to be achieved are apt for the purpose. As long ago as 1879 in *Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1 at p. 75, Taschereau, J., said:

. . . cannot Parliament, in virtue of section 101 of the Act, create new courts of criminal jurisdiction, and enact that all crimes, all offences shall be tried exclusively before these new courts? I take this to be beyond controversy.

And at p. 76:

I also think it clear, that Parliament can say, for instance, that all judicial proceedings on promissory notes and bills of

par les provinces, à l'égard de toute question relevant de ses compétences: voir *Re Vancini* (1904), 34 R.C.S. 621; *Couglin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569, 68 D.L.R. (2d) 384.

a Voir également *R. v. McDonald*, [1958] O.R. 373 (C.A.). Dans *R. v. Canada Labour Relations Board, Ex parte Federal Electric Corp.* (1964), 44 D.L.R. (2d) 440, le juge Smith de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, a affirmé ce qui suit

b (aux pages 462 et 463), au sujet du Conseil intimé:

[TRADUCTION] Enfin, il s'agit d'une commission fédérale et, à ce titre, elle n'est pas assujettie aux restrictions qui visent apparemment . . . les organismes provinciaux, puisque ces derniers sont créés par des législatures provinciales qui n'ont pas compétence pour créer des cours supérieures, de comté ou de district, en vertu de l'art. 96 de l'*A.A.N.B.*

Huit ans plus tard, la question a été soulevée de nouveau au Manitoba, cette fois dans l'affaire *Canard v. Attorney-General of Canada et al.* (1972), 30 D.L.R. (3d) 9 (C.A. Man.). Il s'agissait notamment de déterminer si le Parlement du Canada pouvait, en vertu de sa compétence sur «les Indiens et les terres réservées aux Indiens», prévue au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, retirer à un tribunal provincial, pour le confier à un ministre fédéral, le pouvoir de nommer un administrateur de la succession d'un Indien, conformément aux articles 42 et suivants de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6.

f Le juge Dickson a prononcé l'opinion de la Cour d'appel du Manitoba, confirmant les pouvoirs du Parlement fédéral. En voici un extrait figurant aux pages 17 et 18:

[TRADUCTION] L'avocat de M^{me} Canard prétend que si les art. 42 *sq.* tombent sous la rubrique 24 de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, ils sont toutefois nuls pour le motif qu'ils ont pour effet de retirer sa juridiction au tribunal provincial. Il y a effectivement retrait de juridiction mais une jurisprudence abondante reconnaît le pouvoir du Parlement d'établir des tribunaux ayant juridiction exclusive sur une matière qui est de sa compétence et d'exclure cette matière de la juridiction des tribunaux provinciaux. La seule question est de savoir si le texte employé pour ce faire est de nature à produire cet effet. Déjà en 1879, dans l'arrêt *Valin v. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1, le juge Taschereau déclarait à la p. 75:

i . . . le Parlement ne peut-il pas, en vertu de l'art. 101 de l'Acte, créer des nouveaux tribunaux de juridiction criminelle et décréter que tous les crimes et toutes les infractions seront jugés exclusivement par ces nouveaux tribunaux? Je considère qu'il n'y a aucun doute à ce sujet.

j Et à la p. 76:

Je crois aussi qu'il est évident que le Parlement peut déclarer, par exemple, que toutes les procédures judiciaires relatives

exchange shall be taken before the Exchequer Court or before any other Federal Court. This would be certainly interfering with the jurisdiction of the Provincial Courts. But, I hold that it has the power to do so *quoad all matters within its authority*.

Section 101 of the *B.N.A. Act, 1867*, provides that the Parliament of Canada may from time to time provide for the establishment of any additional Courts for the better administration of the laws of Canada and Parliament has in the past acted under this power in establishing the Income Tax Appeal Board, Admiralty Court, Bankruptcy Courts, Labour Board, Immigration Appeal Board and the like. Among the cases in which an ouster of a provincial Court has been considered are: *Delorimier v. Cross*, *supra* (ouster of Superior Court of Quebec in favour of the Exchequer Court, by the *Indian Act*); *Nanaimo Community Hotel v. Board of Referees*, [1945] 3 D.L.R. 225, [1945] 2 W.W.R. 145, [1945] C.T.C. 125 (ouster of Supreme Court of British Columbia in favour of the Exchequer Court, by the *Income War Tax Act*); *Pringle et al. v. Fraser*, a judgment of the Supreme Court of Canada pronounced March 30, 1972, not yet reported [since reported 26 D.L.R. (3d) 28]; reversing 19 D.L.R. (3d) 129, [1971] 2 O.R. 749; *R. v. Beattie*, *Ex p. Ederly* (1969), 7 D.L.R. (3d) 654, 70 W.W.R. 553, and *R. v. Department of Manpower & Immigration, Ex p. Hosin* (1970), 12 D.L.R. (3d) 704, [1970] 3 O.R. 268 (ouster of the ordinary Courts in favour of the Immigration Appeal Board, by the *Immigration Appeal Board Act*); *Klingbell v. Treasury Board*, [1972] 2 W.W.R. 389 (ouster of Court of Queen's Bench of Manitoba in favour of the Federal Court, by the *Federal Court Act*).

Counsel then submitted that if ouster of jurisdiction is possible, there is nevertheless a distinction between transferring jurisdiction from one Court to another Court or to a board, and transferring it from a Court to a Minister of the Crown; that the former may be within the federal power but the latter is not. I cannot accept this argument. Acting within the area of its legislative competence Parliament may limit or oust the jurisdiction of a provincial Court and give the jurisdiction which would otherwise reside within that Court to a federal Court or to a federal board or, if Parliament so wishes, to a Minister of the Crown. [Emphasis added.]

I observe that the suggestion of Taschereau J. in the *Valin* [*Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1] case concerning transfer of all criminal law power to a new Court created by Parliament was repudiated by the Supreme Court of Canada at page 722 of the *McEvoy* case.

The *Canard* case reached the Supreme Court of Canada: *Attorney General of Canada et al. v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170. The appeal was allowed on another ground but some members of

aux billets à ordre et aux lettres de change devront être intentées devant la Cour de l'Échiquier ou devant toute autre cour fédérale. Ceci constituerait certainement un empiétement sur la juridiction des tribunaux provinciaux, mais je conclus qu'il a ce pouvoir à l'égard de toutes les matières relevant de sa compétence.

a L'article 101 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, prévoit que le Parlement du Canada pourra, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet d'établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada et le Parlement a, dans le passé, agi en vertu de ce pouvoir pour établir la Commission d'appel de l'impôt, des cours d'amirauté, des cours ayant juridiction en matière de faillite, le Conseil des relations du travail, la Commission d'appel de l'immigration et autres tribunaux semblables. Voici quelques exemples de décisions portant sur le retrait de compétence à une cour provinciale: *Delorimier v. Cross* (précitée) (retrait à la Cour supérieure du Québec en faveur de la Cour de l'Échiquier, en vertu de la *Loi sur les Indiens*); *Nanaimo Community Hotel v. Board of Referees*, [1945] 3 D.L.R. 225, [1945] 2 W.W.R. 145, [1945] C.T.C. 125 (retrait à la Cour suprême de la Colombie-Britannique, en faveur de la Cour de l'Échiquier, en vertu de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*); *Pringle et al. v. Fraser*, jugement de la Cour suprême du Canada prononcé le 30 mars 1972, non encore publié [publié depuis à 26 D.L.R. (3d) 28]; infirmant 19 D.L.R. (3d) 129, [1971] 2 O.R. 749; *R. v. Beattie, Ex p. Ederly* (1969), 7 D.L.R. (3d) 654, 70 W.W.R. 553, et *R. v. Department of Manpower & Immigration, Ex p. Hosin* (1970), 12 D.L.R. (3d) 704, [1970] 3 O.R. 268 (retrait aux tribunaux ordinaires en faveur de la Commission d'appel de l'immigration en vertu de la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*); *Klingbell v. Treasury Board*, [1972] 2 W.W.R. 389 (retrait à la Cour du Banc de la Reine du Manitoba en faveur de la Cour fédérale, en vertu de la *Loi sur la Cour fédérale*).

f L'avocat a alors soutenu que, si le retrait de juridiction est possible, il existe néanmoins une distinction entre le transfert de juridiction d'un tribunal à un autre ou à une commission et le transfert d'un tribunal à un ministre de la Couronne, et que le premier pouvait être du ressort du pouvoir fédéral mais non pas le dernier. Je ne puis admettre cet argument. Lorsque le Parlement demeure dans les limites de sa compétence législative, il peut restreindre ou supprimer la juridiction d'un tribunal provincial et conférer cette juridiction soit à un tribunal ou une commission fédérale ou, si telle est la volonté du Parlement, à un ministre de la Couronne. [C'est moi qui souligne.]

h Je note que la suggestion faite par le juge Taschereau dans l'affaire *Valin* [*Valin v. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1], au sujet du transfert de tous les pouvoirs en matière criminelle à un nouveau tribunal créé par le Parlement, a été rejetée par la Cour suprême du Canada, à la page 722 de l'arrêt *McEvoy*.

j La décision rendue dans *Canard* a été portée en appel devant la Cour suprême du Canada: *Procureur général du Canada et autre c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170. L'appel a été accueilli pour

the Court expressed views which appear to me to be generally supportive of those expressed by Dickson J.A. on the particular constitutional point. That is especially so of those expressed by the Chief Justice of Canada with whom Spence J. agreed. While dissenting on the ground upon which the appeal was decided, he expressed the following views, at page 176:

Again, I am in entire agreement with the Manitoba Court of Appeal that Parliament, in legislating in the exercise of its exclusive power under s. 91(24) of the *British North America Act*, may include in such legislation testamentary provisions which would, according to their reach, govern the issue of letters of administration of the estate of an Indian intestate. Moreover, I see no constitutional infirmity in the assignment of jurisdiction in such matters to a federal functionary. Any constitutional limitation which might arguably reside in s. 96 of the *British North America Act* if provincial legislation was involved does not apply to the otherwise valid legislation of Parliament. [Emphasis added.]

Beetz J. also expressed some views on the point and while they are cast in narrower terms than those of the Chief Justice they appear to represent qualified agreement with those views. After quoting at some length from the judgment of Dickson J.A. he said, at pages 202-203:

We are not called upon to decide the constitutional validity of ss. 42 *et seq.* in all their substantive and jurisdictional ramifications. Yet, for the purposes of this case, I find myself in agreement with the general propositions that testamentary matters and causes with respect to deceased Indians come within the class of subjects of "Indians and Lands reserved for the Indians" and that Parliament can constitutionally oust the jurisdiction of provincial courts in these as well as in other federal matters and vest it in a federal agency, subject perhaps to an obvious qualification: while Parliament has the power to establish courts for the administration of the laws of Canada, it does not necessarily follow that it can clothe a Minister, or any official or board of a non-judicial nature with all the functions of a superior court; the powers of Parliament are limited by the wording of s. 101 of the *British North America Act, 1867*, as well as by the federal and fundamental nature of the Constitution which implies an inherent and entrenched jurisdiction in the courts to adjudicate in constitutional matters. [Emphasis added.]

And again, at page 203 Beetz J. continued:

In a matter of exclusive federal competence, such as "Indians and Lands reserved for the Indians" there is nothing unconstitutional in Parliament excluding the authority of provincial courts over this subject and bestowing it upon a Minister, particularly if it makes it subject to a form of judicial control as is provided by s. 47 of the *Indian Act*.

d'autres motifs, mais j'estime que certains juges se sont prononcés généralement en faveur de l'opinion du juge Dickson sur cette question constitutionnelle. C'est particulièrement le cas du jugement prononcé par le juge en chef du Canada auquel a souscrit le juge Spence. Tout en inscrivant sa dissidence à l'égard du fondement de la décision en appel, il a émis l'opinion suivante, à la page 176:

Je suis aussi complètement d'accord avec la Cour d'appel du Manitoba que le Parlement, en légiférant dans l'exercice de son pouvoir exclusif en vertu de l'art. 91(24) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, peut incorporer dans ses textes législatifs des dispositions testamentaires qui selon leur portée régiraient la question des lettres d'administration de la succession de l'Indien mort intestat. De plus, je ne vois pas d'anomalie constitutionnelle dans le fait de conférer la juridiction en semblables matières à un fonctionnaire fédéral. La seule restriction constitutionnelle dont pourrait faire l'objet l'art. 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* s'il s'agissait d'une loi provinciale, ne s'applique pas à une loi du Parlement par ailleurs valide. (C'est moi qui souligne.)

Le juge Beetz s'est aussi prononcé à ce sujet et même s'il le fait en termes plus restreints que le juge en chef, il semble accepter avec réserve l'opinion de celui-ci. Après avoir cité en détail la décision du juge Dickson, il a affirmé ce qui suit aux pages 202 et 203:

Nous n'avons pas à décider de la constitutionnalité des art. 42 *sq.* dans toutes leurs conséquences sur les questions de fond et de juridiction. Cependant, aux fins de la présente affaire, je suis d'accord avec les propositions générales suivantes: les affaires testamentaires et les matières relatives aux Indiens décédés relèvent de la catégorie de sujets «les Indiens et les terres réservées pour les Indiens»; de plus la Constitution permet au Parlement d'exclure ces matières comme les autres matières fédérales de la juridiction des tribunaux provinciaux et de les confier à un organisme fédéral, sous réserve peut-être d'une exception évidente: bien que le Parlement ait le pouvoir d'établir des tribunaux pour l'administration des lois du Canada, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il peut revêtir un ministre, un fonctionnaire ou une commission de caractère non judiciaire de toutes les attributions d'une cour supérieure; les pouvoirs du Parlement sont limités par le texte de l'art. 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, aussi bien que par le caractère fédéral et fondamental de la Constitution selon laquelle les tribunaux ont une juridiction inhérente leur permettant de trancher les questions constitutionnelles. (C'est moi qui souligne.)

Et il a ensuite ajouté, à la page 203:

Dans une matière de compétence exclusivement fédérale telle «les Indiens et les terres réservées pour les Indiens», il n'y a rien d'inconstitutionnel dans le fait que le Parlement retire aux tribunaux provinciaux leur juridiction sur ce sujet et la confère à un ministre, particulièrement s'il la subordonne à une forme de surveillance judiciaire comme l'art. 47 de la *Loi sur les Indiens* le prévoit.

Ritchie J., was in some measure of agreement with Beetz J. on the point for he said, at page 192, that “the power to appoint an administrator of the estate of a person who has died intestate is not one which must necessarily be assigned to a court and that there is nothing unconstitutional in Parliament excluding the authority of provincial courts over this subject and bestowing it upon a Minister”.

It must be acknowledged that the views on the question expressed by members of the Supreme Court of Canada in the *Canard* case did not represent the opinion of that Court as a whole. Those views as expressed both in the intermediate and in the final appeal are of course *obiter dicta* but when coupled with those of the Manitoba Court of Queen’s Bench in the *Federal Electric* case and of the Ontario Court of Appeal in the *Papp* case, the whole constitutes a considerable body of judicial thought running counter to the submission advanced by the applicant. I propose to adopt those views. I do not detect from an examination of the Supreme Court’s decision in the *McEvoy* case that these contrary views were argued or considered. I would not be prepared to hold, therefore, that that case has determined this point in a way that is binding upon this Court. As I have already indicated, it decides only that the judiciary sections of the *Constitution Act, 1867* therein discussed neither permitted the Parliament of Canada to invest a provincially appointed court with jurisdiction to try indictable offences nor the Province to appoint the judges of such a court. I have concluded that section 61.5 of the Code is not *ultra vires* the Parliament of Canada.

CONCLUSION

In view of the conclusions I have reached on the second and third issues discussed above, there is no legal barrier to referring the matter back to the Adjudicator for reconsideration on the basis that he cannot base his decision and order on a finding that the respondent’s “job function . . . does not involve handling money or like property” because the evidence is contrary to that finding. I would therefore set aside the decision and order of the Adjudicator herein and refer the matter back to him for reconsideration on the above basis.

Le juge Ritchie souscrivait dans une certaine mesure à l’opinion du juge Beetz lorsque celui-ci affirme à la page 192 que «le pouvoir de nommer un administrateur de la succession d’une personne morte intestat n’en est pas un qui doit être nécessairement assigné à un tribunal et que le Parlement n’agit pas à l’encontre de la constitution en enlevant aux tribunaux provinciaux la compétence en cette matière et en la conférant à un ministre».

Il faut reconnaître que les opinions exprimées à ce sujet par les juges de la Cour suprême du Canada dans l’affaire *Canard* ne représentaient pas l’opinion de la Cour dans son ensemble. Tant dans l’appel intermédiaire que final, il s’agissait évidemment d’*obiter dicta*; mais, si l’on considère également ceux de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, dans l’affaire *Federal Electric*, et de la Cour d’appel de l’Ontario, dans l’affaire *Papp*, ils représentent un ensemble considérable d’opinions juridiques contraires à la prétention de la requérante. J’ai l’intention de souscrire à ces opinions. Après l’étude de la décision de la Cour suprême dans l’affaire *McEvoy*, je ne crois pas que ces opinions contradictoires aient été soumises ou envisagées. Je ne suis donc pas prêt à conclure que cette question a été tranchée, dans cette affaire, de façon à lier la Cour. Comme je l’ai déjà indiqué, cela signifie tout simplement que les articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* portant sur le système judiciaire n’autorisaient aucunement le Parlement du Canada à conférer à un tribunal nommé par la province le pouvoir d’entendre des accusations d’acte criminel, ni la province à nommer les juges de ce tribunal. J’ai donc conclu que l’article 61.5 du Code n’est pas *ultra vires* de la compétence du Parlement du Canada.

CONCLUSION

Compte tenu de mes conclusions relatives à la deuxième et à la troisième question en litige, rien ne m’empêche en droit de renvoyer la question à l’arbitre pour nouvel examen, au motif qu’il ne peut fonder sa décision et son ordonnance sur la conclusion selon laquelle les «fonctions [de l’intimée] . . . n’impliquent pas la manutention d’argent ou de biens semblables» puisque la preuve est à l’effet contraire. J’annulerais donc la décision et l’ordonnance de l’arbitre et lui renverrais la question pour qu’il l’examine de nouveau en fonction des conclusions susmentionnées.