

Canada Industrial Relations Board
Conseil canadien des relations industrielles

Vol. 7-05

Reasons for decision

Allan McDonald,
complainant,
and
Canadian First Nations Police Association,
respondent,
and
Anishinabek Police Service,
employer.

CITED AS: Allan McDonald

Board File: 22783-C

Decision no. 319
 May 6, 2005

Complaint filed pursuant to section 37 of the *Canada Labour Code, Part I.*

Duty of fair representation - Absence of a collective agreement - Dismissal - Jurisdiction - The complainant filed a complaint pursuant to section 37 of the *Code* alleging violation of the duty of fair representation by the union following his dismissal - At issue is the preliminary question of whether the *Code's* duty of fair representation provisions under section 37 are applicable in the present circumstances, in the absence of a collective agreement - The union submits that the Board lacks the jurisdiction to hear the complaint - The collective agreement between the employer and the union was ratified subsequent to the date of the complainant's termination and made retroactive for purposes of salary increases only - The Board cannot, therefore, expand the intent of the parties and provide other rights to an employee under the agreement to a period of time when such rights, in the absence of collective agreement, did not exist - Since the complainant's complaint does not relate to his rights under a collective agreement that is applicable to him, he does not have recourse before the Board for an alleged violation of section 37 of the *Code* - Even though the complainant's situation falls within the circumstances for which section 36.1 was intended, in this case there is no disagreement between the employer and the bargaining agent, and it is the latter which has the discretion to determine if there is a disagreement and to refer the matter to arbitration - Section 36.1 read

Motifs de décision

Allan McDonald,
plaignant,
et
Canadian First Nations Police Association,
intimée,
et
Anishinabek Police Service,
employeur.

CITED AS: Allan McDonald

Dossier du Conseil: 22783-C

Décision n° 319
 le 6 mai 2005

Plainte déposée en vertu de l'article 37 du *Code canadien du travail, Partie I.*

Devoir de représentation juste - Absence d'une convention collective - Congédiement - Compétence - Le plaignant a déposé une plainte en vertu de l'article 37 du *Code*, alléguant que le syndicat a manqué à son devoir de représentation juste à la suite de son congédiement - La question préliminaire qui oppose les parties est de savoir si les dispositions de l'article 37 du *Code* concernant le devoir de représentation juste s'appliquent aux circonstances de l'espèce, en l'absence d'une convention collective - Le syndicat fait valoir que le Conseil n'est pas habile à se saisir de la plainte - La convention collective entre l'employeur et le syndicat a été ratifiée après le congédiement du plaignant avec effet rétroactif aux seules fins des augmentations salariales - Le Conseil ne peut donc pas donner un sens plus large à l'intention des parties et accorder d'autres droits à un employé en vertu de la convention relativement à la période durant laquelle ces droits, en l'absence de convention collective, n'existaient pas - Comme la plainte du plaignant ne concerne pas les droits qui lui sont reconnus par la convention collective, le plaignant ne peut pas exercer de recours devant le Conseil relativement à une prétendue violation à l'article 37 du *Code* - Bien que la situation du plaignant corresponde à tous égards aux circonstances prévues par l'article 36.1, il n'y a pas, en l'espèce, de litige entre l'employeur et l'agent négociateur, et c'est à ce dernier qu'il revient de déterminer s'il existe un

together with sections 57 to 66 do not create the existence, in law, of a collective agreement - The fact that the union has sole authority to undergo collective bargaining on behalf of an employee once certification has taken place does not mean that an employee is without other recourse if he has no means of redress under the *Code* - The Board concludes that there was no collective agreement in operation at the time of the complainant's dismissal, therefore it does not have jurisdiction over this matter - The complaint is dismissed.

The Board was composed of Mr. Douglas G. Ruck, Q.C., Vice-Chairperson, sitting alone pursuant to section 14(3)(c) of the *Canada Labour Code (Part I - Industrial Relations)* (the *Code*).

Appearances

Mr. Joseph A. Bisceglia, for Mr. Allan McDonald;
Mrs. Kelly L. Graham, for the Canadian First Nations Police Association; and
Mr. Brian T. Daly, for the Anishinabek Police Service.

[1] This case concerns a complaint pursuant to section 37 of the *Code* by Mr. Allan McDonald (the complainant), alleging violation of the duty of fair representation by the Canadian First Nations Police Association (the union or respondent), following his dismissal from the Anishinabek Police Service (the employer). The Board heard submissions from the parties on February 12, 2003 in addition to receiving written submissions in support of their respective positions and, in order to expedite matters, issued a short decision without reasons on May 8, 2003 dismissing the complaint. The Board indicated it would provide full written reasons at a later date, and these follow.

I - Background

[2] The complainant was hired as a probationary First Nations police constable on July 3, 2001 by the Anishinabek Police Service. His employment was conditional on his completion of a training program at the Ontario Police College in Aylmer, Ontario, which he attended beginning on September 12, 2001. On November 29, 2001, the complainant met with Sergeant Fleming of the Police College and Mr. Alex Zygniuk, an officer of the Anishinabek Police Service who was

désaccord et si l'affaire doit être renvoyée à l'arbitrage - Les articles 36.1 et 57 à 66, lus conjointement, ne créent pas l'existence, en droit, d'une convention collective - Le fait que le syndicat a le pouvoir exclusif de négocier au nom d'un employé dès lors qu'il est accrédité à titre d'agent négociateur ne signifie pas qu'un employé est dépourvu de tout recours s'il ne peut obtenir un redressement en vertu du *Code* - Le Conseil conclut que la convention collective n'était pas en vigueur au moment du congédiement du plaignant, et qu'il n'a donc pas la compétence requise pour instruire la plainte - La plainte est rejetée.

Le Conseil se composait de M^e Douglas G. Ruck, c.r., Vice-président, siégeant seul conformément à l'alinéa 14(3)c) du *Code canadien du travail (Partie I - Relations du travail)* (le *Code*).

Ont comparu

M^e Joseph A. Bisceglia, pour M. Allan McDonald;
M^e Kelly L. Graham, pour la Canadian First Nations Police Association;
M^e Brian T. Daly, pour le Anishinabek Police Service.

[1] La présente affaire concerne une plainte présentée en vertu de l'article 37 du *Code* par M. Allan McDonald (le plaignant), qui allègue que la Canadian First Nations Police Association (le syndicat ou l'intimée) a manqué à son devoir de représentation juste à la suite de son congédiement par le Anishinabek Police Service (l'employeur). Le Conseil a entendu les observations des parties le 12 février 2003 en plus de recevoir leurs observations écrites à l'appui de leurs positions respectives. Afin d'accélérer le processus, le Conseil a rendu une décision sommaire non motivée, le 8 mai 2003, par laquelle il rejetait la plainte, et indiqué qu'il exposerait ses motifs détaillés à une date ultérieure. Voici ces motifs.

I - Contexte

[2] Le plaignant a été embauché comme agent de police stagiaire des Premières nations, le 3 juillet 2001, par le Anishinabek Police Service. Avant d'entrer en fonctions, il devait mener à terme un programme de formation au Collège de police de l'Ontario à Aylmer (Ontario), programme auquel il a participé à compter du 12 septembre 2001. Le 29 novembre 2001, le plaignant a rencontré le sergent Fleming du Collège de police et M. Alex Zygniuk, agent du Anishinabek Police

the complainant's coach. Sergeant Fleming questioned the complainant about allegations of sexual harassment that had been leveled against him by some of the other trainees. Following the questioning, the complainant was given a letter dated that same day, advising him that his employment was terminated.

[3] From the information submitted, it is not clear what exactly transpired between the complainant and the union following his termination. It is reported that the complainant made some enquiries of his former employer and of the union as to the nature of the allegations and the persons who had made them. The information, apparently, was not forthcoming. There is also contradictory evidence as to whether the complainant specifically asked his union, at the time, to assist him in regaining his employment by way of a grievance or otherwise. The union states that when the complainant contacted Mr. Art King, Administrator, Canadian First Nations Police Association, in early December 2001, he was only seeking information about the allegations against him and did not ask for representation. The complainant denies this, stating that he asked Mr. King for his help and was told the union could do nothing for him. The Board notes, however, that the complainant seemingly contradicts his position in an affidavit sworn by him and filed in proceedings parallel to this matter before the Superior Court of Justice - Divisional Court of Ontario for judicial review of his dismissal under the Ontario *Police Act*. In his affidavit the complainant states in part:

30. At no time did I have any discussions or conversations with the Canadian First Nation Police Association...

31. I am not aware of there being in existence any collective agreement between the Anishinabek Police Service and/or the Canadian First Nation Police Association whereby there is any right of grievance or that it would be applicable in the circumstances.

[sic]

(emphasis added)

[4] On January 25, 2002, the complainant filed a complaint of unjust dismissal under section 240 of the *Canada Labour Code (Part III - Labour Standards)*, with the Department of Human Resources Development Canada (HRDC). This was followed with the filing of

Service et instructeur du plaignant. Le sergent Fleming l'a interrogé au sujet d'allégations de harcèlement sexuel dont il faisait l'objet de la part d'autres stagiaires. À l'issue de cet interrogatoire, le plaignant a été avisé de son congédiement, au moyen d'une lettre datée du même jour.

[3] Il est impossible de déterminer avec exactitude, à partir de l'information fournie, ce qui s'est produit entre le plaignant et le syndicat après le congédiement. Il est indiqué que le plaignant s'est adressé à son ancien employeur et au syndicat pour obtenir des précisions sur la nature des allégations et le nom des personnes qui l'accusaient. Ces demandes d'information sont apparemment demeurées sans réponse. Les éléments de preuve sont contradictoires quant à savoir si le plaignant a expressément demandé à son syndicat, à ce moment-là, de l'aider à retrouver son emploi au moyen d'un grief ou autrement. Le syndicat affirme que, lorsque le plaignant a communiqué avec M. Art King, administrateur de la Canadian First Nations Police Association, au début de décembre 2001, il cherchait seulement à obtenir de l'information au sujet des allégations dont il était l'objet et n'a aucunement sollicité l'aide du syndicat. Le plaignant soutient que c'est faux et qu'il a demandé l'aide de M. King, qui lui aurait répondu que le syndicat ne pouvait rien faire pour lui. Le Conseil note cependant que les déclarations du plaignant semblent contredire la position qu'il a défendue dans un affidavit fait sous serment dans le cadre d'une demande parallèle de contrôle judiciaire déposée auprès de la Cour supérieure de l'Ontario - Cour divisionnaire, relativement à son congédiement, en vertu de la *Loi sur la police* de l'Ontario. Dans cet affidavit, le plaignant affirme ce qui suit:

30. Je n'ai en aucun temps eu de discussions ou d'échanges avec la Canadian First Nations Police Association...

31. Je ne suis pas au courant d'une convention collective entre le Anishinabek Police Service et la Canadian First Nations Police Association qui m'accorderait le droit de présenter un grief ou qui s'appliquerait aux circonstances.

(traduction; c'est nous qui soulignons)

[4] Le 25 janvier 2002, le plaignant a déposé auprès du ministère du Développement des ressources humaines Canada (DRHC) une plainte de congédiement injuste en vertu de l'article 240 du *Code canadien du travail (Partie III - Normes du travail)*. Il a ensuite présenté la

the present complaint before the Canada Industrial Relations Board on February 12, 2002.

[5] In addition to the above background information it is necessary, at this stage, to also describe the evolution of the collective bargaining relationship between the union and the employer, in order to provide the chronological context of the incidents giving rise to the present complaint vis-à-vis the coming into force of the first collective agreement between the union and the employer.

[6] The union filed an application for certification for a unit of police officers of the employer on March 23, 1999. Certification was granted on August 18, 1999, and negotiations with the employer began on January 16, 2001. It was not until a year later, on January 16, 2002, that the union and the employer concluded a Memorandum of Agreement for a first collective agreement, subject to ratification by the respective constituents of both parties. The Agreement was ratified on February 19, 2002 and made retroactive, for salary purposes, to August 18, 2001.

[7] As is evident from the preceding paragraphs, the complainant's dismissal, which took place on November 29, 2001, occurred after the date of certification, August 18, 1999, but before the collective agreement became effective, February 19, 2002.

[8] At issue between the parties is the preliminary question of whether the *Code's* duty of fair representation provisions under section 37 are applicable in the present circumstances, in the absence of a collective agreement.

II - Position of the Parties

[9] Initially, the complainant alleged that his dismissal was without cause and unjust, and the failure of the union to grieve the matter was in violation of section 37 of the *Code*. He also alleged that the union had acted contrary to the *Code* in coming to an agreement with the employer, without his consent, to not pursue a grievance. The complainant also maintains that he was not fairly or properly represented in the circumstances of his termination. He claims the union acted arbitrarily, discriminatorily and in bad faith with respect to his rights and interests.

[10] The union, in its response to the complaint, raised the preliminary argument that the Board lacks the

plainte en instance au Conseil canadien des relations industrielles, le 12 février 2002.

[5] Outre le contexte de l'affaire, il est nécessaire, à ce stade-ci, de décrire l'évolution de la relation de négociation collective entre le syndicat et l'employeur afin de comprendre la chronologie des événements ayant donné lieu à la présente plainte eu égard à l'entrée en vigueur de la première convention collective conclue entre le syndicat et l'employeur.

[6] Le syndicat a présenté une demande d'accréditation pour une unité de policiers de l'employeur le 23 mars 1999. L'accréditation a été accordée le 18 août 1999 et les négociations avec l'employeur ont commencé le 16 janvier 2001. Ce n'est qu'un an plus tard, soit le 16 janvier 2002, que le syndicat et l'employeur ont conclu un protocole d'entente relativement à la première convention collective, sous réserve de sa ratification par leurs membres respectifs. L'entente a été ratifiée le 19 février 2002 avec effet rétroactif au 18 août 2001 aux fins des augmentations salariales.

[7] Comme il est indiqué aux paragraphes précédents, le congédiement du plaignant est survenu le 29 novembre 2001, c'est-à-dire après l'accréditation du syndicat, le 18 août 1999, mais avant l'entrée en vigueur de la convention collective, le 19 février 2002.

[8] La question préliminaire qui oppose les parties est de savoir si les dispositions de l'article 37 du *Code* concernant le devoir de représentation juste s'appliquent aux circonstances de l'espèce, en l'absence d'une convention collective.

II - Position des parties

[9] Au départ, le plaignant alléguait qu'il avait été congédié injustement et sans motif valable et que le syndicat avait contrevenu à l'article 37 du *Code* en refusant de contester l'affaire par voie de grief. Il prétendait également que le syndicat avait enfreint le *Code* en convenant avec l'employeur, à son insu, de ne pas présenter de grief. Le plaignant soutient aussi ne pas avoir été représenté de manière juste ou convenable relativement à son congédiement. Il prétend que le syndicat a agi de manière arbitraire, discriminatoire et de mauvaise foi en ce qui concerne la défense de ses droits et intérêts.

[10] Dans sa réponse à la plainte, le syndicat fait valoir, comme moyen préliminaire, que le Conseil n'est pas

jurisdiction to entertain a complaint under section 37 of the *Code* where a collective agreement does not exist. Further, the union submits that its statutory duty of fair representation did not exist at the time of the complainant's discharge as there was no collective agreement in existence. In support of its position, the union relied upon the Board's decision in *Eugene Kalwa* (1995), 96 di 157 (CLRB no. 1106).

[11] In response to the preliminary objection, the complainant argued that a union is obliged to represent the interests of a member once certification has taken place, since certification prohibits an individual from representing his own interests. The complainant cited section 36.1 of the *Code* and in particular subsection (2) thereof:

36.1(1) During the period that begins on the date of certification and ends on the date on which a first collective agreement is entered into, the employer must not dismiss or discipline an employee in the affected bargaining unit without just cause.

(2) Where a disagreement relating to the dismissal or discipline of an employee during the period referred to in subsection (1) arises between the employer and the bargaining agent,

(a) the bargaining agent may submit the disagreement to an arbitrator for final settlement as if it were a difference; and

(b) sections 57 to 66 apply, with the modifications that the circumstances require, to the disagreement.

[12] Since this was one of the first opportunities for the Board to turn its attention to section 36.1, which was incorporated into the *Code* by amendment in 1998, the Board asked the parties to address the preliminary objection with additional written and oral submissions. The complainant reiterated that once certification takes place, a union acquires sole authority to bargain collectively on behalf of the employees in a bargaining unit and therefore there is no room left for private negotiation between an employer and an employee. This exclusive authority, asserts the complainant, gives rise to the obligation to fairly represent all employees in the unit.

[13] The complainant also argued that the *Eugene Kalwa*, *supra*, case ignores section 36.1 of the *Code*, which allows a bargaining agent to submit a disagreement resulting from the dismissal or discipline of an employee, that may occur after certification but before a collective agreement is in place, to an arbitrator for a settlement. The complainant argued that the application of provisions 57 to 66 of the *Code* to

habile à se saisir d'une plainte fondée sur l'article 37 du *Code* lorsqu'il n'y a pas de convention collective en vigueur. Il soutient également que le devoir de représentation juste prévu par le *Code* n'existait pas au moment du congédiement du plaignant puisqu'il n'y avait pas de convention collective en vigueur à ce moment-là. À cet égard, le syndicat s'appuie sur la décision du Conseil *Eugene Kalwa* (1995), 96 di 157 (CCRT n° 1106).

[11] En réponse à l'objection préliminaire, le plaignant a fait valoir qu'un syndicat est tenu de représenter les intérêts de ses membres dès lors qu'il est accrédité à titre d'agent négociateur, puisque les employés perdent alors le droit de faire valoir eux-mêmes leurs intérêts. Le plaignant s'appuie sur l'article 36.1 du *Code* à cet égard, notamment le paragraphe (2):

36.1(1) Au cours de la période qui commence le jour de l'accréditation et se termine le jour de la conclusion de la première convention collective, l'employeur ne peut congédier un employé de l'unité de négociation - ou prendre des mesures disciplinaires à son égard - sans motif valable.

(2) En cas de litige entre un employeur et un agent négociateur sur un congédiement ou des mesures disciplinaires qui surviennent pendant la période visée au paragraphe (1), l'agent peut soumettre le litige à un arbitre pour règlement définitif comme s'il s'agissait d'un désaccord, les articles 57 à 66 s'appliquant alors avec les adaptations nécessaires.

[12] Comme c'est l'une des toutes premières fois que le Conseil est appelé à interpréter l'article 36.1, qui a été incorporé dans le *Code* lors du remaniement de 1998, les parties ont été invitées à soumettre des observations écrites et orales supplémentaires avant qu'il soit statué sur l'objection préliminaire. Le plaignant fait à nouveau valoir qu'un syndicat accrédité possède le pouvoir exclusif de négocier collectivement au nom des membres de l'unité, ce qui exclut dès lors toute négociation privée entre employeur et employés. À son avis, ce pouvoir exclusif donne naissance à l'obligation de représenter tous les employés.

[13] Le plaignant soutient aussi que l'affaire *Eugene Kalwa*, précitée, fait abstraction de l'article 36.1 du *Code*, qui permet à un agent négociateur de soumettre un litige lié à un congédiement ou une mesure disciplinaire à un arbitre pour règlement, pour autant que le désaccord soit survenu après l'accréditation du syndicat, mais avant l'entrée en vigueur d'une convention collective. Le plaignant a fait valoir que

this arbitration process, as provided in section 36.1(2)(b), creates rights in the nature of a collective agreement, and thus the phrase “collective agreement” found in section 37 of the *Code* must be interpreted to include the rights created by section 36.1 of the *Code* even though there is no signed agreement between the employer and union.

[14] The complainant also argued that because the *Eugene Kalwa, supra*, case did not deal with discipline or dismissal, it is factually distinguishable from the current case because it did not involve a section 36.1 issue.

[15] Alternatively, the complainant contends that as the collective agreement was made retroactive to August 18, 1999, which precedes the date of the complainant’s termination, there was in effect a collective agreement that grants jurisdiction to the Board.

[16] Finally, the complainant advanced the argument that the Board’s decisions have expressed the view that section 37 of the *Code* should be interpreted broadly, and in support cited *Peter G. Reynolds et al.* (1987), 68 di 116; and 87 CLLC 16,011 (CLRB no. 607); and *George Harris et al.* (1986), 68 di 1; 15 CLRBR (NS) 328; and 86 CLLC 16,059 (CLRB no. 597) decisions, wherein the Board maintained the continuing obligation of a union to represent employees after the collective agreement had terminated and was not yet renewed.

[17] The union argued that the operative words of section 37 of the *Code* are “rights under the collective agreement that is applicable to them,” and since there was no collective agreement that is applicable to the complainant at the time of the complaint, the Board lacks the requisite jurisdiction to hear the complaint. The union also relied upon the *Code*’s definition of a collective agreement as set out in section 3(1) of the *Code*:

“collective agreement” means an agreement in writing entered into between an employer and a bargaining agent containing provisions respecting terms and conditions of employment and related matters.

[18] The union takes the position that to accept the complainant’s argument that section 36.1 confers a “collective agreement” upon the parties for the purposes

l’application des dispositions 57 à 66 du *Code* à ce processus d’arbitrage, comme le prévoit le paragraphe 36.1(2), crée des droits équivalents à ceux conférés par une convention collective, et que les termes «convention collective» dans l’article 37 du *Code* devraient s’entendre des droits conférés par l’article 36.1 du *Code*, même si l’employeur et le syndicat ne sont pas liés par une convention collective en vigueur.

[14] Selon le plaignant, comme la décision *Eugene Kalwa*, précitée, ne portait pas sur une mesure disciplinaire ou un congédiement, les faits de cette affaire sont différents de ceux de l’espèce car ils ne concernent pas l’application de l’article 36.1.

[15] Subsidiairement, puisque la convention collective avait effet rétroactif au 18 août 1999, avant le congédiement du plaignant, il y avait bel et bien une convention collective en vigueur et le Conseil est donc habile à se saisir de la plainte.

[16] En dernier lieu, le plaignant avance que la jurisprudence du Conseil établit que l’article 37 du *Code* doit être interprété de manière libérale et renvoie à cet égard aux décisions suivantes: *Peter G. Reynolds et autres* (1987), 68 di 116; et 87 CLLC 16,011 (CCRT n° 607); et *George Harris et autres* (1986), 68 di 1; 15 CLRBR (NS) 328; et 86 CLLC 16,059 (CCRT n° 597). Dans ces décisions, le Conseil a statué que le syndicat demeure tenu de représenter ses membres durant la période comprise entre l’expiration de la convention collective et son renouvellement.

[17] Selon le syndicat, les mots clés de l’article 37 du *Code* sont «[l]es droits reconnus à ceux-ci par la convention collective», et comme aucune convention collective ne s’appliquait au plaignant au moment de la présentation de la plainte, le Conseil n’a pas la compétence requise pour instruire la plainte. Le syndicat s’appuie aussi sur la définition de convention collective énoncée au paragraphe 3(1) du *Code*:

«convention collective» Convention écrite conclue entre un employeur et un agent négociateur et renfermant des dispositions relatives aux conditions d’emploi et à des questions connexes.

[18] Le syndicat estime qu’accepter l’argument du plaignant selon lequel l’article 36.1 crée une «convention collective» entre les parties aux fins de

of section 37 would be to ignore the *Code's* definition of "collective agreement." The union further referred to the amendment of section 37 (then section 136.1) in 1984, when the words "with respect to their rights under the collective agreement that is applicable to them [the employees]" were added to the provision. The union stated that to broaden the definition of "collective agreement" from that of the *Code* would run counter to legislative intent.

[19] With respect to the complainant's reliance on *Peter G. Reynolds et al.*, *supra* and *George Harris et al.*, *supra*, the union argues that these cases are distinguishable from the matter at hand because they dealt with the continuance of the duty of fair representation after a pre-existing collective agreement had expired and before it had been renewed. The union also pointed out that both decisions referred to *Gordon Parsley et al.* (1986), 64 di 60; 12 CLRBR (NS) 272; and 86 CLLC 16,018 (CLRBR no. 555), in which the Board stressed that the duty of fair representation was dependent upon the "existence of a collective agreement." In the words of the Board:

In dealing with the phrase "the collective agreement," it is the view of the Board that the phrase presupposes the existence of a collective agreement and, when used in conjunction with the word "applicable," it presupposes the existence of a collective agreement that is, at the appropriate time, already applicable to the employees in the bargaining unit. Further it is the view of the Board that the use of the word "rights" must deal with those matters contained in a duly negotiated collective agreement; that is, in order for an employee to have "rights" under the collective agreement, there must already be a collective agreement in effect. The negotiation process must have been completed. As a result, when section 136.1 talks about the rights under the collective agreement, the Board concludes that what the legislator intended, and in fact passed into law, was that the section deal with an existing collective agreement, one that has already been negotiated and not one which is the subject of negotiations. ...

(pages 68; 281; and 14,153)

[20] The respondent also maintains that section 36.1(2)(a) is permissive, in that a union may represent an employee during the period between certification and the ratification of a first collective agreement, but the bargaining agent is not obligated to pursue the matter to arbitration, rather, it may choose to do so. Therefore the section does not provide a form of recourse for employees, but rather, for the bargaining agent.

l'article 37 équivaldrait à faire abstraction de la définition de «convention collective» dans le *Code*. Il renvoie à la modification de l'article 37 (alors article 136.1) en 1984, lorsque les mots «droits reconnus à ceux-ci [aux employés] par la convention collective» ont été ajoutés. Le syndicat estime que l'élargissement de la définition de «convention collective» énoncée dans le *Code* serait contraire à l'objet de la loi.

[19] En ce qui concerne les affaires *Peter G. Reynolds et autres*, précitée, et *George Harris et autres*, précitée, invoquées par le plaignant, le syndicat soutient qu'elles sont différentes de l'affaire qui nous occupe du fait qu'elles traitent du maintien du devoir de représentation juste après l'expiration d'une convention collective en vigueur, et ce, jusqu'à son renouvellement. Il indique également que les deux décisions renvoient à l'affaire *Gordon Parsley et autres* (1986), 64 di 60; 12 CLRBR (NS) 272; et 86 CLLC 16,018 (CCRT n° 555), dans laquelle le Conseil observe que le devoir de représentation juste est tributaire de «l'existence d'une convention collective». Autrement dit:

En ce qui concerne l'expression «la convention collective», le Conseil est d'avis que celle-ci présuppose l'existence d'une convention collective et, si on l'associe au terme «applicable», cela présuppose l'existence d'une convention collective qui, au moment pertinent, s'applique déjà aux employés compris dans l'unité de négociation. Le Conseil est aussi d'avis que l'emploi du terme «droits» a trait aux questions contenues dans une convention collective dûment négociée; cela signifie que, pour qu'un employé ait des droits aux termes d'une convention collective, il faut qu'une convention collective soit déjà en vigueur. Le processus de négociation doit être terminé. Le Conseil conclut donc que, si l'article 136.1 parle de droits dans le cadre de la convention collective, c'est parce que le législateur voulait, et cela est maintenant exprimé dans la loi, que l'article traite d'une convention collective existante, c'est-à-dire d'une convention négociée et non d'une convention faisant l'objet de négociations...

(pages 68; 281; et 14,153)

[20] L'intimée maintient également que l'alinéa 36.1(2)a est une disposition permissive en ce qu'un syndicat peut représenter un employé pendant la période comprise entre son accréditation à titre d'agent négociateur et la ratification d'une première convention collective mais n'est nullement tenu de renvoyer l'affaire à l'arbitrage, la décision à cet égard étant plutôt laissée à son appréciation. Par conséquent, cette disposition ne prévoit pas un recours pour les employés, mais plutôt pour l'agent négociateur.

[21] The union also challenges the complainant's contention that upon certification an employee is bereft of all individual rights. The union asserts that even after certification, residual rights remain for an employee to represent himself prior to a collective agreement being entered into. According to the union, section 240 of the *Code*, Part III, provides a means whereby an employee may pursue a complaint of unjust dismissal on his own with HRDC. Section 240 of the *Code*, Part III, and the relevant provisions provide:

240.(1) Subject to subsections (2) and 242(3.1), any person

(a) who has completed twelve consecutive months of continuous employment by an employer, and

(b) who is not a member of a group of employees subject to a collective agreement, may make a complaint in writing to an inspector if the employee has been dismissed and considers the dismissal to be unjust.

(2) Subject to subsection (3), a complaint under subsection (1) shall be made within ninety days from the date on which the person making the complaint was dismissed.

...

241.(2) On receipt of a complaint made under subsection 240(1), an inspector shall endeavour to assist the parties to the complaint to settle the complaint or cause another inspector to do so.

(3) Where a complaint is not settled under subsection (2) within such period as the inspector endeavouring to assist the parties pursuant to that subsection considers to be reasonable in the circumstances, the inspector shall, on the written request of the person who made the complaint that the complaint be referred to an adjudicator under subsection 242(1),

(a) report to the Minister that the endeavour to assist the parties to settle the complaint has not succeeded; and

...

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

...

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

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

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

[21] Le syndicat conteste aussi l'argument du plaignant selon lequel l'accréditation a pour effet de priver un employé de ses droits individuels. Le syndicat soutient que, même après l'accréditation, l'employé conserve des droits résiduels lui permettant de défendre lui-même ses intérêts jusqu'à la ratification d'une convention collective. À son avis, l'article 240 du *Code*, partie III, autorise l'employé à déposer lui-même une plainte pour congédiement injuste auprès de DRHC. L'article 240 du *Code*, partie III, est libellé comme suit:

240.(1) Sous réserve des paragraphes (2) et 242(3.1), toute personne qui se croit injustement congédiée peut déposer une plainte écrite auprès d'un inspecteur si:

a) d'une part, elle travaille sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur;

b) d'autre part, elle ne fait pas partie d'un groupe d'employés régis par une convention collective.

(2) Sous réserve du paragraphe (3), la plainte doit être déposée dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent la date du congédiement.

...

241.(2) Dès réception de la plainte, l'inspecteur s'efforce de concilier les parties ou confie cette tâche à un autre inspecteur.

(3) Si la conciliation n'aboutit pas dans un délai qu'il estime raisonnable en l'occurrence, l'inspecteur, sur demande écrite du plaignant à l'effet de saisir un arbitre du cas:

a) fait rapport au ministre de l'échec de son intervention;

...

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

...

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

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

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

[22] Section 240, the union notes, applies to persons who are not members of a group of employees subject to a collective agreement. In support of its position, the union referred to the Board to *Canada Post Corporation v. Pollard*, [1992] 2 F.C. 697 in which the adjudicator, appointed under Part III of the *Code*, held that he had jurisdiction over a complaint of dismissal during a lawful strike. That decision was upheld by the Federal Court, Trial Division (*Canada Post Corporation v. Pollard*, [1994] 1 F.C. 652). The union also argued that in *Canada Post Corporation v. Pollard*, *supra*, the limitation under section 242(3.1)(b) for an arbitrator to hear a complaint under Part III of the *Code* was inoperable when a procedure for redress did not exist even though a collective bargaining scheme was in existence.

[23] The union also pointed out that section 246 of the *Code*, Part III, provides an employee with the option of pursuing a civil remedy:

246.(1) No civil remedy of an employee against his employer is suspended by sections 240 to 245.

[24] The employer's arguments, for the most part, were consistent with the union's position. The employer also referred to the Supreme Court of Canada's decision in *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298, which stated, at paragraph 46, with respect to the residual duty of fair representation under common law:

A necessary caveat to this conclusion is that, while the common law duty will be inoperative in a situation where the terms of the statute apply, a different conclusion may be warranted in a case where the statute is silent or by its terms cannot apply. Such may be the case where the statutory duty is, by its terms, applicable only in circumstances where the breach of the duty arises out of contract administration. Recent amendments to the *Canada Labour Code* may restrict the statutory duty in such a fashion thereby arguably leaving some room for the common law duty to operate at the collective bargaining stage. This is however not the situation here, as the alleged breach occurred in the context of contract administration, and therefore this issue need not be addressed.

(pages 1319-1320)

[22] Le syndicat indique que l'article 240 s'applique aux personnes qui ne font pas partie d'un groupe d'employés régis par une convention collective. À l'appui de cette position, il cite l'arrêt *Société canadienne des postes c. Pollard*, [1992] 2 C.F. 697, dans lequel l'arbitre nommé en vertu de la partie III du *Code* avait statué qu'il était habile à se saisir d'une plainte relative à un congédiement pendant une grève légale. Cette décision a été confirmée par la Cour fédérale, Section de première instance (*Société canadienne des postes c. Pollard*, [1994] 1 C.F. 652). Le syndicat fait également valoir que dans l'arrêt *Société canadienne des postes c. Pollard*, précité, la restriction imposée à un arbitre par l'alinéa 242(3.1)b) concernant l'instruction d'une plainte en vertu de la partie III du *Code* est inapplicable lorsqu'il n'existe pas de recours, même lorsqu'un régime de négociation collective est en place.

[23] Le syndicat fait également observer que l'article 246 du *Code*, partie III, offre à l'employé la possibilité d'exercer un recours civil:

246.(1) Les articles 240 à 245 n'ont pas pour effet de suspendre ou de modifier le recours civil que l'employé peut exercer contre son employeur.

[24] Les arguments de l'employeur concordent en substance avec ceux du syndicat. L'employeur renvoie à l'arrêt *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298, dans lequel la Cour suprême du Canada a déclaré ce qui suit, au paragraphe 46, relativement au droit résiduel de représentation juste reconnu par la common law:

Cette conclusion doit toutefois être nuancée en ce que, même si le devoir de juste représentation en common law est inopérant là où les dispositions de la Loi s'appliquent, il peut en être autrement là où la Loi est silencieuse ou, en raison de ses termes, ne peut s'appliquer ou ne peut s'appliquer de façon concluante au manquement reproché. Ainsi, ce pourrait être le cas lorsque le devoir légal est, en raison de ses termes, applicable seulement dans des circonstances où le manquement au devoir découle de la gestion des contrats. Il se peut que des modifications récentes apportées au *Code canadien du travail* restreignent le devoir prévu par la Loi de telle sorte que l'on puisse prétendre que le devoir de common law s'applique à l'étape de la négociation collective. Il n'en est cependant rien en l'espèce puisque le manquement reproché s'est produit dans le contexte de la gestion de contrats; il n'est donc pas nécessaire de se prononcer sur cette question.

(pages 1319-1320)

III - Analysis

[25] Generally, the Board's jurisprudence respecting its jurisdiction over section 37 complaints may be divided into two categories: i) the duty relating to rights under a collective agreement and; ii) the duty of fair representation relating to negotiations, i.e., the content of an agreement. On occasion, however, there may appear to be a third category arising from some overlapping of the jurisprudence. Such may occur in cases where the parties are in negotiation for a collective agreement and there exists a question as to the applicability of the collective agreement rights to employees, such as when the parties are in negotiation for a very first collective agreement, or for the renewal of an expired collective agreement. The two cases cited by the complainant in support of his argument that the duty exists even in the absence of a collective agreement, *George Harris et al., supra*, and *Peter G. Reynolds et al., supra*, are such cases.

[26] Both of these cases deal with situations that arose either during mid-term negotiations, or during negotiations to renew an agreement that had expired. The complainant refers to the following excerpt in obiter from *Peter G. Reynolds et al., supra*:

... In case those comments are construed to mean that a collective agreement must be in effect before section 136.1 [now section 37] can be operative, we would like to dispel that notion.

(pages 127; and 14,108)

[27] However, when one reads *Peter G. Reynolds et al., supra*, in its entirety, it is clear that the Board's remarks were directed only at situations where there had already been a collective agreement in existence, it had expired, and was under renegotiation. This is illustrated by the following excerpt from that decision:

If an existing collective agreement was a requirement the converse would then be that the duty of fair representation would not apply, even to the administration of a collective agreement once the collective agreement has terminated. That is not so, the obligation continues for a bargaining agent to represent employees in grievance-arbitration proceedings even when the collective agreement has technically terminated.

The *Code* provides through sections 160(4) and 160(5) that provisions in a collective agreement for the settlement of

III - Analyse

[25] En général, la jurisprudence du Conseil pour ce qui touche sa compétence à statuer sur des plaintes fondées sur l'article 37 peut se diviser en deux catégories, soit celle relative au devoir de représentation juste dans le cas des droits reconnus par une convention collective et celle relative au devoir de représentation juste au chapitre des négociations, c'est-à-dire du contenu de la convention. À l'occasion, toutefois, on pourrait dire qu'il existe une troisième catégorie découlant du chevauchement de la jurisprudence. Ce peut être le cas quand des parties ont entamé des négociations collectives et qu'on s'interroge sur l'applicabilité des droits reconnus par la convention collective aux employés notamment lorsqu'il s'agit d'une toute première convention collective ou du renouvellement d'une convention collective arrivée à échéance. Les deux affaires citées par le plaignant à l'appui de son argument selon lequel le devoir de représentation juste existe même en l'absence de convention collective, en l'occurrence *George Harris et autres* et *Peter G. Reynolds et autres*, précitées, entrent dans cette catégorie.

[26] Ces deux affaires concernaient des situations survenues dans le cadre de négociations à mi-parcours ou de négociations pour le renouvellement d'une convention collective arrivée à échéance. Le plaignant renvoie à la remarque incidente tirée de l'affaire *Peter G. Reynolds et autres*, précitée:

... Au cas où certains croiraient que ces commentaires signifient qu'une convention collective doit être en vigueur pour que l'article 136.1 [maintenant l'article 37] puisse s'appliquer, nous tenons à préciser que ce n'est pas le cas.

(pages 127; et 14,108)

[27] La lecture intégrale de la décision *Peter G. Reynolds et autres*, précitée, révèle que les commentaires du Conseil visaient uniquement les cas où une convention collective arrivée à échéance fait l'objet de négociations en vue de son renouvellement, comme en témoigne le passage suivant:

Si l'existence d'une convention collective était nécessaire, cela voudrait dire *a contrario* que le devoir de représentation juste ne s'étend même pas à l'application d'une convention collective après son expiration. Tel n'est pas le cas, car l'obligation de l'agent négociateur de représenter les employés dans une procédure d'arbitrage de grief demeure, même une fois que la convention collective a théoriquement expiré.

Les paragraphes 160(4) et 160(5) du *Code* stipulent que les dispositions d'une convention collective relatives au règlement

differences arising from the collective agreement continue in force after the termination of the agreement, and that differences between the parties relating to a provision contained in the agreement can be arbitrated after the termination of the agreement and up to the time when sections 180(1)(a) to (d) have been met and the parties are in a lawful strike or lockout position. Those provisions are complemented by section 148(b) of the *Code* which freezes all of the terms and conditions and rights or privileges contained in the collective agreement once notice to bargain has been served and until sections 180(1)(a) to (d) have been met. Changes to the status quo can only be made with the consent of the bargaining agent. Parliament did not intend the 1984 amendments to change this aspect of the duty of fair representation and it would make no sense for a union to have the obligation to represent employees fairly in grievance-arbitration proceedings while the agreement is in effect and then suddenly not have it because the agreement has technically terminated.

(pages 127-128; and 14,108)

[28] It is evident from the above that the term “existing collective agreement,” in the first sentence, was intended to mean a collective agreement that had not expired. Subsequent decisions by the Board continued in the same vein (see *Dan Reid et al.* (1992), 90 di 58 (CLRB no. 972); and *Gérard Racine et al.* (1993), 92 di 118 (CLRB no. 1026)). Even though *Gérard Racine et al.*, *supra* addressed the notion of a duty of fair representation with respect to a first collective agreement, this was with respect to category no. (ii) and not to an employee’s rights under a collective agreement in category no. (i) as set out at paragraph 25 above.

[29] The complainant was terminated on November 29, 2001. The union and the employer concluded a Memorandum of Agreement on January 16, 2002, subject to ratification, which took place on February 19, 2002. The Agreement was made retroactive to August 18, 2001. The complainant argues that the effect of retroactivity means that he had rights under the collective agreement at the time of his dismissal. The Board cannot agree with this proposition. The collective agreement is silent as to when it was to become operative, but the Memorandum of Agreement leaves no doubt that it was subject to ratification. The Board addressed the question of when a collective agreement becomes operative in the face of a requirement for ratification in *Shaw Cablesystems G.P.*, [2003] CIRB no. 211; and 89 CLRBR (2d) 161, and concluded that under the provisions of the Memorandum of Agreement between the two parties, the collective agreement was to be effective only upon

des conflits qui en découlent restent en vigueur après l’expiration de la convention en question et que les conflits qui surgissent entre les parties au sujet d’une disposition de la convention peuvent être soumis à l’arbitrage après l’expiration de ladite convention, et ce, jusqu’à ce que les conditions des alinéas 180(1)a) à d) aient été remplies et que les parties aient acquis le droit de grève ou de lock-out. Ces dispositions sont complétées par l’alinéa 148b) du *Code* qui gèle toutes les conditions ainsi que les droits ou privilèges prévus par la convention dès qu’une mise en demeure de négocier a été signifiée et tant que les conditions des alinéas 180(1)a) à d) n’ont pas été remplies. Le statu quo ne peut être modifié qu’avec l’assentiment de l’agent négociateur. Le Parlement n’entendait pas changer, par le biais des modifications de 1984, cet aspect du devoir de représentation juste. Il serait d’ailleurs absurde qu’un syndicat soit obligé d’assurer une représentation juste des employés dans une procédure d’arbitrage de grief pendant que la convention est en vigueur et que, subitement, il n’y soit plus tenu parce que la convention a théoriquement expiré.

(pages 127-128; et 14,108)

[28] Il ressort clairement de ce passage que les mots «l’existence d’une convention collective», dans la première phrase, désignent une convention collective qui n’est pas encore arrivée à échéance. Les décisions subséquentes du Conseil vont dans le même sens (voir *Dan Reid et autres* (1992), 90 di 58 (CCRT n° 972); et *Gérard Racine et autres* (1993), 92 di 118 (CCRT n° 1026)). Même si l’affaire *Gérard Racine et autres*, précitée, traitait de la notion de devoir de représentation juste dans le cadre d’une première convention collective, il s’agissait de droits liés à la négociation collective et non pas de droits reconnus par une convention collective pour en revenir aux deux catégories mentionnées au paragraphe 25.

[29] Le plaignant a été congédié le 29 novembre 2001. Le syndicat et l’employeur ont conclu un protocole d’entente le 16 janvier 2002, sous réserve de la ratification de la convention collective, qui a eu lieu le 19 février 2002. Le protocole d’entente avait effet rétroactif au 18 août 2001. Le plaignant prétend que cela signifie qu’il avait des droits reconnus par la convention collective au moment de son congédiement. Le Conseil ne peut pas accepter cette prétention. La convention collective est muette quant à sa date d’entrée en vigueur, mais le protocole d’entente prévoit sans conteste qu’elle doit être ratifiée par les membres. Dans l’affaire *Shaw Cablesystems G.P.*, [2003] CCRI n° 211; et 89 CLRBR (2d) 161, le Conseil s’est penché sur la question de l’entrée en vigueur d’une convention collective qui doit être ratifiée par les membres. Il a conclu que, conformément aux dispositions du protocole d’entente conclu entre les parties, la convention collective entraine en vigueur uniquement au

ratification. In its decision, the Board referred to *Giant Yellowknife Mines Limited* (1976), 13 di 54; [1976] 1 Can LRBR 314; and 76 CLLC 16,002 (CLRB no. 53), which indicated that ratification may often signal the coming into operation of a collective agreement but the Board also dealt with another point relevant to this matter. The Board referred to a decision of the Ontario Labour Relations Board, which analyzed arbitral jurisprudence to the effect that a mere duration clause making a collective agreement retroactive did not make the agreement retroactive for all purposes (see *Bennett Chevrolet Geo Oldsmobile Cadillac Ltd.*, [1999] OLRB Rep. Sept./Oct. 781). In that case, the Ontario Labour Relations Board concluded that for it to conclude that a collective agreement operated retroactively there must be more than a mere duration clause providing for retroactivity.

[30] In this matter the parties have been very specific as to the purpose of the retroactivity clause. It is not contested that the collective agreement was made retroactive for purposes of salary increases only, and for no other purpose. The Board cannot, therefore, expand the intent of the parties and provide other rights to an employee under the agreement to a period of time when such rights, in the absence of a collective agreement, did not exist. Since Mr. McDonald's complaint, in the words of the *Code*, do not relate to his rights under a collective agreement that is applicable to him, he does not have recourse before this Board for an alleged violation of section 37 of the *Code*. While his complaint may be a legitimate one, it is not one which is preserved under section 37 as a consequence of the retroactivity provision.

[31] The complainant asserts, in the alternative, that section 36.1 of the *Code*, together with sections 57 to 66, create the existence, in law, of a collective agreement, and that it must have been the legislative intent to include the union's statutory duty of fair representation as part of section 36.1 under section 37. The Board finds that the wording of the statute does not support this argument. It is particularly noteworthy that sections 57 to 66 were specifically incorporated into section 36.1 by the legislator, while other sections such as section 37 (duty of fair representation) and the definition of "collective agreement" under section 3 were not. Furthermore, section 36.1(2)(b) states that "sections 57 to 66 apply, with the modifications that the circumstances require." An examination of sections 57

moment de sa ratification. Dans sa décision, le Conseil renvoie à l'affaire *Giant Yellowknife Mines Limited* (1976), 13 di 54; [1976] 1 Can LRBR 314; et 76 CLLC 16,002 (CCRT n° 53), dans laquelle il est indiqué que la ratification signale souvent l'entrée en vigueur d'une convention collective. Seulement, le Conseil traite aussi d'un autre point pertinent dans cette affaire. Il renvoie à une décision de la Commission des relations de travail de l'Ontario, qui passe en revue la jurisprudence arbitrale voulant qu'une simple clause de durée donnant effet rétroactif à une convention collective n'avait pas pour effet de rendre la convention rétroactive à tous égards (voir *Bennett Chevrolet Geo Oldsmobile Cadillac Ltd.*, [1999] OLRB Rep. Sept./Oct. 781). Dans cette affaire, la Commission des relations de travail de l'Ontario a statué que, pour en arriver à la conclusion qu'une convention collective avait effet rétroactif, il fallait bien plus qu'une simple clause de durée avec effet rétroactif.

[30] Dans la présente affaire, les parties ont très clairement précisé l'objet de la clause de rétroactivité. Il est acquis que la convention collective a effet rétroactif aux fins des augmentations salariales seulement, et non à d'autres égards. Le Conseil ne peut donc pas donner un sens plus large à l'intention des parties et accorder d'autres droits à un employé en vertu de la convention relativement à la période durant laquelle ces droits, en l'absence de convention collective, n'existaient pas. Comme la plainte de M. McDonald, selon le libellé du *Code*, ne concerne pas les droits qui lui sont reconnus par la convention collective, le plaignant ne peut pas exercer de recours devant le Conseil relativement à une infraction à l'article 37 du *Code*. Bien que sa plainte soit légitime, elle ne peut pas être fondée sur l'article 37 en raison de la clause de rétroactivité.

[31] Subsidiairement, le plaignant affirme que l'article 36.1 du *Code*, avec les articles 57 à 66, créent l'existence, en droit, d'une convention collective et que l'intention du législateur devait nécessairement être d'inclure le devoir de représentation juste du syndicat dans l'article 36.1, pour l'application de l'article 37. Le Conseil estime que le libellé du *Code* n'étaye pas cet argument. Il importe notamment de préciser que les articles 57 à 66 ont été expressément incorporés dans l'article 36.1 par le législateur, contrairement à d'autres articles, comme l'article 37 (devoir de représentation juste) et à la définition de «convention collective» à l'article 3. L'alinéa 36.1(2)(b) dispose que «les articles 57 à 66 s'appliqu[e]nt alors avec les adaptations nécessaires». L'examen des articles 57 à 66 révèle que

to 66 reveals that the only obvious modification required is recognizing that a collective agreement does not exist (to use the words of the *Code*: “during the period ... that ends on the date on which a first collective agreement is entered into”). Otherwise, sections 57 to 66 may be read as they are, and in the opinion of the Board, other than has been noted, there would be no circumstances requiring them to be modified, and the phrase, in section 36.1(2)(b), would have no meaning. In accordance with the rules of statutory construction, a clause must be read in such a way as to give each phrase meaning. The fact that the legislature specifically incorporated certain sections of the *Code* into section 36.1 and not others must lead the Board to conclude, in the absence of any indication to the contrary, that these other provisions were not intended to be included.

[32] The meaning of section 36.1 is clear. It imposes the just cause standard on dismissals and discipline for the interim period, and gives the union discretion to refer a grievance on discipline or dismissal to an arbitrator “[w]here a disagreement ... arises between the employer and the bargaining agent.” Even though Mr. McDonald’s situation falls squarely within the circumstances for which section 36.1 was intended, in this case there is no disagreement between the employer and the bargaining agent, and it is the latter which has the discretion to determine if there is a disagreement and to refer the matter to arbitration. The Board must conclude that the wording of section 36.1 cannot give a right or arbitration to an employee; it does so only to the bargaining agent.

[33] As for the complainant’s argument that the union has sole authority to bargain on behalf of an employee once certification has taken place, this may be true as far as collective bargaining is concerned, but does not mean that an employee is without other recourse if he has no means of redress under the *Code*. The case law emanating from those cases in category (i) as set out at page 11, recognizes that a dispute with a union’s decision need not be exclusively pursued under the *Code*.

[34] The Supreme Court of Canada decision in *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, *supra*,

la seule adaptation évidente nécessaire est de reconnaître qu’il n’existe pas de convention collective (pour reprendre le libellé du *Code*: «Au cours de la période qui ... se termine le jour de la conclusion de la première convention collective»). Autrement, les articles 57 à 66 peuvent être interprétés textuellement; le Conseil estime d’ailleurs que, exception faite de ce qui a été noté, il n’existerait aucune circonstance nécessitant l’adaptation de ces dispositions, et la dernière phrase de l’alinéa 36.1(2)(b) n’aurait aucun sens. Or, selon les règles d’interprétation législative, un article doit être interprété de manière à donner un sens à chacune de ses phrases. Le fait que le législateur incorpore expressément certaines dispositions du *Code* dans l’article 36.1 et non d’autres amène le Conseil à conclure que, sauf indication contraire, il n’entendait pas inclure ces autres dispositions.

[32] Le sens de l’article 36.1 est clair. Il impose le critère du motif valable dans les cas des congédiements et mesures disciplinaires qui surviennent pendant la période visée et confère au syndicat le pouvoir discrétionnaire de renvoyer à l’arbitrage un grief portant sur une mesure disciplinaire ou un congédiement «[e]n cas de litige entre un employeur et un agent négociateur». Bien que la situation de M. McDonald corresponde à tous égards aux circonstances prévues par l’article 36.1, il n’y a pas, en l’espèce, de litige entre l’employeur et l’agent négociateur, et c’est à ce dernier qu’il revient de déterminer s’il existe un désaccord et si l’affaire doit être renvoyée à l’arbitrage. Le Conseil doit conclure que le libellé de l’article 36.1 ne peut pas donner à un employé le droit de recours à l’arbitrage, ce droit étant réservé à l’agent négociateur.

[33] Quant à l’argument du plaignant selon lequel le syndicat a le pouvoir exclusif de négocier au nom d’un employé dès lors qu’il est accrédité à titre d’agent négociateur, c’est peut-être vrai dans le cas de la négociation collective, mais cela ne signifie pas qu’un employé est dépourvu de tout recours s’il ne peut obtenir un redressement en vertu du *Code*. La jurisprudence découlant des affaires relatives au devoir de représentation juste eu égard aux droits reconnus par la convention collective, dont il est question à la page 11 reconnaît qu’il existe d’autres recours que ceux prévus dans le *Code* pour contester une décision d’un syndicat.

[34] Dans l’arrêt *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l’Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*,

addresses this point. The Court held that although the *Code* supplanted the common law duty of fair representation, it did not close the door to common law remedies where the *Code* did not apply. As stated by the Court:

... Our analysis in this area must be guided by the rule that unless the statute contains words that expressly or by necessary implication oust the common law duty or remedy, one has a choice of remedies. ...

...

An analysis of the provisions of the *Canada Labour Code* will, in my opinion, lead to the conclusion that while the legislation has not expressly ousted the common law duty of fair representation, it does so by necessary implication or, ... with irresistible clearness.

...

This duty, however, must be viewed as part of a legislative scheme governing labour relations. The *Code* provisions cover a wide range of labour relations, including fair employment practices, equal pay for similar or identical work, wages, vacations and holidays, employment safety, unfair labour practices, the process of collective bargaining including certification, the collective agreement, strikes and lock-outs and conciliation. More particularly, Division II of the *Code* (ss. 111 to 123) [now sections 9 to 23.1] contains the provisions relating to the composition and operation of the Board. The powers given to the Board in this part of the *Code* both ensure that the Board has ample ability to investigate and adduce evidence relevant to proceedings before it and ensure that the hearing process is as flexible and efficient as possible. In reviewing the legislation it becomes clear that, at least as regards the duty of fair representation, Parliament has enacted a comprehensive, exclusive code. An overview of the *Code* puts the statutory duty of fair representation in its proper context, that of a complete and comprehensive scheme that both supplies the duty and provides the necessary adjudicative machinery such that resort to the common law is duplicative in any situation **where the statute applies**. While not determinative in itself, this is in my view a strong indication of Parliament's intention that the *Code* occupy the whole field in terms of a determination of whether or not a union has acted fairly.

An examination of the statutory remedies contained in s. 189 [now section 99] of the *Code* further supports this conclusion.

...

... Parliament has substituted a broad, comprehensive, remedial scheme much superior to an award of damages available at common law. ...

The common law duty adds nothing to the effectiveness of the *Canada Labour Code* and serves no purpose in situations **where, as here, the Code applies**.

précité, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur cette question. La Cour a déclaré que, même si le *Code* évinçait le devoir de représentation juste reconnu par la common law, il n'écartait pas les recours en common law lorsque le *Code* ne s'applique pas:

... Notre guide dans cette analyse doit être la règle portant qu'à moins que la loi ne comporte des termes qui, expressément ou par déduction nécessaire, écartent le devoir ou le redressement de common law, le choix des redressements existe...

...

À mon avis, une analyse des dispositions du *Code canadien du travail* nous permettra de conclure que, bien que la Loi n'ait pas expressément écarté le devoir de juste représentation reconnu par la common law, elle le fait par déduction nécessaire ou ... de façon incontestablement claire.

...

Ce devoir de juste représentation doit cependant être analysé dans le contexte du régime législatif régissant les relations du travail. Les dispositions du *Code* visent toute une gamme de relations de travail, dont les pratiques d'emploi équitables, le salaire égal pour un travail similaire ou identique, les rétributions, les vacances et les jours fériés, les règles de sécurité du travail, les pratiques déloyales de travail, le processus de négociation collective, y compris l'accréditation, la convention collective, les grèves et les lock-out et la procédure de conciliation. Plus particulièrement, la division II du *Code* (les art. 111 à 123) [maintenant les articles 9 à 23.1] comporte des dispositions relatives à la composition et au fonctionnement du Conseil. Les pouvoirs conférés au Conseil dans cette partie du *Code* lui accordent une marge de manoeuvre suffisante pour enquêter et produire des éléments de preuve pertinents aux procédures qui se déroulent devant lui et assurent que le processus d'audition est aussi souple et efficace que possible. À l'examen de la Loi, il devient clair, tout au moins en ce qui concerne le devoir de juste représentation, que le Parlement a adopté un code complet et exclusif. Une vue d'ensemble du *Code* permet de situer le devoir légal de juste représentation dans son contexte approprié, c'est-à-dire celui d'un régime complet et global qui établit le devoir et prévoit un mécanisme nécessaire de règlement des griefs de sorte que le recours à la common law fait double emploi dans tous les cas **où la Loi s'applique**. Bien que cela ne soit pas déterminant en soi, c'est là à mon avis une bonne indication de l'intention du Parlement que le *Code* occupe tout le champ lorsqu'il s'agit de déterminer si un syndicat a agi de façon juste.

L'examen des redressements que prévoit l'art. 189 [maintenant l'article 99] du *Code* vient appuyer davantage cette conclusion:

...

... Le Parlement a substitué un régime de redressements général et complet de beaucoup supérieur à l'attribution de dommages-intérêts prévue en common law...

Le devoir de common law n'ajoute rien à l'efficacité du *Code canadien du travail* et n'est d'aucune utilité dans les cas où, comme en l'espèce, le *Code* s'applique.

...

A necessary caveat to this conclusion is that, while the common law duty will be inoperative in a situation where the terms of the statute apply, **a different conclusion may be warranted in a case where the statute is silent or by its terms cannot apply**. Such may be the case where the statutory duty is, by its terms, applicable only in circumstances where the breach of the duty arises out of contract administration. Recent amendments to the *Canada Labour Code* may restrict the statutory duty in such a fashion, **thereby arguably leaving some room for the common law duty to operate at the collective bargaining stage**. This is however not the situation here, as the alleged breach occurred in the context of contract administration, and therefore this issue need not be addressed.

A different conclusion may also be warranted where it is not clear that the statute exclusively covers the breach. In other instances, such as in the context of human rights violations, while the statute may apply, the breach may not be properly characterized exclusively as a labour relations matter. In these circumstances jurisdiction may be grounded elsewhere. Since neither of these potential examples are at issue in this case, nothing more need be said of them at this point.

Notwithstanding my conclusion that the provisions contained in the *Canada Labour Code* necessarily oust the common law duty of fair representation in most situations where the terms of the statute apply, it is now necessary to determine whether or not the statutory duty can be the subject of a claim in the ordinary courts or whether instead the legislative scheme has substituted a procedure that must be followed.

(pages 1315-1320; emphasis added)

[35] In *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, the Supreme Court of Canada considered the effect of final and binding arbitration clauses in labour legislation, and asked whether there was, as between an arbitrator and the courts, concurrent jurisdiction, overlapping jurisdiction, or exclusive jurisdiction. The Court came to the conclusion that an arbitrator had exclusive jurisdiction with respect to differences arising from the interpretation, application, administration or alleged violation of agreements, but at the same time, cautioned as follows:

This approach does not preclude all actions in the courts between employer and employee. **Only disputes which expressly or inferentially arise out of the collective agreement are foreclosed to the courts.** ...

(page 957; emphasis added)

...

Cette conclusion doit toutefois être nuancée en ce que, même si le devoir de juste représentation en common law est inopérant là où les dispositions de la Loi s'appliquent, **il peut en être autrement là où la Loi est silencieuse ou, en raison de ses termes, ne peut s'appliquer ou ne peut s'appliquer de façon concluante au manquement reproché**. Ainsi, ce pourrait être le cas lorsque le devoir légal est, en raison de ses termes, applicable seulement dans des circonstances où le manquement au devoir découle de la gestion des contrats. Il se peut que des modifications récentes apportées au *Code canadien du travail* restreignent le devoir prévu par la Loi **de telle sorte que l'on puisse prétendre que le devoir de common law s'applique à l'étape de la négociation collective**. Il n'en est cependant rien en l'espèce puisque le manquement reproché s'est produit dans le contexte de la gestion de contrats; il n'est donc pas nécessaire de se prononcer sur cette question.

Une conclusion différente peut aussi être justifiée lorsqu'il n'est pas clair que la Loi s'applique exclusivement au manquement. Dans d'autres cas, comme dans le contexte de la violation des droits de la personne, bien que la Loi puisse s'appliquer, il est possible que le manquement ne puisse être qualifié exclusivement, à juste titre, de question de relations de travail. Dans ces circonstances, le fondement de la compétence peut être ailleurs. Vu que ni l'un ni l'autre de ces exemples possibles n'est ici en cause, il n'est pas nécessaire d'ajouter quoi que ce soit sur le sujet.

Nonobstant ma conclusion que les dispositions du *Code canadien du travail* écartent nécessairement le devoir de juste représentation, reconnu par la common law, dans la plupart des cas où les termes de la Loi s'appliquent, il est maintenant nécessaire de déterminer si le devoir légal peut faire l'objet d'une demande devant les tribunaux ordinaires ou si le régime législatif y a plutôt substitué la procédure à suivre.

(pages 1315-1320; c'est nous qui soulignons)

[35] Dans l'arrêt *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur l'effet des dispositions d'arbitrage définitif et exécutoire dans la législation sur les relations du travail et s'est demandée si les arbitres et les tribunaux exerçaient une compétence concomitante ou exclusive ou encore s'il y avait chevauchement entre les deux. La Cour a conclu qu'un arbitre avait compétence exclusive sur les désaccords relatifs à l'interprétation, au champ d'application, à la mise en oeuvre ou à la prétendue violation d'une convention collective tout en faisant la mise en garde suivante:

Ce modèle ne ferme pas la porte à toutes les actions en justice mettant en cause l'employeur et l'employé. **Seuls les litiges qui résultent expressément ou implicitement de la convention collective échappent aux tribunaux...**

(page 957; c'est nous qui soulignons)

[36] Two subsequent decisions of the Supreme Court of Canada re-affirm the above principles. In *Allen v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 128, the Court came to the same conclusion as in *Weber v. Ontario Hydro, supra*, that because the dispute was essentially one that fell within the terms of the collective agreement, it was therefore to be decided exclusively by an arbitrator. In *Goudie v. Ottawa (City)*, [2003] 1 S.C.R. 141, the Court adopted the reasoning in *Weber v. Ontario Hydro, supra*, but found on the facts that because the dispute was outside the collective agreement, as in the case here, it was properly a civil matter. The Court held:

It is well established that a dispute between an employer and an employee that arises in its essential character from the interpretation, application, administration or violation of a collective agreement is to be determined not in the courts but according to the arbitration provisions of the collective agreement.

The problem in this case is that the motions judge, summarily dismissing the respondent employees' action on a preliminary motion, placed too much emphasis on the collective bargaining environment and insufficient weight on the essential character of the dispute.

It is true that the respondents' complaint about reduced wages and benefits was asserted against their employer, the City of Ottawa, at a time when the respondents were covered by a collective agreement between the appellant and the Canadian Union of Public Employees, Local 503 ("CUPE").

The essential character of the dispute, however, is a claim under an alleged pre-employment contract. The respondents' entitlement, if any, did not arise out of the interpretation, application, administration or violation of the CUPE agreement. On the contrary, the respondents' complaint is precisely that they were paid according to the CUPE contract rather than under the more advantageous terms of the alleged pre-employment contract.

(page 144)

[37] The Court determined that the dispute under the pre-employment contract was properly before the courts and not under the jurisdiction of an arbitrator.

[38] *Canada Post Corporation v. Pollard, supra*, upheld that an employee had the right of redress under section 240 of the *Code*, Part III. Section 246 of the *Code*, Part III, also provides that an employee is entitled to seek a civil remedy.

[36] Deux arrêts ultérieurs de la Cour suprême du Canada ont confirmé ces principes. Dans l'arrêt *Allen c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 128, la Cour en est arrivée aux mêmes conclusions que dans l'arrêt *Weber c. Ontario Hydro*, précité, à savoir que le litige, qui portait essentiellement sur des conditions prévues par la convention collective, relevait exclusivement de la compétence d'un arbitre. Dans l'arrêt *Goudie c. Ottawa (Ville)*, [2003] 1 R.C.S. 141, la Cour a adopté les principes énoncés dans l'arrêt *Weber c. Ontario Hydro*, précité, mais a conclu que le litige se situait hors du cadre de la convention collective, comme c'est le cas en l'espèce, et qu'il s'agissait à juste titre d'une affaire civile. La Cour a statué ce qui suit:

Il est bien établi qu'un litige entre un employeur et un employé qui, dans son essence, découle de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution d'une convention collective ne doit pas être tranché par les tribunaux, mais plutôt par un arbitre conformément aux clauses d'arbitrage stipulées dans la convention collective.

Le problème en l'espèce est que le juge des motions, en rejetant de façon sommaire l'action des employés intimés sur présentation d'une motion préliminaire, a accordé trop d'importance au contexte de négociation collective et pas assez d'importance à l'essence du litige.

Il est vrai qu'au moment où les intimés ont déposé une plainte contre leur employeur, la ville d'Ottawa, pour contester la réduction de leur salaire et de leurs avantages sociaux, ils étaient assujettis à une convention collective conclue entre l'appelante et la section locale 503 du Syndicat canadien de la fonction publique («SCFP»).

Toutefois, l'essence du litige consiste en une revendication fondée sur un présumé contrat de pré-emploi. Le droit des intimés, s'il existe, ne découle pas de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de la convention du SCFP. Au contraire, les intimés se plaignent précisément d'avoir été rémunérés à tort en application du contrat du SCFP plutôt que du présumé contrat de pré-emploi, qui comportait des conditions plus avantageuses.

(page 144)

[37] La Cour a conclu que le litige découlait d'un contrat de pré-emploi et que l'affaire relevait à juste titre de la compétence des tribunaux et non de celle d'un arbitre.

[38] Dans l'arrêt *Société canadienne des postes c. Pollard*, précité, la Cour suprême du Canada a confirmé qu'un employé avait le droit de se prévaloir du recours prévu par l'article 240 du *Code*, partie III. L'article 246 du *Code*, partie III, prévoit également qu'un employé peut exercer un recours au civil.

[39] In *Clarence Hynes et al.* (1988), 75 di 39; and 88 CLLC 16,056 (CLRb no. 708) upheld by the Federal Court of Appeal (*Edward Carvery v. Canada Labour Relations Board et al.*, judgment rendered from the bench, no. A-32-89, February 2, 1990); and *Esper Powell* [2000] CIRB no. 97, the Board confirmed that two preconditions must be met before the Board is able to entertain a complaint under section 37 of the *Code*; there must be a bargaining agent for a bargaining unit; and there must be an employee in the unit who has rights under the collective agreement.

[40] Based upon the Board's findings that: (a) the collective agreement between the Anishinabek Police Service and the Canadian First Nations Police Association was ratified subsequent to the date of the complainant's termination; (b) the retroactivity clause does not preserve the rights under section 37 of the *Code*; and (c) sections 36.1 and 57 to 66, when read together, do not create a collective agreement; the Board concludes that there was no collective agreement in operation at the time of the complainant's dismissal. The complainant, consequently, cannot be said to have had rights under a collective agreement, and accordingly, the second condition as noted above, is not met.

[41] In view of the foregoing, the Board is unable to entertain the complaint, and it must be dismissed. The solution to Mr. McDonald's complaint would appear to lie in another forum, and as has been noted previously, proceedings have already been instituted by the complainant.

CASES CITED

Allen v. Alberta, [2003], 1 S.C.R. 128

Bennett Chevrolet Geo Oldsmobile Cadillac Ltd., [1999] OLRB Rep. Sept./Oct. 781

Canada Post Corporation v. Pollard, [1992] 2 F.C. 697

Canada Post Corporation v. Pollard, [1994] 1 F.C. 652

Carvery (Edward) v. Canada Labour Relations Board et al., judgment rendered from the bench, no. A-32-89, February 2, 1990 (F.C.A.)

Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057, [1990] 1 S.C.R. 1298

[39] Dans l'affaire *Clarence Hynes et autres* (1988), 75 di 39; et 88 CLLC 16,056 (CCRT n° 708), décision confirmée par la Cour d'appel fédérale (*Edward Carvery c. Le Conseil canadien des relations du travail et autre*, jugement prononcé à l'audience, n° A-32-89, 2 février 1990); et l'affaire *Esper Powell* [2000] CCRI n° 97, le Conseil a confirmé que deux conditions préalables devaient être remplies pour que le Conseil entende une plainte fondée sur l'article 37 du *Code*; il faut qu'un agent négociateur représente l'unité de négociation et qu'un employé de l'unité ait des droits reconnus par la convention collective.

[40] Compte tenu des conclusions du Conseil selon lesquelles: a) la convention collective entre le Anishinabek Police Service et la Canadian First Nations Police Association a été ratifiée après le congédiement du plaignant; b) la clause de rétroactivité ne maintient pas les droits reconnus par l'article 37 du *Code*; et c) les articles 36.1 et 57 à 66, lus conjointement, ne créent pas une convention collective, le Conseil conclut que la convention collective n'était pas en vigueur au moment du congédiement du plaignant. Par conséquent, on ne saurait dire que le plaignant avait des droits reconnus par une convention collective; la deuxième des conditions susmentionnées n'est donc pas remplie.

[41] Compte tenu de ce qui précède, le Conseil ne peut entendre la plainte et doit la rejeter. La solution à la plainte de M. McDonald semble résider dans un autre recours et, comme il a été indiqué précédemment, le plaignant a déjà engagé des procédures.

AFFAIRES CITÉES

Allen c. Alberta, [2003] 1 R.C.S. 128

Bennett Chevrolet Geo Oldsmobile Cadillac Ltd., [1999] OLRB Rep. Sept./Oct. 781

Carvery (Edward) c. Le Conseil canadien des relations du travail et autre, jugement prononcé à l'audience, n° A-32-89, 2 février 1990 (C.A.F.)

Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057, [1990] 1 R.C.S. 1298

Giant Yellowknife Mines Limited (1976), 13 di 54; [1976] 1 Can LRBR 314; et 76 CLLC 16,002 (CCRT n° 53)

Goudie c. Ottawa (Ville), [2003] 1 R.C.S. 141

Giant Yellowknife Mines Limited (1976), 13 di 54; [1976] 1 Can LRBR 314; and 76 CLLC 16,002 (CLRBR no. 53)

Goudie v. Ottawa (City), [2003] 1 S.C.R. 141

Harris (George) et al. (1986), 68 di 1; 15 CLRBR (NS) 328; and 86 CLLC 16,059 (CLRBR no. 597)

Hynes (Clarence) et al. (1988), 75 di 39; and 88 CLLC 16,056 (CLRBR no. 708)

Kalwa (Eugene) (1995), 96 di 157 (CLRBR no. 1106)

Parsley (Gordon) et al. (1986), 64 di 60; 12 CLRBR (NS) 272; and 86 CLLC 16,018 (CLRBR no. 555)

Powell (Esper), [2000] CIRB no. 97

Racine (Gérard) et al. (1993), 92 di 118 (CLRBR no. 1026)

Reid (Dan) et al. (1992), 90 di 58 (CLRBR no. 972)

Reynolds (Peter G.) et al. (1987), 68 di 116; and 87 CLLC 16,011 (CLRBR no. 607)

Shaw Cablesystems G.P., [2003] CIRB no. 211; and 89 CLRBR (2d) 161

Weber v. Ontario Hydro, [1995] 2 S.C.R. 929

STATUTES CITED

Canada Labour Code, Part I, ss. 3; 14(3)(c); 36.1, 36.1(2); 37; 57; 66

Canada Labour Code, Part III, ss. 240; 241(2); 242(3.1)(b); 246

Ontario Police Act

Harris (George) et autres (1986), 68 di 1; 15 CLRBR (NS) 328; et 86 CLLC 16,059 (CCRT n° 597)

Hynes (Clarence) et autres (1988), 75 di 39; et 88 CLLC 16,056 (CCRT n° 708)

Kalwa (Eugene) (1995), 96 di 157 (CCRT n° 1106)

Parsley (Gordon) et autres (1986), 64 di 60; 12 CLRBR (NS) 272; et 86 CLLC 16,018 (CCRT n° 555)

Powell (Esper), [2000] CCRI n° 97

Racine (Gérard) et autres (1993), 92 di 118 (CCRT n° 1026)

Reid (Dan) et autres (1992), 90 di 58 (CCRT n° 972)

Reynolds (Peter G.) et autres (1987), 68 di 116; et 87 CLLC 16,011 (CCRT n° 607)

Shaw Cablesystems G.P., [2003] CCRI n° 211; et 89 CLRBR (2d) 161

Société canadienne des postes c. Pollard, [1992] 2 C.F. 697

Société canadienne des postes c. Pollard, [1994] 1 C.F. 652

Weber c. Ontario Hydro, [1995] 2 R.C.S. 929

LOIS CITÉES

Code canadien du travail, Partie I, art. 3; 14(3)(c); 36.1, 36.1(2); 37; 57; 66

Code canadien du travail, Partie III, art. 240; 241(2); 242(3.1)(b); 246

Loi sur la police de l'Ontario