

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

103-09-CA

IRVING TISSUE COMPANY
APPELLANT

IRVING TISSUE COMPANY,
APPELANTE

- and -

- et -

COMMUNICATIONS, ENERGY AND
PAPERWORKERS UNION OF CANADA,
LOCAL 786
RESPONDENT

SYNDICAT CANADIEN DES
COMMUNICATIONS, DE L'ÉNERGIE ET DU
PAPIER, SECTION LOCALE 786,
INTIMÉ

Irving Tissue Company v. Communications,
Energy and Paperworkers Union of Canada, Local
786, 2010 NBCA 9

Irving Tissue Company c. Syndicat canadien des
communications, de l'énergie et du papier, section
locale 786, 2010 NBCA 9

CORAM:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Quigg

CORAM :
L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
July 17, 2009

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 17 juillet 2009

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2009 NBQB 201

Décision frappée d'appel :
2009 NBBR 201

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appeal heard:
November 17, 2009

Appel entendu :
Le 17 novembre 2009

Judgment rendered:
February 11, 2010

Jugement rendu :
Le 11 février 2010

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Larlee

Motifs de jugement :
L'honorable juge Larlee

Concurred in by:
The Honourable Justice Robertson

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Robertson

The Honourable Justice Quigg
Counsel at hearing:

L'honorable juge Quigg
Avocats à l'audience :

For the appellant:
William B. Goss, Q.C.

Pour l'appelante :
M^e William B. Goss, c.r.

For the respondent:
David G. Gauthier

Pour l'intimé :
M^e David G. Gauthier

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed with costs throughout of
\$4,500.

Accueille l'appel et fixe à 4 500 \$ les dépens de
l'ensemble des procédures.

The judgment of the Court was delivered by

LARLEE, J.A.

[1] The issue in this appeal is whether, applying the legal doctrine of promissory estoppel, the respondent union is prevented from proceeding with a policy grievance. The majority of the arbitration board acting under the *Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, found the doctrine of estoppel did not apply and, hence, the union could pursue the grievance (decision of April 14, 2009). On application for judicial review a judge of the Court of Queen's Bench, applying the standard of review of correctness, found that the board's decision, on the evidence before it, correctly reflected the law. That finding and the supporting reasons are at (2009), 345 N.B.R. (2d) 398, [2009] N.B.J. No. 231 (QL), 2009 NBQB 201. The employer now challenges the disposition in the Court of Queen's Bench.

I. The Facts

[2] The facts in this case are not in dispute. Below is a chronological overview of the relevant events, necessary to understand the legal question. The appellant company and respondent union are parties to a collective agreement dated December 14, 2006. The term of this agreement is from May 1, 2006 to April 30, 2014. The parties had signed a previous collective agreement with a term from May 1, 2000 to April 30, 2006.

[3] On March 28, 2006, one day prior to the commencement of negotiations for the current collective agreement, the union filed a grievance under the previous collective agreement alleging a violation of Article 22.04, the so-called "First" Blue Cross Grievance. That grievance is described as follows:

A Policy grievance of CEP Local 786 grieving the Companies [sic] continuing violation of Article 22.04. The Company is obligated by the Collective Agreement to pay all costs of Extended Health Coverage for Retired Members. The company has used the Claims Experience of

the Retired Members to calculate the premiums for the Active Members, thereby causing some of the cost of the Retirees to be paid by the Active Members.

The union was grieving the practice of “pooling” the claims experience of active and retired employees when calculating premium rates for Blue Cross extended health care coverage.

[4] The parties negotiated and reached a tentative agreement on September 26, 2006. Page 14 of the First Tentative Agreement refers to “Resolution of all Outstanding Grievances” as a condition of the agreement. This First Tentative Agreement was rejected at a meeting of union membership. The parties reached a Second Tentative Agreement dated November 16, 2006. Page 14 of the Second Tentative Agreement states “Union to Withdraw Blue Cross Grievance”. The parties concluded a Memorandum of Agreement on November 27, 2006. The Memorandum of Agreement incorporated verbatim the terms of the Second Tentative Agreement. It was accepted and ratified by the union membership and thus became the current collective agreement. Page 15 of the Memorandum of Agreement states “Union to withdraw Blue Cross Grievance”.

[5] On March 18, 2008, sixteen months after the ratification of the Second Tentative Agreement, the union filed a grievance under the current collective agreement alleging a violation of Article 22.04. The so-called “Second” Blue Cross Grievance reads as follows:

The Company is obligated by the Collective Agreement to pay all costs of Extended Health Coverage for Retired Members. The company has used the Claims Experience of the Retired Members to calculate the premiums for the Active Members, thereby causing some of the cost of the Retirees to be paid by the Active Members. The company has failed to disclose the surplus of premiums held within the Health and Dental Plan, which it is obligated to do as surplus monies are held in trust for the employees.

[6] The union agreed to bypass the first, second and third stages of the grievance procedure for the Second Blue Cross Grievance and proceed directly to

arbitration. At the arbitration hearing, the company took the position that the union was estopped from pursuing this second grievance. The parties agreed the estoppel issue should be determined before pursuing the grievance on its merits. There is, therefore, a single issue in this case: was the union estopped from proceeding with the policy grievance?

II. Decision of the Arbitration Board

[7] The Board's analysis is contained in several paragraphs:

As noted in *City of Sudbury, supra* there are prerequisites for estoppel to apply. Adjudicator Reville stated that "The authorities are legion that a board of arbitration has no jurisdiction to consider or, alternatively, that the grievor and his or her union representatives are barred and estopped from processing a grievance which is identical to a former grievance filed by the grievor and either withdrawn, abandoned or settled, or determined by a board of arbitration." This board, as noted, accepts this analysis.

In light of the prerequisites established in *City of Sudbury* this board notes that in this case a number are not satisfied. First of all, the grievances are not identical. That said, the Board acknowledges that the differences are minor in nature and might in fact meet the prerequisite noted above if this were the only discrepancy.

Next, it is noted that the name of the grievor in the first grievance (Pat Enright) is not the same as in the second grievance (Doug Conway). But again the Board acknowledges that in reality these are Policy Grievances and that local 786 is in reality the party before this Board. So if this were the only difference, the Board might overlook it also.

However, the Board cannot overlook the fact that Article 22.04 was altered during the Collective Bargaining that took place in 2006. Without hearing evidence and submissions as to the effect that these changes might have with respect to the grievance, this Board is not prepared to dismiss the grievance on the argument of estoppel. [paras. 22-25]

Later the Board concludes:

As the doctrine of estoppel is not to be used [by this] Board lightly, this Board will err on the side of caution and conclude that the doctrine of estoppel does not apply in this case. [para. 29]

III. Judicial Review

[8] The reviewing judge summarily concluded:

Thus the board did not accept the employer's argument that the withdrawal of the grievance was on a with prejudice basis. It accepted the position advanced by the union that in the particular circumstances of this case the withdrawal of the first grievance was without prejudice to the filing of a similar grievance at another time. In my opinion the evidence supports that finding.

The board concluded that "a withdrawal of a grievance is not an automatic bar to the filing of a subsequent grievance" and that "the doctrine of estoppel does not apply in this case". [paras. 13 and 14]

IV. Analysis and Decision

[9] The parties agree that the proposed standard of review is correctness (see *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, [2008] S.C.J. No. 9 (QL), 2008 SCC 9, at para. 50). There is also an undisputed set of facts to which the doctrine of promissory estoppel must be applied to see if the proper criteria are met. The Board does not specifically refer to the doctrine of *promissory* estoppel in its decision. Similarly, the reviewing judge did not canvass the law with respect to it. In any event, it is necessary to undertake an analysis of the question in order to decide whether we agree with the determination of the arbitration board and the reviewing judge. If not, we will substitute our view and provide the correct answer.

[10] The doctrine of promissory estoppel has an analytical framework containing three criteria. It is described in *Combe v. Combe*, [1951] 2 K.B. 215, [1951] 1 All E.R. 767 (C.A.):

[...] The principle, as I understand it, is that where one party has, by his words or conduct, made to the other a promise or assurance which was intended to affect the legal relations between them and to be acted on accordingly, then, once the other party has taken him at his word and acted on it, the one who gave the promise or assurance cannot afterwards be allowed to revert to the previous legal relations as if no such promise or assurance had been made by him, but he must accept their legal relations subject to the qualification which he himself has so introduced, even though it is not supported in point of law by any consideration, but only by his word” [p. 770].

[11] The doctrine is also summarized by Brown and Beatty in *Canadian Labour Arbitration*, 4th ed. looseleaf, vol. 1 (Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006):

[...] the essentials of estoppel are: a clear and unequivocal representation, particularly where the representation occurs in the context of bargaining; which may be made by words or conduct; or in some circumstances it may result from silence or acquiescence; intended to be relied on by the party to whom it was directed; although that intention may be inferred from what reasonably should have been understood; some reliance in the form of some action or inaction; and detriment resulting therefrom. [§ 2:2211]

Estoppel has been applied in the context of collective agreement arbitration (see *Excel Forest Products Ltd. v. Industrial Wood and Allied Workers of Canada* (2001), 100 L.A.C. (4th) 16, [2001] O.L.A.A. No. 635 (QL)). The purpose of the estoppel doctrine is to prevent unfair or inequitable consequences. Where one party to the collective agreement relies to its detriment on the representation of the other party with respect to the legal relations between them, it will be enforced in the arbitral context because of the need for confidence in the bargaining system generally and in representations in union/management relations specifically. See, as well, *Re Corporation of the City of Penticton*

and Canadian Union of Public Employees, Local 608 (1978), 18 L.A.C. (2d) 307, [1978] B.C.L.R.B.D. No. 26 (QL).

[12] Three requirements must be met before the doctrine of promissory estoppel applies: (1) a representation must be made by one party to the opposite party; it can be by silence or explicitly conveyed: *Grand and Toy Ltd. v. United Steelworkers of America*, [2002] O.L.A.A. No. 654 (QL); (2) the other party must rely on the representation; and (3) the reliance must be detrimental. In this context, the detriment would be the loss of opportunity to negotiate: *Cold Springs Farm Ltd. v. Cold Springs Farm Employees' Assn., Local 100* (2000), 86 L.A.C. (4th) 385, [2000] O.L.A.A. No. 124 (QL).

[13] An ancillary question must also be answered: whether the two grievances are identical. Recall that this is a policy grievance, and see by contrast *Sackville (Town) v. Canadian Union of Public Employees, Local 1188* (2007), 313 N.B.R. (2d) 147, [2007] N.B.J. No. 97 (QL), 2007 NBCA 18, which dealt with an individual grievance where the circumstances were entirely different. On this appeal the union argued the arbitration board was correct in not applying estoppel because the second grievance was different, as a result of the change in the wording of the applicable contractual provision.

[14] As to the law, the parties agree with the ratio in *Re Canadian Union of Employees, Local 207 and City of Sudbury* (1965), 15 L.A.C. 403 (Reville):

The authorities are legion that a board of arbitration has no jurisdiction to consider or, alternatively, that the grievor and his or her union representatives are barred and estopped from processing a grievance which is identical to a former grievance filed by the grievor and either withdrawn, abandoned or settled, or determined by a board of arbitration. Some of these cases proceed on the basis of estoppel and others on the principles of *res judicata*, but regardless of the approach taken, the authorities are overwhelming that a board of arbitration has no jurisdiction to entertain such a second grievance ... There is also substantial authority to support the proposition that an

arbitration board has no jurisdiction to determine a grievance which, though not identical in wording and form to a former grievance lodged by the same grievor is identical in substance. [pp. 403-404]

The parties also agree with Brown and Beatty's observation that:

It has been held, however, that in order to be a conclusive bar to the second grievance, the first award must meet three conditions. First, it must be between the same parties; secondly, the matter in dispute must be identical in both proceedings, involving the same or an unaltered collective agreement; and finally, it must have been brought for the same object. [§ 2:3221]

[15] I begin with the question of whether the two grievances are identical. In my opinion the union cannot successfully argue that they are not. The grievances are identical in form and substance. The following wording is identical in each:

The Company is obligated by the Collective Agreement to pay all costs of Extended Health Coverage for Retired Members. The company has used the Claims Experience of the Retired Members to calculate the premiums for the Active Members, thereby causing some of the cost of the Retirees to be paid by the Active Members.

[16] Additional wording is found at the end of the second grievance:

The company has failed to disclose the surplus of premiums held within the Health and Dental Plan, which it is obligated to do as surplus monies are held in trust for the employees.

[17] The arbitration board called this difference minor in nature. The union says the grievances were based on different language. The employer asserts that this additional issue can be severed from the second grievance and grieved separately. In my view, the union can sever the additional issue of disclosure and surplus and grieve it if it so wishes. What the union cannot do, however, is add an additional issue to the grievance

in an attempt to defeat the doctrine of promissory estoppel as it applies to the initial grievance. The two grievances are between the same parties; the matter in dispute is identical since the collective agreement is unaltered with respect to the claims-pooling issue that gave rise to the First Blue Cross grievance; and finally, the second grievance has been brought for the same objective.

[18] The arbitration board commented in its decision that Article 22.04 was altered during the collective bargaining process in 2006. With respect, I conclude the alteration does not affect the issue at play in this appeal. For reference, the two versions of Article 22.04 are as follows:

Article 22.04 [Old Collective Agreement]

Group Health Package

Effective 1st of the month following date of ratification, the Company will provide the Blue Cross Health Wise Plan and agrees to pay 100% of the premium for the term of this Agreement.

Memorandum of Agreement Only - see appendix B for plan description.

Effective May 26, 1990 - Extended Health Coverage - early retirement to age 65.

Effective May 1, 2000 the premium increases over and above the level in effect December 31, 1999 will be borne by the plan members and shall be paid by employees through payroll deduction on a weekly basis.

Vision Care

Travel Plan- Effective August 27, 1992 add Group Travel Plan D.

Effective November 1, 1995 add group Travel Plan F.

Effective January 1, 1994--\$3.00 co-pay on prescription drugs

Effective January 1, 1999--\$5.00 co-pay on prescription drugs.

Article 22.04 [New Collective Agreement]

The Company will provide the Blue Cross Health Wise Plan (see Appendix G for plan description)

Extended Health Coverage - early retirement to age 65

Effective January 1, 2007 the Company will contribute \$2000 (family) or \$700 (single) annually toward the premium cost of Health and Dental Plan. The Company will increase its annual contribution level to the Health and Dental Plan on January 1st each year by 100% of the increase in the Modules AAA of the Company's Flex Plan. Any premium costs greater than the Company's total contribution shall be paid by employees through payroll deduction on a weekly basis. Extended Health coverage premium costs for members of the Pension Plan who retire under the Plan's Early Retirement provisions will be paid 100% by the company.

[19] Although there are differences between the two versions of the article, neither one touches in any way the resolution of the claims-pooling issue. The change in language of Article 22.04 in the new collective agreement has nothing to do with the grievance. Blue Cross coverage was provided to active employees and early retirees until age 65, and the employer and employees shared the cost of the premiums. For retirees there was no cost sharing, the employer paid the premiums. Under both the old and the new collective agreements employees might be asked to contribute, and when the premiums were set, the pooling rule was used by referring to claims experience. Historically this was the way it was done, the pooling of claims experience of all members of the plan was used. Before the new Article 22.04 was concluded, the union withdrew its grievance and the employer agreed with the new Article 22.04. The parties then signed the new collective agreement because the union had withdrawn the grievance against pooling of claims experience of all members of the plan.

[20] As a result of the determination that the two grievances are identical, the application of the criteria of promissory estoppel to the facts of this case becomes relatively easy. As an aside, in applying the doctrine of promissory estoppel, the arbitration board was in error when it said the doctrine of estoppel is not to be used lightly, and it would err on the side of caution and hold that it does not apply in this case. It either applies or it does not. There is no residual discretion to be exercised.

[21] The union, by its conduct during negotiations, represented that it would withdraw the First Blue Cross Grievance and, therefore, resolve the outstanding issue with respect to the pooling of claims experience that gave rise to both the first and second grievances. The union knew that the employer wanted all outstanding grievances resolved at the close of the collective bargaining process, hence the “Resolution of All Outstanding Grievances” item. At the negotiating meeting on November 16, 2006, following the rejection of the First Tentative Agreement, the company proposed that the First Blue Cross Grievance had to be withdrawn. The union represented that it would withdraw it. The employer, relying on the withdrawal of the First Blue Cross Grievance, reached an agreement with the union, and agreed to make multiple concessions with respect to the employee benefits plan, in consideration of the grievance’s withdrawal. In particular, the employer agreed: to increase the amount of its contribution to the Blue Cross plan; to the fixed wage increase, as proposed by the union; and, to the union’s position with respect to a “flex plan”. If the union intended to continue to dispute the claims pooling issue that gave rise to the First Blue Cross Grievance, it was incumbent upon it to advise the employer during negotiations. If the employer had known that the First Blue Cross Grievance would be re-filed in the form of the Second Blue Cross Grievance, it might not have made the concessions that it did. In short, if the union were allowed to continue with the Second Grievance, the employer would suffer a detriment: a loss of opportunity to continue negotiating and arrive at a different collective agreement, with probable additional language changes to Article 22.04.

V. Conclusion

[22] For these reasons, I am of the view that the majority decision of the arbitration board is in error because the doctrine of promissory estoppel was not applied when the requirements for its application had been met. Likewise, the reviewing judge erred in law in concluding as he did, that promissory estoppel did not apply. The union is therefore estopped from pursuing a second grievance on the issue of “claims pooling”.

[23] I would allow the appeal, set aside the reviewing judge's decision and the arbitration decision. I would order the respondent union to pay costs throughout, which I would fix at \$4,500.

LA JUGE LARLEE

[1] Notre Cour doit déterminer en l'instance si, par application de la théorie juridique de la préclusion promissoire, le syndicat intimé est empêché d'avancer un grief de principe. Le conseil d'arbitrage saisi du grief sous le régime de la *Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, a conclu à la majorité que la théorie de la préclusion ne s'appliquait pas et que le syndicat pouvait présenter son grief (décision du 14 avril 2009). Un juge de la Cour du Banc de la Reine siégeant en révision a conclu par la suite, d'après la norme de la décision correcte, que la sentence arbitrale prononcée par le conseil sur le fondement de la preuve dont il disposait exprimait correctement le droit. La conclusion du juge et ses motifs sont publiés ((2009), 345 R.N.-B. (2^e) 398, [2009] A.N.-B. n^o 231 (QL), 2009 NBBR 201). L'employeur appelle aujourd'hui de la décision de la Cour du Banc de la Reine.

I. Les faits

[2] Les faits de la présente espèce ne sont pas contestés. Les paragraphes qui suivent tracent une chronologie des événements pertinents, essentielle à la compréhension de la question de droit. La compagnie appelante et le syndicat intimé sont parties à une convention collective datée du 14 décembre 2006 qui, entrée en vigueur le 1^{er} mai 2006, s'achève le 30 avril 2014. La convention collective antérieure liait les parties du 1^{er} mai 2000 au 30 avril 2006.

[3] Le 28 mars 2006, la veille de l'ouverture des négociations de l'actuelle convention collective, le syndicat a déposé un grief, sous le régime de la convention collective alors en vigueur, pour violation de l'article 22.04. Appelé « premier » grief relatif aux primes de Croix Bleue, il est formulé en ces termes :

[TRADUCTION]

Grief de principe du SCEP, section locale 786, pour violation continue de l'article 22.04 par la compagnie. La convention collective oblige la compagnie à acquitter en totalité le coût de l'assurance-maladie complémentaire des participants retraités. La compagnie s'est servie de la sinistralité des participants retraités pour calculer les primes des participants actifs, de sorte qu'une partie du coût de l'assurance des retraités s'est trouvée acquittée par les participants actifs.

Le grief du syndicat portait sur la pratique de « mise en commun » des sinistralités des employés actifs et retraités pour le calcul des taux de prime de l'assurance-maladie complémentaire de Croix Bleue.

[4] Les négociations des parties les ont menées à un projet de règlement le 26 septembre 2006. La page 14 de ce premier projet porte que le règlement a pour condition [TRADUCTION] la « solution de tous les griefs non résolus ». Réunis en assemblée, les syndiqués ont rejeté le premier projet de règlement. Les parties se sont ensuite entendues sur un second projet de règlement, daté du 16 novembre 2006. La page 14 de ce second projet prévoyait le [TRADUCTION] « retrait par le syndicat du grief relatif aux primes de Croix Bleue ». Les parties ont conclu un mémoire d'entente le 27 novembre 2006. Il reprenait textuellement les clauses du second projet de règlement. La partie syndicale l'a accepté, puis ratifié, et il est devenu la convention collective actuelle. La page 15 du mémoire d'entente prévoyait également le [TRADUCTION] « retrait par le syndicat du grief relatif aux primes de Croix Bleue ».

[5] Le 18 mars 2008, seize mois après la ratification du second projet de règlement, le syndicat a déposé un grief, sous le régime de la convention collective actuelle, qui imputait à l'employeur une violation de l'article 22.04. Appelé « second » grief relatif aux primes de Croix Bleue, il est formulé ainsi :

[TRADUCTION]

La convention collective oblige la compagnie à acquitter en totalité le coût de l'assurance-maladie complémentaire des participants retraités. La compagnie s'est servie de la

sinistralité des participants retraités pour calculer les primes des participants actifs, de sorte qu'une partie du coût de l'assurance des retraités s'est trouvée acquittée par les participants actifs. La compagnie n'a pas divulgué le trop-perçu de prime du régime d'assurance-santé et soins dentaires, alors qu'elle en a l'obligation parce que les trop-perçus sont détenus en fiducie au bénéfice des employés.

- [6] Le syndicat a accepté de passer outre aux première, deuxième et troisième étapes de la procédure de règlement des griefs pour le second grief relatif aux primes de Croix Bleue, et de recourir directement à l'arbitrage. À l'audience d'arbitrage, la compagnie a soutenu que le syndicat était empêché par préclusion d'avancer ce second grief. Les parties ont convenu que la question de la préclusion devait être tranchée avant l'ouverture du débat de fond. Une seule question se pose donc en l'instance : le syndicat était-il empêché par préclusion de présenter le grief de principe?

II. Décision du conseil d'arbitrage

- [7] Le conseil développe son analyse en quelques paragraphes :

[TRADUCTION]

Il ressort de *City of Sudbury* qu'il existe des conditions préalables à l'application de la préclusion. L'arbitre Reville a écrit : [TRADUCTION] « Nombreux sont les précédents qui établissent qu'un conseil d'arbitrage ne connaît pas d'un grief identique à un grief déposé antérieurement par le plaignant et, soit retiré, abandonné ou réglé, soit tranché par un conseil d'arbitrage, ou subsidiairement que le plaignant ou ses représentants syndicaux sont empêchés, notamment par préclusion, de présenter semblable grief. » Rappelons que le présent conseil fait sienne cette analyse.

Le présent conseil constate qu'un certain nombre des conditions préalables de *City of Sudbury* ne sont pas remplies en l'espèce. D'abord, les griefs ne sont pas identiques. Le conseil reconnaît cependant que seules des différences mineures les séparent et que la condition préalable susdite pourrait être remplie si ces différences étaient le seul écart entre les griefs.

Ensuite, le conseil constate que le nom du plaignant du premier grief (Pat Enright) n'est pas celui du plaignant du second grief (Doug Conway). Mais, encore une fois, le conseil reconnaît que ces griefs sont des griefs de principe et que la section locale 786 est, de fait, la partie qui comparait devant lui. Il pourrait donc passer sur cette différence, si elle était la seule.

Le présent conseil ne saurait passer, toutefois, sur les modifications apportées à l'article 22.04 au cours des négociations collectives de 2006. Sans avoir d'abord entendu des témoignages et des observations relativement à l'effet que ces changements pourraient avoir sur le grief, le conseil n'est pas disposé à rejeter le grief pour préclusion. [par. 22 à 25]

Il arrive ensuite à la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

Étant donné que [le présent] conseil ne doit pas recourir à la théorie de la préclusion à la légère, il préfère pécher par excès de prudence et conclure que cette théorie est inapplicable en l'espèce. [par. 29]

III. Révision judiciaire

[8] Le juge siégeant en révision a énoncé sommairement ses conclusions :

[TRADUCTION]

Le conseil n'a donc pas retenu l'argument de l'employeur, qui soutenait que le grief avait été retiré au préjudice du droit de dépôt. Il a donné raison au syndicat, qui avançait que, dans les circonstances, le premier grief avait été retiré sans préjudice du droit de déposer un grief semblable par la suite. À mon avis, la preuve appuie cette décision.

Le conseil a conclu que [TRADUCTION] « le retrait d'un grief ne fait pas automatiquement obstacle au dépôt d'un grief ultérieur » et que la théorie de la préclusion était [TRADUCTION] « inapplicable en l'espèce ». [par. 13 et 14]

IV. Analyse et décision

[9] Les parties conviennent que la norme de contrôle prévue est celle de la décision correcte (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, [2008] A.C.S. n° 9 (QL), 2008 CSC 9, par. 50). L'affaire présente en outre des faits non contestés, auxquels la théorie de la préclusion promissoire doit être appliquée afin de voir si les critères appropriés sont remplis. Il n'est pas expressément question de théorie de la préclusion *promissoire* dans la décision du conseil. De même, le juge siégeant en révision n'a pas passé en revue le droit en la matière. Quoiqu'il en soit, il nous est nécessaire d'entreprendre une analyse pour déterminer si nous sommes d'accord ou non avec les conclusions du conseil d'arbitrage et du juge siégeant en révision. En cas de désaccord, nous y substituerons notre propre conclusion et rendrons la décision qui s'impose.

[10] Le cadre d'analyse de la théorie de la préclusion promissoire comporte trois critères. La formulation en est donnée dans *Combe c. Combe*, [1951] 2 K.B. 215, [1951] 1 All E.R. 767 (C.A.) :

[TRADUCTION]

Le principe est, à mon avis, que lorsqu'une partie, par ce qu'elle a dit ou ce qu'elle a fait, a fait à l'autre partie une promesse ou lui a donné une assurance visant à modifier leurs rapports juridiques avec l'intention que l'on s'y fie, alors, une fois que l'autre partie s'est fiée à sa parole et a agi en conséquence, on ne peut par la suite permettre à la partie qui a fait la promesse ou donné l'assurance de revenir à leur situation juridique antérieure comme si elle n'avait pas fait cette promesse ou donné cette assurance; elle doit accepter leurs rapports juridiques avec les restrictions qu'elle y a elle-même apportées, même si elles ne s'appuient sur aucun motif de droit mais uniquement sur sa parole. [p. 770]

[11] Également, la théorie est résumée par Brown et Beatty dans *Canadian Labour Arbitration* (4^e éd., feuillets mobiles, vol. 1, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2006) :

[TRADUCTION]

[L]es éléments essentiels de la préclusion sont : une assertion claire et sans équivoque, en particulier en contexte de négociation, pouvant résulter de paroles ou d'un comportement ou, dans certaines circonstances, d'un silence ou d'un acquiescement, faite dans l'intention que s'y fie la partie à qui elle est destinée, laquelle intention peut être inférée de ce qui devait être raisonnablement entendu; une créance qui prend la forme d'une action ou d'une inaction; un désavantage en découlant. [art. 2:2211]

La préclusion a été appliquée dans le cadre d'arbitrages prévus par des conventions collectives (*Excel Forest Products Ltd. c. Industrial Wood and Allied Workers of Canada* (2001), 100 L.A.C. (4th) 16, [2001] O.L.A.A. No. 635 (QL)). La théorie de la préclusion a pour objet de prévenir des injustices ou des manquements à l'équité. Si une partie à une convention collective se fie désavantageusement à l'assertion de l'autre partie, en ce qui a trait à leurs rapports juridiques, le respect de l'assertion est imposé en contexte arbitral, parce qu'il est nécessaire qu'on puisse avoir confiance dans le système de négociation en général, et dans les assertions auxquelles donnent lieu les relations syndicat/direction en particulier. On pourra se reporter sur ce point à *Re Corporation of the City of Penticton and Canadian Union of Public Employees, Local 608* (1978), 18 L.A.C. (2d) 307, [1978] B.C.L.R.B.D. No. 26 (QL).

[12] Trois exigences doivent être remplies pour que la théorie de la préclusion promissoire puisse s'appliquer : (1) une assertion doit être faite par une partie à la partie adverse, laquelle assertion peut être avancée par un silence comme par des propos exprès (*Grand and Toy Ltd. c. United Steelworkers of America*, [2002] O.L.A.A. No. 654 (QL)); (2) l'autre partie doit se fier à l'assertion; (3) cette créance de l'autre partie doit lui être désavantageuse. Ici, le désavantage consisterait en la perte d'une possibilité de négocier (*Cold Springs Farm Ltd. c. Cold Springs Farm Employees' Assn., Local 100* (2000), 86 L.A.C. (4th) 385, [2000] O.L.A.A. No. 124 (QL)).

[13] Il nous faut répondre par ailleurs à une question connexe : celle de savoir si les deux griefs sont identiques. Rappelons que le présent grief est un grief de principe. Par contraste, l'arrêt *Sackville (Town) c. Canadian Union of Public Employees, Local 1188* (2007), 313 R.N.-B. (2^e) 147, [2007] A.N.-B. n^o 97 (QL), 2007 NBCA 18, portait sur un grief individuel dont les circonstances étaient tout à fait différentes. Au cours de l'audience d'appel, le syndicat a avancé que le conseil d'arbitrage avait correctement choisi de ne pas appliquer la préclusion, parce que le second grief différait du premier en raison de la modification du texte de la disposition contractuelle applicable.

[14] Pour ce qui est du droit, les parties adhèrent à la *ratio decidendi* de *Re Canadian Union of Public Employees, Local 207, and City of Sudbury* (1965), 15 L.A.C. 403 (l'arbitre Reville) :

[TRADUCTION]

Nombreux sont les précédents qui établissent qu'un conseil d'arbitrage ne connaît pas d'un grief identique à un grief déposé antérieurement par le plaignant et, soit retiré, abandonné ou réglé, soit tranché par un conseil d'arbitrage, ou subsidiairement que le plaignant ou ses représentants syndicaux sont empêchés, notamment par préclusion, de présenter semblable grief. Certaines de ces décisions s'appuient sur la préclusion, d'autres sur l'autorité de la chose jugée, mais, quel que soit le fondement retenu, il se dégage irrésistiblement des précédents qu'un conseil d'arbitrage ne connaît pas du second grief [...] Une jurisprudence considérable établit également qu'il n'est pas du ressort d'un conseil d'arbitrage de statuer sur un grief qui, s'il n'est pas identique par son libellé et par sa forme à un grief précédent du même plaignant, lui est néanmoins identique en substance. [p. 403 et 404]

Les parties font leur, en outre, le passage de l'ouvrage de Brown et Beatty où les auteurs constatent ce qui suit :

[TRADUCTION]

Il a toutefois été jugé que, pour constituer une fin de non-recevoir péremptoire au deuxième grief, il faut que le premier grief remplisse trois conditions : il faut d'abord

qu'il oppose les mêmes parties, il faut ensuite que l'objet du litige soit identique dans les deux instances et mette en cause la même convention collective ou une convention collective non modifiée, et il faut enfin qu'il ait le même objet. [art. 2:3221]

- [15] Je me penche d'abord sur la question de savoir si les deux griefs sont identiques. À mon avis, le syndicat ne saurait établir qu'ils ne le sont pas. Les griefs sont identiques par leur forme et par leur substance. Le passage suivant est le même dans chacun des griefs :

[TRADUCTION]

La convention collective oblige la compagnie à acquitter en totalité le coût de l'assurance-maladie complémentaire des participants retraités. La compagnie s'est servie de la sinistralité des participants retraités pour calculer les primes des participants actifs, de sorte qu'une partie du coût de l'assurance des retraités s'est trouvée acquittée par les participants actifs.

- [16] Ces mots sont ajoutés à la fin du second grief :

[TRADUCTION]

La compagnie n'a pas divulgué le trop-perçu de prime du régime d'assurance-santé et soins dentaires, alors qu'elle en a l'obligation parce que les trop-perçus sont détenus en fiducie au bénéfice des employés.

- [17] Le conseil d'arbitrage a qualifié de mineure cette différence. Le syndicat soutient que les griefs sont fondés sur des libellés différents. L'employeur soutient que cette autre question peut être séparée du second grief et faire l'objet d'un grief distinct. À mon sens, le syndicat peut séparer du second grief la question du trop-perçu et de sa divulgation, et présenter un grief à cet égard s'il le souhaite. Il ne peut, en revanche, adjoindre une question au grief dans le dessein de rendre inapplicable la théorie de la préclusion promissoire, qui entre en jeu du fait du premier grief. Les deux griefs opposent les mêmes parties; l'objet du litige est identique, puisque la convention collective n'a pas

été modifiée en ce qui concerne la mise en commun des sinistralités, source du premier grief relatif aux primes de Croix Bleue; le second grief a le même objectif.

[18] Le conseil d'arbitrage constate, dans sa sentence, que des modifications ont été apportées à l'article 22.04 au cours des négociations collectives, en 2006. Je conclus respectueusement que ces modifications sont sans incidence sur la question à trancher en l'instance. Les deux versions de l'article 22.04 sont reproduites ci-après :

[TRADUCTION]

Article 22.04 [ancienne convention collective]

Police combinée d'assurance-santé collective

À compter du premier jour du mois qui suit la date de ratification, la compagnie souscrit au régime ActionSanté de Croix Bleue. Elle règle la totalité de la prime pendant la durée de la présente convention.

Mémoire d'entente seulement – voir description du régime à l'annexe B.

À compter du 26 mai 1990 – assurance-santé complémentaire – de la retraite anticipée jusqu'à 65 ans.

À compter du 1^{er} mai 2000, les majorations des primes établies au 31 décembre 1999 sont acquittées par les participants au régime. Les employés acquittent ces majorations par des retenues pratiquées sur leur salaire chaque semaine.

Soins de la vue

Assurance voyage – le 27 août 1992, ajout de l'assurance voyage collective, régime D.

Le 1^{er} novembre 1995, ajout de l'assurance voyage collective, régime F.

À compter du 1^{er} janvier 1994 – quote-part de 3 \$ pour les médicaments d'ordonnance.

À compter du 1^{er} janvier 1999 – quote-part de 5 \$ pour les médicaments d'ordonnance.

Article 22.04 [nouvelle convention collective]

La compagnie souscrit au régime ActionSanté de Croix Bleue (voir description du régime à l'annexe G).

Assurance-santé complémentaire – de l'âge de la retraite anticipée jusqu'à 65 ans.

À compter du 1^{er} janvier 2007, la compagnie verse chaque année 2 000 \$ (famille) ou 700 \$ (personne seule) pour sa contribution aux primes du régime d'assurance-santé et soins dentaires. Sa participation annuelle aux primes de ce régime d'assurance connaît, le 1^{er} janvier de chaque année, une augmentation égale à l'augmentation associée aux modules AAA du régime personnalisé de la compagnie. La fraction de prime qui excède la participation totale de la compagnie est acquittée par les employés au moyen de retenues pratiquées sur leur salaire chaque semaine. La compagnie règle en entier la prime d'assurance-santé complémentaire des participants au régime de retraite qui se prévalent de ses dispositions de retraite anticipée.

[19] S'il est vrai que les deux versions de l'article présentent des différences, ni l'une ni l'autre ne détermine, à quelque égard que ce soit, la solution de la question de la mise en commun des sinistralités. Les changements apportés au libellé de l'article 22.04 de la nouvelle convention collective n'ont absolument aucune incidence sur le grief. Croix Bleue assurait jusqu'à soixante-cinq ans les employés actifs et employés à la retraite anticipée; employeur et salariés partageaient les frais du régime. Les retraités n'étaient pas tenus d'avoir part au coût de l'assurance, car l'employeur réglait leurs primes. L'ancienne convention collective stipulait, comme le stipule toujours la convention actuelle, que les employés pouvaient être appelés à payer une partie des frais d'assurance. Pour la fixation des primes, la règle de la mise en commun intervenait par l'examen de la sinistralité. Il en avait été ainsi par le passé : les sinistralités de tous les participants au régime étaient mises en commun. Avant que les parties conviennent du nouvel article 22.04, le syndicat a dû retirer son grief et l'employeur acquiescer à

l'article. Les parties ont signé la nouvelle convention collective parce que le syndicat avait retiré le grief présenté contre la mise en commun des sinistralités de tous les participants au régime.

[20] Comme il est établi que les deux griefs sont identiques, l'application des critères de la préclusion promissoire aux faits de l'espèce devient relativement facile. Il est à signaler que le conseil d'arbitrage a fait erreur, dans son application de la théorie de la préclusion promissoire, lorsqu'il a affirmé qu'on ne devait pas recourir à cette théorie à la légère, et ajouté qu'il préférerait pécher par excès de prudence et conclure qu'elle était inapplicable en l'espèce. La théorie s'applique ou elle ne s'applique pas. L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire résiduel n'entre pas en jeu.

[21] Les assertions avancées par le syndicat, du fait de son comportement au cours des négociations, indiquaient qu'il retirerait le premier grief relatif aux primes de Croix Bleue et résoudrait ainsi la question de la mise en commun des sinistralités, qui était à l'origine tant du premier que du second grief. Comme le savait le syndicat, l'employeur tenait à ce que tous les griefs non résolus soient réglés au terme du processus de négociation collective, d'où la rubrique : [TRADUCTION] « Solution de tous les griefs non résolus ». Lors de la séance de négociations du 16 novembre 2006, qui suivait le rejet du premier projet de règlement, la compagnie a maintenu que le premier grief relatif aux primes de Croix Bleue devrait être retiré. Le syndicat a indiqué qu'il le retirerait. L'employeur, qui donnait créance au retrait du premier grief, est arrivé à une entente avec le syndicat et, en retour du retrait, a fait de multiples concessions à l'égard du régime d'avantages sociaux des salariés. Il a notamment convenu de hausser sa participation au régime de Croix Bleue, consenti à l'augmentation fixe des salaires que le syndicat avait proposée, et cédé sur le « régime personnalisé ». Si le syndicat avait l'intention de continuer à contester la mise en commun des sinistralités, qui avait donné lieu au premier grief relatif aux primes de Croix Bleue, il lui incombait d'en informer l'employeur au cours des négociations. L'employeur n'aurait peut-être pas fait les concessions qu'il a faites s'il avait su que le premier grief serait déposé de nouveau, sous la forme du second grief. En bref, l'employeur serait désavantagé s'il était permis au

syndicat de présenter ce second grief : il perdrait la possibilité de poursuivre les négociations et d'arriver à une convention collective différente, ce qui amènerait probablement de nouvelles modifications au libellé de l'article 22.04.

V. Conclusion

[22] Pour les motifs qui précèdent, j'estime que la décision majoritaire du conseil d'arbitrage est erronée. Le conseil n'a pas appliqué la théorie de la préclusion promissoire, alors qu'étaient remplies les exigences auxquelles il fallait satisfaire pour qu'elle puisse s'appliquer. De même, le juge siégeant en révision a commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu que la préclusion promissoire ne s'appliquait pas. Le syndicat est donc empêché par préclusion de présenter un second grief contestant la « mise en commun des sinistralités ».

[23] Je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'annuler à la fois la décision du juge siégeant en révision et la sentence arbitrale. Je suis aussi d'avis de condamner le syndicat intimé aux dépens de l'ensemble des procédures, que je fixerais à 4 500 \$.