COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

52-12-CA

ATTORNEY GENERAL OF CANADA on behalf of CORRECTIONAL SERVICE OF CANADA

APPELLANT

- and -

PAULETTE ROBICHAUD

RESPONDENT

A N D B E T W E E N:

ATTORNEY GENERAL OF CANADA on behalf of CORRECTIONAL SERVICE OF CANADA

APPELLANT

- and -

NATASHA MacKINNON

RESPONDENT

Attorney General of Canada, on behalf of Correctional Service of Canada v. Robichaud and MacKinnon, 2013 NBCA 3

CORAM:
The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Richard

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
May 2, 2012

History of Case:

Decision under appeal:
2012 NBQB 152

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA au nom de SERVICE CORRECTIONNEL DU CANADA

APPELANT

- et -

PAULETTE ROBICHAUD

INTIMÉE

ET ENTRE :

PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA au nom de SERVICE CORRECTIONNEL DU CANADA

APPELANT

- et -

NATASHA MacKINNON

INTIMÉE

Procureur général du Canada, au nom de Service correctionnel du Canada, c. Robichaud et MacKinnon, 2013 NBCA 3

CORAM :
L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Richard

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
Le 2 mai 2012

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2012 NBBR 152

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appeal heard:
October 25, 2012

Judgment rendered:
January 10, 2013

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Robertson

Concurred in by:
The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Richard

Counsel at hearing:

For the appellant Attorney General of Canada:
Angela J. Green and
Susan R. Taylor

For the respondents Paulette Robichaud and Natasha MacKinnon:
J. Gordon Petrie, Q.C.

THE COURT

The appeal is allowed. The appellant is entitled to an order dismissing the respective actions brought in the Court of Queen's Bench and to costs on the motion and the appeal. In total, each respondent is ordered to pay costs of $1,500.

Appel entendu :
Le 25 octobre 2012

Jugement rendu :
Le 10 janvier 2013

Motifs de jugement :
L'honorable juge Robertson

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Richard

Avocats à l'audience :

Pour le Procureur général du Canada, partie appelante :
Angela J. Green et
Susan R. Taylor

Pour les intimées Paulette Robichaud et Natasha MacKinnon :
J. Gordon Petrie, c.r.

LA COUR

Accueille l'appel. L'appelant a droit à une ordonnance portant rejet des actions respectives engagées devant la Cour du Banc de la Reine ainsi qu'aux dépens afférents à la motion et à l'appel. Au total, chaque intimée est condamnée à des dépens de 1 500 $.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON, J.A.

[1] Each respondent employee sued for constructive dismissal after their employer, as represented by the Attorney General of Canada, refused to undertake a formal investigation into the merits of an unsigned complaint of harassment and misconduct leveled against the respondents by other employees. The employer had determined the complaint failed to meet the requirements of the Treasury Board's "Policy on Prevention and Resolution of Harassment in the Workplace". While the anonymous allegations did not result in any form of employer sanction or discipline, each of the Statements of Claim alleges the employer's failure to investigate resulted in an "intolerable work environment".

[2] In response to the lawsuits, the employer brought a motion under Rule 23.01(2)(a) of the *Rules of Court* for an order dismissing or staying the actions on the ground the Court of Queen's Bench lacks the jurisdiction to try the actions. The employer's jurisdictional argument hinged on the interpretation and application of s. 236 of the *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2. In brief, s. 236 provides that the right to grieve an employment dispute is in lieu of the right to sue and it matters not whether the employee opts to grieve or whether the grievance is of a kind which is subject to third-party adjudication. As it should happen, the two employees did not grieve the employer's refusal to investigate. However, the motion judge dismissed the Attorney General's joint motion because of a perceived need to adduce trial evidence with respect to the adequacy of the remedies available to the employees.

[3] I respectfully disagree. This appeal hinges on whether the employer's failure to investigate the unsigned allegations of harassment and misconduct was a "grievable" matter. I conclude it was and, therefore, s. 236 prevails. Moreover, nothing that was decided in *Vaughan v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 11, [2005] 1 S.C.R. 146 undermines that conclusion, as s. 236 is Parliament's direct response to the

common law principles articulated in that case and that had been earlier applied by the Federal Court. Hence, the appeal should be allowed with costs, together with an order dismissing the actions.

[4] The essential facts are not complicated. The respondents were employed as nurse managers with the Correctional Service of Canada, at a health facility located at the federal penitentiary in Dorchester, New Brunswick. In June of 2010, an unsigned complaint was lodged against both employees for harassment and misconduct in the workplace. The employees asked their employer to conduct a formal investigation into the complaint. Their employer determined that the anonymous complaint did not meet the threshold requirements of the Treasury Board's harassment policy. However, in accordance with that policy, the employer initiated an informal mediation process involving staff meetings. The respondent Robichaud refused to participate, while the respondent MacKinnon attended one of two meetings. Neither employee attempted to grieve the employer's failure to conduct a formal investigation into the allegations leveled against them with a view to establishing their innocence or guilt.

[5] On June 27, 2011, each respondent filed a Notice of Action claiming damages for constructive dismissal because of the failure of their employer to conduct an investigation into the truth of the unsigned complaint. On January 6, 2012, the Attorney General of Canada filed an amended Notice of Motion under Rules 23.01(1)(b), 23.01(2)(a) and 37.10 of the *Rules of Court* asking that the underlying action be stayed or dismissed. Before the motion judge, the Attorney General argued that s. 236 of the *Public Service Labour Relations Act* ousts the jurisdiction of the courts to try an action for constructive dismissal. The Attorney General submitted the employees were limited to pursuing the grievance procedure set out in that legislation, something they failed to do. The former employees countered with a three-prong argument. First, they questioned whether the underlying dispute relates to the "terms and conditions of employment" which is a condition precedent to the application of s. 236. Second, it was argued that s. 236 does not apply to cases where the right to grieve does not provide the employee with an adequate remedy such as third-party adjudication. Third, it was argued that the

question of whether the grievance procedure would have provided the employees with an adequate remedy and the question of whether the underlying dispute relates to "terms and conditions of employment" must be decided in the circumstances of each case. After weighing the competing arguments, the motion judge concluded: "I find that the trial judge would be in a better position to determine whether the parties have an available remedy outside the court. The Court must hear evidence on the issue." Accordingly, the joint motion for dismissal was dismissed.

[6] The essence of the underlying lawsuit is not complicated. It is alleged that the failure of the employer to conduct an investigation into the unsigned allegations of harassment and professional misconduct resulted in the constructive dismissal of each employee. This is so despite the attempts of management to bring about an informal resolution with respect to the allegations and despite the fact the allegations did not result in the imposition of sanctions or discipline. Moreover, in their written submission to this Court, the respondent employees assert that a cause of action is available when an employer fails to provide a harassment-free work environment; citing *Stamos v. Annuity Research & Marketing Service Ltd.*, [2002] O.J. No. 1865 (QL) (Ont. S.C.J.). The inference to be drawn from that submission is that it was the respondents who were being harassed and it was their employer's failure to act that led to their constructive dismissal. However, we are not being asked to decide whether summary judgment should issue, but only to interpret and apply s. 236 of the *Act* and to decide whether the Attorney General's motion was properly dismissed because of the need for further evidence on the issue of "adequate remedy".

[7] As noted at the outset, s. 236 of the *Public Service Labour Relations Act* is a legislated response to a decision originating in the Federal Court and that eventually was confirmed by the Supreme Court of Canada: *Vaughan v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 11, [2005] 1 S.C.R. 146, aff'g 2003 FCA 76, [2003] 3 F.C. 645, aff'g 2001 FCT 1233, [2001] F.C.J. No. 1734 (QL), aff'g [2000] F.C.J. No. 144. (QL) (Prothonotary). But it is important to begin with an understanding of what was decided in that case. In brief, the majority of the Supreme Court held that, where Parliament has

created a comprehensive scheme for dealing with labour disputes, the process set out in the legislative scheme should not be compromised by permitting parallel access to the courts. However, the Court recognized a residual discretion to permit court access in cases where the grievance procedure did not allow for third-party adjudication. In other words, the courts retain a residual discretion to allow a lawsuit to proceed in cases where the legislative scheme does not provide the employee with an adequate remedy. The Court cited the "whistle-blower" cases as falling within the residual category: see also *Pleau v. Canada (Attorney General)*, 1999 NSCA 159, [1999] N.S.J. No. 448 (QL).

[8] It is also important to place the substantive ruling in *Vaughan* in its factual context. The legislation then in force (the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1985, c. P-35) provided for a grievance procedure that did not include third-party adjudication with respect to the denial of early retirement benefits. Grievance decisions were insulated from judicial review by a "final and binding" clause found in the legislation and, as stated above, the applicable Act contained no equivalent to s. 236 of the *Public Service Labour Relations Act*. However, the employee did not grieve the denial of benefits decision and instead sued in the Federal Court. On a motion for summary judgment, the action was struck. The majority of the Supreme Court upheld the decision to dismiss the underlying action. The Court held the privative clause was not sufficient to oust the Court's residual discretion to intervene. While the absence of third-party adjudication may in certain circumstances impact on the court's exercise of its residual discretion, the Court cautioned other courts from getting involved and, if they do, their involvement is limited to hearing an application for judicial review. As noted above, the majority referred to the "whistle-blower cases" as coming within the exceptional category. In brief, the majority recognized that a public servant may have the option of going to court to resolve a dispute which is grievable but not arbitrable (i.e., not subject to third-party adjudication). The minority opinion would have allowed the action to stand on the basis of a broader principle: access to the courts is permissible in cases where there is no right to third-party adjudication and there is no express provision in the legislation precluding recourse to the courts.

[9] As noted, the legislative scheme being applied in *Vaughan* was the *Public Service Staff Relations Act*. However, that *Act* was subsequently repealed and replaced with the *Public Service Labour Relations Act*, which came into force in April of 2005, save for three provisions not relevant to this appeal. The long and the short of it is that between the time the case was decided in the Federal Courts and the release of the Supreme Court's decision, Parliament had adopted the *Public Service Labour Relations Act*, which included a provision that ousted the right of access in cases where the underlying dispute was grievable. In *Bron v. Canada (Attorney General)*, 2010 ONCA 71, [2010] O.J. No. 340 (QL), the Ontario Court of Appeal effectively held that the residual discretion outlined in *Vaughan* had been displaced by the amending legislation. But the Appeal Court did question whether the residual discretion may persist if the grievance process could not provide an appropriate remedy. However, the Court concluded with the following statement: "there is no suggestion in this case that it could not". See also *Van Duyvenbode v. Canada (Attorney General)*, [2007] O.J. No. 2716 (QL), aff'd 2009 ONCA 11, [2009] O.J. No. 28 and *Yeates v. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 3407, [2010] O.J. No. 2484 (QL), aff'd 2011 ONCA 83, [2011] O.J. No. 373 (QL).

[10] As will become apparent, this is not a case where it is necessary to determine whether s. 236 of the *Public Service Labour Relations Act* completely ousts the residual discretion of the courts to permit court adjudication of matters that are grievable under the *Act*. On the facts, there is nothing exceptional about the case that would require further reflection and analysis. However, I would make the following general observations. First, if there is a residual discretion it must be found in the concept of "grievance" as used in s. 236. In other words, the issue is an interpretative one. Second, the fact that the grievance procedure does not allow for third-party adjudication with respect to the matter at hand would not by itself be sufficient to attract the residual discretion. Section 236 is clear on that point. The truly problematic cases will be those where the grievance process is itself "corrupt". For example, *Smith v. Canada (Royal Canadian Mounted Police)*, 2007 NBCA 58, 316 N.B.R. (2d) 180, has been labeled a "truly exceptional case". The employee had established "bad faith" on the part of the

employer in circumstances where the grievance process did not allow for third-party adjudication and the grievor was forced to grieve to those who were responsible for the bad faith conduct. But those are not our facts. Finally, in regard to the whistle-blower exception identified in *Vaughan*, I draw attention to the *Public Servants Disclosure Protection Act*, S.C. 2005, c. 46, which came into force in 2007.

[11] Having dealt with the common law principles governing the right of employees to seek redress in the courts in cases where legislation provides a comprehensive scheme for resolving employment disputes, it is time to turn to the grievance process outlined in the *Public Service Labour Relations Act*. Subsection 206(1) defines "employee" to include managers. Subsection 208(1) would appear to allow an employee to grieve virtually all work-related issues subject to a few express exceptions outlined in subsections (2) to (7). The exceptions have no relevance to the present appeal. An employee may present her grievance up to the final level in the grievance process. The right of an employee to refer a grievance to third-party adjudication is limited to those categories outlined in s. 209(1), which includes issues arising from a collective agreement and disciplinary action that resulted in termination, demotion, suspension or a financial penalty. All other grievances are determined at the final grievance level. The present case does not fall within the exceptional categories listed in s. 209(1). Grievances are heard and determined according to the procedures set out in the *Act* and its Regulations. The grievance process is internal. Management personnel determine the merits of the grievance. Section 214 of the *Act* provides that decisions made at the final level of the grievance process and which cannot be referred to adjudication are "final and binding" for all purposes. Pursuant to s. 233, decisions on matters referred to third-party adjudication are subject to a full privative clause. But, regardless of the scope of the privative clause, both types of decisions are subject to judicial review.

[12] As will become apparent, the pivotal issue on this appeal is whether the underlying dispute falls within the scope of s. 236 of the *Act*. Subsection 236(1) provides that: "The right of an employee to seek redress by way of grievance for any dispute relating to his or her terms or conditions of employment is in lieu of any right of action that the employee may have in relation to any act or omission giving rise to the dispute."

Section 236(2) provides that s. 236(1) applies "whether or not the employee avails himself or herself of the right to present a grievance in any particular case and whether or not the grievance could be referred to adjudication". But there is an exception to the prohibition against suing even though the dispute is grievable. Pursuant to s. 236(3), the prohibition found in s. 236(1) does not apply to a category of employees (not relevant to this appeal) if the dispute relates to the employee's termination of employment and provided the termination does not relate to a breach of discipline or misconduct. In other words, s. 236(3) contemplates situations in which an employee who is dismissed for cause (e.g. poor performance) will have a right to sue for wrongful dismissal, provided that person falls within a narrow category identified in s. 236(3).

[13] In brief, s. 236 of the *Act* establishes that the right to grieve is in lieu of the right to sue. The fact the employee elects not to grieve or the grievance is not subject to third-party adjudication is of no moment. While there is an exception to the restriction on suing, the category is narrow and has no application in the present case. The only question that we need decide is whether the employer's failure to undertake a formal investigation into the unsigned allegations leveled at the two employees was a "grievable" dispute relating to "terms and conditions of employment". While the answer should appear obvious, the question was raised before the motion judge but not answered. It is to that task I turn.

[14] In accordance with the accepted principles of statutory interpretation, this Court must undertake a contextual analysis: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, [1998] S.C.J. No. 2 (QL). Accordingly, s. 208 is relevant to the analysis. In part, s. 208 provides that an employee is entitled to present an individual grievance if he or she feels aggrieved by the interpretation and application of an "instrument" issued by the employer that deals with terms and conditions of employment <u>or</u> as a result of any occurrence or matter affecting the employee's terms and conditions of employment. The Treasury Board's harassment policy would logically fit within the concept of "instrument". The harassment policy deals with terms and conditions of employment in that it proscribes and circumscribes unacceptable conduct in the workplace. Therefore, it

is reasonable to deduce that the employer's failure to properly apply the policy is a grievable matter.

[15] Even if s. 208 of the *Act* and the Treasury Board's harassment policy were ignored, we would be left with deciding whether the employer's refusal to investigate comes within the ambit of a "dispute" relating to "terms and conditions of employment" as set out in s. 236(1). That being so, one could not quibble with the proposition that the terms and conditions of employment can be either express or implied. As the record discloses no formal contract of employment, we must assume that the employer's obligations are those implied at law. As the employees are arguing constructive dismissal, they must be arguing their employer breached an implied obligation to conduct an investigation into the merits of the unsigned allegations. In other words, there is a dispute as to whether the employer was obligated to conduct an investigation and whether that obligation was breached and the breach resulted in damages. In my view, these accepted facts qualify as a "dispute" relating to the "terms and conditions of employment". It follows that the employer's decision not to investigate was a grievable matter within the meaning of s. 236. As s. 236 is applicable, the right to grieve is in lieu of the right to sue and it matters not whether the employees did in fact grieve. The same holds true in regard to the fact that the grievance decision would not have been subject to third-party adjudication.

[16] Once again, it is important to remember that s. 236(1) provides that if an employee can grieve that employee cannot sue, even if the employee opts not to grieve and even though the grievance is not of a kind that is subject to third-party adjudication. Hence, you cannot argue that a grievance procedure, which does not provide for third-party adjudication, does not provide an adequate remedy. Section 236(1) expressly eliminates that argument. At the same time, it is equally clear that a grievance will never measure up to the right to sue, where the remedy being sought is framed in "damages". At the end of the day, it is important to realize that the parties do not have to go to trial to adduce evidence as to what is or is not an adequate remedy. Indeed, in *Smith v. Canada (Royal Canadian Mounted Police)*, this Court made a ruling on a motion for summary judgment with respect to the adequacy of the grievance process applicable to members of

the Royal Canadian Mounted Police. In my view, the motion judge fell into error in holding that it was necessary to hear evidence with respect to the relative adequacy of the remedies provided under the administrative law scheme and those available at common law.

[17] As an aside, it is readily apparent that, even if one were to apply the Supreme Court's reasoning in *Vaughan* to the appeal at hand, the two employees could not succeed. Applying the minority's decision, this is a case where there is an express provision precluding recourse to the courts and, therefore, it makes no difference whether there is or is not a right to third-party adjudication. Applying the reasoning of the majority, there is nothing exceptional about this case. Had the employer's refusal to investigate been grieved, the proper recourse would have been to seek judicial review.

[18] In summary, there is nothing exceptional about this case. The employer chose not to conduct a formal investigation into an unsigned complaint leveled against two nurse supervisors by other employees. The anonymous complaint did not result in employer sanctions against anyone. The employees chose not to grieve the employer's refusal even though the decision was grievable. Instead, they decided to sue for constructive dismissal and damages. Section 236 of *Public Service Labour Relations Act* expressly provides that the right to grieve is in lieu of the right to sue and it matters not whether the employee grieves or the grievance decision is subject to third-party adjudication. Accordingly, the motion judge should have granted an order dismissing the actions.

[19] I would allow the appeal and set aside the joint order granted below. The appellant is entitled to an order dismissing the respective actions brought in the Court of

Queen's Bench. The appellant is also entitled to costs on the motion and the appeal. In total, each respondent should pay costs of $1,500.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LE JUGE ROBERTSON

[1] Les deux employées intimées ont chacune engagé une poursuite pour congédiement déguisé après que leur employeur, représenté par le Procureur général du Canada, eut refusé d'entreprendre une enquête officielle sur le bien-fondé d'une plainte anonyme formulée par d'autres employés et accusant les intimées de harcèlement et d'inconduite. L'employeur avait déterminé que la plainte ne répondait pas aux conditions de la *Politique sur la prévention et le règlement du harcèlement en milieu de travail* du Conseil du Trésor. Bien que les allégations anonymes n'aient donné lieu à aucune forme de sanction ou de mesures disciplinaires, on allègue dans chacun des exposés de la demande que l'omission de l'employeur de faire enquête a créé un [TRADUCTION] « climat de travail intolérable ».

[2] En réponse aux poursuites, l'employeur a déposé une motion sous le régime de la règle 23.01(2)a) des *Règles de procédure* en vue d'obtenir une ordonnance rejetant ou suspendant les actions au motif que la Cour du Banc de la Reine n'avait pas compétence pour s'en saisir. L'argument de l'employeur ressortissant à la compétence reposait sur l'interprétation de l'art. 236 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2. Essentiellement, l'article 236 dispose que le droit de présenter un grief relativement à un différend lié à l'emploi remplace le droit d'engager une action en justice et ce, peu importe que l'employé (appelé « fonctionnaire » dans la *Loi*) choisisse ou non de présenter un grief ou qu'il s'agisse ou non d'un grief susceptible d'être soumis à un arbitrage indépendant. Il se trouve que les deux employées n'ont pas contesté par voie de grief le refus de l'employeur de faire enquête. Toutefois, la juge saisie de la motion a rejeté la motion conjointe du Procureur général parce qu'elle estimait nécessaire la production au procès d'éléments de preuve concernant le caractère approprié des recours dont disposaient les employées.

[3] En toute déférence, je ne souscris pas à sa conclusion. L'issue du présent appel dépend de la question de savoir si l'omission de l'employeur d'enquêter sur les allégations anonymes de harcèlement et d'inconduite était une question qui « pouvait faire l'objet d'un grief ». Je conclus que oui, par conséquent, l'art. 236 s'applique. De plus, rien de ce qui a été décidé dans l'arrêt *Vaughan c. Canada*, 2005 CSC 11, [2005] 1 R.C.S. 146, ne porte atteinte à cette conclusion, puisque l'art. 236 est la réponse directe du législateur fédéral aux principes de common law qui ont été énoncés dans cet arrêt et qui avaient précédemment été appliqués par la Cour fédérale. Il y a donc lieu d'accueillir l'appel avec dépens et de rendre une ordonnance portant rejet des actions.

[4] Les faits essentiels ne sont pas compliqués. Les intimées étaient à l'emploi de Service correctionnel du Canada et elles travaillaient comme infirmières gestionnaires dans un établissement de santé situé au pénitencier fédéral de Dorchester, au Nouveau-Brunswick. En juin 2010, une plainte anonyme a été formulée contre les deux employées pour harcèlement et inconduite au travail. Les employées ont demandé à leur employeur de mener une enquête officielle sur la plainte. L'employeur a jugé que la plainte anonyme ne satisfaisait pas aux conditions minimales énoncées dans la politique du Conseil du Trésor sur le harcèlement. Conformément à cette politique, toutefois, l'employeur a lancé un processus de médiation informel consistant en des réunions du personnel. L'intimée Robichaud a refusé d'y prendre part alors que l'intimée MacKinnon a assisté à une des deux réunions qui ont eu lieu. Ni l'une ni l'autre employées n'ont essayé de contester par voie de grief le refus de l'employeur de mener une enquête officielle sur les allégations formulées à leur endroit dans le but d'établir leur innocence ou leur culpabilité.

[5] Le 27 juin 2011, chacune des intimées a déposé un avis de poursuite dans lequel elle sollicitait des dommages-intérêts pour congédiement déguisé en raison de l'omission de son employeur de mener une enquête sur la véracité de la plainte anonyme. Le 6 janvier 2012, le Procureur général du Canada a déposé en vertu des règles 23.01(1)b), 23.01(2)a) et 37.10 des *Règles de procédure* un avis de motion modifié dans lequel il demandait la suspension ou le rejet de l'action sous-jacente. Devant la juge

saisie de la motion, le Procureur général a prétendu que l'art. 236 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* écarte la compétence des tribunaux d'instruire une action pour congédiement déguisé. Le Procureur général a fait valoir que les employées pouvaient uniquement recourir à la procédure de règlement des griefs énoncée dans cette *Loi*, ce qu'elles n'avaient pas fait. Les ex-employées ont répliqué en présentant un argument à trois volets. En premier lieu, elles ont posé la question de savoir si le différend sous-jacent avait trait aux « conditions d'emploi », ce qui est une condition préalable à l'application de l'art. 236. En second lieu, elles ont prétendu que l'art. 236 ne s'applique pas aux instances où le droit de déposer un grief n'offre pas à l'employé un recours approprié, notamment l'arbitrage indépendant. En troisième lieu, elles ont fait valoir que la question de savoir si la procédure de règlement des griefs aurait offert aux employées un recours approprié et celle de savoir si le différend sous-jacent se rapporte aux « conditions d'emploi » doivent être tranchées en fonction des circonstances propres à chaque instance. Après avoir soupesé les arguments divergents, la juge saisie de la motion a tiré la conclusion suivante : [TRADUCTION] « Je conclus que le juge du procès serait mieux en mesure de décider si les parties disposent d'un recours autre que le recours aux tribunaux judiciaires. La Cour doit entendre une preuve sur cette question ». La motion conjointe en rejet de l'action a donc été rejetée.

[6] Les éléments fondamentaux de la poursuite sous-jacente ne sont pas compliqués. On prétend que l'omission de l'employeur de faire enquête sur les allégations anonymes de harcèlement et d'inconduite professionnelle a entraîné le congédiement déguisé de chaque employée. Il en serait ainsi malgré les tentatives de la direction en vue d'en arriver à un règlement informel relativement aux allégations et malgré le fait que les allégations n'ont donné lieu à aucune sanction ou mesure disciplinaire. De plus, dans le mémoire qu'elles ont présenté à notre Cour, les employées intimées font valoir qu'une cause d'action existe dès lors que l'employeur n'établit pas un milieu de travail exempt de harcèlement et elles invoquent à cet égard la décision *Stamos c. Annuity Research & Marketing Service Ltd.*, [2002] O.J. No. 1865 (QL) (C.S.J. Ont.). L'inférence qu'il faut tirer de cette prétention est que ce sont les intimées qui étaient harcelées et que c'est l'inaction de leur employeur qui a mené à leur

congédiement déguisé. Toutefois, on ne nous demande pas de décider si un jugement sommaire devrait être rendu, mais seulement d'interpréter et d'appliquer l'art. 236 de la *Loi* et de décider si c'est à bon droit que la motion du Procureur général a été rejetée en raison de la nécessité d'entendre une preuve supplémentaire sur la question du « recours approprié ».

[7] Comme nous l'avons souligné au début, l'art. 236 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* est la réponse du législateur à une décision rendue initialement par la Cour fédérale et qui a par la suite été confirmée par la Cour suprême du Canada : *Vaughan c. Canada*, 2005 CSC 11, [2005] 1 R.C.S. 146, confirmant 2003 CAF 76, [2003] 3 C.F. 645, confirmant 2001 CFPI 1233, [2001] A.C.F. n° 1734 (QL), confirmant [2000] A.C.F. n° 144. (QL) (protonotaire). Pour commencer, toutefois, il importe de bien comprendre ce qui a été décidé dans cette affaire. En résumé, la Cour suprême a conclu à la majorité que lorsque le législateur a établi un régime complet pour le règlement des différends en matière de relations de travail, il ne faudrait pas mettre en péril le mécanisme prévu par la loi en permettant un parallèle recours aux tribunaux. La Cour a toutefois reconnu l'existence d'un pouvoir discrétionnaire résiduel d'autoriser l'accès aux tribunaux judiciaires lorsque la procédure de règlement des griefs ne permet pas l'arbitrage indépendant. Autrement dit, les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire résiduel d'autoriser l'introduction d'une poursuite dans le cas où le mécanisme prévu par la loi ne donne pas à l'employé un recours suffisant. La Cour a dit que les « affaires où l'employé est un dénonciateur » relèvent de la catégorie à laquelle s'applique ce pouvoir résiduel : voir aussi l'arrêt *Pleau c. Canada (Attorney General)*, 1999 NSCA 159, [1999] N.S.J. No. 448 (QL).

[8] Il importe également de replacer la décision sur le fond rendue dans l'affaire *Vaughan* dans son contexte factuel. La loi alors en vigueur (la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-35) établissait une procédure de règlement des griefs qui ne comprenait pas l'arbitrage indépendant en ce qui concernait le refus de verser des prestations de retraite anticipée. La décision rendue sur un grief ne pouvait faire l'objet d'un contrôle judiciaire en raison d'une disposition

contenue dans la loi qui prescrivait que cette décision était « finale et obligatoire » et, comme nous l'avons vu ci-dessus, la *Loi* applicable ne contenait pas de disposition équivalente à l'art. 236 de l'actuelle *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. Toutefois, l'employé en question n'avait pas contesté par voie de grief la décision de refuser les prestations et avait plutôt engagé une poursuite devant la Cour fédérale. Dans le cadre d'une motion en jugement sommaire, l'action avait été radiée. La Cour suprême a confirmé à la majorité la décision de rejeter l'action sous-jacente. Elle a conclu que la disposition privative n'était pas suffisante pour écarter le pouvoir discrétionnaire résiduel qu'elle avait d'intervenir. Même si l'absence d'un arbitre indépendant peut, dans certaines circonstances, se répercuter sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel du tribunal, la Cour a fait une mise en garde aux autres tribunaux en précisant qu'ils devaient généralement refuser d'intervenir et que s'ils intervenaient, leur intervention devait se limiter à entendre une requête en révision. Comme nous l'avons souligné, la majorité a dit que les affaires où l'employé est un « dénonciateur » relèvent de la catégorie des cas exceptionnels. En somme, la majorité a reconnu qu'un fonctionnaire peut avoir la possibilité de recourir aux tribunaux pour faire trancher un différend qui peut faire l'objet d'un grief mais non d'un arbitrage (c'est-à-dire qui ne peut être tranché par un arbitre indépendant). La minorité aurait instruit l'action en vertu d'un principe plus large : l'accès aux tribunaux est permis dans les cas où il n'existe aucun droit à un arbitrage indépendant et où la loi ne contient aucune disposition interdisant expressément le recours aux tribunaux.

[9] Comme nous l'avons vu, le régime législatif qui a été appliqué dans l'arrêt *Vaughan* était la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* alors en vigueur. Toutefois, cette *Loi* a par la suite été abrogée et remplacée par une nouvelle *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, qui est entrée en vigueur en avril 2005, sauf pour trois dispositions qui ne sont pas pertinentes pour le présent appel. Le fin mot de l'affaire, c'est qu'entre le moment où cette instance a été tranchée devant la Cour fédérale et le dépôt de la décision de la Cour suprême, le législateur fédéral avait adopté la nouvelle *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, laquelle contenait une disposition qui écartait le droit d'accès en question lorsque le différend sous-jacent

pouvait faire l'objet d'un grief. Dans l'arrêt *Bron c. Canada (Attorney General)*, 2010 ONCA 71, [2010] O.J. No. 340 (QL), la Cour d'appel de l'Ontario a en fait conclu que le pouvoir discrétionnaire résiduel mentionné dans l'arrêt *Vaughan* avait été écarté par la loi modificative. Elle s'est néanmoins demandé si ce pouvoir résiduel pouvait subsister pour le cas où le mécanisme de règlement des griefs n'offrait pas un recours ou une réparation approprié. Toutefois, la Cour a conclu en disant que [TRADUCTION] « rien ne donne à penser, en l'espèce, qu'il n'offrait pas un recours approprié ». Voir aussi les décisions *Van Duyvenbode c. Canada (Attorney General)*, [2007] O.J. No. 2716 (QL), conf. 2009 ONCA 11, [2009] O.J. No. 28, et *Yeates c. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 3407, [2010] O.J. No. 2484 (QL), conf. 2011 ONCA 83, [2011] O.J. No. 373 (QL).

[10] Comme nous le verrons, il ne s'agit pas ici d'une instance où il serait nécessaire de décider si l'art. 236 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* écarte complètement le pouvoir discrétionnaire résiduel des tribunaux d'autoriser que soient soumises à la décision d'un tribunal judiciaire des questions qui peuvent faire l'objet d'un grief en vertu de la *Loi*. D'après les faits, l'affaire ne présente rien d'exceptionnel qui nécessiterait une réflexion et une analyse plus poussées. Je ferais toutefois les observations générales suivantes. Premièrement, s'il existe un pouvoir discrétionnaire résiduel, il se trouve forcément dans la notion de « grief » qui est évoquée à l'art. 236. Autrement dit, la question qui se pose est une question d'interprétation. Deuxièmement, le fait que la procédure de règlement des griefs ne permette pas un arbitrage indépendant relativement à la question qui nous occupe en l'espèce ne serait pas en lui-même suffisant pour qu'intervienne le pouvoir discrétionnaire résiduel. L'article 236 est clair sur ce point. Les instances qui font réellement problème sont celles où le processus de règlement des griefs est lui-même « corrompu ». Ainsi, l'affaire *Le Procureur général du Canada et autres c. Smith*, 2007 NBCA 58, 316 R.N.-B. (2e) 180, a été qualifiée de « vraiment exceptionnelle ». L'employé avait établi qu'il y avait eu « mauvaise foi » de la part de l'employeur, dans des circonstances où le mécanisme de règlement des griefs ne permettait pas l'arbitrage indépendant et où le plaignant avait été obligé de déposer un grief devant les personnes qui étaient coupables de cette mauvaise foi. Toutefois, ce ne sont pas là les faits qui nous occupent en l'espèce. Finalement, pour

ce qui concerne l'exception relative aux dénonciateurs qui est mentionnée dans l'arrêt *Vaughan*, j'attire l'attention sur la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*, L.C. 2005, ch. 46, qui est entrée en vigueur en 2007.

[11] Maintenant que nous avons examiné les principes de common law qui régissent le droit des employés de s'adresser aux tribunaux judiciaires pour obtenir réparation dans les cas où la loi prévoit un régime complet pour le règlement des différends en matière d'emploi, il est temps de nous pencher sur le processus de règlement des griefs énoncé dans la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. Selon la définition qu'en donne le par. 206(1) le mot « fonctionnaire », qui désigne les employés, s'entend également des personnes occupant un poste de direction. Le paragraphe 208(1) semble autoriser un fonctionnaire à présenter un grief relativement à n'importe quelle question, ou presque, liée à l'emploi, sous réserve de quelques exceptions bien précises énoncées aux par. (2) à (7). Les exceptions ne sont pas pertinentes pour le présent appel. Un fonctionnaire peut porter son grief jusqu'au dernier palier de la procédure de grief. Le droit d'un fonctionnaire de renvoyer un grief à l'arbitrage indépendant est limité aux catégories mentionnées au par. 209(1), savoir, notamment, les questions découlant d'une convention collective et les mesures disciplinaires qui ont entraîné le licenciement, la rétrogradation, la suspension ou une sanction pécuniaire. Tous les autres griefs sont tranchés au dernier palier de la procédure de règlement des griefs. La présente instance ne relève pas des catégories de cas exceptionnels énumérées au par. 209(1). Les griefs sont entendus et tranchés conformément à la procédure établie dans la *Loi* et son règlement d'application. Il s'agit d'un processus interne de règlement des griefs. Le personnel de gestion détermine si le grief est fondé. L'article 214 de la *Loi* dispose que les décisions rendues au dernier palier de la procédure de règlement des griefs et qui ne peuvent être renvoyées à l'arbitrage sont « définitive[s] et obligatoire[s] ». Conformément à l'art. 233, les décisions sur des questions qui sont renvoyées à l'arbitrage indépendant sont assujetties à une disposition privative absolue. Quelle que soit la portée de cette disposition, toutefois, les deux genres de décisions peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

[12] Comme nous le verrons, la question fondamentale dans le cadre du présent appel est celle de savoir si le litige sous-jacent relève de l'art. 236 de la *Loi*. Le paragraphe 236(1) est ainsi rédigé : « Le droit de recours du fonctionnaire par voie de grief relativement à tout différend lié à ses conditions d'emploi remplace ses droits d'action en justice relativement aux faits — actions ou omissions — à l'origine du différend ». Le paragraphe 236(2) dispose que le par. 236(1) s'applique « que le fonctionnaire se prévale ou non de son droit de présenter un grief et qu'il soit possible ou non de soumettre le grief à l'arbitrage ». Il y a toutefois une exception à l'interdiction d'engager une poursuite, même dans le cas où le différend peut être soumis à l'arbitrage. Conformément au par. 236(3), l'interdiction énoncée au par. 236(1) ne s'applique pas à une certaine catégorie de fonctionnaires (qui n'est pas pertinente en l'espèce) si le différend porte sur le licenciement du fonctionnaire et à la condition que le licenciement ne découle pas d'un manquement à la discipline ou d'une inconduite. Autrement dit, le par. 236(3) envisage des situations dans lesquelles le fonctionnaire qui fait l'objet d'un congédiement motivé (pour mauvais rendement, par exemple) aura le droit d'engager une poursuite pour congédiement injustifié, à la condition que cette personne appartienne à la catégorie restreinte mentionnée au par. 236(3).

[13] En résumé, l'art. 236 de la *Loi* établit que le droit de déposer un grief remplace le droit d'engager une action. Le fait que le fonctionnaire choisisse de ne pas déposer de grief ou qu'il ne soit pas possible de soumettre le grief à l'arbitrage indépendant n'a aucune importance. Bien qu'une exception soit apportée à la restriction du droit de poursuivre, la catégorie en question est restreinte et elle ne s'applique pas en l'espèce. La seule question que nous devons trancher est celle de savoir si l'omission de l'employeur d'entreprendre une enquête officielle sur les allégations anonymes formulées à l'endroit des deux employées constituait un différend lié à leurs « conditions d'emploi » qui « pouvait faire l'objet d'un grief ». Bien que la réponse puisse sembler évidente, la question a été soulevée devant la juge saisie de la motion, mais elle n'y a pas répondu. C'est à cette tâche que je me consacre maintenant.

[14] Conformément aux principes reconnus d'interprétation des lois, notre Cour doit effectuer une analyse contextuelle : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, [1998] A.C.S. n° 2 (QL). Il s'ensuit que l'art. 208 est pertinent pour l'analyse. L'article 208 dispose notamment que le fonctionnaire a le droit de présenter un grief individuel lorsqu'il s'estime lésé soit par l'interprétation ou l'application d'un « document » de l'employeur concernant les conditions d'emploi soit par suite de tout fait portant atteinte à ses conditions d'emploi. Logiquement, la politique du Conseil du Trésor sur le harcèlement serait visée par la notion de « document ». La politique sur le harcèlement traite des conditions d'emploi en ce sens qu'elle interdit et définit la conduite inacceptable au travail. Il est donc raisonnable de déduire que le défaut de l'employeur d'appliquer convenablement la politique est une question qui peut être soumise à l'arbitrage.

[15] Même si l'on ne tenait aucun compte de l'art. 208 et de la *Loi* et de la politique du Conseil du Trésor sur le harcèlement, il nous faudrait décider si le refus de l'employeur de faire enquête relève de l'expression « différend » lié à des « conditions d'emploi » employée au par. 236(1). Cela étant, on ne saurait contester la proposition voulant que les conditions d'emploi puissent être soit expresses soit implicites. Puisque le dossier ne révèle l'existence d'aucun contrat de travail en bonne et due forme, nous devons tenir pour acquis que les obligations de l'employeur sont celles qui lui sont implicitement faites en droit. Puisque les employées invoquent le congédiement déguisé, elles prétendent forcément que leur employeur a manqué à l'obligation implicite de mener une enquête sur le bien-fondé des allégations anonymes. Autrement dit, il existe un différend quant à savoir si l'employeur avait l'obligation de faire enquête et à savoir s'il y a eu manquement à cette obligation et si le manquement a causé des dommages. À mon avis, les faits établis sont assimilables à un « différend » lié aux « conditions d'emploi ». Il s'ensuit que la décision de l'employeur de ne pas faire enquête constituait une question qui était susceptible d'arbitrage au sens de l'art. 236. Puisque l'art. 236 s'applique, le droit de présenter un grief remplace le droit d'engager une poursuite et ce, que les employées aient ou non effectivement déposé un grief. La même chose est vraie

pour ce qui concerne le fait que la décision sur le grief n'aurait pas été susceptible d'arbitrage indépendant.

[16] Là encore, il importe de se rappeler que le par. 236(1) dispose que si un fonctionnaire peut présenter un grief, ce fonctionnaire ne peut engager une poursuite, même s'il choisit de ne pas présenter de grief et même si le grief n'est pas de ceux qu'il est possible de soumettre à l'arbitrage indépendant. Par conséquent, on ne saurait prétendre qu'une procédure de règlement des griefs qui ne prévoit pas un arbitrage indépendant ne prévoit pas un recours approprié. Le paragraphe 236(1) élimine expressément cet argument. En même temps, il est tout aussi clair qu'un grief ne sera jamais égal au droit de poursuivre lorsque la mesure réparatoire sollicitée consiste en des « dommages-intérêts ». En fin de compte, il importe de se rendre compte que les parties n'ont pas à aller en cour pour présenter des preuves sur ce qui constitue ou non un recours approprié. En effet, dans l'arrêt *Le Procureur général du Canada et autres c. Smith*, notre Cour a rendu une décision sur une motion en jugement sommaire concernant le caractère approprié du processus de règlement des griefs applicable aux membres de la Gendarmerie royale du Canada. J'estime que la juge saisie de la motion a commis une erreur en concluant qu'il était nécessaire d'entendre une preuve concernant le caractère approprié des recours offerts en vertu du régime de droit administratif comparativement à ceux offerts en common law.

[17] Incidemment, il est manifeste que même si l'on appliquait le raisonnement qu'a suivi la Cour suprême dans l'arrêt *Vaughan* à l'appel qui nous occupe en l'espèce, les deux employées ne pourraient pas avoir gain de cause. Si l'on applique la décision de la minorité, il s'agit en l'espèce d'une instance où il existe une disposition expresse qui interdit le recours aux tribunaux de sorte qu'il importe peu qu'il existe ou non un droit à l'arbitrage indépendant. Si l'on applique le raisonnement de la majorité, la présente instance n'a rien d'exceptionnel. Si le refus de l'employeur de faire enquête avait été contesté par voie de grief, le recours approprié aurait consisté à déposer une requête en révision judiciaire.

[18] En résumé, la présente instance n’a rien d’exceptionnel. L’employeur a choisi de ne pas tenir une enquête officielle sur une plainte non signée formulée à l’endroit de deux infirmières surveillantes par d’autres employés. La plainte anonyme n’a donné lieu à aucune sanction de l’employeur contre qui que ce soit. Les employées ont choisi de ne pas contester le refus de l’employeur par voie de grief malgré le fait que la décision en question pouvait faire l’objet d’un grief. Elles ont plutôt décidé d’engager une poursuite en dommages-intérêts pour congédiement déguisé. L’article 236 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* dispose expressément que le droit de présenter un grief remplace le droit d’engager une poursuite et ce, peu importe que l’employé présente ou non un grief et que la décision sur le grief soit ou non susceptible d’arbitrage indépendant. Par conséquent, la juge saisie de la motion aurait dû rendre une ordonnance rejetant les actions.

[19] Je suis d’avis d’accueillir l’appel et d’annuler l’ordonnance conjointe rendue par le tribunal d’instance inférieure. L’appelant a droit à une ordonnance portant rejet des actions respectives engagées devant la Cour du Banc de la Reine. Il a également droit aux dépens afférents à la motion et à l’appel. Au total, chacune des intimées devrait payer des dépens de 1 500 $.