

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

71-13-CA

NEW BRUNSWICK COMMUNITY COLLEGE,
ANNETTE ALBERT, SANDRA MABER,
DIANE BURT and LORNA MUNRO

APPELLANTS

- and -

THOMAS VIHVELIN

RESPONDENT

New Brunswick Community College et al. v.
Vihvelin, 2015 NBCA 17

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
May 21, 2013

History of Case:

Decision under appeal:
2013 NBQB 227

Preliminary or incidental proceedings:
[2013] N.B.J. No. 339

Appeal heard:
March 24, 2014 and January 20, 2015

Judgment rendered:
April 2, 2015

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Drapeau

Concurred in by:
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green

NEW BRUNSWICK COMMUNITY COLLEGE,
ANNETTE ALBERT, SANDRA MABER,
DIANE BURT et LORNA MUNRO

APPELANTS

- et -

THOMAS VIHVELIN

INTIMÉ

New Brunswick Community College et autres c.
Vihvelin, 2015 NBCA 17

CORAM :

l'honorable juge en chef Drapeau
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 21 mai 2013

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2013 NBBR 227

Procédures préliminaires ou accessoires :
[2013] A.N.-B. n° 339

Appel entendu :
le 24 mars 2014 et le 20 janvier 2015

Jugement rendu :
le 2 avril 2015

Motifs de jugement :
l'honorable juge en chef Drapeau

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green

Counsel at hearing:

For the appellants:
Daniel A. Standing

Thomas Vihvelin appeared in person

The Court

The appeal is dismissed. While the Court of Queen's Bench judge applied an overly stringent test to determine the appellants' motion for an order dismissing the action on the ground that the court lacks jurisdiction to try it, he did not commit reversible error in dismissing the motion.

Avocats à l'audience :

Pour les appelants :
Daniel A. Standing

Thomas Vihvelin a comparu en personne

LA COUR

Rejette l'appel. Bien que le juge de la Cour du Banc de la Reine ait appliqué un critère trop strict afin de trancher la motion des appelants en vue d'obtenir une ordonnance portant rejet de l'action pour le motif que la Cour n'a pas compétence pour s'en saisir, il n'a pas commis d'erreur justifiant l'infirmité de sa décision en rejetant la motion.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B

I. Introduction

[1] The respondent worked as an instructor for New Brunswick Community College before taking an “entrepreneurial” leave beginning in January 2007. The College deemed his employment terminated on July 25, 2008, in the aftermath of its rejection of his request for a leave extension. The appeal stems from the appellants’ unsuccessful motion for an order under Rule 23.01(2)(a) dismissing the underlying action for damages on the ground that the court does not have jurisdiction to try it. Briefly stated, the appellants’ contention is that the court’s jurisdiction over the underlying dispute is ousted by the combined effect of a collective agreement and the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25 (“*Act*”), and that the respondent’s only recourse was to file a grievance and pursue non-judicial adjudication.

[2] As is typically the case, the parties disagree on the essential nature of the dispute being litigated. The appellants view it as encompassing issues within the exclusive adjudicative jurisdiction contemplated by the collective agreement and the *Act*. Those issues would arise from one line of inquiry, which is whether the collective agreement was violated by: (1) the denial of the respondent’s request for an extension of the entrepreneurial leave previously approved; (2) the decision to deem his employment terminated on July 25, 2008; and (3) the handling of his request to buy back pensionable time. The latter issue would not give rise to a discrete justiciable dispute, but would be subsumed in a polybasic controversy over the interpretation and application of the collective agreement.

[3] By way of counter, the respondent argues the appellants are re-casting the case to give their jurisdictional argument a veneer of credibility. He contends the action is no more than a means of asserting his entitlement to damages for the appellants’

wrongful conduct in dealing with his post-employment request to buy back pensionable time. In this regard, he points to the following allegations in the Statement of Claim: (1) he first attempted to buy back pensionable time in late August 2008 (i.e. after the appellants say his employment ceased); (2) the appellants owed him “a duty of care to properly instruct him in relation to the buy back of his pensionable time and to properly process his request to so buy it back”; and (3) he is entitled to damages for their “failure to process his request” and their “bad faith” in depriving him of “the opportunity to exercise his right” to buy back the pensionable time in question. Correlatively, he emphasizes no claim in damages is made for wrongful dismissal, wrongful denial of his request for a leave extension or breach of any term or condition of his employment, the collective agreement or the *Act*.

[4] The judge dismissed the motion because it was not “plain and obvious” the court lacked jurisdiction to try the action. The appellants submit this test has no application under Rule 23.01(2)(a), the only Rule invoked in their Notice of Motion. I agree, but find the case for dismissal of the action under Rule 23.01(2)(a) has not been made. I come to that conclusion on the basis of the allegations in the pleadings and, more to the point, the evidence, particularly the appellants’ own evidence that the respondent was no longer an employee when the process to buy back pensionable time was initiated.

[5] In the result, I would dismiss the appeal. Needless to say, I do not decide issues that are not before the Court, such as whether there is actually any merit to the underlying action.

II. Background

[6] The Statement of Claim is detailed. It features allegations that bear repeating as they contextualize the dispute, shed light on the respondent’s complaint and, in material respects, find support in the evidential record:

1. The plaintiff, Thomas Vihvelin, is a resident of the City of Saint John, New Brunswick and a former employee

of the defendant New Brunswick Community College (“NBCC”).

2. The defendant NBCC is a Crown Corporation created under the *New Brunswick Community Colleges Act*, S.N.B. 2010, c. N-4.05 with its head offices located in Fredericton, New Brunswick. The defendant is made a defendant in the within action pursuant to section 54(1) of that Act.

3. The defendant Annette Albert was the acting principal of NBCC from in or about March 2008 until in or about February, 2009.

4. The defendant Diane Burt was the principal of NBCC Saint John, now the Saint John campus of the corporate defendant, from in or about February, 2009 until the date of the filing of this Action.

5. The defendant Lorna Munro was, at all times relevant hereto, employed by NBCC Saint John, now the Saint John campus of the corporate defendant, in the human resources department.

6. The defendant Sandra Maber was, at all times relevant hereto, employed by NBCC Saint John, now the Saint John campus of the corporate defendant, as a supervisor to the human resources department.

7. Beginning in or about January 2007 the plaintiff was on an approved entrepreneurial leave from his job as an instructor at NBCC Saint John.

8. In or about April, 2008, the plaintiff applied to NBCC for an extension of his leave period for another 18 months. The application was refused and the plaintiff was informed of this fact in a letter received by him in or about May, 2008.

9. The plaintiff appealed the refusal of his said application to the then Minister of Post-Secondary Education, Training and Labour, the Hon Dr. Ed Doherty in or about May, 2008. NBCC had full knowledge and awareness of this appeal.

10. On or about August 20, 2008, the plaintiff was informed that Dr. Doherty had rejected his appeal. On the same day, the plaintiff telephoned the human resources department at NBCC Saint John and spoke to the individual defendant Lorna Munro. The purpose and import of that telephone call was for the plaintiff to inquire about the procedure for buying back his pensionable time both while he was on entrepreneurial leave and while he was in the federal service. The plaintiff clearly explained the purpose for his call.

11. Knowledge of the issuance of pensions, the buyback of pension time and the procedure therefore was within the scope of employment for the defendant Lorna Munro.

12. The defendant Lorna Munro informed the plaintiff, *inter alia*, that:

- a. He was eligible to buy back his pensionable time for the entire 18 month period of his entrepreneurial leave;
- b. She would begin to process the paperwork necessary for him to buy back his pensionable time;
- c. His status on the corporate database was “active employee”; and
- d. She was currently processing a pension buyback for another employee in an identical situation.

13. At some time between August 20, 2008 and August 29, 2008, inclusive of those dates, the defendant Lorna Munro was informed by the defendant Sandra Maber, her supervisor, that the plaintiff could not buy back his pensionable time.

14. The information from the defendant Sandra Maber was given to her, at least in part, by the defendant Annette Albert.

15. The information regarding the plaintiff’s ability to buy back his pensionable time was wrong and was made in bad faith.

16. The defendants Lorna Munro, Sandra Maber, and Annette Albert owed the plaintiff a duty of care to properly

instruct him in relation to the buy back of his pensionable time and to properly process his request to so buy it back.

17. On or about August 29, 2008 the defendant Lorna Munro called the plaintiff and informed him that she had made a mistake and that he was not eligible to buy back his pensionable time because he was on unpaid leave. This information was wrong.

18. On or about September 17, 2008 the plaintiff received a letter from the corporate defendant, NBCC, stating that he was deemed to have resigned his position effective July 25, 2008. The letter included a "Record of Employment". The pension form included with the letter had been filled out for a "refund of contributions".

19. During the following fall and winter the plaintiff made a number of unsuccessful attempts to buy back his pensionable time by dealing directly with the pension department in Fredericton.

20. On or about February 21, 2009 the plaintiff sent a letter to the Hon. Victor Boudreau, then Minister of Finance, attempting to buy back his pensionable time. In or about March, 2009 the letter was forwarded to the attention of the Hon. Rick Brewer, then Minister of Human Resources.

21. On or about March 27, 2009 the plaintiff received a letter from the Hon. Rick Brewer in which he advised the plaintiff that he was not eligible to buy back his pensionable time because he was no longer employed by NBCC. The Hon. Rick Brewer further advised the plaintiff that he would be so eligible if he returned to work and resumed contributing to the pension plan.

22. The plaintiff e-mailed the individual defendant Diane Burt on or about May 15, 2009 to request a meeting to see if he could return to work and thus become eligible to buy back his pensionable time. He was told that she would not be able to meet with him for approximately 2 months.

23. On or about July 17, 2009 the plaintiff met with the individual defendant Diane Burt. She requested a copy of the plaintiff's *Curriculum Vitae*. The plaintiff provided it

with the understanding that Diane Burt would provide him with an opportunity for short-term employment so that he would be eligible to buy back his pensionable time. In this context short-term was clearly defined between the parties as being between 2 and 4 weeks.

24. In or about November, 2009, having heard nothing from her in that interim, the plaintiff called Diane Burt to inquire about any short-term job opportunities. He was told that there was money available for a job and lots of short-term jobs that needed to be filled, but Diane Burt did not offer the plaintiff a job.

25. Over the course of the following year the plaintiff continued to wait in anticipation of a short-term job offer so that he would be eligible to buy back his pensionable time.

26. In or about November, 2010 the plaintiff came to the conclusion that he was not going to be offered a short-term job by the corporate defendant.

[7] The prayer for relief defines the special damages claimed as “the difference in the [respondent’s] pension over the course of [his] life between what he actually will receive and what he would have received had he purchased the relevant pensionable time”. That claim appears immediately after this description of the cause of action:

27. The plaintiff states, and the fact is, that throughout the course of the above events the defendants, jointly and separately, acted in bad faith to deprive the plaintiff the opportunity to exercise his right to buy back his pensionable time.

28. As a result of the defendants’ failure to process the plaintiff’s request for purchasing his pensionable time, the plaintiff has suffered, continues to suffer, and will continue to suffer, *inter alia*, the future loss of increased income from his pension, and significant personal inconvenience, emotional pain, and personal suffering.

[8] That description is broadly consistent with the notice the respondent served on the Attorney General pursuant to s. 15 of the *Proceedings Against the Crown*

Act, R.S.N.B. 1973, c. P-18. In the notice, the respondent indicates his claim will be “based on the refusal of the New Brunswick Community College to process [his] request to buy back his pensionable time in August 2008”.

[9] In the Statement of Defence, the appellants offer a somewhat different interpretation of the events referenced in the Statement of Claim. More pertinently for our present purposes, they also state: (1) the respondent was a bargaining employee in Part I of the Public Service and member of the New Brunswick Union of Public and Private Employees; (2) the terms and conditions of his employment were subject to the grievance and adjudication process specified in a collective agreement and the *Act*; and (3) it follows the court is without jurisdiction to try the action.

[10] As a segue to that plea, the Notice of Motion pursues an order that “[p]ursuant to Rule 23.01(2)(a) the Notice of Action and Statement of Claim be struck as the Court of Queen’s Bench does not have jurisdiction in this matter” based upon the following grounds:

The [respondent] was at all material times a unionized employee subject to a collective agreement in force between the New Brunswick Union of Public and Private Employees and Board of Management of the Province. Further pursuant to the [...] collective agreement and section 92 of the [...] he had at all material times a grievance and adjudication process available to him therefore the [c]ourt does not have jurisdiction in this matter.

The Supreme Court of Canada [held] in *Webber v. Ontario Hydro* [1995] S.C.J. No, 59 and *New Brunswick v. O’Leary* [1995] S.C.J. No. 60 that where the essential character of the dispute was the employment relationship which arose out of and was governed by the collective agreement the [c]ourt was deprived of jurisdiction. [...].

Rule 23.01(2)(a) authorizes the court to dismiss the action. That is the remedy actually sought by the reference in the Notice of Motion to an order striking the Notice of Action and Statement of Claim. Nothing further need be said on that point.

[11] At the hearing in the court below, the appellants relied upon an affidavit by the Executive Director of the College in which it is stated the respondent's employment ceased on July 25, 2008. Nevertheless, she goes on to venture the opinion that "at all material times, the [respondent] was a unionized employee under the [...] Act and subject to a collective agreement", a copy of which is attached as an exhibit.

[12] The collective agreement includes the following provisions:

1.01 This Agreement applies to and is binding on the Union, the employees, and the Employer.

2.09 In this Agreement, words defined in the *Public Service Labour Relations Act* have the same meaning as in the Act.

5.01 The Employer retains all the rights of management except as specifically limited by this Agreement.

25.01 The Employer may, at his discretion, and upon such terms as he deems advisable, grant leaves of absence with or without pay to an employee.

49.01 (a) Where an employee feels himself to be aggrieved by the interpretation or application in respect of him of a provision by a statute, or a regulation, by-law, direction or other instrument made or issued by the Employer, dealing with terms and conditions of employment or, an alleged violation of any of the provisions of this Agreement by the Employer, or, as result of any occurrence or matter affecting his terms and conditions of employment in respect of which no administrative procedure for redress is provided in or under an Act of the Legislative Assembly of New Brunswick, and, where the employee has the written consent of the Union respecting any grievance relating to the interpretation or application of this Agreement, the following [grievance] procedure shall apply: [...]

50.01 Where an employee has presented a grievance up to and including the final level in the grievance process with respect to

a) the interpretation or application in respect of him of a provision of a collective agreement or an arbitral award, or

- b) disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty,

and his grievance has not been dealt with to his satisfaction, he may, subject to subsection 50.02 of this Article, refer the grievance to adjudication.

50.02 Where a grievance that may be presented by an employee to adjudication is a grievance relating to the interpretation or application in respect of him of a provision of a collective agreement or an arbitral award, the employee is not entitled to refer the grievance to adjudication unless the bargaining agent for the bargaining unit to which the collective agreement or arbitral award applied signifies in a prescribed manner:

- a) its approval of the reference of the grievance to adjudication; and
- b) its willingness to represent the employee in the adjudication proceedings.

50.03 Where a grievance is referred to Adjudication, it shall be processed in accordance with the *Public Service Labour Relations Act* and Regulations thereunder.

[Emphasis added.]

[13] The respondent filed an affidavit in opposition to the motion. It targets the request to buy back pensionable time. The key paragraphs read as follows:

15. On August 20, 2008 [...] I called Lorna Munro at the NBCC – Saint John Human Resources Department and she told me that I was not terminated and I was eligible to buy back my pension but would not be able to continue with Blue Cross coverage after termination. She also confirmed that I am showing as an “active” employee on her computer that is connected to the main human resources database in Fredericton. Ms. Munro also told me that there was another employee in an identical situation who was also buying back his pensionable time. I instructed Ms. Munro to proceed with the calculation and buyback of my pension before my termination. I did believe at that point in time that the information provided by Ms. Munro was true.

16. I sent two emails to Ms. Munro after our phone call; one on August 20 and the other was on August 22, neither of which was answered until August 29. Ms. Munro's August 29 response stated that she had made an error and I was unable to purchase back my pensionable time because I was on an approved leave without pay. This turned out to be untrue. In fact, I was eligible to buy back my pensionable time, but I would have had to return to work to do so.

17. On September 11, 2008 I requested the policy from NBCC where it states I cannot buy back my pension. It took 56 days and many reminders before I received the policy from NBCC, which was a link to the Public Service Superannuation Act.

18. On September 17, 2008 I received a registered letter from NBCC Human Resource Manager Sandra Maber dated September 10 advising me that "we have deemed that you have resigned from your position effective July 25, 2008". This was the first notice I received that NBCC had terminated my employment.

19. Starting in or about December, 2008, I made several attempts to buy back my pension directly by contacting the Fredericton Office of Human Resources and the Minister of Finance and the Minister of Human Resources.

20. By letter dated March 25, 2009 the Minister of Human Resources stated that "You may be eligible to purchase the period of entrepreneurial leave if you return to work and resume contributing to the pension plan once again". I do attach a copy of this letter as Exhibit "C".

21. On May 15, 2009 I requested a meeting with then Principal of NBCC-Saint John Diane Burt but she was unavailable to meet with me until July 13, 59 days later.

22. On July 13, 2009 I met with Diane Burt the results of which are documented by emails where I agreed to make myself available to return to work for duration of two to four weeks so that I could buy back my pensionable time. I do attach an email from Diane Burt dated May 11, 2010 as Exhibit "D".

23. On April 6, 2011, I filed a Notice of Action and Statement of claim after receiving no job offers from NBCC of duration of two to four weeks or similar short timeframe.

[14]

The judge dismissed the appellants' motion for the following reasons:

In support of its position, the defendants rely on such decisions such as *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] S.C.J. No. 59 and its companion case, *New Brunswick v. O'Leary*, [1995] S.C.J. No. 60 and *Smith v. Canada (Royal Canadian Mounted Police)*, [2007] N.B.J. No. 244 where at paragraph 14 the Court of Appeal summarized the effect of decisions such as *Weber* and *New Brunswick v. O'Leary*.

From the point of view of the plaintiff his complaint against the defendants is an odd and unique situation that falls outside of the collective agreement and arose only after it was clear to everybody he was ceasing to be an employee. He also makes the point that it arose more than a year and a half after he stopped paying union dues and more than a year and a half after he appears to have lost any status as an active member of that union.

He points to Article 3.01 of the Collective Agreement which indicates that, "Members in good standing are entitled to be represented by the union" and then defines, "Members in good standing" without referring to people on such things as long-term leaves. The only types of members identified and recognized in 3.01 on leave as being still active members were members on leave of absence resulting from a worker's compensation or long-term disability claim, not someone on a lengthy entrepreneurial leave or other leave in the absolute discretion of the employer.

There is a possibility that at some point the board of directors of the union may have made some other determination of circumstances to find a member in good standing but there is no proof of that today.

There have been a number of cases that have grappled with specific problems and specific people in odd situations. For example in *Adams v. Cusack*, [2006] N.S.J. No. 25 (C.A.), Mr. Justice Cromwell made the comment at paragraph 66:

The real issue is whether the processes available to the appellant within the public service provided an answer to the problem he raised.

In that case, Justice Cromwell concluded that those processes in that case did provide an answer.

In this case, in my view, it is not plain and obvious that the duty of the union to represent the plaintiff in light of that membership definition clause in 3.01 would have really been "... processes available to the appellant within the public service provid[ing] an answer to the problem he raised" to borrow Judge Cromwell's words. I am not a hundred percent sure of that. I see there is room for argument. Probably it does. Probably there was a remedy for him as a unionized employee on a leave to get the help of his union.

In an Ontario case, *City of Ottawa v. Stephen Girard* 2012 ONSC 7256 the judge addressed a problem that has some vague and indirect relationship to this one and came to the conclusion at para 28:

The plaintiff will be without remedial recourse if the jurisdiction of this Court is ousted.

He pointed out that both *Weber* and the earlier *St. Anne Nackawic* involved employees still employed and therefore still subject to a collective agreement. He distinguished those cases on that basis.

Probably Mr. Vihvelin did have the right to have that union represent him and if it would not do so then probably he had the right to pursue them to force fair representation. Thus probably the exclusive jurisdiction in this case - as indicated in cases like *Weber* - was in the processes under the *Public Service Labour Relations Act* - not before this Court. However I cannot resolve those issues in this case.

Now by pre-trial motion under Rule 23.01(2)(a) the defendants are asking for this case to be dismissed. The standard in deciding whether or not to dismiss a case at this stage is higher than just "probably." The Courts have used words like "plain and obvious" which is a heavier burden than just "probably."

Accordingly for these reasons in my opinion although probably the plaintiff's action will eventually be found to be barred, at this stage on what is before me especially with indications with someone on a long-term absence falling outside the definition of active member of the union, I am not satisfied that it is plain and obvious that this action should be dismissed. Thus the motion is dismissed.

As I see it the result is divided. Although the defendant's motion did not succeed, the plaintiff has to face the reality that probably at trial his case will be found to be barred by the legal rules that apply. In my view it would not be helpful to the resolution of this matter for there to be an order of costs today and I will let each side bear their own.
[paras. 9-21]

[Emphasis added.]

[15] Importantly, at the hearing on appeal and with the consent of all parties, the Court received, as further evidence, a letter from the respondent detailing his unsuccessful efforts to secure an extension of the time to file a grievance pursuant to the collective agreement and the *Act*. The letter indicates: (1) a Union representative informed the respondent it was not prepared to request an extension of time and that his "pension issue was not grievable at the material times and further, if the identical circumstances arose today, it also would not be grievable"; and (2) the representative's decision was upheld by the Union's Board of Directors.

[16] As mentioned, the appellants contend the "plain and obvious" test is inapplicable on a motion under Rule 23.01(2)(a). In their submission, Rule 23.01(2)(a) requires the court to determine whether the moving party has established the court is without jurisdiction over the subject-matter of the action; the court either has jurisdiction or it does not. The appellants disagree with the view that the underlying dispute was not grievable and wrap up their case on appeal with the submission that the respondent's failure to file a grievance on time cannot trigger subject-matter jurisdiction in the Court of Queen's Bench where none would otherwise exist. They cite *Allen v. Alberta*, 2003 SCC 13, [2003] 1 S.C.R. 128, at para. 17, and *Giesbrecht v. McNeilly et al.*, 2008 MBCA 22, [2008] M.J. No. 74 (QL), at paras. 60-63, in support of this submission.

III. Analysis and Decision

[17] Before addressing the substantive merits of the appellants' motion, the Court must resolve two closely related procedural questions: (1) does the "plain and obvious" test apply on a motion under Rule 23.01(2)(a)?; and (2) if not, what is the applicable standard?

A. *The test for motions under Rule 23.01(2)(a)*

[18] Rule 23 provides as follows:

23.01 Where Available

(1) The plaintiff or a defendant may, at any time before the action is set down for trial, apply to the court

(a) for the determination prior to trial, of any question of law raised by a pleading in the action where the determination of that question may dispose of the action, shorten the trial, or result in a substantial saving of costs,

(b) to strike out a pleading which does not disclose a reasonable cause of action or defence, or

(c) for judgment on an admission of fact in the pleadings, in the examination of an adverse party, or in answer to a Request to Admit Facts;

(2) A defendant may, at any time before the action is set down for trial, apply to the court to have the action stayed or dismissed on the ground that

(a) the court does not have jurisdiction to try the action,

(b) the plaintiff does not have legal capacity to commence or continue the action, or

23.01 Applicabilité

(1) Le demandeur ou le défendeur peut, avant la mise au rôle de l'action, demander à la cour

a) que toute question de droit soulevée par une plaidoirie dans l'action en cours soit tranchée avant le procès, si la solution de cette question peut régler le litige, abrégé le procès ou réduire considérablement les frais,

b) qu'une plaidoirie qui ne révèle aucune cause d'action ni de défense raisonnable soit radiée ou

c) que jugement soit rendu, fondé sur des faits avoués dans les plaidoiries, pendant l'interrogatoire d'une partie adverse ou en réponse à une demande d'aveux.

(2) Le défendeur peut, avant la mise au rôle de l'action, demander à la cour de suspendre ou de rejeter l'action au motif

a) que la cour n'a pas compétence pour s'en saisir,

b) que le demandeur n'a pas la capacité juridique d'introduire ou de continuer l'action ou

(c) another action is pending in the same or another jurisdiction between the same parties and in respect of the same claim.

c) qu'une autre action est en cours dans cette juridiction ou dans une autre, entre les mêmes parties et pour la même demande ou

(d) New Brunswick is not a convenient forum for the trial or hearing of the proceeding.

d) le Nouveau-Brunswick n'est pas un endroit propice à l'instruction ou à l'audition de l'instance.

23.02 Evidence

23.02 Preuve

Except with leave of the court, on applications under Rule 23.01(1), evidence shall not be admitted except

Sauf avec permission de la cour, aucune preuve n'est admise dans des demandes présentées en application de la règle 23.01(1), excepté

(a) a transcript of a relevant examination, and

a) la transcription d'interrogatoires pertinents et

(b) affidavits which are necessary to identify a document or prove its execution.

b) les affidavits nécessaires pour identifier un document ou prouver sa passation.

23.03 Effect of Judgment Under This Rule

23.03 Effet du jugement rendu en application de la présente règle

Where a plaintiff obtains judgment under this rule, such judgment shall not prejudice his right to proceed against the same defendant for other relief, or against any other defendant for the same or other relief, unless the court orders otherwise.

Le demandeur qui obtient un jugement en application de la présente règle est libre de poursuivre le même défendeur pour d'autres mesures de redressement ou un autre défendeur pour des mesures de redressement identiques ou différentes, sauf ordonnance contraire de la cour.

[19]

As the motion judge correctly underscored, a finding that the court probably lacks subject-matter jurisdiction would not suffice to meet the “plain and obvious” test; the burden of persuasion and proof imposed by that standard is significantly heavier than the one associated with a balance of probabilities standard. The respondent submits the “plain and obvious” test applies not only to a motion to strike out a pleading under Rule 23.01(1)(b), but also to a motion to dismiss the action for want of jurisdiction under Rule 23.01(2)(a). He relies on a number of decisions in the Federal Court (Trial Division), including *Roy Little Chief v. Siksika Nation*, 2003 FCT 708, [2003] F.C.J. No. 911 (QL), and *Robertson v. Beauvais*, 2011 FC 378, [2011] F.C.J. No. 487 (QL).

[20] In each of those cases, however, the court was asked to strike out the plaintiff's pleading pursuant to Rule 221(1)(a) of the *Federal Courts Rules*, and to succeed, the moving party had to show it was plain and obvious the pleading failed to disclose a reasonable cause of action because it was not justiciable by the court. Rule 221 reads as follows:

221. (1) On motion, the Court may, at any time, order that a pleading, or anything contained therein, be struck out, with or without leave to amend, on the ground that it	221. (1) À tout moment, la Cour peut, sur requête, ordonner la radiation de tout ou partie d'un acte de procédure, avec ou sans autorisation de le modifier, au motif, selon le cas :
(a) discloses no reasonable cause of action or defence, as the case may be,	a) qu'il ne révèle aucune cause d'action ou de défense valable;
(b) is immaterial or redundant,	b) qu'il n'est pas pertinent ou qu'il est redondant;
(c) is scandalous, frivolous or vexatious,	c) qu'il est scandaleux, frivole ou vexatoire;
(d) may prejudice or delay the fair trial of the action,	d) qu'il risque de nuire à l'instruction équitable de l'action ou de la retarder;
(e) constitutes a departure from a previous pleading, or	e) qu'il diverge d'un acte de procédure antérieur;
(f) is otherwise an abuse of the process of the Court,	f) qu'il constitue autrement un abus de procédure.
and may order the action be dismissed or judgment entered accordingly.	Elle peut aussi ordonner que l'action soit rejetée ou qu'un jugement soit enregistré en conséquence.
(2) No evidence shall be heard on a motion for an order under paragraph (1)(a).	(2) Aucune preuve n'est admissible dans le cadre d'une requête invoquant le motif visé à l'alinéa (1)a).

[21] As can be seen, both our Rule 23.01(1)(b) and Rule 221(1)(a) of the *Federal Courts Rules* allow the court to strike out a pleading for failure to disclose a reasonable cause of action. Critically, the *Federal Courts Rules* do not contain a

provision similar to our Rule 23.01(2)(a) and, as a result, objections to subject-matter jurisdiction processed under Rule 221(1)(a) can only succeed if it is “plain and obvious” the targeted pleading fails to disclose a reasonable cause of action. In this jurisdiction, the issue of want of jurisdiction is not determined on a motion to strike out a pleading, but rather by way of a motion for an order dismissing the action under Rule 23.01(2)(a).

[22] In both of the Federal Court cases mentioned above, the “plain and obvious” test was applied on the precedential authority of the decision in first instance in *Hodgson v. Ermineskin Indian Band No. 942*, [2000] F.C.J. No. 313 (T.D.) (QL), affirmed [2000] F.C.J. No. 2042 (QL), leave to appeal refused [2001] S.C.C.A. No. 67 (QL). In *Hodgson*, Madam Justice Reed held the “plain and obvious” test applies to all motions to strike out a pleading under Rule 221(1)(a), whether lack of subject-matter jurisdiction or substantive deficiency is the basis for the contention that the pleading fails to disclose a reasonable cause of action (para. 10). On appeal, the correctness of that approach was not debated, let alone endorsed, because the defendants conceded “that on a motion to strike under Rule 221(1)(a) the case must be plain and obvious and beyond doubt” (para. 4).

[23] The “plain and obvious” test has rarely found its way into reasons for granting or denying relief under Rule 23.01(2)(a). *Robichaud v. Attorney General of Canada*, 2012 NBQB 152, 388 N.B.R. (2d) 380 is an exception. In that case, the motion judge referred to the “plain and obvious” standard in refusing to dismiss the action. However, on appeal, the Court reversed. It did so without applying the “plain and obvious” test. The Court found, on its assessment of the record, that the defendant had established the lack of jurisdiction required by Rule 23.01(2)(a): 2013 NBCA 3, 398 N.B.R. (2d) 259, per Robertson J.A. for the Court. Very nearly all decisions involving the application of Rule 23.01(2)(a) make no mention of the “plain and obvious” standard; after identifying the essential nature of the dispute, the court simply determines whether the moving party has established it is not justiciable (see *Munn v. New Brunswick et al.*, 2013 NBQB 51, 400 N.B.R. (2d) 184, affirmed 2013 NBCA 43, 405 N.B.R. (2d) 398; *A/S Nyborg Plast v. Groupe-Qualité Lamèque Ltée/Lamèque Quality Group Ltd.*, 2001

NBCA 86, 242 N.B.R. (2d) 98, leave to appeal refused [2001] S.C.C.A. No. 587 (QL); *Strait Crossing Inc. v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission of New Brunswick*, 2002 NBQB 66, 248 N.B.R. (2d) 308, affirmed 2002 NBCA 70, 252 N.B.R. (2d) 51, at para. 40; and *Smith v. Att. Gen. of Canada*, 2006 NBQB 86, 300 N.B.R. (2d) 363, affirmed 2007 NBCA 58, 316 N.B.R. (2d) 180).

[24] Admittedly, there are observations in *Dugas v. Landry* (1997), 194 N.B.R. (2d) 150, [1997] N.B.J. No. 511 (C.A.) (QL) that provide, through analogical reasoning, some support for the application of the “plain and obvious” standard to motions under Rule 23.01(2)(a). In that case, Rule 23.01(1)(c) was in play and the issue was whether the motion judge committed reversible error in granting judgment to the defendants on the basis of admissions of fact. At paragraph 11 of its reasons, the Court expressed the view that “the evidence before the court must be such as to demonstrate clearly, patently and beyond a reasonable doubt that the [action] would not succeed” before the defendants can prevail under Rule 23.01(1)(c). On that view, the “plain and obvious” test would not be confined to motions to strike out a pleading under Rule 23.01(1)(a) and, indeed, would govern the application of other provisions of Rule 23, including those where evidence is allowed and, indeed, expected, and the actual dismissal of the action is permissible. I respectfully reject that argument for the following reasons.

[25] First, in *Dugas v. Landry*, the issue of the proper test to apply under Rule 23.01(2)(a), or Rule 23.01(1)(c) for that matter, was not debated. Second, the observations quoted in the preceding paragraph were made without reference to jurisprudence or any interpretative discussion and analysis. Third, the observations in question are at odds with the approach adopted in the decisions of this Court referenced in paragraph 23. Fourth, the observations are not an essential component of the Court’s decision-making and, accordingly, fall within the category of *dicta*. Indeed, the Court’s decision to intervene in *Dugas v. Landry* is clearly case-specific, being traceable to the motion judge’s failure: (1) to appreciate the significance of credibility-related issues that could not be resolved without a trial; and (2) to take into consideration all of the admissions in the record (see para. 10).

[26] Significantly, courts have abstained from applying the “plain and obvious” test in disposing of motions under Rule 19.05(2)(b), which allows a defendant who is served outside of New Brunswick to apply for an order setting aside service and staying or dismissing the proceeding on the ground that the court lacks jurisdiction. In that context, the court simply decides whether the moving party has established the requisite lack of jurisdiction (see *New Brunswick v. Rothmans Inc.*, 2010 NBQB 381, 373 N.B.R. (2d) 157, leave to appeal refused [2011] N.B.J. No. 116 (C.A.) (QL), leave to appeal to S.C.C. refused [2011] S.C.C.A. No. 221 (QL); *Shannon v. Canadian Medical Protective Association*, 2006 NBQB 274, 310 N.B.R. (2d) 22; *La Succession de Feu André Gauthier v. Coutu et al.*, 2006 NBCA 16, 296 N.B.R. (2d) 34; and *Cosman v. UsedRides.com et al.*, 2014 NBQB 129, 419 N.B.R. (2d) 370). There is no principled reason for a more stringent standard under Rule 23.01(2)(a).

[27] Furthermore, it bears noting the “plain and obvious” test is not applied under Rule 21.01(3)(a) of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, which is identical, in all pertinent respects, to our Rule 23.01(2)(a). In *TeleZone Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2008 ONCA 892, (*sub nom. McArthur et al. v. The Attorney General of Canada et al.*) [2008] O.J. No. 5291 (QL), affirmed 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626, the issue was whether the action should be dismissed for want of jurisdiction pursuant to Rule 21.01(3)(a). The Ontario Court of Appeal ruled the “plain and obvious” test applies to a motion to strike out a pleading for failure to disclose a reasonable cause of action, but not to a motion under Rule 21.01(3)(a) (see para. 92). The correctness of that understanding was not doubted in the Supreme Court of Canada. See, as well, *McCracken v. Canadian National Railway Co.*, 2010 ONSC 4520, [2010] O.J. No. 3466 (QL), at paras. 93 and 108, reversed on other grounds 2012 ONCA 445, [2012] O.J. No. 2884 (QL).

[28] There are sound process-related reasons to limit the “plain and obvious” test to Rule 23.01(1)(b). On a motion by a defendant, the question is whether the statement of claim, on its face, discloses a reasonable cause of action, not whether the plaintiff actually has a reasonable chance of prevailing at trial. As a general rule, one that

admits of few exceptions, the court must accept as proven all allegations of fact in the contested pleading and dismiss the motion unless the fundamental deficiency is “plain and obvious”. It has long been widely accepted that the power to strike out should only be exercised where there is no doubt the pleading fails to disclose a reasonable cause of action or defence, as the case may be: *Tri-Development Limited v. Auffrey et al.* (1977), 15 N.B.R. (2d) 308, [1976] N.B.J. No. 195 (S.C.) (QL), at para. 2 (per Stratton, J., later C.J.N.B.). Nearly a century ago, the animating concern was described as follows: “[t]here is always some danger of a pruner cutting off a fruitful bough mistaking it for an unfruitful one”: *Sentinel-Review Co. v. Robinson*, [1926] O.J. No. 94 (S.C.) (QL).

[29] The test under Rule 23.01(1)(b) is stringent because of: (1) a fear that, if it were otherwise, access to justice might be denied for meritorious, but poorly articulated claims; and (2) the belief in the curative power of appropriate amendments to pleadings. Moreover, that test is applied to a factual matrix shaped without resort to evidence. A different process is contemplated under Rule 23.01(2)(a).

[30] On a motion under Rule 23.01(2)(a), pleaded allegations of fact are not deemed proven and, although the hearing should not be turned into a full-blown trial, evidence is both admissible and expected. The focus is on the true nature of the underlying dispute, rather than its formal description, and an amendment to the statement of claim will rarely, if ever, be capable of relieving against a jurisdictional deficiency. Rule 23.01(2)(a) requires a “determination” of the issue of subject-matter jurisdiction, a question of mixed fact and law. Evidence-dependent determinations under the *Rules of Court* stand to be made by application of the ordinary civil standard: the balance of probabilities. The burden of proof and persuasion typically lies with the moving party.

[31] In my judgment, on a motion for dismissal of the action under Rule 23.01(2)(a), the defendant must show that the court probably lacks subject-matter jurisdiction. If the defendant fails to discharge that burden, the motion must be dismissed: *A/S Nyborg Plast*, at para. 8. If the motion is allowed and the action is dismissed, the plaintiff may appeal, without leave, to this Court.

[32] In the result, I agree with the appellants' submission that the motion judge applied the wrong test to dispose of their motion. That said, appeals are, *stricto jure*, against the decision in first instance, not the court's supporting reasons.

B. *The merits of the appellants' motion*

[33] In cases like the present one, the court's task is to determine whether the dispute underlying the lawsuit is subject to the grievance and adjudication processes provided by the collective agreement. The focus is on the dispute's essential nature, rather than its formulation in the statement of claim. In carrying out that task, the court must follow the pathway prescribed by the Supreme Court of Canada, most famously in *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, [1995] S.C.J. No. 59 (QL), where Justice McLachlin, now Chief Justice of Canada, made the following oft-quoted observations:

On this approach, the task of the judge or arbitrator determining the appropriate forum for the proceedings centres on whether the dispute or difference between the parties arises out of the collective agreement. Two elements must be considered: the dispute and the ambit of the collective agreement.

In considering the dispute, the decision-maker must attempt to define its "essential character", to use the phrase of La Forest J.A. in *Energy & Chemical Workers Union, Local 691 v. Irving Oil Ltd.* (1983), 148 D.L.R. (3d) 398 (N.B.C.A.). The fact that the parties are employer and employee may not be determinative. Similarly, the place of the conduct giving rise to the dispute may not be conclusive; matters arising from the collective agreement may occur off the workplace and conversely, not everything that happens on the workplace may arise from the collective agreement: *Energy & Chemical Workers Union, supra*, per La Forest J.A. Sometimes the time when the claim originated may be important, as in *Wainwright v. Vancouver Shipyards Co.* (1987), 38 D.L.R. (4th) 760 (B.C.C.A.), where it was held that the court had jurisdiction over contracts pre-dating the collective agreement. See also *Johnston v. Dresser Industries Canada Ltd.* (1990), 75 O.R. (2d) 609 (C.A.). In the majority of cases the nature of

the dispute will be clear; either it had to do with the collective agreement or it did not. Some cases, however, may be less than obvious. The question in each case is whether the dispute, in its essential character, arises from the interpretation, application, administration or violation of the collective agreement.

Because the nature of the dispute and the ambit of the collective agreement will vary from case to case, it is impossible to categorize the classes of case that will fall within the exclusive jurisdiction of the arbitrator. However, a review of decisions over the past few years reveals the following claims among those over which the courts have been found to lack jurisdiction: wrongful dismissal; bad faith on the part of the union; conspiracy and constructive dismissal; and damage to reputation (*Bartello v. Canada Post Corp.* (1987), 46 D.L.R. (4th) 129 (Ont. H.C.); *Bourne v. Otis Elevator Co.* (1984), 45 O.R. (2d) 321 (H.C.); *Butt v. United Steelworkers of America* (1993), 106 Nfld. & P.E.I.R. 181 (Nfld. T.D.); *Forster v. Canadian Airlines International Ltd.* (1993), 3 C.C.E.L. (2d) 272 (B.C.S.C.); *Bell Canada v. Foisy* (1989), 26 C.C.E.L. 234 (Que. C.A.); *Ne-Nsoko Ndungidi v. Centre Hospitalier Douglas*, [1993] R.J.Q. 536).

This approach does not preclude all actions in the courts between employer and employee. Only disputes which expressly or inferentially arise out of the collective agreement are foreclosed to the courts: *Elliott v. De Havilland Aircraft Co. of Canada Ltd.* (1989), 32 O.A.C. 250 (Div. Ct.), at p. 258, per Osler J.; *Butt v. United Steelworkers of America*, *supra*; *Bourne v. Otis Elevator Co.*, *supra*, at p. 326. Additionally, the courts possess residual jurisdiction based on their special powers, as discussed by Estey J. in *St. Anne Nackawic*, *supra*.

[...]

It might occur that a remedy is required which the arbitrator is not empowered to grant. In such a case, the courts of inherent jurisdiction in each province may take jurisdiction. This Court in *St. Anne Nackawic* confirmed that the New Brunswick Act did not oust the residual inherent jurisdiction of the superior courts to grant injunctions in labour matters (at p. 724). Similarly, the Court of Appeal of British Columbia in *Moore v. British Columbia* (1988), 50

D.L.R. (4th) 29, at p. 38, accepted that the court's residual jurisdiction to grant a declaration was not ousted by the British Columbia labour legislation, although it declined to exercise that jurisdiction on the ground that the powers of the arbitrator were sufficient to remedy the wrong and that deference was owed to the labour tribunal. What must be avoided, to use the language of Estey J. in *St. Anne Nackawic* (at p. 723), is a "real deprivation of ultimate remedy".

[...]

On the interpretation outlined above, the question is whether the conduct giving rise to the dispute between the parties arises either expressly or inferentially out of the collective agreement between them.

The appellant contends that the dispute in this case falls outside the collective agreement. The act of hiring private investigators who used deception to enter his family home and report on him does not, he contends, relate to the interpretation, application or administration of the collective agreement. It is not in its essential character a labour matter; it is rather a matter of the common law and the constitutional rights of himself and his family. It follows, he submits, that the arbitrator does not have jurisdiction over the claims and that the courts may entertain them.

Hydro, on the other hand, argues that the essential character of the dispute places it firmly within the scope of the collective agreement. It points out that the conduct complained of arose in response to a claim for sick benefits provided for in the collective agreement, and argues that the manner in which the employer monitors entitlement to those benefits is part of the administration of the agreement.

Isolated from the collective agreement, the conduct complained of in this case might well be argued to fall outside the normal scope of employer-employee relations. However, placed in the context of that agreement, the picture changes. The provisions of the agreement are broad, and expressly purport to regulate the conduct at the heart of this dispute.

Article 2.2 of the collective agreement extends the grievance procedure to “[a]ny allegation that an employee has been subjected to unfair treatment or any dispute arising out of the content of this Agreement. . .”. The dispute in this case arose out of the content of the Agreement. Item 13.0 of Part A of the Agreement provides that the “benefits of the Ontario Hydro Sick Leave Plan ... shall be considered as part of this Agreement”. It further provides that the provisions of the plan “are not an automatic right of an employee and the administration of this plan and all decisions regarding the appropriateness or degree of its application shall be vested solely in Ontario Hydro”. This language brings the medical plan and Hydro’s decisions concerning it expressly within the purview of the collective agreement. Under the plan, Hydro had the right to decide what benefits the employee would receive, subject to the employee’s right to grieve the decision. In the course of making such a decision, Hydro is alleged to have acted improperly. That allegation would appear to fall within the phrase “unfair treatment or any dispute arising out of the content of [the] Agreement” within Article 2.2.

I conclude that the wide language of Article 2.2 of the Agreement, combined with item 13.0, covers the conduct alleged against Hydro. Hydro’s alleged actions were directly related to a process which is expressly subject to the grievance procedure. While aspects of the alleged conduct may arguably have extended beyond what the parties contemplated, this does not alter the essential character of the conduct. In short, the difference between the parties relates to the “administration ... of the agreement” within s. 45(1) of the *Labour Relations Act*. [paras. 51-54, 57 and 68-73]

[Emphasis added.]

[34] Once the court has identified the essential character of the dispute that underlies the lawsuit, it must determine whether the dispute in question is covered by the grievance and adjudication processes provided by the collective agreement. In making that determination, the court considers whether the conduct that gave rise to the dispute is regulated, either expressly or inferentially, by the collective agreement. If the dispute could have been grieved and adjudicated under the collective agreement, the jurisdiction of the court is ousted.

[35] The appellants contend a review of the Statement of Claim, particularly paragraphs 7-10, 13 and 18, confirms the essential character of the dispute concerns the employment relationship between the respondent and his employer, the College. That would be so because of the pleaded references to the respondent's employment, the approved "entrepreneurial leave", the denial of its extension, and the deemed termination of employment. In the appellants' ultimate submission, all of the respondent's "workplace issues" could have been grieved and, as a consequence, there was "an alternative dispute resolution scheme prescribed by law and his collective agreement".

[36] The appellants place particular reliance upon Article 49.01. They point out a similarly-worded provision has been described as "very broad" because it is "not limited to matters relating to the terms or conditions of employment, but extends to situations in which 'any employee feels aggrieved ... as a result of any occurrence or matter affecting the terms and conditions of employment of the employee': *Adams v. Cusack*, 2006 NSCA 9, [2006] N.S.J. No. 25 (QL), at para. 55, per Cromwell J.A., as he then was. In the appellants' submission, there is nothing exceptional about the present case; it raises issues similar to the ones considered grievable in *Taylor v. New Brunswick (Department of Training and Employment Development)*, [2004] N.B.L.A.A. No. 27 (QL) and *Treslan v. Memorial University of Newfoundland*, [1996] N.J. No. 281 (S.C.) (QL).

[37] I respectfully disagree.

[38] In my view, the case for an order under Rule 23.01(2)(a) has not been made. In a nutshell, the appellants have failed to establish on a balance of probabilities that, at the material time, which is when they engaged in the conduct for which the claim in damages is made, the respondent was "an employee" entitled to file and prosecute a grievance for the purposes of securing a related remedy. Admittedly, on this point, my view is at odds with the motion judge's. However, I am confident he would have concluded differently had the significance of the respondent's status as an ex-employee been appropriately highlighted,

and had the record at his disposal included, as ours does, evidence from the respondent's former Union that the dispute over the buy-back of pensionable time was not grievable.

[39] The Statement of Claim does not put forward a claim for damages by reason of the denial of the request for a leave extension, termination of employment, non-compliance with a term or condition of employment or breach of the collective agreement. If that were the case, the court's lack of jurisdiction would seem apodictic having regard to Article 9 ("Discipline, Suspension and Discharge"), Article 24 ("Miscellaneous Leave"), Article 49 ("Grievance Procedure"), Article 50 ("Adjudication") and the *Act's* definition of the terms "employee" and "grievance". I realize pleadings can be drafted in ways that camouflage the real nature of the underlying complaint and I readily accept courts must be vigilant to ensure that substance trumps form in determining whether lack of subject-matter jurisdiction has been established. That said, while the narrative in the Statement of Claim includes references to decisions made while the respondent was in the employ of the College (e.g. the denial of a leave extension and the deemed termination of his employment on July 25, 2008), the action does not seek recovery of compensation for losses attributable to those decisions. The respondent's suit is for compensatory and other damages for the handling of his request to buy back pensionable service. The appellants' pre-termination conduct may be relevant in determining whether they acted in bad faith in handling his request, but that is a far cry from saying that conduct is the basis for the cause of action asserted in the Statement of Claim.

[40] By virtue of Article 2.09, the *Act's* definitions are incorporated into the collective agreement, and the appellants have not provided a satisfactory answer to the contention that the statutory definitions of "employee" and "grievance" operate to deny former employees the right to file and pursue to adjudication a complaint of wrongdoing in connection with a request to buy back pensionable time. The collective agreement allows an employee to file and prosecute a grievance. Subject to exceptions that have no application here, the *Act* provides an "employee" is someone employed in the Public Service. It defines "grievance" as follows:

“grievance” means

« grief » désigne

(a) a complaint in writing presented in accordance with a collective agreement or an arbitral award by the employer, an employee or a bargaining agent [...]

a) une plainte présentée par écrit, conformément à une convention collective ou à une sentence arbitrale, par l’employeur, un employé ou un agent négociateur [...]

except that for the purposes of grievances with respect to discharge or suspension, a reference to an “employee” includes a former employee [...]

à l’exception qu’aux fins des griefs concernant un congédiement ou une suspension, le renvoi à un « employé » s’entend également d’un ancien employé [...]

[Emphasis added.]

[C’est moi qui souligne.]

[41] If, as the College’s evidence suggests, the respondent ceased to be an employee on July 25, 2008, he was not an “employee” within the meaning of Articles 49 and 50 at the material time, which, it bears repeating, is when the appellants engaged in the conduct for which the claim for damages is made. Moreover, the underlying dispute does not relate to a discharge or suspension and, as a result, it does not fall into the category of grievances prosecutable by an ex-employee. As Brown & Beatty state in *Canadian Labour Arbitration* (Toronto: Thomson Reuters Canada, 2014) (loose-leaf updated 2014, release 39) ch. 2 at 14, “[i]t is obviously fundamental to the arbitrator’s jurisdiction ... that the grievor be covered by [the collective agreement’s] terms”.

IV. Conclusion and Disposition

[42] The motion judge erred in applying the “plain and obvious” test to determine the appellants’ motion under Rule 23.01(2)(a) for an order dismissing the action on the ground the court lacks jurisdiction to try it. However, that error is inconsequential because the judge rightly dismissed the motion, the appellants having failed to establish on a balance of probabilities the requisite lack of subject-matter jurisdiction. Specifically, the appellants have not persuasively countered the contention that the definitions of “employee” and “grievance” under the *Public Service Labour Relations Act* operate to deny former employees, like the respondent, an entitlement to file

and pursue to adjudication a grievance for wrongdoing in connection with a post-termination request to buy back pensionable time.

[43] In the result, I would dismiss the appeal. As noted in the introduction to these reasons, the question of whether there is merit to the underlying action stands unresolved. Without etching in stone the basis for liability articulated in the Statement of Claim, the litigation raises a number of interesting questions, including whether, at the material time, the respondent was legally entitled to buy back pensionable time and whether the appellants were subject to a duty of good faith and “a duty of care to properly instruct him in relation to the buy back of his pensionable time and to properly process his request to so buy it back”.

[44] I would wrap up the proceedings by confirming the appellants’ joint and several liability for the respondent’s appeal-related taxable disbursements, and by suggesting that consideration be given to the appropriateness of processing the action under Rule 79 (“Simplified Proceedings”).

DRAPEAU, J.C.N.-B.

I. Introduction

[1] L'intimé travaillait comme instructeur pour le New Brunswick Community College avant de prendre un congé [TRADUCTION] « d'entrepreneuriat » à compter de janvier 2007. Son emploi a été réputé avoir pris fin le 25 juillet 2008 à la suite du rejet par le collège de sa demande de prolongation du congé. L'appel découle du rejet de la motion des appelants en vue d'obtenir, sous le régime de la règle 23.01(2)a), une ordonnance portant rejet de l'action au motif que la Cour n'a pas compétence pour s'en saisir. En résumé, les appelants prétendent que la compétence de la Cour sur le litige sous-jacent est écartée par l'effet combiné d'une convention collective et de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25 (la *Loi*) et que le seul recours dont disposait l'intimé consistait à déposer un grief et à solliciter une décision non judiciaire.

[2] Comme cela est habituellement le cas, les parties ne s'entendent pas sur la nature fondamentale, ou l'essence, du litige qui est instruit. Les appelants estiment qu'il englobe des questions qui relèvent de la compétence décisionnelle exclusive envisagée par la convention collective et par la *Loi*. Ces questions ressortiraient à une analyse visant à déterminer s'il y a eu violation de la convention collective du fait : (1) du rejet de la demande de l'intimé en vue d'obtenir la prolongation d'un congé d'entrepreneuriat précédemment approuvé; (2) de la décision de considérer que son emploi avait pris fin le 25 juillet 2008; et (3) de la façon dont a été traitée sa demande de rachat d'une période de service ouvrant droit à pension. Cette dernière question ne donnerait pas lieu à un différend juridique distinct, mais serait subsumée sous une controverse aux multiples fondements concernant l'interprétation et l'application de la convention collective.

[3] L'intimé rétorque que les appelants modifient la formulation de leur cause afin de donner à leur argumentation concernant la compétence une apparence de crédibilité. Il fait valoir que l'action n'est rien de plus qu'un moyen de revendiquer son droit à des dommages-intérêts pour la transgression dont les appelants se sont rendus coupables dans le traitement de la demande qu'il a présentée, après sa cessation d'emploi, en vue de racheter une période de service ouvrant droit à pension. À cet égard, il souligne les allégations suivantes qui sont formulées dans l'exposé de la demande : (1) il a tout d'abord essayé de racheter une période de service ouvrant droit à pension à la fin d'août 2008 (c'est-à-dire après la date à laquelle son emploi aurait pris fin selon ce que prétendent les appelants); (2) les appelants étaient tenus envers lui [TRADUCTION] d'«une obligation de diligence en vertu de laquelle [ils] devaient l'informer convenablement en ce qui concernait le rachat de sa période de service ouvrant droit à pension et traiter convenablement sa demande de rachat de cette période »; (3) il a droit à des dommages-intérêts pour leur [TRADUCTION] « défaut de traiter sa demande » et la [TRADUCTION] « mauvaise foi » dont ils ont fait preuve en le privant de la [TRADUCTION] « possibilité d'exercer son droit » de racheter la période de service ouvrant droit à pension en question. Corrélativement, il insiste sur le fait qu'il ne formule aucune demande en dommages-intérêts pour congédiement injustifié, rejet injustifié de sa demande de prolongation de congé ou violation d'une quelconque condition de son emploi, clause de la convention collective ou disposition de la *Loi*.

[4] Le juge a rejeté la motion parce qu'il n'était pas « évident et manifeste » que la Cour n'avait pas compétence pour instruire l'action. Les appelants prétendent que ce critère n'est pas pertinent par rapport à la règle 23.01(2)a), la seule règle invoquée dans leur avis de motion. Je souscris à leur prétention, mais je conclus qu'ils n'ont pas établi qu'il y avait lieu de rejeter l'action en vertu de la règle 23.01(2)a). J'en arrive à cette conclusion en m'appuyant sur les allégations formulées dans les plaidoiries et, plus précisément, la preuve, en particulier la preuve même des appelants établissant que l'intimé n'était plus employé au moment où le processus en vue du rachat d'une période de service ouvrant droit à pension a été engagé.

[5] Pour ces motifs, je serais d'avis de rejeter l'appel. Il va sans dire que je ne tranche aucune question dont la Cour n'est pas saisie, notamment celle de savoir si l'action sous-jacente a, en fait, un quelconque fondement.

II. Le contexte

[6] L'exposé de la demande est détaillé. On y formule des allégations qu'il vaut la peine de répéter parce qu'elles contextualisent le litige, jettent de la lumière sur les doléances de l'intimé et, à certains égards importants, trouvent appui dans la preuve :

[TRADUCTION]

1. Le demandeur, Thomas Vihvelin, est résident de la ville de Saint John, Nouveau-Brunswick, et ancien employé du New Brunswick Community College (« NBCC »), défendeur.

2. Le NBCC défendeur est une corporation de la Couronne créée en vertu de la *Loi sur les collèges communautaires du Nouveau-Brunswick*, L.N.-B. 2010, ch. N-4.05, dont le siège est situé à Fredericton, au Nouveau-Brunswick. Le défendeur est constitué défendeur dans l'action conformément au paragraphe 54(1) de cette *Loi*.

3. La défenderesse Annette Albert a été la directrice par intérim du NBCC de mars 2008, environ, à février 2009, environ.

4. La défenderesse Diane Burt a été la directrice du NBCC de Saint John, maintenant appelé le campus de Saint John de la société défenderesse, de février 2009, environ, jusqu'à la date du dépôt de la présente action.

5. La défenderesse Lorna Munro était, pendant toute la période pertinente, employée du NBCC de Saint John, maintenant appelé le campus de Saint John de la société défenderesse, au service des ressources humaines.

6. La défenderesse Sandra Maber était, pendant toute la période pertinente, employée du NBCC de Saint John, maintenant appelé le campus de Saint John de la société

défenderesse, à titre de superviseure au service des ressources humaines.

7. À compter de janvier 2007, environ, le demandeur a pris un congé d'entrepreneuriat de l'emploi qu'il occupait comme instructeur au NBCC de Saint John, congé qui avait été approuvé.

8. En avril 2008, environ, le demandeur a présenté une demande au NBCC afin d'obtenir la prolongation de son congé pour une période supplémentaire de 18 mois. La demande a été rejetée et le demandeur en a été informé dans une lettre qu'il a reçue aux environs de mai 2008.

9. Le demandeur a interjeté appel du rejet de sa demande auprès du ministre de l'Éducation postsecondaire, de la Formation et du Travail de l'époque, l'honorable D^r Ed Doherty, aux environs de mai 2008. Le NBCC était parfaitement au courant de cet appel.

10. Le 20 août 2008 ou vers cette date, le demandeur a été informé que le D^r Doherty avait rejeté son appel. Le même jour, le demandeur a téléphoné au service des ressources humaines du NBCC de Saint John et s'est entretenu avec la défenderesse Lorna Munro. Le demandeur a fait cet appel dans le but de se renseigner sur la procédure de rachat de sa période de service ouvrant droit à pension pendant qu'il était en congé d'entrepreneuriat et pendant qu'il faisait partie du service fédéral. Le demandeur a clairement expliqué le but de son appel.

11. La connaissance du versement des pensions, du rachat des périodes ouvrant droit à pension et de la procédure s'y rapportant relevait des attributions de la défenderesse Lorna Munro.

12. La défenderesse Lorna Munro a notamment informé le demandeur de ce qui suit :

- e. il était en droit de racheter la totalité des 18 mois de son congé d'entrepreneuriat à titre de période de service ouvrant droit à pension;

- f. elle allait commencer à préparer les documents nécessaires pour qu'il puisse racheter sa période de service ouvrant droit à pension;
- g. suivant la base de données de la société, il avait qualité [TRADUCTION] d'« employé actif »;
- h. elle était en train de traiter un rachat de pension pour un autre employé se trouvant dans une situation identique.

13. À un certain moment entre le 20 et le 29 août 2008 inclusivement, la défenderesse Lorna Munro a été informée par la défenderesse Sandra Maber, sa superviseure, que le demandeur ne pourrait pas racheter sa période de service ouvrant droit à pension.

14. Le renseignement provenant de la défenderesse Sandra Maber avait été communiqué à cette dernière, du moins en partie, par la défenderesse Annette Albert.

15. Le renseignement concernant le droit du demandeur de racheter sa période de service ouvrant droit à pension était inexact et a été communiqué de mauvaise foi.

16. Les défenderesses Lorna Munro, Sandra Maber et Annette Albert étaient tenues envers le demandeur d'une obligation de diligence en vertu de laquelle elles devaient l'informer convenablement en ce qui concernait le rachat de sa période de service ouvrant droit à pension et traiter convenablement sa demande de rachat de cette période.

17. Le 29 août 2008 ou vers cette date, la défenderesse Lorna Munro a téléphoné au demandeur et l'a informé qu'elle avait commis une erreur et qu'il n'était pas admissible au rachat de sa période de service ouvrant droit à pension parce qu'il était en congé sans solde. Ce renseignement était erroné.

18. Le 17 septembre 2008 ou vers cette date, le demandeur a reçu une lettre de la société défenderesse, le NBCC, dans laquelle on indiquait qu'il était réputé avoir démissionné de son poste en date du 25 juillet 2008. Était joint à la lettre un [TRADUCTION] « relevé d'emploi ». Le formulaire de pension joint à la lettre avait été rempli en vue d'un [TRADUCTION] « remboursement des cotisations ».

19. Au cours de l'automne et de l'hiver suivants, le demandeur a, en vain, fait un certain nombre de tentatives en vue de racheter sa période de service ouvrant droit à pension en traitant directement avec le service des pensions à Fredericton.

20. Le 21 février 2009 ou vers cette date, le demandeur a fait parvenir une lettre à l'honorable Victor Boudreau, alors ministre des Finances, dans une tentative visant à racheter sa période de service ouvrant droit à pension. Aux environs de mars 2009, la lettre a été portée à l'attention de l'honorable Rick Brewer, alors ministre des Ressources humaines.

21. Le 27 mars 2009 ou vers cette date, le demandeur a reçu une lettre de l'honorable Rick Brewer qui l'informait qu'il n'avait pas le droit de racheter la période de service ouvrant droit à pension parce qu'il n'était plus employé du NBCC. L'honorable Rick Brewer informait également le demandeur qu'il pourrait racheter cette période s'il retournait au travail et recommençait à cotiser au régime de pension.

22. Le 15 mai 2009 ou vers cette date, le demandeur a fait parvenir à la défenderesse Diane Burt un courriel dans lequel il demandait à la rencontrer pour voir s'il lui était possible de retourner au travail et ainsi devenir admissible au rachat de sa période de service ouvrant droit à pension. Elle lui a répondu qu'elle ne pourrait pas le rencontrer avant deux mois environ.

23. Le 17 juillet 2009 ou vers cette date, le demandeur a rencontré la défenderesse Diane Burt. Elle a demandé une copie du curriculum vitae du demandeur. Le demandeur lui en a remis une, Diane Burt lui ayant laissé entendre qu'elle lui donnerait la possibilité d'occuper un emploi à court terme afin qu'il soit admissible au rachat de sa période de service ouvrant droit à pension. Dans ce contexte, les deux parties ont clairement défini l'emploi à court terme comme étant d'une durée se situant entre deux et quatre semaines.

24. En novembre 2009, environ, n'ayant pas reçu de nouvelles de sa part, le demandeur a téléphoné à Diane Burt pour s'informer des perspectives d'emploi, à savoir de la possibilité d'occuper un emploi de courte durée. On lui a dit que des sommes étaient disponibles et

qu'il y avait beaucoup de postes à court terme à combler, mais Diane Burt n'a pas offert d'emploi au demandeur.

25. Au cours de l'année qui a suivi, le demandeur a continué d'attendre qu'on lui offre un emploi à court terme afin d'être admissible au rachat de sa période de service ouvrant droit à pension.

26. En novembre 2010, environ, le demandeur en est arrivé à la conclusion que la société défenderesse n'allait pas lui offrir d'emploi à court terme.

[7] La demande en vue d'obtenir des mesures réparatoires définit les dommages-intérêts particuliers sollicités comme correspondant à [TRADUCTION] « la différence, pour ce qui concerne la pension que touchera [l'intimé] pendant [sa] vie, entre la pension qu'il touchera réellement et celle qu'il aurait touchée s'il avait racheté la période de service ouvrant droit à pension pertinente ». Cette demande est énoncée tout de suite après la description suivante de la cause d'action :

[TRADUCTION]

27. Le demandeur affirme – et c'est un fait – que pendant toute la durée des événements susmentionnés, les défendeurs ont, conjointement et individuellement, agi de mauvaise foi afin de priver le demandeur de la possibilité d'exercer son droit de racheter la période de service ouvrant droit à pension.

28. Par suite du défaut des défendeurs de traiter la demande du demandeur en vue de racheter sa période de service ouvrant droit à pension, le demandeur a subi, subit encore et continuera de subir, notamment, la perte future d'un revenu de pension majoré ainsi que des inconvénients personnels, des troubles émotifs et des souffrances personnelles considérables.

[8] Cette description est dans l'ensemble conforme à l'avis que l'intimé a signifié au procureur général conformément à l'art. 15 de la *Loi sur les procédures contre la Couronne*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-18. Dans cet avis, l'intimé précise que sa demande sera [TRADUCTION] « fondée sur le refus du New Brunswick Community College de

traiter [sa] demande de rachat de sa période de service ouvrant droit à pension en août 2008 ».

[9] Dans l'exposé de la défense, les appelants proposent une interprétation quelque peu différente des événements mentionnés dans l'exposé de la demande. Ce qui est davantage pertinent pour les fins qui nous occupent, ils font également valoir que : (1) l'intimé était un employé qui faisait partie de l'unité de négociation de la partie I des services publics et un membre du Syndicat des employé(e)s des secteurs public et privé du Nouveau-Brunswick; (2) ses conditions de travail étaient régies par la procédure de grief et d'arbitrage énoncée dans une convention collective et dans la *Loi*; et (3) il s'ensuit que la Cour n'a pas compétence pour instruire l'action.

[10] Comme suite à ce plaidoyer, l'avis de motion sollicite une ordonnance portant [TRADUCTION] « radiation de l'avis de poursuite et de l'exposé de la demande, en vertu de la règle 23.01(2)a), parce que la Cour du Banc de la Reine n'a pas compétence » pour les motifs suivants :

[TRADUCTION]

L'[intimé] était, pendant toute la période pertinente, un employé syndiqué régi par une convention collective en vigueur intervenue entre le Syndicat des employé(e)s des secteurs public et privé du Nouveau-Brunswick et le Conseil de gestion de la Province. De plus, en vertu de la convention collective [...] et de l'article 92 de la [...] l'intimé avait, pendant toute la période pertinente, la possibilité de se prévaloir de la procédure de grief et d'arbitrage; par conséquent, la [C]our n'a pas compétence dans la présente affaire.

Dans les arrêts *Webber c. Ontario Hydro*, [1995] A.C.S. n° 59, et *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] A.C.S. n° 60, la Cour suprême du Canada a conclu que lorsque l'essence du litige porte sur les relations de travail, qui découlent de la convention collective et qui sont régies par celle-ci, le tribunal se voit privé de sa compétence. [...]

La règle 23.01(2)a) autorise la Cour à rejeter l'action. C'est essentiellement cette mesure réparatoire que l'on sollicite lorsque l'on mentionne, dans l'avis de motion, une

ordonnance portant radiation de l'avis de poursuite et de l'exposé de la demande. Il n'y a rien de plus à dire sur ce point.

[11] Lors de l'audience devant le tribunal d'instance inférieure, les appelants se sont appuyés sur l'affidavit de la directrice administrative du NBCC dans lequel on lit que l'emploi de l'intimé a pris fin le 25 juillet 2008. Néanmoins, la directrice administrative se dit ensuite d'avis que [TRADUCTION] « pendant toute la période pertinente, l'[intimé] était un employé syndiqué en vertu de la [...] *Loi* et régi par une convention collective » dont une copie était jointe comme pièce.

[12] La convention collective comprend les dispositions suivantes :

[TRADUCTION]

1.01 La présente convention lie le Syndicat, les employés et l'Employeur et elle est exécutoire.

2.09 Dans la présente convention, les mots définis dans la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics* ont le même sens que dans cette *Loi*.

5.01 L'Employeur conserve tous les droits de la direction qui ne sont pas explicitement restreints par la présente convention.

25.01 L'Employeur peut, à sa discrétion, et aux conditions qu'il estime indiquées, accorder des congés payés ou non à un employé.

49.01 a) Lorsqu'un employé s'estime lésé par l'interprétation ou l'application à son égard d'une disposition d'une loi, d'un règlement, d'un règlement administratif, d'une directive ou d'une autre mesure établie ou émise par l'Employeur concernant les conditions d'emploi, ou par une prétendue violation par l'Employeur de l'une des dispositions de la présente convention, ou par suite d'un incident ou d'une affaire influant sur ses conditions d'emploi et qu'à cet égard aucune procédure administrative de redressement n'est prévue dans le texte ou en application d'une loi de l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick, et lorsque l'employé possède le consentement écrit du Syndicat relativement à un grief

rattaché à l'interprétation ou à l'application de la présente convention, la procédure [de règlement des griefs] suivante doit s'appliquer : [...]

50.01 Lorsqu'un employé a porté son grief au plus haut palier de la procédure applicable aux griefs, en ce qui concerne

- c) l'interprétation ou l'application à son égard d'une disposition d'une convention collective ou d'une sentence arbitrale,
- d) une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une peine pécuniaire,

et que son grief n'a pas été réglé de façon satisfaisante pour lui, il peut, sous réserve du paragraphe 50.02 du présent article, renvoyer ce grief à l'arbitrage.

50.02 Lorsqu'un grief qui peut être présenté par un employé à l'arbitrage se rapporte à l'interprétation ou à l'application à son égard d'une disposition d'une convention collective ou d'une sentence arbitrale, l'employé n'a pas le droit de renvoyer ce grief à l'arbitrage, à moins que l'agent négociateur de l'unité de négociation à laquelle s'applique la convention collective ou la sentence arbitrale n'ait fait savoir de la manière prescrite

- c) qu'il approuve le renvoi du grief à l'arbitrage, et
- d) qu'il est disposé à représenter l'employé dans les procédures d'arbitrage.

50.03 Lorsqu'un grief est soumis à l'arbitrage, il doit être traité conformément à la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics* et à son règlement.

[Je souligne.]

[13] L'intimé a déposé un affidavit contestant la motion. Cet affidavit a pour objet la demande de rachat de la période de service ouvrant droit à pension. Les principaux paragraphes sont ainsi rédigés :

[TRADUCTION]

15. Le 20 août 2008 [...] j'ai téléphoné à Lorna Munro au service des ressources humaines du NBCC de Saint John et elle m'a dit que l'on n'avait pas mis fin à mon emploi et que j'étais en droit de racheter ma pension, mais que je ne pourrais pas continuer d'être assuré par la Croix Bleue après ma cessation d'emploi. Elle a aussi confirmé que son ordinateur, qui est relié à la banque de données principale du service des ressources humaines à Fredericton, indiquait que j'étais un employé [TRADUCTION] « actif ». M^{me} Munro m'a aussi dit qu'il y avait un autre employé se trouvant dans une situation identique qui était aussi en voie de racheter sa période de service ouvrant droit à pension. J'ai demandé à M^{me} Munro d'effectuer le calcul et le rachat de ma pension avant ma cessation d'emploi. Je croyais à ce moment-là que les renseignements fournis par M^{me} Munro étaient exacts.

16. J'ai envoyé deux courriels à M^{me} Munro après notre conversation téléphonique; le premier, le 20 août et le suivant, le 22 août; elle n'a répondu à l'un ou l'autre que le 29 août. Dans sa réponse du 29 août, M^{me} Munro disait qu'elle avait commis une erreur et que je ne pouvais pas racheter ma période de service ouvrant droit à pension parce que j'étais en congé sans solde, congé qui avait été approuvé. Cela s'est révélé inexact. En fait, j'étais admissible au rachat de ma période de service ouvrant droit à pension, mais il aurait fallu que je retourne travailler pour la racheter.

17. Le 11 septembre 2008, j'ai demandé au NBCC de me faire parvenir la politique où il est précisé que je ne peux pas racheter ma pension. Il a fallu 56 jours et de nombreux rappels avant que je reçoive la politique du NBCC, laquelle consistait en un lien vers la *Loi sur la pension de la fonction publique*.

18. Le 17 septembre 2008, j'ai reçu une lettre recommandée de la directrice des ressources humaines au NBCC, Sandra Maber, datée du 10 septembre, m'informant que j'étais [TRADUCTION] « réputé avoir démissionné de [mon] poste en date du 25 juillet 2008 ». C'était le premier avis que je recevais m'informant que le NBCC avait mis fin à mon emploi.

19. À compter de décembre 2008, environ, j'ai fait plusieurs tentatives en vue de racheter ma pension directement en communiquant avec le service des ressources humaines à Fredericton, le ministre des Finances et le ministre des Ressources humaines.

20. Dans une lettre datée du 25 mars 2009, le ministre des Ressources humaines a dit ceci : [TRADUCTION] « Vous pourriez être en droit de racheter la période correspondant au congé d'entrepreneuriat si vous retournez au travail et recommencez à cotiser au régime de pension ». Je joins une copie de cette lettre comme pièce « C ».

21. Le 15 mai 2009, j'ai demandé à rencontrer la directrice du NBCC de Saint John, Diane Burt, mais celle-ci n'était pas libre et ne pouvait pas me rencontrer avant le 13 juillet, soit 59 jours plus tard.

22. Le 13 juillet 2009, j'ai rencontré Diane Burt. Les résultats de cette rencontre ont été consignés par courriels, à savoir que j'ai accepté de me mettre à sa disposition en vue d'un retour au travail d'une durée de deux à quatre semaines afin de pouvoir racheter ma période de service ouvrant droit à pension. Je joins aux présentes un courriel de Diane Burt, daté du 11 mai 2010, comme pièce « D ».

23. Le 6 avril 2011, j'ai déposé un avis de poursuite accompagné d'un exposé de la demande parce que je n'avais reçu du NBCC aucune offre d'emploi d'une durée de deux à quatre semaines ou d'une durée réduite similaire.

[14]

Le juge a rejeté la motion des appelants pour les motifs suivants :

À l'appui de la thèse qu'ils avancent, les défendeurs invoquent des arrêts tels *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] A.C.S. n° 59, et son arrêt connexe, *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] A.C.S. n° 60. Ils invoquent en outre *Smith c. Canada (Gendarmerie royale du Canada)*, [2007] A.N.-B. n° 244, arrêt de notre Cour d'appel dont le par. 14 résume l'effet de décisions comme *Weber* et *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*.

Du point de vue du demandeur, sa plainte à l'endroit des défendeurs constitue une situation singulière et exceptionnelle qui échappe à la convention collective et qui

ne s'est présentée qu'après qu'il est apparu clairement à tous qu'il cessait d'être un employé. Il fait valoir en outre que la situation s'est présentée plus d'un an et demi après que ses cotisations syndicales ont pris fin et plus d'un an et demi après qu'il a cessé d'avoir, semble-t-il, qualité de membre actif du syndicat.

Il renvoie à l'article 3.01 de la convention collective, qui stipule que [TRADUCTION] « [l]es membres en règle ont le droit d'être représentés par le syndicat », et qui définit ensuite [TRADUCTION] « membre en règle » sans mentionner les personnes qui bénéficient, par exemple, de congés de longue durée. Les seuls membres en congé dont l'article 3.01 reconnaît qu'ils sont toujours actifs sont ceux dont le congé a été autorisé après présentation d'une demande d'indemnisation par suite d'un accident du travail ou d'une invalidité de longue durée. Il n'est pas question des membres à qui a été accordé un long congé d'entrepreneuriat ou quelque autre congé à l'entière discrétion de l'employeur.

Le bureau du syndicat, à un certain moment, pourrait avoir évalué différemment les circonstances pour conclure qu'un membre était en règle, mais la preuve n'en a pas été faite aujourd'hui.

Des précédents se sont attachés aux cas de personnes ou de problèmes en situation singulière. Dans *Adams c. Cusack*, [2006] N.S.J. No. 25 (C.A.), par exemple, le juge Cromwell a fait observer ce qui suit, au par. 66 :

[TRADUCTION]

La question qui se pose véritablement est celle de savoir si la procédure qui s'offrait à l'appelant au sein de la fonction publique répondait au problème qu'il avait soulevé.

Dans *Adams*, le juge Cromwell a conclu que cette procédure apportait bel et bien une réponse au problème.

Ici, à mon sens, il ne va pas de soi, vu la définition de membre donnée à l'article 3.01, que la représentation prévue d'un membre par le syndicat était réellement une procédure qui s'offrait au demandeur [TRADUCTION] « au sein de la fonction publique [et qui aurait répondu] au problème qu'il avait soulevé », pour reprendre les propos

du juge Cromwell. Je n'en suis pas tout à fait certain. Il me semble y avoir matière à débat. Une réponse était probablement apportée au problème. Un recours s'offrait probablement à lui, à titre d'employé syndiqué bénéficiaire d'un congé, qui lui aurait permis d'obtenir l'aide de son syndicat.

Une cour ontarienne qui se penchait sur un problème vaguement et indirectement lié aux présentes difficultés dans *Ottawa (City) c. Girard*, 2012 ONSC 7256, est arrivée à la conclusion suivante, au par. 28 de sa décision :

[TRADUCTION]

La demanderesse se trouvera sans recours si la présente cour est dépossédée de sa compétence.

Elle a signalé que, dans *Weber* et dans une décision antérieure, *St. Anne Nackawic*, les employés travaillaient toujours et demeuraient, de ce fait, assujettis à leur convention collective. Sur ce fondement, elle a distingué ces arrêts d'avec l'affaire dont elle était saisie.

M. Vihvelin avait probablement bel et bien le droit de se faire représenter par le syndicat; le syndicat dût-il refuser, M. Vihvelin était probablement en droit de le poursuivre pour le forcer à une représentation équitable. Selon toute probabilité, donc, la compétence exclusive, comme l'indiquent des décisions telles *Weber*, ressortissait ici à la procédure que prévoit la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, et n'appartenait pas à notre Cour. Je ne peux toutefois pas trancher ces questions en l'instance.

Par une motion préalable au procès fondée sur la règle 23.01(2)a), les défendeurs prient la Cour de rejeter la poursuite. La norme à appliquer pour décider du rejet ou non d'une poursuite, à ce stade-ci, requiert plus que de simples probabilités. Les tribunaux ont employé par exemple les mots « évident et manifeste », qui imposent un fardeau plus lourd que l'exigence de simples probabilités.

Pour ces raisons, donc, à mon avis, bien qu'il soit probable que l'action du demandeur soit jugée irrecevable en définitive, je ne suis pas convaincu, à ce stade-ci, vu ce dont je dispose – et vu surtout les indications selon lesquelles la définition de membre actif excluait du

syndicat les personnes qui connaissent une absence de longue durée – je ne suis pas convaincu, dis-je, qu’il soit évident et manifeste qu’il faille rejeter la présente action. Par conséquent, la motion est rejetée.

À mon sens, la victoire emportée n’est pas entière. S’il est vrai que la motion des défendeurs est rejetée, le demandeur doit néanmoins faire face à une réalité : la cour conclura probablement, au procès, que les règles juridiques applicables amènent l’irrecevabilité de sa poursuite. Je suis d’avis que prononcer aujourd’hui une condamnation aux dépens n’aidera pas à résoudre l’affaire. Je laisse à chacune des parties le soin d’acquitter ses propres dépens. [Par. 9 à 21.]

[Je souligne.]

[15] Chose importante, lors de l’audition de l’appel et avec le consentement de toutes les parties, la Cour a reçu, à titre de preuve complémentaire, une lettre de l’intimé exposant dans le détail les vaines tentatives qu’il a faites en vue d’obtenir la prolongation du délai imparti pour déposer un grief conformément à la convention collective et à la *Loi*. La lettre indique ceci : (1) un représentant syndical a informé l’intimé que le syndicat n’était pas disposé à demander une prolongation du délai et que [TRADUCTION] « la question de sa pension n’était pas matière à grief à l’époque pertinente et de plus, si des circonstances identiques se présentaient aujourd’hui, elle ne serait pas non plus matière à grief »; et (2) la décision du représentant a été confirmée par le bureau du syndicat.

[16] Comme nous l’avons vu, les appelants prétendent que le critère du caractère « évident et manifeste » est inapplicable dans le cadre d’une motion déposée sous le régime de la règle 23.01(2)a). Ils prétendent qu’aux termes de la règle 23.01(2)a), la Cour doit déterminer si l’auteur de la motion a établi que la Cour n’a pas compétence sur l’objet de l’action; soit la Cour est compétente, soit elle ne l’est pas. Les appelants ne souscrivent pas à l’opinion selon laquelle le litige sous-jacent ne pouvait pas faire l’objet d’un grief et ils closent leur plaidoirie en appel en faisant valoir que le défaut de l’intimé de déposer un grief dans les délais prévus ne saurait conférer à la Cour du Banc de la Reine compétence sur l’objet du différend alors qu’elle ne serait pas par ailleurs compétente. Ils invoquent les arrêts *Allen c. Alberta*, 2003 CSC 13, [2003] 1 R.C.S. 128,

au par. 17, et *Giesbrecht c. McNeilly et al.*, 2008 MBCA 22, [2008] M.J. No. 74 (QL), aux par. 60 à 63, à l'appui de cette prétention.

III. Analyse et décision

[17] Avant d'examiner le fond même de la motion des appelants, la Cour doit trancher deux questions d'ordre procédural intimement liées : (1) le critère du caractère « évident et manifeste » s'applique-t-il dans le cadre d'une motion déposée sous le régime de la règle 23.01(2)a)?; et (2) dans la négative, qu'elle est la norme applicable?

A. *Le critère qui régit les motions déposées en vertu de la règle 23.01(2)a)*

[18] La règle 23 est ainsi rédigée :

23.01 Where Available

(1) The plaintiff or a defendant may, at any time before the action is set down for trial, apply to the court

(a) for the determination prior to trial, of any question of law raised by a pleading in the action where the determination of that question may dispose of the action, shorten the trial, or result in a substantial saving of costs,

(b) to strike out a pleading which does not disclose a reasonable cause of action or defence, or

(c) for judgment on an admission of fact in the pleadings, in the examination of an adverse party, or in answer to a Request to Admit Facts;

(2) A defendant may, at any time before the action is set down for trial, apply to the court to have the action stayed or dismissed on the ground that

(a) the court does not have jurisdiction to try the action,

23.01 Applicabilité

(1) Le demandeur ou le défendeur peut, avant la mise au rôle de l'action, demander à la cour

a) que toute question de droit soulevée par une plaidoirie dans l'action en cours soit tranchée avant le procès, si la solution de cette question peut régler le litige, abrégier le procès ou réduire considérablement les frais,

b) qu'une plaidoirie qui ne révèle aucune cause d'action ni de défense raisonnable soit radiée ou

c) que jugement soit rendu, fondé sur des faits avoués dans les plaidoiries, pendant l'interrogatoire d'une partie adverse ou en réponse à une demande d'aveux.

(2) Le défendeur peut, avant la mise au rôle de l'action, demander à la cour de suspendre ou de rejeter l'action au motif

a) que la cour n'a pas compétence pour s'en saisir,

- | | |
|--|--|
| (b) the plaintiff does not have legal capacity to commence or continue the action, or | b) que le demandeur n'a pas la capacité juridique d'introduire ou de continuer l'action ou |
| (c) another action is pending in the same or another jurisdiction between the same parties and in respect of the same claim. | c) qu'une autre action est en cours dans cette juridiction ou dans une autre, entre les mêmes parties et pour la même demande ou |
| (d) New Brunswick is not a convenient forum for the trial or hearing of the proceeding. | d) le Nouveau-Brunswick n'est pas un endroit propice à l'instruction ou à l'audition de l'instance. |

23.02 Evidence

23.02 Preuve

Except with leave of the court, on applications under Rule 23.01(1), evidence shall not be admitted except

Sauf avec permission de la cour, aucune preuve n'est admise dans des demandes présentées en application de la règle 23.01(1), excepté

- | | |
|---|--|
| (a) a transcript of a relevant examination, and | a) la transcription d'interrogatoires pertinents et |
| (b) affidavits which are necessary to identify a document or prove its execution. | b) les affidavits nécessaires pour identifier un document ou prouver sa passation. |

23.03 Effect of Judgment Under This Rule

23.03 Effet du jugement rendu en application de la présente règle

Where a plaintiff obtains judgment under this rule, such judgment shall not prejudice his right to proceed against the same defendant for other relief, or against any other defendant for the same or other relief, unless the court orders otherwise.

Le demandeur qui obtient un jugement en application de la présente règle est libre de poursuivre le même défendeur pour d'autres mesures de redressement ou un autre défendeur pour des mesures de redressement identiques ou différentes, sauf ordonnance contraire de la cour.

[19] Comme le juge saisi de la motion l'a à juste titre souligné, une conclusion selon laquelle la Cour n'a probablement pas compétence sur l'objet du différend ne suffirait pas à satisfaire au critère du caractère « évident et manifeste »; la charge de persuasion et de preuve qu'impose cette norme est considérablement plus lourde que celle associée à la norme de la prépondérance des probabilités. L'intimé prétend que le critère du caractère « évident et manifeste » s'applique non seulement à une motion en radiation d'une plaidoirie déposée sous le régime de la règle 23.01(1)b), mais aussi à une motion en rejet de l'action pour cause d'absence de compétence déposée sous le régime de la règle 23.01(2)a). Il invoque un certain nombre de décisions de la Cour fédérale (Section de première instance), dont *Roy Little Chief c. Conseil de la Nation Siksika*,

2003 CFPI 708, [2003] A.C.F. n° 911 (QL), et *Robertson c. Beauvais*, 2011 FC 378, [2011] A.C.F. n° 487 (QL).

[20] Dans chacune de ces instances, toutefois, on demandait à la Cour de radier l'acte de procédure du demandeur conformément à la règle 221(1)a) des *Règles des Cours fédérales*, et pour avoir gain de cause, la partie qui déposait la motion devait établir qu'il était « clair et évident » que la plaidoirie ne révélait aucune cause d'action valable parce qu'elle n'était pas justiciable de la Cour. La règle 221 est ainsi rédigée :

221. (1) On motion, the Court may, at any time, order that a pleading, or anything contained therein, be struck out, with or without leave to amend, on the ground that it	221. (1) À tout moment, la Cour peut, sur requête, ordonner la radiation de tout ou partie d'un acte de procédure, avec ou sans autorisation de le modifier, au motif, selon le cas :
(a) discloses no reasonable cause of action or defence, as the case may be,	a) qu'il ne révèle aucune cause d'action ou de défense valable;
(b) is immaterial or redundant,	b) qu'il n'est pas pertinent ou qu'il est redondant;
(c) is scandalous, frivolous or vexatious,	c) qu'il est scandaleux, frivole ou vexatoire;
(d) may prejudice or delay the fair trial of the action,	d) qu'il risque de nuire à l'instruction équitable de l'action ou de la retarder;
(e) constitutes a departure from a previous pleading, or	e) qu'il diverge d'un acte de procédure antérieur;
(f) is otherwise an abuse of the process of the Court,	f) qu'il constitue autrement un abus de procédure.
and may order the action be dismissed or judgment entered accordingly.	Elle peut aussi ordonner que l'action soit rejetée ou qu'un jugement soit enregistré en conséquence.
(2) No evidence shall be heard on a motion for an order under paragraph (1)(a).	(2) Aucune preuve n'est admissible dans le cadre d'une requête invoquant le motif visé à l'alinéa (1)a).

[21] Comme on peut le voir, tant notre règle 23.01(1)b) que la règle 221(1)a) des *Règles des Cours fédérales* autorisent la Cour à radier une plaidoirie ou un acte de procédure au motif qu'ils ne révèlent aucune cause d'action valable ou raisonnable. Chose cruciale, les *Règles des Cours fédérales* ne contiennent pas de disposition semblable à notre règle 23.01(2)a) et, par conséquent, les objections à la compétence sur l'objet de l'action soulevées sous le régime de la règle 221(1)a) ne peuvent être accueillies que s'il est « évident et manifeste » que l'acte de procédure visé ne révèle aucune cause d'action valable. Dans notre ressort, la question de l'absence de compétence n'est pas tranchée dans le cadre d'une motion en radiation d'une plaidoirie, mais plutôt dans le cadre d'une motion en vue d'obtenir une ordonnance portant rejet de l'action en vertu de la règle 23.01(2)a).

[22] Dans les deux décisions de la Cour fédérale susmentionnées, le critère du caractère « clair et évident » a été appliqué en s'appuyant sur une décision qui a fait jurisprudence, à savoir la décision rendue en première instance dans l'affaire *Hodgson c. Bande indienne d'Ermineskin n° 942*, [2000] A.C.F. n° 313 (C.F., 1^{re} inst.) (QL), conf. [2000] A.C.F. n° 2042 (QL), autorisation de pourvoi refusée [2001] C.S.C.R. n° 67 (QL). Dans la décision *Hodgson*, la juge Reed a conclu que le critère « de savoir si la chose est claire et évidente » s'applique à toutes les motions en radiation d'un acte de procédure fondées sur la règle 221(1)a), que l'absence de compétence sur l'objet du différend ou qu'un vice de fond soit à l'origine de la prétention voulant que l'acte de procédure ne révèle aucune cause d'action raisonnable (par. 10). En appel, l'à-propos de cette démarche n'a pas été débattu, et encore moins approuvé, parce que les défendeurs avaient reconnu « qu'une requête en radiation ne peut être accueillie en vertu de l'alinéa 221(1)a) que si son bien-fondé est manifeste et établi hors de tout doute » (par. 4).

[23] Le critère du caractère « évident et manifeste » n'a été que rarement mentionné dans les motifs donnés par les tribunaux pour accorder ou refuser la mesure réparatoire visée à la règle 23.01(2)a). La décision *Robichaud c. Attorney General of Canada*, 2012 NBBR 152, 388 R.N.-B. (2^e) 380, est une exception. Dans cette affaire, la juge saisie de la motion avait invoqué le critère du caractère « évident et manifeste » pour

refuser de rejeter l'action. En appel, toutefois, la Cour a infirmé sa décision. Elle l'a fait sans appliquer le critère du caractère « évident et manifeste ». La Cour a conclu, après avoir évalué le dossier, que le défendeur avait établi l'absence de compétence exigée par la règle 23.01(2)a) : 2013 NBCA 3, 398 R.N.-B. (2^e) 259, le juge d'appel Robertson qui rendait le jugement de la Cour. Presque aucune des décisions concernant l'application de la règle 23.01(2)a) ne mentionne la norme du caractère « évident et manifeste »; après avoir déterminé la nature fondamentale, ou l'essence, du litige, la Cour tranche simplement la question de savoir si l'auteur de la motion a établi que le litige n'est pas justiciable (voir la décision *Munn c. PNB et autres*, 2013 NBBR 51, 400 R.N.-B. (2^e) 184, conf. 2013 NBCA 43, 405 R.N.-B. (2^e) 398; l'arrêt *A/S Nyborg Plast c. Groupe-Qualité Lamèque Ltée/Lamèque Quality Group Ltd.*, 2001 NBCA 86, 242 R.N.-B. (2^e) 98, autorisation de pourvoi refusée [2001] C.S.C.R. n^o 587 (QL); et les décisions *Strait Crossing Inc. c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail du Nouveau-Brunswick*, 2002 NBBR 66, 248 R.N.-B. (2^e) 308, conf. 2002 NBCA 70, 252 R.N.-B. (2^e) 51, au par. 40; et *Smith c. Procureur général du Canada*, 2006 NBBR 86, 300 R.N.-B. (2^e) 363, conf. 2007 NBCA 58, 316 R.N.-B. (2^e) 180).

[24] Il est vrai que l'on trouve, dans l'arrêt *Dugas c. Landry et autres* (1997), 194 R.N.-B. (2^e) 150, [1997] A.N.-B. n^o 511 (C.A.) (QL), des observations qui apportent, par voie de raisonnement analogique, un certain appui à l'application de la norme du caractère « évident et manifeste » aux motions déposées sous le régime de la règle 23.01(2)a). Dans cette affaire, la règle 23.01(1)c) était invoquée et la question à trancher était celle de savoir si le juge saisi de la motion avait commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision en rendant jugement en faveur des défendeurs sur la base de certains aveux de fait. Au paragraphe 11 de ses motifs, la Cour s'est dite d'avis qu'« il faut que la preuve qui est devant la Cour démontre d'une manière claire, manifeste et hors de doute que cette [action] ne pourrait réussir » pour que les défendeurs puissent obtenir la radiation en vertu de la règle 23.01(1)c). Suivant cette opinion, le critère du caractère « évident et manifeste » ne serait pas limité aux motions en radiation d'une plaidoirie sous le régime de la règle 23.01(1)a) et, en fait, régirait l'application des autres

dispositions de la règle 23, y compris celles au titre desquelles la présentation de preuves est autorisée et, d'ailleurs, attendue, et le rejet même de l'action, permis. Je rejette, en toute déférence, cet argument pour les raisons suivantes.

[25] En premier lieu, dans l'affaire *Dugas c. Landry*, la question du bon critère à appliquer en vertu de la règle 23.01(2)a), ou même de la règle 23.01(1)c), n'a pas été examinée. En deuxième lieu, je souligne que les observations citées au paragraphe précédent ont été faites sans aucun renvoi à la jurisprudence ou sans discussion et analyse interprétatives. En troisième lieu, les observations en question ne cadrent pas avec la démarche adoptée dans les décisions de notre Cour qui sont mentionnées au paragraphe 23. En quatrième lieu, ces observations ne sont pas une composante essentielle du processus de décision de la Cour et relèvent, par conséquent, de la catégorie des remarques incidentes. D'ailleurs, la décision de la Cour d'intervenir dans l'affaire *Dugas c. Landry* est clairement propre à cette instance, étant donné qu'elle est attribuable à l'omission du juge saisi de la motion : (1) de saisir l'importance des questions liées à la crédibilité qui ne pouvaient être tranchées sans qu'un procès soit tenu; et (2) de prendre en considération tous les aveux versés au dossier (voir le par. 10).

[26] Facteur important, les tribunaux se sont abstenus d'appliquer le critère du caractère « évident et manifeste » en tranchant des motions déposées sous le régime de la règle 19.05(2)b), qui permet au défendeur qui reçoit signification d'un acte introductif d'instance à l'extérieur du Nouveau-Brunswick de demander à la Cour d'ordonner l'annulation de la signification et la suspension ou le rejet de l'instance au motif que la Cour n'est pas compétente. Dans ce contexte, la Cour décide tout simplement si l'auteur de la motion a établi l'absence de compétence qui est requise (voir les décisions *R. c. Rothmans Inc.*, 2010 NBBR 381, 373 R.N.-B. (2^e) 157, autorisation d'appel refusée [2011] A.N.-B. n^o 116 (C.A.) (QL), autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée [2011] C.S.C.R. n^o 221 (QL); et *Shannon c. Association canadienne de protection médicale*, 2006 NBBR 274, 310 R.N.-B. (2^e) 22; l'arrêt *La Succession de feu André Gauthier c. Coutu et autres*, 2006 NBCA 16, 296 R.N.-B. (2^e) 34; et la décision *Cosman c. Used Rides.com et al.*, 2014 NBBR 129, 419 R.N.-B. (2^e) 370). Il n'existe aucune

raison de principe justifiant l'adoption d'une norme plus stricte pour l'application de la règle 23.01(2)a).

[27] De plus, il est à remarquer que le critère du caractère « évident et manifeste » n'est pas appliqué sous le régime de la règle 21.01(3)a) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, qui est identique, à tous les égards pertinents, à notre règle 23.01(2)a). Dans l'affaire *TeleZone Inc. c. Attorney General (Canada)*, 2008 ONCA 892 (*sub nom. McArthur et al. c. The Attorney General of Canada et al.*) [2008] O.J. No. 5291 (QL), conf. 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626, la question à trancher était celle de savoir si l'action devait être rejetée pour absence de compétence conformément à la règle 21.01(3)a). La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le critère du caractère [TRADUCTION] « évident et manifeste » s'applique à une motion en radiation d'un acte de procédure pour défaut de révéler une cause d'action fondée, mais pas à une motion déposée en vertu de la règle 21.01(3)a) (voir le par. 92). Le bien-fondé de cette interprétation n'a pas été mis en doute devant la Cour suprême du Canada. Voir, également, la décision *McCracken c. Canadian National Railway Co.*, 2010 ONSC 4520, [2010] O.J. No. 3466 (QL), aux par. 93 et 108, infirmée pour d'autres motifs à 2012 ONCA 445, [2012] O.J. No. 2884 (QL).

[28] Il existe de bonnes raisons, liées à la procédure, de limiter le critère du caractère « évident et manifeste » à la règle 23.01(1)b). Dans le cadre d'une motion déposée par la partie défenderesse, la question qui se pose est celle de savoir si l'exposé de la demande révèle, à première vue, une cause d'action raisonnable et non de savoir si le demandeur a effectivement une chance de l'emporter au procès. En règle générale, et à peu d'exceptions près, la Cour doit accepter comme étant prouvées toutes les allégations de fait formulées dans la plaidoirie contestée et rejeter la motion à moins que le vice fondamental ne soit « évident et manifeste ». Il est généralement admis, depuis longtemps, que le pouvoir de radier ne devrait être exercé que lorsqu'il ne fait aucun doute que la plaidoirie ne révèle aucune cause d'action ou défense raisonnable, selon le cas : *Tri-Development Ltd. c. Auffrey et al.* (1976), 15 R.N.-B. (2^e) 308, [1976] A.N.-B. n° 195 (C.S.) (QL), au par. 2 (le juge Stratton, plus tard devenu juge en chef du

Nouveau-Brunswick). Il y a presque un siècle, la préoccupation fondamentale a été ainsi décrite : [TRADUCTION] « [i]l y a toujours un risque qu'un émondeur coupe une branche féconde en la confondant avec une branche stérile » : *Sentinel-Review Co. c. Robinson*, [1926] O.J. No. 94 (C.S.) (QL).

[29] Le critère applicable au titre de la règle 23.01(1)b) est strict en raison : (1) d'une crainte que, s'il en était autrement, il puisse y avoir déni d'accès à la justice dans le cas de demandes méritoires, mais mal formulées; et (2) de la croyance dans le pouvoir réparateur que peuvent avoir des modifications pertinentes apportées à une plaidoirie. De plus, ce critère est appliqué à un contexte factuel qui est façonné sans recours à une preuve quelconque. C'est un processus différent qui est envisagé à la règle 23.01(2)a).

[30] Dans le cadre d'une motion déposée sous le régime de la règle 23.01(2)a), les allégations de fait qui sont plaidées ne sont pas réputées prouvées et, bien que l'audience ne doive pas se transformer en un procès complet, la preuve est à la fois admissible et attendue. L'accent est mis sur la véritable nature du litige sous-jacent, plutôt que sur sa description officielle, et une modification à l'exposé de la demande ne sera que rarement, ou même jamais, susceptible de pallier une absence de compétence. La règle 23.01(2)a) exige que la question de la compétence sur l'objet du litige, laquelle est une question mixte de fait et de droit, soit « tranchée ». Les décisions qui sont fonction de la preuve en vertu des *Règles de procédure* doivent être prises par l'application de la norme de preuve ordinaire applicable en matière civile : la prépondérance des probabilités. C'est habituellement à l'auteur de la motion qu'incombe la charge de la preuve et de la persuasion.

[31] J'estime que dans le cadre d'une motion en rejet de l'action déposée sous le régime de la règle 23.01(2)a), le défendeur doit établir que la Cour n'a probablement pas compétence sur l'objet du litige. Si le défendeur ne s'acquitte pas de ce fardeau, la motion doit être rejetée : *A/S Nyborg Plast*, au par. 8. Si la motion est accueillie et l'action rejetée, le demandeur peut interjeter appel, sans autorisation, à notre Cour.

[32] Il s'ensuit que je souscris à la prétention des appelants selon laquelle le juge saisi de la motion a appliqué le mauvais critère afin de trancher leur motion. Cela dit, les appels sont, *stricto jure*, interjetés à l'encontre de la décision rendue en première instance, pas à l'encontre des motifs donnés par la Cour à l'appui de sa décision.

B. *Le fond de la motion des appelants*

[33] Dans une instance comme celle-ci, la Cour a pour tâche de déterminer si le litige qui sous-tend la poursuite est assujéti à la procédure de grief et d'arbitrage prévue par la convention collective. L'accent est mis sur la nature fondamentale, ou l'essence, du litige, plutôt que sur la façon dont il est formulé dans l'exposé de la demande. Pour s'acquitter de cette tâche, la Cour doit suivre la voie qu'a prescrite la Cour suprême du Canada dans quelques arrêts, le plus célèbre étant l'arrêt *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, [1995] A.C.S. n° 59 (QL), où la juge McLachlin, maintenant juge en chef du Canada, a fait les observations suivantes qui sont souvent citées :

Suivant ce modèle, la tâche qui consiste pour le juge ou l'arbitre à déterminer le tribunal approprié pour les procédures dépend de la question de savoir si le litige ou le différend qui oppose les parties résulte de la convention collective. Deux aspects doivent être considérés : le litige et le champ d'application de la convention collective.

Dans son examen du litige, l'instance décisionnelle doit tenter de définir l'[TRADUCTION] « essence », pour reprendre le terme du juge La Forest dans *Energy & Chemical Workers Union, Local 691 c. Irving Oil Ltd.* (1983), 148 D.L.R. (3d) 398 (C.A.N.-B.). Le fait que les parties en cause sont l'employeur et un employé peut ne pas être déterminant. De même, l'endroit où le comportement qui donne naissance au litige prend place peut ne pas être concluant; les événements qui découlent de la convention collective peuvent survenir à l'extérieur du lieu de travail, tout autant que tout ce qui survient sur le lieu de travail ne résulte pas nécessairement de la convention collective : *Energy & Chemical Workers Union*, précité, le juge La Forest. Il arrive parfois que le moment où la demande est faite revête de l'importance,

comme ce fut le cas dans *Wainwright c. Vancouver Shipyards Co.* (1987), 38 D.L.R. (4th) 760 (C.A.C.-B.), où on a conclu que la cour était compétente à l'égard des contrats conclus avant l'adoption de la convention collective. Voir également *Johnston c. Dresser Industries Canada Ltd.* (1990), 75 O.R. (2d) 609 (C.A.). Dans la plupart des cas, la nature du litige sera évidente; celui-ci porte ou non sur la convention collective. Il arrive toutefois que ce soit moins clair. Il s'agit, dans chaque cas, de savoir si le litige, dans son essence, relève de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de la convention collective.

Comme la nature du litige et le champ d'application de la convention collective varient d'un cas à l'autre, on ne peut établir une catégorie de cas qui relèveront de la compétence exclusive de l'arbitre. Toutefois, une revue des décisions rendues ces dernières années permet de constater que les demandes suivantes ont été classées parmi celles à l'égard desquelles les tribunaux n'avaient pas compétence : congédiement injustifié, mauvaise foi de la part du syndicat, coalition et congédiement déguisé, et préjudice à la réputation (*Bartello c. Canada Post Corp.* (1987), 46 D.L.R. (4th) 129 (H.C. Ont.); *Bourne c. Otis Elevator Co.* (1984), 45 O.R. (2d) 321 (H.C.); *Butt c. United Steelworkers of America* (1993), 106 Nfld. & P.E.I.R. 181 (1^{re} inst. T.-N.); *Forster c. Canadian Airlines International Ltd.* (1993), 3 C.C.E.L. (2d) 272 (C.S.C.-B.); *Bell Canada c. Foisy* (1989), 26 C.C.E.L. 234 (C.A. Qué.); *Ne-Nsoko Ndungidi c. Centre Hospitalier Douglas*, [1993] R.J.Q. 536).

Ce modèle ne ferme pas la porte à toutes les actions en justice mettant en cause l'employeur et l'employé. Seuls les litiges qui résultent expressément ou implicitement de la convention collective échappent aux tribunaux : *Elliott c. De Havilland Aircraft Co. of Canada Ltd.* (1989), 32 O.A.C. 250 (C. div.), à la p. 258, le juge Osler; *Butt c. United Steelworkers of America*, précité; *Bourne c. Otis Elevator Co.*, précité, à la p. 326. En outre, les tribunaux possèdent une compétence résiduelle fondée sur leurs pouvoirs particuliers, ainsi que l'a confirmé le juge Estey dans *St. Anne Nackawic*, précité.

[...]

Il se peut que l'arbitre n'ait pas le pouvoir d'accorder la réparation requise. Le cas échéant, les tribunaux de compétence inhérente de chaque province peuvent alors assumer cette compétence. Notre Cour a confirmé dans *St. Anne Nackawic* que la loi du Nouveau-Brunswick ne dépossédait pas les cours supérieures de leur compétence inhérente résiduelle d'accorder des injonctions en matière de relations du travail (à la p. 724). De même, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans *Moore c. British Columbia* (1988), 50 D.L.R. (4th) 29, à la p. 38, a reconnu que sa compétence résiduelle de rendre un jugement déclaratoire n'était pas écartée par les lois de la Colombie-Britannique sur les relations du travail, bien qu'elle ait refusé d'exercer cette compétence pour le motif que les pouvoirs de l'arbitre permettaient de remédier au tort et qu'il fallait faire preuve de retenue à l'endroit du tribunal du travail. Il faut donc éviter, pour reprendre les termes du juge Estey dans *St. Anne Nackawic* (à la p. 723), la « privation réelle du recours ultime ».

[...]

Suivant l'interprétation exposée précédemment, la question est de savoir si le comportement qui donne naissance au litige opposant les parties découle expressément ou implicitement de la convention collective qui les unit.

L'appelant fait valoir que le litige en l'espèce déborde le cadre de la convention collective. L'embauche de détectives privés qui ont eu recours à la tromperie pour entrer dans sa résidence familiale et établir un rapport à son sujet ne porte pas, soutient-il, sur l'interprétation, l'application ou l'administration de la convention collective. Cette embauche ne soulève pas, dans son essence, une question de relations du travail; elle relève plutôt de la common law et des droits constitutionnels dont l'appelant et sa famille jouissent. Partant, fait-il valoir, l'arbitre n'est pas compétent à l'égard des demandes et les tribunaux peuvent les juger.

Hydro, pour sa part, soutient que, par son essence, le litige entre pleinement dans les limites de la convention collective. Elle souligne que le comportement reproché faisait suite à une demande de prestations de maladie prévue par la convention collective et soutient que la façon

dont l'employeur surveille le droit à ces prestations relève de l'administration de la convention.

Si ce n'était de la convention collective, on pourrait fort bien soutenir que le comportement contesté en l'espèce ne relève pas du cadre normal des relations employeur-employé. Toutefois, si l'on insère ce comportement dans le contexte de la convention en question, il en va autrement. Les dispositions de la convention sont générales et visent explicitement à régir le comportement qui se situe au cœur du litige.

L'article 2.2 de la convention collective étend la procédure de grief à [TRADUCTION] « [t]oute allégation portant qu'un employé a subi un traitement injuste ou tout litige résultant du contenu de la présente convention . . . » Le litige en l'espèce a résulté du contenu de la convention. L'article 13.0 de la partie A de la convention prévoit que les [TRADUCTION] « prestations versées en application du régime d'assurance-maladie d'Ontario Hydro [. . .] sont réputées faire partie de la présente convention ». Il prévoit en outre que les dispositions du régime [TRADUCTION] « ne confèrent pas un droit automatique à l'employé, et l'administration du régime et toutes les décisions relatives à la justesse ou à l'ampleur de son application appartiennent exclusivement à Ontario Hydro ». Ce libellé a pour effet que le régime de soins de santé et les décisions d'Hydro à son égard sont expressément dans les limites de la convention collective. En vertu du régime, Hydro avait le droit de décider quelles prestations l'employé recevrait, sous réserve du droit de ce dernier de déposer un grief à l'égard de la décision. On allègue que, pour prendre sa décision, Hydro a agi incorrectement. Cette allégation paraît être visée par l'expression [TRADUCTION] « traitement injuste ou tout litige résultant du contenu de [la] convention » qui figure à l'article 2.2.

Je conclus que le libellé général de l'article 2.2 de la convention, conjugué à l'article 13.0, couvre le comportement que l'on reproche à Hydro. Les actions qu'on lui impute portaient directement sur une pratique expressément assujettie à la procédure de grief. Certains aspects du comportement allégué peuvent peut-être s'être étendus au-delà de ce que les parties avaient envisagé, mais l'essence de la conduite ne s'en trouve pas modifiée. Bref, le différend qui oppose les parties porte sur

l'« administration [...] de la convention collective » au sens du par. 45(1) de la *Loi sur les relations de travail*. [Par. 51 à 54, 57 et 68 à 73.]

[Je souligne.]

[34] Lorsque la Cour a défini l'essence du litige qui sous-tend la poursuite, elle doit décider si le litige en question est couvert par la procédure de grief et d'arbitrage prévue par la convention collective. Pour prendre cette décision, la Cour se demande si la conduite qui a donné lieu au litige est régie, expressément ou implicitement, par la convention collective. Dans le cas où le litige aurait pu faire l'objet d'un grief et être tranché en vertu de la convention collective, la Cour est dépossédée de sa compétence.

[35] Les appelants prétendent qu'un examen de l'exposé de la demande, tout particulièrement des paragraphes 7 à 10, 13 et 18, confirme que l'essence du litige concerne la relation de travail entre l'intimé et son employeur, le NBCC. Il en serait ainsi en raison des mentions, dans la plaidoirie, de l'emploi de l'intimé, du [TRADUCTION] « congé d'entrepreneuriat » approuvé, du refus de prolonger ce congé et de la cessation d'emploi présumée. Les appelants prétendent, au final, que toutes les [TRADUCTION] « doléances » de l'intimé [TRADUCTION] « liées au travail » auraient pu faire l'objet d'un grief et qu'il existait par conséquent un [TRADUCTION] « régime extrajudiciaire de règlement des conflits prescrit par la loi et par sa convention collective ».

[36] Les appelants s'appuient tout particulièrement sur l'article 49.01. Ils soulignent qu'une clause ayant un libellé semblable a été décrite comme étant [TRADUCTION] « très générale » parce qu'elle n'est [TRADUCTION] « pas limitée aux questions ressortissant aux conditions de travail, mais s'applique aux situations où 'le fonctionnaire [...] s'estime lésé [...] par suite de tout fait [...] portant atteinte à ses conditions d'emploi' » : *Adams c. Cusack*, 2006 NSCA 9, [2006] N.S.J. No. 25 (QL), au par. 55, le juge d'appel Cromwell, tel était alors son titre. Les appelants prétendent que la présente instance n'a rien d'exceptionnel; elle soulève des questions semblables à celles qui ont été jugées pouvoir faire l'objet d'un grief dans les décisions *Taylor c. New Brunswick (Department of Training and Employment Development)*, [2004] N.B.L.A.A.

No. 27 (QL) et *Treslan c. Memorial University of Newfoundland*, [1996] N.J. No. 281 (C.S.) (QL).

[37] Avec égards, je ne suis pas de cet avis.

[38] J'estime qu'il n'a pas été établi qu'il y avait lieu de rendre une ordonnance en vertu de la règle 23.01(2)a). En résumé, les appelants n'ont pas établi par prépondérance des probabilités que, pendant la période pertinente, c'est-à-dire lorsqu'ils ont adopté la conduite qui est à l'origine de la demande en dommages-intérêts, l'intimé était « un employé » qui était en droit de déposer et de faire instruire un grief afin d'obtenir une mesure réparatoire connexe. Certes, sur ce point, mon opinion diverge de celle du juge saisi de la motion. Toutefois, je suis persuadé qu'il en serait arrivé à une conclusion différente si l'importance de la qualité d'ancien employé de l'intimé avait été convenablement mise en lumière et si le dossier dont il disposait avait compris, à l'instar du dossier dont nous disposons, des preuves produites par l'ancien syndicat de l'intimé et établissant que le litige concernant le rachat d'une période de service ouvrant droit à pension ne pouvait faire l'objet d'un grief.

[39] L'exposé de la demande ne fait nullement état d'une demande en dommages-intérêts fondée sur le rejet de la demande de prolongation du congé, la cessation d'emploi, le non-respect d'une condition de travail ou la violation de la convention collective. Si tel était le cas, l'absence de compétence de la Cour semblerait acquise compte tenu de l'article 9 ([TRADUCTION] « Mesures disciplinaires, suspension et congédiement », de l'article 24 ([TRADUCTION] « Congés divers »), de l'article 49 ([TRADUCTION] « Procédure de grief »), de l'article 50 ([TRADUCTION] « Arbitrage ») et de la définition que donne la *Loi* des mots « employé » et « grief ». Je me rends bien compte que les plaidoiries peuvent être rédigées d'une façon qui camoufle la véritable nature de la doléance sous-jacente et je reconnais d'emblée que les tribunaux doivent se montrer vigilants afin de s'assurer que le fond l'emporte sur la forme lorsqu'il s'agit de déterminer si l'absence de compétence sur l'objet du différend a été établie. Cela dit, bien que le texte de l'exposé de la demande fasse mention de décisions prises pendant que

l'intimé était un employé du collègue (par exemple le refus de prolonger le congé et la cessation présumée de son emploi le 25 juillet 2008), l'action ne vise pas à obtenir une indemnisation pour les pertes attribuables à ces décisions. La poursuite de l'intimé vise l'obtention de dommages-intérêts compensatoires et autres pour la façon dont a été traitée sa demande de rachat d'une période de service ouvrant droit à pension. La conduite qu'ont adoptée les appelants avant de mettre fin à l'emploi de l'intimé peut être pertinente afin de déterminer s'ils ont agi de mauvaise foi dans le traitement de sa demande, mais cela n'équivaut nullement à dire que cette conduite fonde la cause d'action invoquée dans l'exposé de la demande.

[40] En vertu de l'article 2.09, les définitions contenues dans la *Loi* sont incorporées dans la convention collective et les appelants n'ont pas donné de réponse satisfaisante à la prétention selon laquelle les définitions que donne la *Loi* des mots « employé » et « grief » ont pour effet de nier aux anciens employés le droit de déposer et de soumettre à l'arbitrage une plainte d'agissements relativement à une demande de rachat d'une période de service ouvrant droit à pension. La convention collective autorise un employé à déposer et faire arbitrer un grief. Sous réserve de certaines exceptions qui ne s'appliquent pas en l'espèce, la *Loi* dispose qu'un « employé » est un employé des services publics. Elle définit ainsi le mot « grief » :

“grievance” means

(a) a complaint in writing presented in accordance with a collective agreement or an arbitral award by the employer, an employee or a bargaining agent [...]

except that for the purposes of grievances with respect to discharge or suspension, a reference to an “employee” includes a former employee [...]

[Emphasis added.]

« grief » désigne

a) une plainte présentée par écrit, conformément à une convention collective ou à une sentence arbitrale, par l'employeur, un employé ou un agent négociateur [...]

à l'exception qu'aux fins des griefs concernant un congédiement ou une suspension, le renvoi à un « employé » s'entend également d'un ancien employé [...]

[C'est moi qui souligne.]

[41] Si, comme le donne à penser la preuve produite par le NBCC, l'intimé a cessé d'être un employé le 25 juillet 2008, il n'était pas un « employé » au sens des articles 49 et 50 pendant la période pertinente, à savoir, répétons-le, la période pendant laquelle les appelants ont adopté la conduite au titre de laquelle la demande en dommages-intérêts a été déposée. De plus, le litige sous-jacent ne se rapporte pas à un congédiement ou à une suspension et il s'ensuit qu'il ne relève pas de la catégorie des griefs susceptibles d'être poursuivis par un ancien employé. Comme le disent Brown et Beatty dans l'ouvrage intitulé *Canadian Labour Arbitration* (Toronto : Thomson Reuters Canada, 2014) (feuillet mobile mis à jour en 2014, communiqué 39) ch. 2 à la p. 14, [TRADUCTION] « [i]l va sans dire qu'il est essentiel à la compétence de l'arbitre [...] que le plaignant soit couvert par les clauses [de la convention collective] ».

IV. Conclusion et dispositif

[42] Le juge saisi de la motion a commis une erreur en appliquant le critère du caractère « évident et manifeste » afin de trancher la motion que les appelants ont déposée sous le régime de la règle 23.012)a) en vue d'obtenir une ordonnance portant rejet de l'action pour le motif que la Cour n'a pas compétence pour l'instruire. Toutefois, cette erreur est sans importance parce que c'est à bon droit que le juge a rejeté la motion, les appelants n'ayant pas établi par prépondérance des probabilités l'absence de compétence sur l'objet du différend qui est requise. Plus précisément, les appelants n'ont pas réfuté de façon convaincante la prétention selon laquelle les définitions que donne la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics* des mots « employé » et « grief » ont pour effet de nier aux anciens employés, comme l'intimé, le droit de déposer et de soumettre à l'arbitrage un grief pour agissements relativement à une demande de rachat d'une période de service ouvrant droit à pension présentée après la cessation d'emploi.

[43] Pour ces motifs, je serais d'avis de rejeter l'appel. Comme je l'ai souligné dans l'introduction aux présents motifs, la question de savoir si l'action sous-jacente a un quelconque fondement n'est pas tranchée. Sans pour autant couler dans le béton le

fondement de la responsabilité qui est énoncé dans l'exposé de la demande, le litige soulève un certain nombre de questions intéressantes, notamment celle de savoir si, à l'époque pertinente, l'intimé était légalement en droit de racheter une période de service ouvrant droit à pension et si les appelants étaient tenus de l'obligation d'agir de bonne foi et [TRADUCTION] d'« une obligation de diligence en vertu de laquelle [ils] devaient l'informer convenablement en ce qui concernait le rachat de sa période de service ouvrant droit à pension et traiter convenablement sa demande de rachat de cette période ».

[44] Je suis d'avis de clore l'instance en confirmant que les appelants sont solidairement responsables des débours taxables de l'intimé au titre de l'appel et en suggérant que l'on envisage la possibilité de faire instruire l'action sous le régime de la règle 79 (« Procédure simplifiée »).