

A-543-94 (T-2120-93)

Attorney General of Canada (*Appellant*) (*Respondent*)

v.

Lily Kampman (*Respondent*) (*Applicant*)

INDEXED AS: KAMPMAN v. CANADA (TREASURY BOARD) (C.A.)

Court of Appeal, Marceau, Linden and Robertson J.J.A.—Ottawa, January 30 and April 1, 1996.

Public service — Termination of employment — Appeal from F.C.T.D. decision dismissing application for judicial review of P.S.C.A.B. decision — Respondent's position as registered nurse at penitentiary requiring enhanced reliability status — Status revoked for failure to report relationship with parolee — Release from Public Service recommended by deputy head under PSEA, s. 31 — Appeal Board upholding recommendation — Revocation of status prerogative of deputy head, not true administrative decision — Right to procedural fairness protected by s. 31 through internal grievance.

Penitentiaries — Respondent registered nurse at maximum security penitentiary — Position requiring enhanced reliability status — Deputy head revoking status for failure to disclose relationship with parolee — Recommending release from Public Service under PSEA, s. 31 — Revocation of status preliminary decision with no permanent consequence — S. 31 providing adequate system of control over deputy head's decision — Duty of fairness met.

Administrative law — Judicial Review — Nurse at penitentiary released from Public Service after deputy head revoking "enhanced reliability status" for failure to disclose relationship with offender on parole — Nurse unsuccessful before PSEA Appeal Board — Trial Judge remitting to Board as to whether fairness accorded — Whether duty of fairness and, if so, whether any breach cured by adequate alternative remedy — Standard of review to be applied by Board in considering status revocation — Status revocation prerogative of deputy head — Status revocation distinguished from revocation of licence

A-543-94 (T-2120-93)

Procureur général du Canada (*appelant*) (*intimé*)

c.

Lily Kampman (*intimée*) (*requérante*)

RÉPERTORIÉ: KAMPMAN c. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (C.A.)

Cour d'appel, juges Marceau, Linden et Robertson, J.C.A.—Ottawa, 30 janvier et 1^{er} avril 1996.

Fonction publique — Fin d'emploi — Appel d'une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire de la décision du Comité d'appel de la Commission de la fonction publique — Le poste d'infirmière diplômée que l'intimée occupait dans un établissement pénitentiaire exigeait la cote de fiabilité approfondie — Celle-ci a été révoquée en raison du défaut de l'intimée de déclarer sa relation avec un délinquant en liberté conditionnelle — L'administrateur général a recommandé son congédiement de la fonction publique conformément à l'art. 31 de la LEFP — Recommandation confirmée par le Comité d'appel — La révocation de la cote est une prérogative de l'administrateur général et ne constitue pas une véritable décision administrative — Le droit à l'équité procédurale est protégé par l'art. 31 grâce à la procédure de grief interne.

Pénitenciers — L'intimée est une infirmière diplômée travaillant dans un établissement pénitentiaire à sécurité maximale — Son poste exigeait l'attribution de la cote de fiabilité approfondie — L'administrateur général a révoqué cette cote pour défaut, par l'intimée, de révéler sa relation avec un délinquant en liberté conditionnelle — Il a recommandé son renvoi de la fonction publique conformément à l'art. 31 de la LEFP — La révocation de la cote est une décision préliminaire sans conséquence permanente — L'art. 31 prévoit un moyen de contrôle approprié de la décision de l'administrateur général — L'obligation d'équité a été remplie.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Une infirmière travaillant dans un pénitencier a été renvoyée de la fonction publique après révocation de sa «cote de fiabilité approfondie» par l'administrateur général pour n'avoir pas révélé sa liaison avec un délinquant en liberté conditionnelle — Elle a été déboutée par le Comité d'appel institué en vertu de la LEFP — Le juge de première instance a renvoyé le dossier au Comité pour déterminer si l'intéressée a été équitablement traitée — Y-a-t-il une obligation d'équité et, dans l'affirmative, peut-on remédier à un manquement quelconque à cette obligation par une

required to exercise activity — Status revocation not true administrative decision having permanent consequences — Rules of fairness, natural justice applicable to manner in which recommendation for release dealt with — In any event, audi alteram partem principle complied with through internal grievance procedure — Right to procedural fairness protected by PSEA, s. 31.

This was an appeal from a Trial Division decision dismissing an application for judicial review of a decision of the Public Service Commission Appeal Board except with respect to one aspect of that decision. The respondent was appointed, in December 1989, as a registered nurse in a maximum security penitentiary in British Columbia. That position required an "enhanced reliability status". Some time after her appointment, the respondent entered into a relationship with an offender while he was on parole and failed to report this situation to her superiors contrary to section 19 of the governing Code of Discipline of the Correctional Service of Canada. Accordingly, the deputy head revoked the respondent's enhanced reliability status and made a recommendation to the Public Service Commission that she be released from the Public Service, in accordance with section 31 of the *Public Service Employment Act*, as she, without the required status, was incapable of performing the duties of her position. The respondent filed a grievance against the revocation of her status and this was joined to the grievance she had previously filed against the disciplinary suspension imposed on her by Correctional Services Canada on the basis of the same facts. Both grievances were rejected by the Commissioner. The respondent appealed the deputy head's decision to an appeal board established under the PSEA, but was unsuccessful. On judicial review, Strayer J. allowed the application but referred the matter back to the Appeal Board for a determination as to whether the respondent was accorded fairness in the process leading up to the decision to revoke her enhanced reliability status. This appeal raised the issue of whether a duty of fairness can arise in the context of a recommendation to release under section 31 of the PSEA, and if so, whether any breach of that duty was cured subsequently by the availability of an adequate alternative remedy.

Held (Robertson J.A. *dissenting*), the appeal should be allowed.

Per Marceau J.A.: The enhanced reliability status is an attestation that, in the subjective opinion of the deputy head of the institution, a high degree of confidence or

autre voie de recours appropriée? — Critères d'examen que le Comité doit appliquer au regard de la révocation de la cote de fiabilité — La révocation de la cote est une prérogative de l'administrateur général — Elle se distingue de la révocation d'une licence ou d'un permis nécessaire à l'exercice d'une activité — La révocation de la cote ne constitue pas une véritable décision administrative ayant des conséquences permanentes — Les règles d'équité et de justice naturelle s'appliquent à la façon dont on a donné suite à la recommandation de renvoi — Quoi qu'il en soit, le principe audi alteram partem a été respecté grâce à la procédure de grief interne — Le droit à l'équité procédurale est protégé par l'art. 31 de la LEFP.

Il s'agissait de l'appel d'une décision de la Section de première instance rejetant une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Comité d'appel de la Commission de la fonction publique, à l'exception d'un seul élément de cette décision. L'intimée a été engagée, en décembre 1989, en qualité d'infirmière diplômée dans un établissement pénitencier à sécurité maximale en Colombie-Britannique. Ce poste exigeait l'attribution d'une «cote de fiabilité approfondie». Quelque temps après sa nomination, l'intimée a noué une relation avec un délinquant en liberté conditionnelle et a négligé d'en informer ses supérieurs, contrevenant ainsi à l'article 19 du Code de discipline du Service correctionnel du Canada. En conséquence, l'administrateur général a révoqué sa cote de fiabilité approfondie et recommandé à la Commission de la fonction publique de mettre fin à l'emploi de l'intimée conformément à l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, du fait qu'en l'absence de la cote requise, elle était incapable de remplir ses fonctions. L'intimée a présenté un grief contre la révocation de sa cote, grief qui a été joint à celui qu'elle avait déposé contre la mesure de suspension disciplinaire que le Service correctionnel du Canada lui avait infligée en excipant des mêmes faits. Ces deux griefs ont été rejetés par le Commissaire. L'intimée a, sans succès, interjeté appel de la décision de l'administrateur général devant un comité d'appel établi aux termes de la LEFP. Saisi d'une demande de contrôle judiciaire, le juge Strayer a accueilli la requête, mais a renvoyé le dossier au Comité d'appel pour qu'il décide si l'intimée avait été traitée équitablement tout au long du processus conduisant à la décision de révoquer sa cote de fiabilité approfondie. Cet appel a soulevé la question de savoir si l'obligation d'équité peut se poser dans le contexte d'une recommandation de renvoi aux termes de l'article 31 de la LEFP et, dans l'affirmative, si l'on a ultérieurement remédié au manquement à cette obligation par une autre voie de recours appropriée.

Arrêt (le juge Robertson, J.C.A. *dissident*): l'appel doit être accueilli.

Le juge Marceau, J.C.A.: La cote de fiabilité approfondie atteste que l'administrateur général de l'organisme est subjectivement d'avis que la personne intéressée est digne

reliance may be placed on the individual involved. The revocation of that status is a prerogative of the deputy head and merely reflects a change in that opinion, a loss of confidence in the employee's reliability. There is a fundamental difference between the revocation of the enhanced reliability status initially attributed to an employee before he takes up a job and the revocation of a licence or permit required to exercise an activity. In the latter case, the decision has a life of its own as it effects an immediate and permanent prohibition from exercising the activity. In the former case, the revocation has no permanent consequence since the deputy head has no authority to release the employee. In one case, the decision is final; in the other, the so-called decision is merely preliminary. The decision by the deputy head to revoke the respondent's status was not a true administrative decision standing by itself, with permanent consequences directly attached to it. Rather, it was a recommendation for release based on the fact that the deputy head has formed the opinion that the employee no longer demonstrates the degree of reliability required of the holder of the position. It is with respect to the manner in which such recommendation will be treated that the rules, not only of fairness, but of natural justice, should come into play, and that is what section 31 required. The law had established, in section 31, an adequate system of control over the decision of a deputy head, in so far as control over the valid formation of a subjective opinion is possible. The Court would not be justified in going beyond the will of Parliament by imposing on the decision to make the recommendation procedural requirements aimed at giving, in effect, redundant protection. The essential obligations attached to the *audi alteram partem* principle were fully satisfied through the internal grievance procedure made available to the respondent and used by her with the assistance of her representative. The Motions Judge could not fault the Appeal Board for having failed to consider the fairness of the deputy head's decision when the right to procedural fairness was fully protected by section 31 of the *Public Service Employment Act* and satisfied by the inquiry and hearing held by the Public Service Commission Appeal Board.

Per Robertson J.A. (dissenting): The decision to revoke the respondent's enhanced reliability status was integral to the recommendation to release her from the Public Service, and accordingly could be reviewed by the Appeal Board under section 31 of the PSEA. The deputy head was under a duty to act fairly in both cases for three reasons. First, this conclusion meets the tripartite test laid down by the Supreme Court of Canada that a duty of fairness exists where (i) a decision is of a final and specific nature, whether administrative, judicial or quasi-judicial, (ii) the relationship is that of employer-employee, and (iii) the decision has as significant and important an

de grande confiance ou fiabilité. La révocation de cette cote est une prerogative de l'administrateur général et reflète simplement un changement d'opinion, une perte de confiance quant à la fiabilité de l'employé(e). Il existe une différence fondamentale entre la révocation de la cote de fiabilité approfondie initialement attribuée à un employé avant qu'il n'entre en fonction, et la révocation d'une licence ou d'un permis nécessaire à l'exercice d'une activité. Dans ce dernier cas, la décision a une dynamique propre parce qu'elle interdit immédiatement et pour toujours l'exercice de l'activité. Dans le premier cas, la révocation n'a pas de conséquences permanentes, puisque l'administrateur général n'a pas l'autorité de congédier l'employé. Dans un cas, la décision est finale; dans l'autre, elle n'est que préliminaire. La décision de l'administrateur général de révoquer la cote attribuée à l'intimée ne constituait pas une véritable décision administrative autonome aux conséquences permanentes et directes, mais plutôt une recommandation de renvoi basée sur l'opinion formée par l'administrateur général voulant que l'employée ne manifeste plus le degré de fiabilité requis du titulaire du poste. C'est dans la façon de donner suite à pareille recommandation que les règles, non seulement d'équité, mais de justice naturelle doivent intervenir et c'est ce qu'exige l'article 31. La loi avait établi, à l'article 31, un système de contrôle approprié de la décision d'un administrateur général dans la mesure où un tel contrôle peut s'exercer sur la validité d'une opinion subjective. La Cour ne serait pas fondée à outrepasser la volonté du Parlement en imposant, au regard de la décision de formuler une recommandation, des exigences de procédure visant à offrir, en fait, une protection superflue. Les obligations essentielles qui se rattachent au principe *audi alteram partem* ont été pleinement respectées grâce à la procédure de grief interne dont l'intimée pouvait se prévaloir et dont elle s'est servie avec l'aide de son représentant. Le juge des requêtes ne pouvait pas faire grief au Comité d'appel d'avoir omis de prendre en considération le caractère équitable de la décision de l'administrateur général, alors que le droit à l'équité procédurale était pleinement protégé par l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* et qu'il a été observé par l'enquête et l'audition du Comité d'appel de la Commission de la fonction publique.

Le juge Robertson, J.C.A. (*dissent*): La décision de révoquer la cote de fiabilité approfondie de l'intimée fait partie intégrante de la recommandation visant son renvoi de la fonction publique et peut donc être réexaminée par le Comité d'appel aux termes de l'article 31 de la *LEFP*. L'administrateur général était tenu d'agir équitablement dans les deux cas, pour trois raisons. En premier lieu, cette conclusion répond aux trois critères énoncés par la Cour suprême du Canada voulant que l'obligation d'équité existe lorsque (i) une décision est de nature définitive et particulière, qu'elle soit d'ordre administratif, judiciaire ou quasi judiciaire, (ii) la relation en est une d'employeur-

effect on the employee as a decision to terminate. Second, the need for procedural safeguards is acknowledged and addressed in the employer's guidelines governing enhanced reliability status. Under the Government Security Policy, individuals must be given the reasons why they have been denied reliability status. If an applicant has the right to be heard before a decision to refuse to grant enhanced reliability status is made, *a fortiori* the duty of fairness mandates that an employee have an opportunity to be heard before such status is revoked. Third, the duty to act fairly in the context of a decision to release under section 31 of the Act has been implicitly recognized in two decisions of this Court.

As a subsidiary issue, the case at bar could not be distinguished from the Supreme Court case law on the basis that the deputy head's decision to recommend the respondent's release from the Public Service was not a "final" decision. A decision does not have to be final in order for a duty of fairness to attach. A duty to act fairly can arise where the power to recommend or advise holds the potential for significantly adverse consequences for the person concerned. The other subsidiary issue pertained to the scope of the duty of fairness. Generally speaking, the scope of the duty entails at a minimum providing the person affected an adequate opportunity of knowing the case that must be met, of answering it and putting forward the party's own position. The duty of fairness must exist in the context of a recommendation to release simply because the overriding purpose of procedural safeguards is to ensure that decisions that have a profound and significant effect are made on an informed basis. In order to ensure that the revocation decision is made in an informed fashion, the minimum requirements of fairness are full disclosure and an opportunity to be heard.

There are two procedural avenues that could be found to constitute an adequate alternative remedy for a breach of procedural fairness: the appeal procedure under section 31 of the PSEA, and the grievance procedure under section 91 of the *Public Service Staff Relations Act*. An adequate alternative remedy exists if the decision under attack is subject to review by an independent, superior body that is not bound or restricted by a previous finding, and that body is empowered to respond effectively to the breach of fairness. The Appeal Board's powers of review are not *de novo*; it can only accept or reject the recommendation before it. Having determined that the decision to revoke the respondent's enhanced reliability status was based on the existence of an undisclosed relationship, it did not look any further into the fairness of the investigative process. Although the Appeal Board is a superior body, its powers of review and redress are so limited that recourse to it does not constitute an adequate alternative

employé, et (iii) la décision a des effets importants et graves sur l'employé, comme l'est une décision de renvoi. Deuxièmement, les directives de l'employeur régissant la cote de fiabilité approfondie reconnaissent et examinent la nécessité d'établir des garanties procédurales. Conformément à la Politique gouvernementale sur la sécurité, on doit donner aux intéressés les motifs de refus d'une cote de fiabilité. Si un candidat a le droit de se faire entendre avant qu'une décision ne soit prise lui refusant la cote de fiabilité approfondie, il s'ensuit, *a fortiori*, que l'obligation d'équité exige que l'employé ait la possibilité d'être entendu avant la révocation de cette cote. Troisièmement, l'obligation d'agir équitablement dans le cadre d'une décision de renvoi prise conformément à l'article 31 de la Loi a été implicitement reconnue dans deux décisions de la Cour.

Subsidiairement, le cas sous étude ne pouvait se démarquer de la jurisprudence de la Cour suprême par le fait que la décision de l'administrateur général recommandant le congédiement de l'intimée de la fonction publique n'était pas «finale». Une décision ne doit pas être finale pour qu'une obligation d'équité s'y rattache. L'obligation d'équité peut naître lorsque le pouvoir de recommander ou de conseiller peut éventuellement avoir de graves conséquences défavorables pour la personne concernée. L'autre question subsidiaire concernait la portée de l'obligation d'équité. De façon générale, la portée de l'obligation a pour corollaire qu'à tout le moins, la personne touchée ait une possibilité suffisante de connaître la preuve contre laquelle elle doit se défendre, de la réfuter et de présenter sa propre preuve. L'obligation d'équité doit exister dans le contexte d'une recommandation de renvoi pour la simple raison que l'objectif premier des garanties procédurales consiste à faire en sorte que les décisions qui ont des répercussions appréciables et profondes soient prises en toute connaissance de cause. Pour s'assurer qu'il en est ainsi, les exigences minimales en matière d'équité sont la pleine divulgation et l'occasion de se faire entendre.

Deux sortes de procédures pourraient être considérées comme des voies de recours additionnelles et appropriées en cas de manquement à l'équité procédurale: la procédure d'appel prévue à l'article 31 de la LEFP et la procédure de grief instituée par l'article 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. Une autre voie de recours appropriée existe si la décision contestée peut être revue par un organisme supérieur indépendant qui n'est pas lié ou restreint par une conclusion antérieure et si cet organisme est habilité à rectifier le manquement au devoir d'équité. Les pouvoirs de révision du Comité d'appel ne sont pas *de novo*; il peut simplement accepter ou rejeter la recommandation dont il est saisi. Ayant déterminé que la décision de révoquer la cote de fiabilité approfondie de l'intimée reposait sur l'existence d'une relation non divulguée, le Comité d'appel n'a pas examiné plus à fond la question du caractère équitable de la procédure d'enquête. Même si le Comité d'appel est un organisme supérieur,

remedy. In order to be viewed as an adequate alternative remedy, it would have to be established that the grievance process under section 91 of the *Public Service Staff Relations Act* afforded the respondent sufficient disclosure of the case she had to meet and provided her an opportunity to respond effectively. The appellant has not established that the respondent received adequate disclosure of the basis for the deputy head's decision during the grievance process, such as the contents of the two investigative reports. Neither the appeal procedure provided for in the PSEA nor the grievance procedure under section 91 of the PSSRA provided an adequate alternative remedy.

ses pouvoirs de réexamen et de redressement sont tellement limités qu'il ne constitue pas une nouvelle voie de recours appropriée. Pour qu'il le soit, il faudrait établir que la procédure de grief, objet de l'article 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, a permis à l'intimée d'avoir suffisamment connaissance des accusations qu'elle devait réfuter et qu'elle lui a fourni l'occasion d'y répliquer efficacement. La partie appelante n'a pas prouvé que l'intimée a été suffisamment informée, durant la procédure de grief, des éléments sur lesquels l'administrateur général a fondé sa décision, tels que la teneur des deux rapports d'enquête. Ni la procédure d'appel prévue par la LEFP, ni la procédure de grief établie par l'article 91 de la LRTP ne constituent une autre voie de recours suffisante.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23.
Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11.
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 31.
Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970, c. P-35.
Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 91, 92.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Kampman and Treasury Board (Solicitor General-Correctional Service Canada), [1992] C.P.S.S.R.B. No. 4 (QL); *Kampman v. Canada* (1993), 151 N.R. 181 (F.C.A.); *Ahmad v. Public Service Commission*, [1974] 2 F.C. 644; (1974), 51 D.L.R. (3d) 470; 6 N.R. 287 (C.A.); *Canada Employment and Immigration Commission v. Lewis*, [1986] 1 F.C. 70; (1985), 8 C.C.E.L. 53; 60 N.R. 14 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1985] 2 S.C.R. viii; *Dansereau v. Canada (Public Service Appeal Board)*, [1991] 1 F.C. 444; (1990), 91 CLLC 14,010; 122 N.R. 122 (C.A.); *Clare v. Canada (Attorney General)*, [1993] 1 F.C. 641; (1993), 100 D.L.R. (4th) 400; 93 CLLC 14,025; 149 N.R. 303 (C.A.); *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17; *Desjardins v. Bouchard*, [1983] 2 F.C. 641; (1982), 7 D.L.R. (4th) 644; 11 C.C.C. (3d) 167; 51 N.R. 204 (C.A.); *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11.
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 31.
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23.
Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, ch. P-35.
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 91, 92.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Kampman et le Conseil du Trésor (Solliciteur général-Service correctionnel Canada), [1992] C.R.T.F.P.C. n° 4 (QL); *Kampman c. Canada* (1993), 151 N.R. 181 (C.A.F.); *Ahmad c. La Commission de la Fonction publique*, [1974] 2 C.F. 644; (1974), 51 D.L.R. (3d) 470; 6 N.R. 287 (C.A.); *Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada c. Lewis*, [1986] 1 C.F. 70; (1985), 8 C.C.E.L. 53; 60 N.R. 14 (C.A.); demande de pourvoi devant la C.S.C. rejetée [1985] 2 R.C.S. viii; *Dansereau c. Canada (Comité d'appel de la fonction publique)*, [1991] 1 C.F. 444; (1990), 91 CLLC 14,010; 122 N.R. 122 (C.A.); *Clare c. Canada (Procureur général)*, [1993] 1 C.F. 641; (1993), 100 D.L.R. (4th) 400; 93 CLLC 14 025; 149 N.R. 303 (C.A.); *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17; *Desjardins c. Bouchard*, [1983] 2 C.F. 641; (1982), 7 D.L.R. (4th) 644; 11 C.C.C. (3d) 167; 51 N.R. 204 (C.A.); *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; (1979),

C.R. (3d) 1; 15 C.R. (3d) 315; 30 N.R. 119; *Selvarajan v Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.); *Harellkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; (1979), 96 D.L.R. (3d) 14; [1979] 3 W.W.R. 676; 26 N.R. 364.

REFERRED TO:

Dickinson v. Department of National Revenue (Taxation), [1987] ABD [8-1] 162 (P.S.C.A.B.); *Munro (Re)* (1993), 105 D.L.R. (4th) 342; [1993] 7 W.W.R. 484; 15 Admin. L.R. (2d) 307; 113 Sask. R. 169; 52 W.A.C. 169 (Sask. C.A.); *Abel et al. and Advisory Review Board et al., (Re)* (1979), 24 O.R. (2d) 279; 97 D.L.R. (3d) 304; 46 C.C.C. (2d) 342 (Div. Ct.); *affd* (1980), 31 O.R. (2d) 520; 119 D.L.R. (3d) 101; 56 C.C.C. (2d) 153 (C.A.); *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 100 N.R. 241; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385; (1992), 89 D.L.R. (4th) 218; 3 Admin. L.R. (2d) 242; 133 N.R. 345; *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181; (1987), 41 D.L.R. (4th) 429; 24 Admin. L.R. 91; 74 N.R. 33; *Polten and Governing Council of the University of Toronto et al., Re* (1975), 8 O.R. (2d) 749; 59 D.L.R. (3d) 197 (Div. Ct.); *Hitchcock v. New Brunswick (Deputy Solicitor General)* (1988), 93 N.B.R. (2d) 294 (Q.B.T.D.); *Callahan v. Newfoundland (Minister of Social Services) et al.* (1993), 113 Nfld. & P.E.I.R. 1 (S.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Evans, J. M., ed. *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. London: Stevens & Sons, 1980.

Treasury Board Manual. Information and Administration Management Component: Security. Ottawa: Treasury Board of Canada.

Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

APPEAL from a Trial Division decision ([1995] 1 F.C. 306) dismissing an application for judicial

106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1; 15 C.R. (3d) 315; 30 N.R. 119; *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.); *Harellkin c. Université de Régina*, [1979] 2 R.C.S. 561; (1979), 96 D.L.R. (3d) 14; [1979] 3 W.W.R. 676; 26 N.R. 364.

DÉCISIONS CITÉES:

Dickinson c. Ministère du Revenu national (Impôt), [1987] DCA [8-1] 162 (C.A.C.F.P.); *Munro (Re)* (1993), 105 D.L.R. (4th) 342; [1993] 7 W.W.R. 484; 15 Admin. L.R. (2d) 307; 113 Sask. R. 169; 52 W.A.C. 169 (C.A. Sask.); *Abel et al. and Advisory Review Board et al., (Re)* (1979), 24 O.R. (2d) 279; 97 D.L.R. (3d) 304; 46 C.C.C. (2d) 342 (C. Div.); *conf. par* (1980), 31 O.R. (2d) 520; 119 D.L.R. (3d) 101; 56 C.C.C. (2d) 153 (C.A.); *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 100 N.R. 241; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; (1992), 89 D.L.R. (4th) 218; 3 Admin. L.R. (2d) 242; 133 N.R. 345; *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181; (1987), 41 D.L.R. (4th) 429; 24 Admin. L.R. 91; 74 N.R. 33; *Polten and Governing Council of the University of Toronto et al., Re* (1975), 8 O.R. (2d) 749; 59 D.L.R. (3d) 197 (C. div.); *Hitchcock c. New Brunswick (Deputy Solicitor General)* (1988), 93 R.N.-B. (2^e) 294 (B.R. 1^{re} inst.); *Callahan v. Newfoundland (Minister of Social Services) et al.* (1993), 113 Nfld. & P.E.I.R. 1 (C.S. 1^{re} inst.).

DOCTRINE

Evans, J. M., ed. *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. London: Stevens & Sons, 1980.

Manuel du Conseil du Trésor. Module — Gestion de l'information et gestion administrative: Sécurité. Ottawa: Conseil du Trésor du Canada.

Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

APPEL d'une décision rendue par la Section de première instance ([1995] 1 C.F. 306) rejetant une

review of a decision of the Public Service Commission Appeal Board made under section 31 of the *Public Service Employment Act*, but referring the matter back to the Board for further consideration of a particular aspect. Appeal allowed.

COUNSEL:

Mylène Bouzigon for appellant (respondent).
Sean T. McGee for respondent (applicant).

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant (respondent).
Nelligan Power, Ottawa, for respondent (applicant).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

1 MARCEAU J.A.: This appeal is from a decision¹ of the Motions Judge in the Trial Division who, on an application for judicial review of a decision of the Public Service Commission Appeal Board (the Appeal Board) made pursuant to section 31 of the *Public Service Employment Act*,² dismissed the application except with respect to one aspect and referred the matter back to the Board for further consideration of that particular aspect. A review of the factual and procedural context in which the Board's decision was rendered will make the nature of this particular aspect abundantly clear.

2 The respondent was appointed to a position in the Public Service as a registered nurse at Kent Institution, a maximum security penitentiary in British Columbia, effective December 4, 1989. It had been specified to her that the position carried the requirement of an "enhanced reliability status". By letter dated April 18, 1991, the respondent was notified by the Deputy Commissioner (Pacific) for Correctional Services Canada that, as a result of new information, he had reviewed her enhanced reliability status and had formed the opinion that her entry into a relationship with an offender while he was on parole and, particularly, her failure to report this to the

demande de contrôle judiciaire d'une décision du Comité d'appel de la Commission de la fonction publique, rendue aux termes de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, mais renvoyant le dossier au Comité d'appel pour plus ample étude d'un élément particulier. Appel accueilli.

AVOCATS:

Mylène Bouzigon pour l'appellant (intimé).
Sean T. McGee pour l'intimée (requérante).

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appellant (intimé).
Nelligan Power, Ottawa, pour l'intimée (requérante).

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

1 LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Il s'agit de l'appel d'une décision¹ rendue par le juge des requêtes de la Section de première instance qui, saisi d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Comité d'appel de la Commission de la fonction publique (le Comité d'appel) rendue aux termes de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*², a rejeté la demande en question, à l'exception d'un seul élément et a renvoyé le dossier au Comité pour plus ample étude de ce point. L'exposé des faits et de la procédure qui ont entouré la décision du Comité permettra d'éclaircir cet élément.

2 L'intimée a été engagée dans la fonction publique en qualité d'infirmière diplômée à l'établissement pénitencier Kent à sécurité maximale en Colombie-Britannique, à partir du 4 décembre 1989. On lui avait indiqué que son poste exigeait l'attribution d'une «cote de fiabilité approfondie». Par lettre du 18 avril 1991, le sous-commissaire (région du Pacifique) de Service correctionnel Canada l'a informée que, suite à de nouveaux renseignements, il avait réexaminé sa cote de fiabilité approfondie et était d'avis que sa relation avec un délinquant en liberté conditionnelle et, en particulier, le défaut d'en informer le Service correctionnel, lui avaient fait

Correctional Service, had rendered her unreliable in terms of controlling sensitive Government of Canada information and assets to which she had access; he had, therefore, revoked her status and now saw no alternative but to make a recommendation to the Public Service Commission that she be released from the Public Service, in accordance with section 31 of the *Public Service Employment Act*, as she, without the required status, was incapable of performing the duties of her position. The letter ended by reminding the respondent that she had the right to challenge the revocation of her status through the departmental grievance procedure in accordance with sections 91 and 92 of the *Public Service Staff Relations Act*.³

perdre sa fiabilité pour ce qui est de contrôler les renseignements et les biens fédéraux de nature confidentielle auxquels elle avait accès. Il avait donc révoqué sa cote et n'avait d'autre choix aujourd'hui que de recommander à la Commission de la fonction publique son congédiement, conformément à l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, étant donné qu'en l'absence de la cote requise, elle était incapable de remplir ses fonctions. La lettre rappelait enfin à l'intimée qu'elle avait le droit de contester la révocation de sa cote en recourant à la procédure de grief de son Ministère, conformément aux articles 91 et 92 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*.³

3 The respondent without delay filed a grievance against the revocation of her status by the deputy head which was joined to the grievance she had already filed against the disciplinary suspension which had been imposed on her by Correctional Services Canada on the basis of the same facts. She made her representations, in writing and orally, as provided by the departmental grievance procedure, acting with the support of her bargaining agent, the Professional Institute of the Public Service, but both grievances were finally rejected by the Commissioner. She referred the revocation to an adjudicator pursuant to section 92 of the *Public Service Staff Relations Act*, but the Adjudicator decided that a revocation of enhanced reliability status was not adjudicable under that provision as it was not in the nature of a disciplinary matter but, rather, was "part and parcel with the Deputy Head's recommendation under section 31(1) of the *Public Service Employment Act*" [*Kampman and Treasury Board (Solicitor General-Correctional Service Canada)*, [1992] C.P.S.S.R.B. No. 4 (QL), at page 99]. Her application for judicial review of the Adjudicator's decision was dismissed by this Court.

L'intimée a sans délai présenté un grief contre la révocation de sa cote par l'administrateur général, grief qui a été joint à celui qu'elle avait déjà déposé contre la suspension disciplinaire que le Service correctionnel du Canada lui avait infligée sur le fondement des mêmes faits. Elle a présenté ses observations par écrit et de vive voix, comme le prévoit la procédure de grief du Ministère, assistée de son agent négociateur, l'Institut professionnel de la fonction publique, mais l'un et l'autre griefs ont été rejetés par le commissaire. L'intimée a alors porté la révocation devant un arbitre aux termes de l'article 92 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, mais celui-ci a décidé qu'une révocation de la cote de fiabilité approfondie n'était pas susceptible d'arbitrage en vertu de cette disposition de la Loi, parce qu'elle n'était pas de nature disciplinaire, mais plutôt qu'elle «[faisait] partie intégrante de la recommandation que l'administrateur général a faite en vertu du paragraphe 31(1) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*» [*Kampman et le Conseil du Trésor (Solliciteur général-Service correctionnel Canada)*, [1992] C.R.T.F.P.C. n° 4 (QL), à la page 114]. La demande de contrôle judiciaire de la décision arbitrale a été rejetée par la Cour.

4 The Deputy Commissioner, now free to give effect to his decision officially, made his recommendation to the Public Service Commission that the respondent be released from the Public Service, in

Libre alors d'officialiser sa décision, le sous-commissaire a recommandé à la Commission de la fonction publique de congédier l'intimée conformément à l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la*

accordance with section 31 of the *Public Service Employment Act*. The respondent immediately availed herself of her right of appeal against the recommendation, a right provided by the same section. This section 31 is no longer in force, having been repealed in 1993, but it was then applicable and read as follows:

31. (1) Where an employee, in the opinion of the deputy head, is incompetent in performing the duties of the position the employee occupies or is incapable of performing those duties and should be appointed to a position at a lower maximum rate of pay, or released, the deputy head may recommend to the Commission that the employee be so appointed or released, in which case the deputy head shall give notice in writing to the employee of the recommendation.

(2) Within such period after receiving a notice under subsection (1) as the Commission prescribes, the employee may appeal against the recommendation of the deputy head to a board established by the Commission to conduct an inquiry at which the employee and the deputy head, or their representatives, shall be given an opportunity to be heard.

(3) The Commission, on being notified of the decision of the board on the inquiry into a recommendation conducted pursuant to subsection (2), shall, in accordance with the decision,

(a) notify the deputy head concerned that the recommendation will not be acted on; or

(b) appoint the employee to a position at a lower maximum rate of pay, or release the employee.

(4) If no appeal is made against a recommendation of a deputy head under subsection (1), the Commission may take such action with regard to the recommendation as the Commission sees fit.

(5) The Commission may release an employee pursuant to a recommendation under this section and the employee thereupon ceases to be an employee.⁴

5 The Appeal Board established by the Commission came to its decision following an inquiry held in the absence of the respondent herself, her representative's request for an adjournment of the hearing set down for that purpose having been refused on the basis that her presence was not required. The Board's decision was set aside by this Court for reasons that, I think, are worth reproducing in view of the analysis that I will suggest hereinafter:

fonction publique. L'intéressée s'est immédiatement prévalué du droit, que lui reconnaît ce même article de loi, d'en appeler de cette recommandation. L'article 31, qui s'appliquait alors, a été abrogé en 1993. En voici le texte:

31. (1) L'administrateur général qui juge un fonctionnaire incompetent dans l'exercice des fonctions de son poste ou incapable de remplir ces fonctions peut recommander à la Commission soit le renvoi de ce fonctionnaire, soit sa rétrogradation à un poste situé dans une échelle de traitement comportant un plafond inférieur. Dans les deux cas, il en avise par écrit le fonctionnaire.

(2) Dans le délai imparti par la Commission après réception de l'avis mentionné au paragraphe (1), le fonctionnaire peut faire appel de la recommandation de l'administrateur général devant un comité chargé par la Commission de faire une enquête, au cours de laquelle les parties, ou leurs représentants, ont l'occasion de se faire entendre.

(3) Après notification de la décision du comité, la Commission, en fonction de cette dernière:

a) avertit l'administrateur général qu'il ne sera pas donné suite à sa recommandation;

b) rétrograde ou renvoie le fonctionnaire.

(4) En l'absence d'appel, la Commission peut prendre, à l'égard de la recommandation, toute mesure qu'elle estime opportune.

(5) La Commission peut renvoyer un fonctionnaire en application d'une recommandation fondée sur le présent article; le fonctionnaire perd dès lors sa qualité de fonctionnaire⁴.

5 Le Comité d'appel institué par la Commission a rendu sa décision après avoir effectué une enquête en l'absence de l'intimée, la demande de son représentant visant à ajourner l'audience fixée pour entendre la cause n'ayant pas été accueillie au motif que la présence de l'intéressée n'était pas nécessaire. La décision du Comité d'appel a été annulée par la Cour pour des raisons qu'il vaut la peine de reproduire en raison de l'analyse que je proposerai par la suite:

In our view, the applicant was denied natural justice. The Supreme Court of Canada, in **Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia**, [1980] 1 S.C.R. 1105; 31 N.R. 214, makes it clear that a high standard of justice is required in a case of this kind. Dickson J. (as he then was) put it as follows, at page 1113:

“A high standard of justice is required when the right to continue in one’s profession or employment is at stake. **Abbott v. Sullivan**, [1952] 1 K.B. 189, at p. 198; **Russell v. Duke of Norfolk**, supra, at p. 119. A disciplinary suspension can have grave and permanent consequences upon a professional career.”

The denial of natural justice in the present case emerges from the fact that the applicant was not afforded an opportunity to be present at the hearing so as to testify on her own behalf. It is not for this Court to speculate whether her testimony would have advanced her case for, as was laid down by the Supreme Court of Canada in **Cardinal and Oswald v. Kent Institution, Director of**, [1985] 2 S.C.R. 643; 63 N.R. 353, the denial of a right of a fair hearing itself renders a decision invalid. This principle is found in the following words of LeDain, J., at page 661:

“... I find it necessary to affirm that the denial of a right to a fair hearing must always render a decision invalid, whether or not it may appear to a reviewing court that the hearing would likely have resulted in a different decision. The right to a fair hearing must be regarded as an independent, unqualified right which finds its essential justification in the sense of procedural justice which any person affected by an administrative decision is entitled to have. It is not for a court to deny that right and sense of justice on the basis of speculation as to what the result might have been had there been a hearing.”

For these reasons, we are of the view that the failure to accord the applicant natural justice rendered the Appeal Board’s decision unlawful.”⁵

6 The Appeal Board proceeded therefore to a new hearing in the presence of the respondent and her representative and handed down a second decision. The Chairman delivered careful reasons in support of that second decision. He started by stating that the question he had to answer, as he understood it, was whether the deputy head could conclude, on the basis of the information before him, that the respondent was incapable of performing her duties. Then, considering that the question so defined could not be

À mon avis, il y a eu déni de justice naturelle à l’égard de la requérante. Dans son arrêt **Kane c. Le conseil d’administration de l’Université de la Colombie-Britannique**, [1980] 1 R.C.S. 1105; 31 N.R. 214, la Cour suprême du Canada précise qu’une justice de haute qualité est exigée dans un cas de ce genre. Le juge Dickson (tel était alors son titre) s’est prononcé en ces termes, à la page 1113:

«Une justice de haute qualité est exigée lorsque le droit d’une personne d’exercer sa profession ou de garder son emploi est en jeu. **Abbott v. Sullivan**, [1952] 1 K.B. 189, à la p. 198; **Russell v. Duke of Norfolk**, précité, à la p. 119. Une suspension de nature disciplinaire peut avoir des conséquences graves et permanentes sur une carrière.»

En l’espèce, le déni de justice naturelle découle du fait que la requérante n’a pas obtenu la possibilité d’être présente à l’audience afin de témoigner pour son propre compte. Il n’appartient pas à la Cour de s’interroger pour savoir si son témoignage aurait fait avancer sa cause car, comme l’a dit la Cour suprême du Canada dans l’affaire **Cardinal et Oswald c. Le directeur de l’établissement Kent**, [1985] 2 R.C.S. 643; 63 N.R. 353, la négation du droit à une audition équitable elle-même rend une décision invalide. C’est le juge Le Dain qui a énoncé ce principe à la page 661:

«... j’estime nécessaire d’affirmer que la négation du droit à une audition équitable doit toujours rendre une décision invalide, que la cour qui exerce le contrôle considère ou non que l’audition aurait vraisemblablement amené une décision différente. Il faut considérer le droit à une audition équitable comme un droit distinct et absolu qui trouve sa justification essentielle dans le sens de la justice en matière de procédure à laquelle toute personne touchée par une décision administrative a droit. Il n’appartient pas aux tribunaux de refuser ce droit et ce sens de la justice en fonction d’hypothèses sur ce qu’aurait pu être le résultat de l’audition.»

Pour ces motifs, nous sommes d’avis que le déni de justice naturelle à l’égard de la requérante a rendu illégale la décision du comité d’appel⁵.

Le Comité d’appel a donc procédé à une nouvelle audition de la cause en présence de l’intimée et de son représentant puis a rendu une seconde décision que le président a soigneusement motivée. Il a commencé par dire que, d’après lui, la question à laquelle il devait répondre consistait à savoir si l’administrateur général pouvait conclure, sur la foi des renseignements qui lui avaient été présentés, que l’intimée était incapable de remplir ses fonctions. Puis, considérant que la question ainsi définie ne

6

severed from the issue of why the respondent's enhanced reliability status was revoked, he found that the procedure followed by the deputy head in revoking the status was relevant to his inquiry to the extent that it concerned the accuracy of the information on which the recommendation was made. The Board concluded, finally, that it was open to the deputy head, on the uncontested evidence before him, to become convinced that the respondent was incapable of performing the duties of her position and, therefore, that his recommendation had to be acted upon. This is the decision that was being reviewed by the Trial Division Judge whose order is now under appeal.

7 The Motions Judge had no difficulty agreeing with the Chairman that "a person who is performing a job which requires enhanced reliability status and who loses that status through her own misconduct may be said to be incapable of continuing to fill her post".⁶ Thus, the case was definitely one falling under subsection 31(1) of the *Public Service Employment Act*. The learned Judge also had no difficulty agreeing with the Chairman that the Appeal Board "can review the decision taken by the deputy head, as part of his decision to recommend dismissal, that the employee is incapable because in his view she is no longer entitled to enhanced reliability status".⁷ The difficult issue for the Motions Judge was the standard of review that should be applied by the Appeal Board in considering the revocation of that status.

8 Referring to the case of *Ahmad v. Public Service Commission*, [1974] 2 F.C. 644 (C.A.), the Motions Judge noted this Court's observation that whether a person is incompetent (which was the basis of the recommendation in that case) is a matter of opinion which should be accepted by the Board unless: (i) some specific statutory or other legal direction has been overlooked; (ii) there is indication that the opinion was not formed honestly; or (iii) in the words of Jackett C.J. [at page 647], the Board has before it "material that satisfied it, as a matter of fact, that the deputy head was wrong in forming the

pouvait être dissociée des raisons qui avaient motivé la révocation de la cote de fiabilité approfondie, il a conclu que la procédure suivie par l'administrateur général pour révoquer cette cote était pertinente au regard de son enquête dans la mesure où elle se rapportait à l'exactitude des renseignements sur lesquels la recommandation se fondait. Le Comité d'appel a finalement conclu qu'il était loisible à l'administrateur général, au vu des preuves incontestées qu'il détenait, de se persuader que l'intimée était incapable de remplir les devoirs de sa charge et, par conséquent, qu'il fallait donner suite à sa recommandation. Telle est la décision que devait revoir le juge de première instance dont l'ordonnance fait l'objet du présent appel.

7 Le juge des requêtes a convenu sans peine avec le président «qu'une personne qui exerce des fonctions exigeant une cote de fiabilité approfondie et qui perd cette cote en raison de ses actes, peut être considérée comme incapable de continuer à remplir ses fonctions»⁶. Le cas relevait donc certainement du paragraphe 31(1) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. Le juge a également convenu sans peine avec le président pour dire que «[le] Comité d'appel [peut] réviser la décision, prise par l'administrateur général dans le cadre de sa décision de recommander le renvoi, portant que l'employée est incapable parce qu'on ne peut plus, à son avis, lui attribuer la cote de fiabilité approfondie»⁷. La difficile question qui se posait au juge des requêtes consistait à savoir quelle norme d'examen le Comité d'appel devrait appliquer à l'égard de la révocation de cette cote.

8 Se référant à l'affaire *Ahmad c. La Commission de la Fonction publique*, [1974] 2 C.F. 644 (C.A.), le juge des requêtes a rappelé l'observation de la Cour selon laquelle l'incompétence d'une personne (sur quoi se fondait en l'espèce la recommandation) est une question d'opinion que le comité devrait respecter sauf: (i) si l'on a omis d'appliquer une directive légale ou juridique; (ii) s'il y a lieu de croire que la décision n'a pas été prise honnêtement; ou (iii) comme le dit le juge en chef Jackett [à la page 647], le comité d'appel a en main «des documents pertinents, établissant effectivement que [l'ad-

opinion”, a phrase interpreted to mean evidence that the facts on which the deputy head had formed his opinion were incorrect. These were, in his view, clear grounds of review that were applicable in the case at bar, since a recommendation based on incapacity cannot be treated differently than one based on incompetence, but the Board did not err in finding that none actually applied: no legal direction had been overlooked, good faith was obvious, and the facts upon which the deputy head based his decision were uncontested. There was, however, in the learned Judge’s view, a fourth ground that the Appeal Board should have considered, a ground not mentioned in *Ahmad* because not yet recognized at that time in the case law. This fourth ground was whether the deputy head, in coming to the conclusion that the employee no longer deserved enhanced reliability status and was therefore incapable of performing her duties, had followed a procedure that could satisfy the requirements of fairness. The Appeal Board had not considered this fourth ground, so the matter, concluded the Motions Judge, had to be referred back to the Board to allow it “to consider properly the procedure followed by the deputy head in revoking the applicant’s enhanced reliability status”.⁸

9 It must be noted at the outset that this conclusion of the Motions Judge, which was simply reproduced in his formal judgment, is not, on a first reading, without some difficulty of understanding and implementation. A court cannot, on judicial review, return a matter to a tribunal without setting aside the decision under review, since the tribunal, being *functus*, could neither change its initial decision nor add to it a second one. This, however, was, no doubt, a mere slip, and the disposition must be understood as the setting aside of the decision being reviewed on the ground that the tribunal had failed to consider all of the proper grounds of review.

10 The conclusion of the Trial Division Judge being so clarified, I must, with respect, express my disagreement with it, a disagreement which essentially

ministrateur général] a eu tort d’estimer», ce qui voudrait dire que les faits sur lesquels il s’était appuyé pour former son opinion étaient inexacts. À son avis, ces conditions, qui justifient clairement un contrôle judiciaire, s’appliquaient pleinement en l’espèce, puisqu’une recommandation fondée sur l’incapacité ne peut être considérée différemment d’une autre basée sur l’incompétence. Mais le Comité d’appel ne s’est pas trompé en disant qu’aucune de ces conditions ne s’appliquait en fait, puisqu’aucune directive légale n’avait été perdue de vue, que la bonne foi était évidente et que les faits sur lesquels l’administrateur général avait fondé sa décision étaient incontestés. Cependant, de l’avis du juge, le Comité d’appel aurait dû étudier un quatrième motif qui ne figure pas dans l’affaire *Ahmad*, parce qu’il n’était pas encore reconnu par la jurisprudence. Ce quatrième motif consistait à savoir si l’administrateur général avait suivi une procédure conforme aux exigences d’équité avant de conclure que l’employée ne méritait plus la cote de fiabilité approfondie et qu’elle était dès lors incapable de remplir ses fonctions. Le Comité d’appel n’avait pas étudié ce quatrième point, c’est pourquoi le juge des requêtes a décidé que le dossier devait être renvoyé au Comité d’appel pour lui permettre «d’examiner convenablement la procédure suivie par l’administrateur général pour révoquer la cote de fiabilité approfondie de la requérante»⁸.

9 Il faut signaler tout d’abord que la conclusion tirée par le juge des requêtes, et qui est simplement reproduite dans son jugement formel, présente à première vue une certaine difficulté d’interprétation et d’application. Une cour ne peut, en matière de contrôle judiciaire, renvoyer une affaire à un tribunal sans annuler la décision sous examen, du fait que le tribunal, étant dessaisi, ne pourrait ni modifier sa première décision ni y ajouter une autre. Il s’agissait, sans doute, ici, d’une simple inadvertance et l’on doit interpréter ce jugement comme infirmant la décision incriminée du fait que le tribunal avait omis de considérer tous les motifs d’examen appropriés.

10 La conclusion du juge de première instance étant ainsi éclaircie, je dois respectueusement exprimer mon désaccord là-dessus, essentiellement parce que

comes from the fact that I do not see and characterize the revocation of a so-called enhanced reliability status in the same manner as he does. I will try to explain myself as briefly as possible.

- 11 The *Treasury Board Manual*, which the Treasury Board, as employer and general manager for the Public Service, issued pursuant to its authority under the *Financial Administration Act*,⁹ contains, as I understand it, directives, instructions, guidelines or procedures to be used by employees in administering or carrying out operational programs or activities of a government institution. One component of the Manual, related to Information and Administrative Management, addresses security. It contains the security policy of the Government of Canada and the operational standards for the safeguarding and protection of sensitive information and assets. The Manual sets out the measures to be applied in carrying out the policy and the deputy heads are responsible for the implementation of these measures. The information and assets to which an employee in the Public Service may have access are said to be in one of three possible categories. The information or assets may be "designated", a designation made by the deputy head who has control over them on the basis that their unauthorized use or disclosure could reasonably be expected to cause injury to interests other than national security. The information may, for reasons of national security, be "classified" as "confidential", "secret" or "top secret". Finally, the information or assets may be neither "classified" nor "designated". Three types of personnel screening assessments are established to be applied to future or existing employees according to the category of information or assets to which they may have access in the execution of their duties. While basic reliability is to be expected of any employee, enhanced reliability is required of anyone whose duties may put him or her in contact with designated information or assets, and a security clearance is the rule for anyone who may see classified information. It is before an individual is offered a position that the assessment or checks must be made to ensure that he or she satisfies the standard required, but it may happen that, in the course of employment, new information leads the deputy head to form the opin-

je ne conçois pas, ni ne caractérise, la révocation de ce qu'on appelle la cote de fiabilité approfondie de la même manière que lui. J'essaierai de m'expliquer là-dessus aussi brièvement que possible.

- 11 Le *Manuel du Conseil du Trésor*, que le Conseil du Trésor a publié en sa qualité d'employeur et de directeur général de la fonction publique, en vertu du pouvoir que lui confère la *Loi sur la gestion des finances publiques*⁹, contient, à mon avis, des directives, instructions, lignes de conduite ou procédures à l'usage des employés pour l'administration et l'application des programmes opérationnels et des activités propres à une institution gouvernementale. Un des modules du Manuel, portant sur la gestion de l'information et la gestion administrative, traite des questions de sécurité. Il énonce la politique du gouvernement du Canada à ce sujet ainsi que les normes opérationnelles pour la conservation et la protection des renseignements et biens de nature délicate. Le Manuel expose les mesures que les administrateurs généraux ont la responsabilité d'appliquer pour mettre en œuvre cette politique. Les renseignements et les biens auxquels un fonctionnaire peut avoir accès sont censés appartenir à l'une des trois catégories suivantes: la catégorie des renseignements et biens «désignés», classification qu'effectue l'administrateur général qui exerce une surveillance sur ces renseignements et biens compte tenu du fait que leur utilisation ou leur divulgation non autorisée pourrait raisonnablement causer préjudice aux intérêts du pays, exception faite de la sécurité nationale. En ce qui concerne cette dernière, les renseignements peuvent être «classifiés» comme «confidentiels», «secrets» ou «très secrets». Enfin, les renseignements ou biens peuvent n'être ni «classifiés» ni «désignés». Le Manuel prévoit trois sortes d'enquêtes de sécurité sur le personnel qui s'appliquent aux fonctionnaires futurs ou actuels selon la catégorie des renseignements ou des biens auxquels ils peuvent avoir accès dans l'exercice de leurs fonctions. Si une fiabilité de base est de règle pour tout employé, une fiabilité approfondie est requise de quiconque peut, de par ses fonctions, avoir accès à des renseignements ou à des biens désignés, et une cote de sécurité doit être attribuée à toute personne qui peut prendre connaissance de renseignements classifiés. C'est préalable-

ion that the conclusion of the initial screening should be revised.

ment à une offre d'emploi qu'il faut procéder à l'évaluation ou aux enquêtes en vue de s'assurer que le candidat ou la candidate répond aux normes requises, mais il peut arriver, en cours d'emploi, que de nouveaux renseignements portent l'administrateur général à conclure que le résultat de l'enquête initiale devrait être revu.

12 On reading the Manual, one cannot but realize that there is a fundamental difference between a security assessment on the basis of which a security clearance is granted and a reliability check which leads to a so-called basic or enhanced reliability status. A security clearance concerns the individual's loyalty to Canada; its denial or revocation, which can only be based on objective facts, must be reviewed by the Security Intelligence Review Committee, established by the *Canadian Security Intelligence Service Act*,¹⁰ in consultation with the Privy Council; it can be acted upon only by the Governor General in Council who has retained the power to suspend or dismiss any person employed in the public service for security reasons. By contrast, a reliability assessment is the responsibility of the institution concerned and a so-called enhanced reliability status is essentially an attestation that, in the subjective opinion of the deputy head of the institution, a high degree of confidence or reliance may be placed on the individual involved. The revocation of that status in the case of an employee is a prerogative of the deputy head and merely reflects a change in that opinion, a loss of confidence in the employee's reliability.

À la lecture du Manuel, force est de constater la différence fondamentale qui existe entre une évaluation de sécurité sur laquelle on s'appuie pour accorder une cote sécuritaire et l'enquête préalable à l'attribution de ce qu'on appelle la cote de fiabilité de base ou approfondie. Une cote sécuritaire porte sur la loyauté du sujet envers le Canada; le refus de l'accorder ou sa révocation, qui ne peuvent se fonder que sur des faits objectifs, doivent faire l'objet d'un examen par le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité institué par la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*¹⁰, d'accord avec le Conseil privé, et seul le gouverneur général, qui a conservé le droit de suspendre ou de congédier un membre de la fonction publique pour des raisons de sécurité, peut donner à ce refus ou à cette révocation la suite qu'elle comporte. Par contraste, l'évaluation de fiabilité relève de l'institution concernée et la cote de fiabilité approfondie, ainsi dénommée, atteste essentiellement que l'administrateur général de l'organisme est subjectivement d'avis que l'intéressé(e) est digne de grande confiance ou de fiabilité. C'est à lui qu'appartient la prerogative de révoquer cette cote, ce qui reflète simplement un changement d'opinion, une perte de confiance quant à la fiabilité de l'employé(e).

13 Having in mind one of the arguments raised, I will add that there is also, it seems to me, a fundamental difference between the revocation of the enhanced reliability status initially attributed to an employee before he or she takes up a job and the revocation of a licence or a permit required to exercise an activity. In the latter case, the decision has a life of its own as it effects an immediate and permanent prohibition from exercising the activity. In the former case, while it will immediately prevent the employee from having access to designated material, the revocation has no permanent consequence since

Tout en gardant à l'esprit l'un des arguments invoqués, j'ajouterai qu'il existe, à mon sens, une différence fondamentale entre la révocation de la cote de fiabilité approfondie initialement attribuée à un candidat ou une candidate avant qu'il ou elle n'occupe son poste, et la révocation d'une licence ou d'un permis qu'exige l'exercice d'une activité. Dans ce dernier cas, la décision a une dynamique propre parce qu'elle interdit immédiatement et pour toujours l'exercice de l'activité, alors que dans le premier cas, la révocation empêche immédiatement le fonctionnaire d'avoir accès aux renseignements et biens

12

13

the deputy head has no authority to release the employee. In one case, the decision is final; in the other, the so-called decision is merely preliminary.

désignés, sans pour autant avoir des conséquences permanentes sur lui ou sur elle puisque l'administrateur général n'a pas l'autorité de congédier l'employé(e). Dans un cas, la décision est finale; dans l'autre, elle n'est que préliminaire.

14 In fact, the decision by the deputy head to revoke the status of an employee is essentially a decision to give effect to his or her loss of confidence by recommending release to the authority empowered to appoint to or dismiss from within the public service, the Public Service Commission. This, at the time the facts of the present case occurred, could only bring into play section 31 of the *Public Service Employment Act*, as it then was. It is true that one is not immediately inclined to equate a question of reliability with one of competence or capability, but I do not see any difficulty in doing so, and it hardly can be otherwise since section 31 was, at the time, the only avenue available to a deputy head, in the circumstances of the case, to give effect to his loss of confidence. This was the position taken by Adjudicator Brown in declining jurisdiction under section 92 of the *Public Service Staff Relations Act*, on the basis, as we have seen, that the revocation of the status and the consequences which flow therefrom were "part and parcel with the Deputy Head's recommendation under section 31(1) of the *Public Service Employment Act*" and this is the position taken by the Appeal Board and accepted by the Motions Judge in the present case.

14 En fait, la décision de l'administrateur général de révoquer la cote attribuée à un(e) fonctionnaire ne vise qu'à donner effet au manque de confiance qu'il ressent à son égard en recommandant à la Commission de la fonction publique, qui est l'autorité compétente en matière de nomination ou de congédiement, de remercier l'employé(e). Considéré au moment où les faits relatifs à ce cas d'espèce se sont produits, cela ne pouvait que mettre en jeu l'ancien article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. Il est vrai que l'on n'est pas immédiatement porté à mettre sur un même pied la question de fiabilité et celle de compétence ou de capacité, mais je ne vois aucune difficulté à le faire et il en irait difficilement autrement puisque l'article 31 constituait, en ce temps-là, la seule voie offerte à l'administrateur général, dans les circonstances entourant le cas, pour donner effet à sa perte de confiance. Telle était la position adoptée par l'arbitre Brown lorsqu'il s'est déclaré incompétent au regard de l'article 92 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* du fait, comme on l'a déjà dit, que la révocation de la cote et les conséquences qui en découlent faisaient «partie intégrante de la recommandation que l'administrateur général a faite en vertu du paragraphe 31(1) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*», le Comité d'appel ayant fait sienne cette position que le juge des requêtes a également entérinée en l'espèce.

15 What we have, therefore, is not a true administrative decision standing by itself, with permanent consequences directly attached to it. Rather, we have a recommendation for release based on the fact that the deputy head has formed the opinion that the employee no longer demonstrates the degree of reliability required of the holder of the position the employee now occupies. It is the manner in which such recommendation will be treated that the rules, not only of fairness, but of natural justice, should come into play, which is exactly what section 31

15 Nous ne sommes donc pas en présence d'une véritable décision administrative autonome aux conséquences permanentes qui en découlent directement, mais plutôt d'une recommandation de renvoi basée sur l'opinion formée par l'administrateur général voulant que l'employée ne manifeste plus le degré de fiabilité requis du titulaire du poste qu'elle occupe. C'est dans la façon de donner suite à pareille recommandation que les règles, non seulement d'équité, mais de justice naturelle, doivent intervenir, ce qu'exige exactement l'article 31, comme l'a énergi-

required, as this Court so forcefully repeated in the judgment quoted above.

quement répété la Cour dans le jugement cité précédemment.

16 In my view, the law had established, in section 31, an adequate system of control over the decision of a deputy head, in so far as control over the valid formation of a subjective opinion is possible, as set out in the *Ahmad* decision. The Court would not be justified in going beyond the will of Parliament by imposing on the decision to make the recommendation procedural requirements aimed at giving, in effect, redundant protection.

16 À mon avis, la loi avait établi, à l'article 31, un système de contrôle approprié de la décision d'un administrateur général, dans la mesure où l'on peut exercer un tel contrôle sur la validité d'une opinion subjective, tel qu'énoncé dans l'affaire *Ahmad*. La Cour ne serait pas fondée à outrepasser la volonté du Parlement en imposant, au regard de la décision de formuler une recommandation, des exigences de procédure visant à offrir, en fait, une protection superflue.

17 In any event, even if I had been led to accept the view that the deputy head was legally bound to respect a duty of fairness, that is to say, a duty to give the employee an opportunity to state her case before officially withdrawing his confidence and recommending release, I would have remained in respectful disagreement with the disposition of the Motions Judge. This is so because I am of the view that the essential obligations attached to the *audi alteram partem* principle were fully satisfied through the internal grievance procedure made available to the respondent and used by her with the assistance of her representative. Indeed, if the matter were referred back to the deputy head for fulfilment of his duty to act fairly, what else could he do but simply go through a hearing no different from, although less independent than, those which took place at the various stages of the departmental grievance procedure. It is true that the review process triggered by this grievance procedure is an internal one only, but one should not confuse a party's right to be heard before a final decision affecting his or her rights is made with a right to appeal this decision to an independent body or higher authority.¹¹

17 Quoi qu'il en soit, même si l'on m'avait persuadé que l'administrateur général était légalement tenu de respecter le devoir d'équité, c'est-à-dire l'obligation de donner à l'employée l'occasion d'exposer son cas avant de lui retirer officiellement sa confiance et de recommander son congédiement, j'aurais quand même été en désaccord avec le juge des requêtes, parce que je suis d'avis que les obligations essentielles qui se rattachent au principe *audi alteram partem* ont été pleinement respectées grâce à la procédure de grief interne dont l'intimée pouvait se prévaloir et dont elle s'est servie avec l'aide de son représentant. En effet, si l'affaire avait été renvoyée une nouvelle fois à l'administrateur général pour qu'il puisse remplir l'obligation d'agir équitablement, que pourrait-il faire d'autre sinon procéder à une nouvelle audition semblable, quoique moins indépendante, à celles qui ont eu lieu aux divers paliers de la procédure de grief ministérielle. Il est vrai que le processus de révision déclenché par cette procédure est simplement d'ordre interne, mais il ne faudrait pas confondre le droit d'une partie d'être entendue avant que l'on ne prenne une décision touchant ses droits, avec celui d'en appeler d'une telle décision auprès d'un organisme indépendant ou d'une autorité supérieure¹¹.

18 It is my opinion, therefore, that the learned Motions Judge could not fault the Appeal Board for having failed to consider the fairness of the deputy head's decision when the right to procedural fairness was fully protected by section 31 of the *Public Service Employment Act* and satisfied by the inquiry

18 Je suis par conséquent d'avis que le juge des requêtes ne pouvait pas faire grief au Comité d'appel d'avoir omis de prendre en considération le caractère équitable de la décision de l'administrateur général, alors que le droit à l'équité procédurale était pleinement protégé par l'article 31 de la *Loi sur l'emploi*

and hearing held by the Public Service Commission Appeal Board.

dans la fonction publique et qu'il a été observé par l'enquête et l'audition du Comité d'appel de la Commission de la fonction publique.

19 I would allow the appeal, set aside the decision of the Motions Judge and reinstate the decision of the Public Service Commission Appeal Board made on July 22, 1993.

L'appel est accueilli, la décision du juge des requêtes est annulée et celle du Comité d'appel de la Commission de la fonction publique, en date du 22 juillet 1993, rétablie. 19

20 This, I believe, is not a case for costs.

À mon avis, il n'y a pas lieu en l'espèce d'adjudger de dépens. 20

21 LINDEN J.A.: I agree.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: J'y souscris. 21

* * *

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

22 ROBERTSON J.A. (*dissenting*)

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A. (*dissident*) 22

I—INTRODUCTION

I—INTRODUCTION

23 The true significance of this administrative law case is partially revealed in its tortuous past. This marks the fourth occasion on which the Court has been asked to adjudicate on issues stemming from the respondent's release from the Public Service. The respondent, a registered nurse employed at one of Canada's penal institutions, entered into a relationship with one of the inmates which she failed to disclose to her superiors contrary to the rules of employment. In response, the Deputy Commissioner (Pacific) (the deputy head) revoked the respondent's "enhanced reliability status", without which the respondent could no longer retain her position as nurse. The deputy head then took the next logical step and recommended the respondent's release from the Public Service, as provided for in section 31 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33 (the PSEA), on the basis that she was no longer capable of performing her job. At the relevant time that section read as follows:

La véritable portée du présent litige qui relève du droit administratif se dégage en partie de ses antécédents tortueux. C'est la quatrième fois que la Cour est appelée à trancher des questions issues du congédiement de l'intimée de la fonction publique. Infirmière diplômée au service d'un établissement pénitentiaire canadien, celle-ci a noué une relation avec un détenu et omis d'en informer ses supérieurs, contrevenant ainsi aux règlements régissant son emploi. En réaction à cela, le sous-commissaire (région du Pacifique) (l'administrateur général) a révoqué la «cote de fiabilité approfondie» attribuée à l'intimée sans laquelle celle-ci ne pouvait plus conserver son poste d'infirmière. L'administrateur général a ensuite logiquement entrepris de recommander que l'intéressée soit renvoyée de la fonction publique conformément à l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33 (la LEFP) au motif qu'elle n'était plus apte à remplir ses fonctions. Cet article de loi s'énonçait à l'époque comme il suit: 23

31. (1) Where an employee, in the opinion of the deputy head, is incompetent in performing the duties of the position the employee occupies or is incapable of performing those duties and should be appointed to a position at a lower maximum rate of pay, or released, the deputy

31. (1) L'administrateur général qui juge un fonctionnaire incompetent dans l'exercice des fonctions de son poste ou incapable de remplir ces fonctions peut recommander à la Commission soit le renvoi de ce fonctionnaire, soit sa rétrogradation à un poste situé dans une échelle

head may recommend to the Commission that the employee be so appointed or released, in which case the deputy head shall give notice in writing to the employee of the recommendation.

(2) Within such period after receiving a notice under subsection (1) as the Commission prescribes, the employee may appeal against the recommendation of the deputy head to a board established by the Commission to conduct an inquiry at which the employee and the deputy head, or their representatives, shall be given an opportunity to be heard.

de traitement comportant un plafond inférieur. Dans les deux cas, il en avise par écrit le fonctionnaire.

(2) Dans le délai imparti par la Commission après réception de l'avis mentionné au paragraphe (1), le fonctionnaire peut faire appel de la recommandation de l'administrateur général devant un comité chargé par la Commission de faire une enquête, au cours de laquelle les parties, ou leurs représentants, ont l'occasion de se faire entendre.

24 The respondent appealed the deputy head's decision to an appeal board established under the PSEA, but was unsuccessful. On judicial review, the Trial Judge, Strayer J. (as he then was) allowed the application to the extent that the matter was remitted to the Appeal Board for a determination as to whether the respondent was accorded fairness in the process leading up to the decision to revoke the respondent's enhanced reliability status (now reported at [1995] 1 F.C. 306 (hereinafter reasons)). Of the various issues raised in this appeal, two are of fundamental significance in the area of public employment law. Does a duty of fairness arise, and if so, was any breach cured subsequently by the availability of an adequate alternative remedy?

L'intimée a interjeté appel contre la décision de l'administrateur général auprès du comité d'appel établi en vertu de la LEFP, mais a été déboutée. Saisi d'une demande de contrôle judiciaire, le juge Strayer (siégeant alors à la Section de première instance) a accueilli la requête dans la mesure où il renvoyait l'affaire au Comité d'appel pour déterminer si l'intimée avait été équitablement traitée tout au long du processus conduisant à la décision de révoquer sa cote de fiabilité approfondie (aujourd'hui publiée dans [1995] 1 C.F. 306 (ci-après les motifs)). Parmi les diverses questions soulevées dans cet appel, deux d'entre elles revêtent une importance fondamentale au chapitre du droit régissant l'emploi dans le secteur public. L'obligation d'équité se pose-t-elle et, dans l'affirmative, a-t-on ultérieurement remédié à un manquement quelconque au moyen d'un autre recours approprié?

25 I have had the advantage of reading in draft the reasons of my colleague Marceau J.A. He concludes that no duty of fairness arises in the circumstances of this case, and in the alternative, finds that an adequate alternative remedy exists. With great respect, I cannot agree. In my opinion such a duty does exist, and neither section 31 of the PSEA nor the grievance procedure followed under section 91 of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35 can be classified as adequate remedies. I begin with the facts leading up to this appeal.

J'ai eu l'avantage de lire l'ébauche des motifs rédigés par mon collègue le juge Marceau, J.C.A. où il conclut qu'aucune obligation d'équité ne se pose en l'espèce et qu'il existe, par ailleurs, un autre recours approprié. Sauf tout respect, je ne peux être d'accord là-dessus. À mon avis, une telle obligation existe et ni l'article 31 de la LEFP, ni la procédure de grief prévue à l'article 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, ne peuvent être qualifiés de recours appropriés. Je commence par relater les faits qui ont conduit au présent appel.

II—FACTS AND DECISIONS BELOW

II—LES FAITS ET LES DÉCISIONS

26 The respondent, a registered nurse, obtained employment with the Kent Institution in British Columbia effective December 4, 1989. To obtain

L'intimée, une infirmière diplômée, a été engagée à l'établissement pénitentiaire Kent, en Colombie-Britannique, à partir du 4 décembre 1989. Pour

that position the respondent had to secure enhanced reliability status, which she did. Such status simply means that a person has “been reliable in previous employment and is honest and trustworthy” (Appeal Book, at page 50). In reaching this conclusion, the authorized officer charged with carrying out the check must certify “that . . . in his or her judgment, the risks attached to employing or contracting with the individual are acceptable” (Appeal Book, at page 53).

occuper ce poste, elle a obtenu, comme elle le devait, la cote de fiabilité approfondie. Cette cote veut dire simplement qu’une personne [TRADUCTION] «a fait preuve de fiabilité dans un précédent emploi et qu’elle est honnête et digne de confiance» (dossier d’appel, à la page 50). Pour tirer cette conclusion, le fonctionnaire compétent chargé d’effectuer l’enquête doit attester [TRADUCTION] «que . . . à son avis, les risques afférents à l’emploi de l’intéressé ou à la passation de marché avec lui sont acceptables» (dossier d’appel, à la page 53).

27 On December 13, 1990 an inmate named Robert Moorehead was released from the Kent Institution on parole. Sometime shortly thereafter, the respondent and Moorehead entered into a relationship of some sort. Moorehead was subsequently arrested and charged with certain sexual offences involving another woman, and was returned to the same prison. The respondent, as the only nurse on duty at the time, participated in his readmission process. At no time did she advise her superiors of her relationship with the inmate (reasons, at page 310).

Le 13 décembre 1990, un détenu du nom de Robert Moorehead a été libéré sous condition de l’établissement Kent. Peu de temps après, l’intimée et Moorehead ont ensemble noué une relation quelconque. Moorehead a été ultérieurement arrêté et inculpé de certaines infractions de nature sexuelle mettant en cause une autre femme et a été réincarcéré à la même prison. L’intimée, seule infirmière de service à ce moment-là, a participé à la procédure de réadmission. À aucun moment elle n’a informé ses supérieurs de sa relation avec le détenu (motifs, à la page 310). 27

28 The inmate, however, was quick to bring the relationship to the attention of the prison authorities. Shortly after his reincarceration, Moorehead told the authorities that he and the respondent were intimately involved (Appeal Book, at page 75) and that the respondent had been involved with other inmates as well (Appeal Book, at page 94). It seems that Moorehead wanted the respondent to testify in his up-coming trial that they had a normal sexual relationship because he was charged with a sexual assault offence (Appeal Book, at page 75). The respondent consistently denied Moorehead’s allegations while maintaining that they were merely acquaintances (Appeal Book, at page 455).

Cependant, celui-ci en a promptement fait part à la direction du pénitencier. Il a informé les autorités, peu après sa réincarcération, que l’infirmière avait eu des rapports intimes avec lui (dossier d’appel, à la page 75) comme avec d’autres détenus également (dossier d’appel, à la page 94). Il semble que Moorehead ait voulu que l’intimée témoigne, lors de son procès à venir, qu’ils avaient eu ensemble une relation sexuelle normale, car il était lui-même accusé d’agression sexuelle (dossier d’appel, à la page 75). L’intimée a constamment réfuté les allégations de Moorehead tout en maintenant qu’elle et lui étaient de simples connaissances (dossier d’appel, à la page 455). 28

29 Two investigative reports were submitted to the Deputy Warden following Moorehead’s revelation. In the course of both investigations witnesses from outside the Public Service were interviewed. The first report undermines the respondent’s story without necessarily validating the self-serving story of Moorehead. The second investigation disclosed a

Suite aux révélations de Moorehead, deux rapports d’enquête ont été présentés au sous-directeur de la prison. Au cours de ces enquêtes, des témoins ne faisant pas partie de la fonction publique ont été interrogés. Le premier rapport affaiblit la version de l’intimée sans nécessairement confirmer les déclarations intéressées de Moorehead. La seconde enquête 29

somewhat different portrayal of the nature of the relationship (see Appeal Book, at pages 75-80 and 90-96). However, both reports contained the conclusion that a relationship of some kind existed and that it had not been disclosed.

30 The Warden of Kent Institution determined that the respondent's undisclosed relationship with the inmate was a violation of section 19 of the governing Code of Discipline, Correctional Service of Canada, Commissioner's Directive 060 of January 1, 1987 (Appeal Book, at page 111) which reads:

19. An employee has committed a major infraction, normally warranting a suspension without pay or discharge, if he/she:

...

- e. enters into a relationship not in the line of duty or not approved by one's authorized superior with an offender, ex-offender or the offender's friends or relatives. [Emphasis added.]

31 The respondent was accordingly subject to disciplinary action and suspended without pay for 30 consecutive shifts. On April 8, 1991 she filed a grievance against her suspension. On the basis of the same facts, the deputy head advised the respondent by letter dated April 18, 1991 that, effective immediately, he was removing her enhanced reliability status on the ground that by entering into an undisclosed relationship she had proved herself to be unreliable. As the respondent could not perform her duties without such status, the deputy head recommended her release from the Public Service pursuant to section 31 of the PSEA. The deputy head advised the respondent that she could grieve the revocation of her status pursuant to section 91 of the *Public Service Staff Relations Act*, and could appeal the recommendation for release under section 31 of the PSEA (Appeal Book, at pages 13-14). The respondent pursued each of these options concurrently. She also, on April 29, 1991, asked for a review by the Security Intelligence Review Committee of the revocation of her status. By letter dated May 8, 1991, the Committee refused on the basis that its jurisdiction is restricted to security clearance issues (Appeal Book, at page 458).

a décrit quelque peu différemment la nature de la relation (dossier d'appel, aux pages 75 à 80 et 90 à 96). Les deux rapports ont conclu cependant qu'une relation d'une sorte ou d'une autre a existé et qu'elle n'avait pas été rapportée.

Le directeur de l'établissement Kent a décidé que la relation non divulguée entre l'intimée et le détenu contrevenait à l'article 19 du Code de discipline régissant le service correctionnel du Canada, directive 060 du Commissaire en date du 1^{er} janvier 1987 (dossier d'appel, à la page 111) qui s'énonce ainsi:

19. Commet une infraction grave, justifiant normalement une suspension sans rémunération ou le congédiement, l'employé qui:

...

- e. établit avec un délinquant, un ancien délinquant ou avec les amis ou parents d'un délinquant ou ancien délinquant, en dehors de ses fonctions, des relations qui ne sont pas approuvées par son supérieur immédiat. [Non souligné dans l'original.]

L'intimée était donc passible d'une mesure disciplinaire de suspension sans rémunération pour une durée de 30 postes de travail consécutifs. Le 8 avril 1991, elle a déposé un grief contre sa suspension. Se fondant sur les mêmes faits, l'administrateur général l'a informée par lettre du 18 avril 1991 qu'il révoquait immédiatement sa cote de fiabilité approfondie au motif qu'ayant noué une relation dont elle n'avait pas fait état, elle s'était montrée indigne de confiance. Comme l'intimée ne pouvait s'acquitter de ses fonctions en l'absence de cette cote, l'administrateur général a recommandé son renvoi de la fonction publique aux termes de l'article 31 de la LEFP. Il l'a informée qu'elle pouvait contester, par grief, la révocation de sa cote conformément à l'article 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* et en appeler de la recommandation de renvoi en vertu de l'article 31 de la LEFP (dossier d'appel, aux pages 13 et 14). L'intimée s'est prévalu simultanément de ces deux options et a également demandé, le 29 avril 1991, que le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité revoie la révocation de sa cote. Par lettre du 8 mai 1991, le comité a rejeté cette demande au motif que sa compétence se limitait aux cotes de sécurité (dossier d'appel, à la page 458).

- 32 In accordance with the process established under section 91 of the *Public Service Staff Relations Act*, the respondent filed a grievance against the revocation of her status, which was joined to the grievance of her suspension. Because this grievance related to a reliability check, in accordance with the Government Security Policy it went automatically to the final stage of the grievance process established under the *Public Service Staff Relations Act* and the governing Collective Agreement (Appeal Book, at page 59). At the final stage, the grievor can make written and oral submissions to the Commissioner, Correctional Service Canada (the Commissioner). The Commissioner denied the grievance. The respondent then sought adjudication of both issues pursuant to section 92 of the *Public Service Staff Relations Act*. Before the Adjudicator the employer argued that the relationship between the respondent and the inmate was of a sustained and personal nature. In a decision dated January 10, 1992, the Adjudicator denied her grievance with respect to the disciplinary suspension, and found himself to be without jurisdiction regarding the decision to revoke the respondent's reliability status (*Kampman and Treasury Board (Solicitor General-Correctional Service Canada)*, P.S.S.R.B. File numbers 166-2-21656 and 166-2-21771, January 10, 1992 [[1992] C.P.S.S.R.B. No. 4 (QL)]). The respondent sought judicial review of the Adjudicator's decision. The application was dismissed by this Court without reasons (see A-84-92, January 21, 1993, (F.C.A.)).
- 32 Conformément à la procédure établie par l'article 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, l'intimée a contesté la révocation de sa cote en présentant un grief qui a été joint à celui qui portait sur sa suspension. Comme ce grief avait trait à une enquête sur la fiabilité, et comme le veut la politique gouvernementale sur la sécurité, il a été automatiquement porté à la dernière étape de la procédure de grief instituée par la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* et la convention collective applicable (dossier d'appel, à la page 59). À ce stade final, le plaignant peut présenter des observations par écrit ou de vive voix au commissaire du Service correctionnel du Canada (le commissaire). Celui-ci ayant rejeté le grief, l'intimée a alors demandé que les deux questions en litige soient soumises à l'arbitrage aux termes de l'article 92 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. L'employeur a fait valoir, devant l'arbitre, que la relation de l'intimée avec le détenu était soutenue et de nature personnelle. Par décision du 10 janvier 1992, l'arbitre a rejeté le grief de l'employée portant sur la mesure de suspension disciplinaire et s'est déclaré incompétent quant à la décision de révoquer sa cote de fiabilité (*Kampman et Conseil du Trésor (Solliciteur général-Service correctionnel du Canada)*, C.R.T.F.P., dossiers numéros 166-2-21656 et 166-2-21771, 10 janvier 1992 [[1992] C.R.T.F.P.C. n° 4 (QL)]). L'intimée a requis un contrôle judiciaire de la décision arbitrale, mais sa demande a fait l'objet d'un rejet non motivé de la Cour (voir A-84-92, 21 janvier 1993, (C.A.F.)).
- 33 On April 26, 1991, the respondent requested an appeal to the Public Service Commission Appeal Board of the deputy head's recommendation for her release from the Public Service, pursuant to section 31 of the PSEA. Before the first Appeal Board, the employer characterized the relationship as "dating" (Appeal Book, at page 278). The respondent was unable to be present at the first Appeal Board hearing due to illness. The Appeal Board denied her request for an adjournment on the basis that, as she was represented by counsel, her presence was not required. By order dated November 1, 1991 the Appeal Board denied the respondent's appeal. The respondent sought judicial review of this decision as
- 33 Le 26 avril 1991, l'intimée a demandé d'en appeler, auprès du comité d'appel de la Commission de la fonction publique, de la recommandation de l'administrateur général visant son renvoi de la fonction publique aux termes de l'article 31 de la LEFP. Devant le premier comité d'appel, l'employeur a qualifié la relation de [TRADUCTION] «rencontres (dating)» (dossier d'appel, à la page 278). L'intimée n'a pu se présenter devant le premier comité d'appel pour cause de maladie. Celui-ci a refusé sa requête d'ajournement au motif qu'étant représentée par un avocat, sa présence n'était pas requise. Par ordonnance du 1^{er} novembre 1991, il a rejeté l'appel de l'intimée. Celle-ci a également demandé un contrôle

well. This application was allowed by this Court on the basis that to proceed with the hearing in the respondent's absence was a breach of natural justice. The Appeal Board's decision was set aside, and the matter was referred back to the Appeal Board for a resumption of the hearing in the presence of the respondent (see (1993), 151 N.R. 181 (F.C.A.)).

judiciaire de cette décision. La Cour a accueilli sa requête en disant que le fait de procéder à l'audition en l'absence de l'intimée constituait un déni de justice naturelle. La décision du comité d'appel a été infirmée et l'affaire lui a été renvoyée en vue d'une reprise de l'audition en présence de l'intéressée (voir (1993), 151 N.R. 181 (C.A.F.)).

34 The Appeal Board convened a second hearing at which the respondent was present. Before this second Appeal Board, the employer did not characterize the nature of the relationship at all. The Appeal Board outlined the issue as being whether "the conclusion arrived at by the deputy head that the [employee] is incapable of performing her duties as a nurse in an institution was one that was open to [the deputy head] to make on the basis of the information before him" (Appeal Book, at page 643). The Appeal Board then determined that this issue could not be severed from the issue of why the employee's enhanced reliability status was revoked. However, it found that the scope of its jurisdiction was restricted to a review of whether the procedure followed by the deputy head in reaching the revocation decision brought the accuracy or reliability of the information on which the decision was based into question. The Appeal Board found that the decision was based on two conclusions: a relationship existed, and the employee did not disclose it to her supervisor. Accordingly the Appeal Board found that the information on which the deputy head based his decision was reliable, notwithstanding the fact that the respondent was not given an opportunity to be heard prior to the decision to revoke the reliability status being made by the deputy head (Appeal Book, at pages 643-644). The Appeal Board went on to conclude that the loss of the enhanced reliability status rendered the employee incapable of performing her duties within the meaning of section 31 of the PSEA, as that status was a requirement of her position (Appeal Book, at page 646).

Le Comité d'appel a tenu une nouvelle audience en présence de l'intimée. L'employeur n'y a pas du tout qualifié la nature de la relation. Pour le Comité, l'essentiel de la question consistait à savoir s' [TRA-DUCTION] «il était loisible à l'administrateur général de conclure, sur la foi des renseignements obtenus, que [l'employée] était incapable de remplir ses fonctions d'infirmière dans une institution» (dossier d'appel, à la page 643). Il a ensuite déterminé que cette question et celle du motif de révocation de la cote de fiabilité ne pouvaient être dissociées. Toutefois, il a conclu que sa compétence se limitait à examiner si la procédure suivie par l'administrateur général pour aboutir à la décision de révoquer la cote de fiabilité a mis en question l'exactitude et la fiabilité des renseignements sur lesquels se fondait cette décision. Le Comité d'appel a déterminé que celle-ci reposait sur deux conclusions, à savoir: qu'une relation existait et que l'employée n'en avait pas informé son surveillant. C'est pourquoi, il avait conclu que les renseignements sur lesquels l'administrateur général s'était fondé étaient fiables, nonobstant le fait que l'intimée n'a pas eu l'occasion de témoigner avant que l'administrateur général ne décide de révoquer sa cote de fiabilité (dossier d'appel, aux pages 643 et 644). Le Comité d'appel a conclu en disant que, suite à la perte de sa cote de fiabilité approfondie, l'intimée devenait incapable de s'acquitter de ses fonctions au sens de l'article 31 de la LEFP, vu que cette cote constituait une exigence du poste (dossier d'appel, à la page 646).

35 The respondent applied for judicial review of the above decision. The Trial Judge addressed four issues: (1) whether incapacity within the meaning of subsection 31(1) of the PSEA can arise from the loss of enhanced reliability status when that status is

L'intimée a présenté une demande de contrôle judiciaire de cette décision. Le juge de première instance a considéré les quatre questions suivantes: (1) l'incapacité visée au paragraphe 31(1) de la LEFP peut-elle découler de la perte de la cote de

34

35

a condition of employment; (2) If yes, can an appeal board hearing an appeal under that provision review the decision to revoke status as part of the review of the recommendation to release from the Public Service? (3) If yes, what is the applicable standard of review of the revocation decision? and (4) Does the employee have a right to be warned and given an opportunity to correct her conduct before the status is revoked?

fiabilité approfondie, lorsque cette cote constitue une condition d'emploi? (2) le cas échéant, un comité d'appel saisi d'un appel en vertu de ce paragraphe peut-il revoir la révocation de la cote dans le cadre de la révision de la recommandation de renvoyer l'intimée de la fonction publique? (3) dans l'affirmative, quelle norme le comité d'appel doit appliquer pour revoir la révocation de la cote? et (4) l'employée a-t-elle le droit d'être avertie et d'avoir l'occasion de corriger sa conduite avant la révocation de sa cote?

36 On the first issue the Trial Judge found that the enhanced reliability status is a "qualification like any other", the loss of which can render an employee incapable within the meaning of section 31 (reasons, at page 316). Given this conclusion, the Trial Judge addressed the second issue as to whether the Appeal Board has jurisdiction to review the revocation decision as part of its review of the decision to recommend dismissal. He determined that the Appeal Board possesses the requisite jurisdiction. The Trial Judge held that the Appeal Board must review the decision that the employee is no longer qualified to hold enhanced reliability status because that is the basis for the allegation that she is incapable (reasons, at page 317). On the third issue, the Trial Judge found that in light of recent Supreme Court jurisprudence, the scope of the Appeal Board's powers of review must be adapted by adding an additional criterion to those established in *Ahmad v. Public Service Commission*, [1974] 2 F.C. 644 (C.A.).

Au sujet de la première question, le juge de première instance a conclu que la cote de fiabilité approfondie est une «qualité requise comme toutes les autres» dont la perte peut entraîner l'incapacité au sens de l'article 31 (motifs, à la page 316). Cela étant, le juge a abordé la deuxième question consistant à savoir si le Comité d'appel est habilité à revoir la décision de révoquer dans le cadre de son examen de la recommandation de renvoi. Il a répondu à ce point par l'affirmative en disant que le Comité d'appel est tenu de revoir la décision voulant que l'employée ne soit plus apte à conserver la cote de fiabilité approfondie, du fait que cette décision sert de base à l'allégation d'incapacité (motifs, à la page 317). En ce qui concerne la troisième question, le juge a conclu qu'à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour suprême, les pouvoirs de révision du comité d'appel doivent être adaptés, quant à leur portée, par l'addition d'un nouveau critère à ceux qui ont été établis dans l'affaire *Ahmad c. La Commission de la Fonction publique*, [1974] 2 C.F. 644 (C.A.).

37 I pause here to note that *Ahmad* is the leading case on the review jurisdiction of an appeal board established under section 31 of the PSEA. In that case, this Court determined that such jurisdiction was restricted to determining whether (i) the decision-maker failed to apply properly a statutory or other legal direction; (ii) there is proof that the decision-maker acted in bad faith; or (iii) the Appeal Board was satisfied, on the basis of the material before it, that as a matter of fact the decision-maker was wrong in making the impugned decision (at page 647). In the absence of one of the above find-

Je m'arrête un instant ici pour signaler que l'affaire *Ahmad* fait jurisprudence relativement au pouvoir de révision d'un comité d'appel institué en vertu de l'article 31 de la LEFP. La Cour a décidé, dans cette affaire, que cette compétence se limitait à déterminer (i) si l'autorité compétente avait omis d'appliquer une directive légale ou juridique; (ii) s'il existe une preuve de la mauvaise foi de l'autorité compétente; ou (iii) si le Comité d'appel était convaincu, d'après les documents dont il disposait, que l'autorité compétente avait effectivement eu tort de rendre la décision contestée (à la page 647). En

ings, an appeal board cannot interfere with the decision before it.

l'absence de l'une ou l'autre des conclusions ci-dessus, un comité d'appel ne peut intervenir dans la décision qui lui est soumise.

38 In light of more recent Supreme Court jurisprudence, the Trial Judge found that the Appeal Board must also examine whether the duty of fairness was met in the deputy head's decision-making process. The learned Trial Judge concluded that the Appeal Board erred in law by not addressing whether the deputy head breached the duty of fairness, and determined that the matter must be referred back to the Appeal Board for reconsideration on that aspect (reasons, at page 321). Although he explicitly refused to decide whether the duty was breached in this case (at page 321), the Trial Judge did conclude that the deputy head's decision to revoke the respondent's enhanced reliability status was made "without any notice to her that this was in contemplation and without her having any opportunity to make submissions with respect to his decision" (at page 312).

À la lumière d'arrêts plus récents de la Cour 38 suprême, le juge de première instance a conclu que le Comité d'appel doit également étudier si l'administrateur général s'est conformé, dans sa prise de décision, au devoir d'équité. Le juge de première instance a conclu que le comité d'appel a commis une erreur de droit lorsqu'il n'a pas examiné si l'administrateur général a manqué à cette obligation et il a décidé de renvoyer l'affaire devant le Comité d'appel pour qu'il réexamine cet aspect de la question (motifs, à la page 321). Bien qu'il ait expressément refusé de dire s'il y a eu, en l'occurrence, un manquement à ce devoir (à la page 321), il a effectivement conclu que la décision de l'administrateur général de révoquer la cote de fiabilité approfondie de l'intimée a été prise «sans qu'elle soit avisée qu'il en était question et sans qu'on lui fournisse l'occasion de faire valoir ses prétentions à ce sujet» (aux pages 311 et 312).

39 With respect to the fourth and final issue before him, the Trial Judge determined that there was no duty to warn on the facts of this case as the deputy head's opinion was based on one serious instance of poor judgment, as opposed to a pattern of poor judgment. Also, unlike the facts in *Dansereau v. Canada (Public Service Appeal Board)*, [1991] 1 F.C. 444 (C.A.) and *Clare v. Canada (Attorney General)*, [1993] 1 F.C. 641 (C.A.), which established a duty to warn and to refer respectively in the case of long-term employees, the respondent had been employed for a relatively short time.

En ce qui concerne la quatrième et dernière ques- 39 tion dont il était saisi, le juge de première instance a décidé qu'il n'y avait aucune obligation d'avertir l'intéressée, vu les faits de cette affaire, puisque l'opinion de l'administrateur général se fondait sur un seul cas sérieux de mauvais jugement, par opposition à une tendance au mauvais discernement. En outre, contrairement aux faits relatés dans *Dansereau c. Canada (Comité d'appel de la fonction publique)*, [1991] 1 C.F. 444 (C.A.) et *Clare c. Canada (Procureur général)*, [1993] 1 C.F. 641 (C.A.) qui ont établi l'obligation d'avertir et d'envoyer en consultation les employés de longue date, l'intimée n'avait travaillé que relativement peu de temps.

40 By order dated September 15, 1994, the Trial Judge dismissed the application for judicial review and referred the matter back to the Appeal Board for reconsideration of whether the duty of fairness had been met.

Par ordonnance du 15 septembre 1994, le juge de 40 première instance a rejeté la demande de contrôle judiciaire et renvoyé la question au Comité d'appel afin qu'il réexamine si le devoir d'équité avait été rempli.

III—ISSUES

41 The appellant employer raises two issues in this appeal. The first is whether the decision to revoke

III—QUESTIONS EN LITIGE

L'employeur appelant souleve deux questions en 41 l'espèce. La première est celle de savoir si la déci-

an employee's enhanced reliability status is immune from review by the Appeal Board under section 31 of the PSEA. The appellant submits that a revocation decision is distinct from a recommendation to release, and that only the latter is subject to review by an appeal board. The former can only be attacked by way of judicial review before the Trial Division. The second issue relates to whether the respondent's recourse to the internal grievance procedures prescribed by section 91 of the *Public Service Staff Relations Act* served to rectify or cure any breach. This issue assumes of course that a duty exists at law and that it was breached.

sion de révoquer la cote de fiabilité approfondie d'un employé est soustraite au pouvoir de révision du Comité d'appel aux termes de l'article 31 de la LEFP. Il soutient qu'une telle décision diffère d'une recommandation de renvoi et que seule cette dernière est susceptible d'examen par un comité d'appel. L'autre décision peut seulement être contestée par voie de contrôle judiciaire devant la Section de première instance. La seconde question consiste à savoir si le recours de l'intimée à la procédure de grief interne prévue à l'article 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* a servi à rectifier ou à réparer un manquement quelconque. Cette question postule, bien sûr, l'existence d'une obligation en droit à laquelle il y a eu manquement.

42 In my opinion, the manner in which the parties have pursued the issues in this appeal is problematic. Their assessment of the relevant issues is too restrictive. To begin with, if we reject the appellant's first argument, as does Marceau J.A., and as did the Trial Judge, then we must address the fundamental question of whether a duty of fairness can arise in the context of a recommendation to release under section 31 of the PSEA. The parties have assumed that it can, and that it does arise in this case. On the other hand, my colleague Marceau J.A. says no such duty is owed. With respect, it is my position that, on the facts of this case, the deputy head was under a duty to act fairly in reaching his decision to revoke the respondent's enhanced reliability status, and therefore, in arriving at his recommendation to release her from the Public Service.

Je suis d'avis que la façon dont les parties ont abordé ces points dans le cadre de l'appel est problématique et leur évaluation des questions pertinentes, trop restrictive. Tout d'abord, si nous rejetons le premier argument de l'appelant, comme l'ont fait le juge Marceau, J.C.A. et le juge de première instance, il nous faut alors examiner la question fondamentale de savoir si le devoir d'équité peut naître dans le contexte d'une recommandation de renvoi prise en vertu de l'article 31 de la LEFP. Les parties ont présumé qu'il peut en être ainsi. Par ailleurs, mon collègue le juge Marceau, J.C.A. affirme le contraire. Je suis d'avis que d'après les faits de l'espèce, l'administrateur général était tenu d'agir équitablement en prenant la décision de révoquer la cote de fiabilité approfondie de l'intimée et, partant, en recommandant son renvoi de la fonction publique.

43 There is a second issue which the parties have failed to acknowledge. Arguably, a breach of the duty of fairness can be cured by the availability of an alternative remedy deemed adequate in law. The parties have focused their arguments regarding alternative remedies on the grievance procedure followed. However, it is also necessary to determine whether an appeal to the Appeal Board appointed under section 31 of the PSEA provides such a remedy. The parties seem to have assumed that it does not, probably because an appeal board does not have *de novo* jurisdiction to review the decision of the deputy head. As discussed below, my colleague,

Il y a une autre question dont les parties n'ont pas tenu compte. On peut soutenir qu'il est possible de remédier à un manquement au devoir d'équité en se prévalant d'une autre voie de recours jugée appropriée en droit. Les parties ont centré leurs arguments visant les autres voies de redressement sur la procédure de grief qui a été suivie. Il est cependant nécessaire aussi de déterminer si un appel interjeté auprès du Comité d'appel nommé en vertu de la LEFP, constitue un tel recours. Les parties ont, semble-t-il, supposé qu'il n'en allait pas ainsi, probablement parce que le comité d'appel n'a pas compétence *de novo* pour revoir la décision d'un administrateur

Marceau J.A., is of the view that “the right to procedural fairness was fully protected by section 31 of the *Public Service Employment Act* and satisfied by the inquiry and hearing held by the Public Service Commission Appeal Board” (at pages 16-17 of his reasons).

général. Comme on en discutera plus loin, mon collègue le juge Marceau, J.C.A. est d’avis que «le droit à l’équité procédurale était pleinement protégé par l’article 31 de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique* et qu’il a été observé par l’enquête et l’audition du Comité d’appel de la Commission de la fonction publique» (aux pages 16 et 17 de ses motifs).

44 Against this backdrop, there are three issues that require consideration: (i) Is the revocation decision immune from review by the Appeal Board under section 31 of the PSEA? (ii) If not, does the employer owe a duty of fairness to the respondent? (iii) Assuming that such a duty arises and that it has been breached, does an adequate alternative remedy exist either under section 31 of the PSEA or under section 91 of the *Public Service Staff Relations Act*? I shall deal with each of these questions as required.

Sur cette toile de fond, trois questions appellent un examen: (i) la décision de révoquer est-elle soustraite à l’examen du Comité d’appel en vertu de l’article 31 de la LEFP? (ii) Dans la négative, l’employeur est-il tenu à un devoir d’équité envers l’intimée? (iii) En supposant qu’une telle obligation existe, mais qu’elle ne soit pas respectée, les articles 31 de la LEFP et 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* offrent-ils un autre moyen de recours approprié? Je traiterai, comme il se doit, de ces trois questions.

44

IV—REVIEWABILITY OF THE REVOCATION DECISION

IV—LA DÉCISION DE RÉVOQUER EST-ELLE SUSCEPTIBLE D’EXAMEN?

45 The appellant employer maintains that the deputy head arrived at two decisions: the decision to revoke the respondent’s enhanced reliability status, and the decision to recommend her release from the Public Service. The former relates solely to the maintenance and protection of designated and classified information and assets (e.g. drugs) within the institution. The latter is driven by the fact that an employee no longer possesses the qualifications necessary to perform his or her duties. Accordingly, the appellant submits that only the latter decision is reviewable by the Appeal Board under section 31 of the PSEA. The respondent submits that there is, in essence, only one decision, namely that the deputy head has changed his opinion of the degree of confidence that he has in the reliability of the employee. Accordingly, both components of the decision must be found to be reviewable by the Appeal Board.

L’employeur appelant soutient que l’administrateur général a pris deux décisions: révoquer la cote de fiabilité approfondie de l’intimée et recommander son congédiement de la fonction publique. La première décision se rapporte uniquement à la conservation et à la protection, dans le cadre de l’institution, de renseignements et biens désignés et classifiés (comme les drogues). La seconde résulte du fait que l’employée ne remplit plus les conditions voulues pour s’acquitter de ses fonctions. C’est pourquoi, l’appelant soutient que seule la dernière décision est susceptible d’examen par le Comité d’appel aux termes de l’article 31 de la LEFP. L’intimée allègue qu’il s’agit essentiellement d’une seule décision, à savoir: que l’administrateur général a changé d’opinion quant à son degré de confiance dans la fiabilité de l’employée. Il faut donc conclure que les deux aspects de la décision peuvent être revus par le Comité d’appel.

45

46 Marceau J.A. agrees with the respondent’s characterization of the revocation decision, as did Strayer J. and the Appeal Board. With respect to this issue I am in complete agreement with Marceau

Le juge Marceau, J.C.A. est d’accord avec l’intimée quant à son interprétation de la décision de révoquer, tout comme l’ont été le juge Strayer et le Comité d’appel. À ce sujet, je souscris entièrement

46

J.A. for the reasons which he offers. In short, the decision to revoke the respondent's enhanced reliability status is integral to the recommendation to release her from the Public Service, and accordingly can be reviewed by the Appeal Board under section 31 of the PSEA. It remains to be decided whether a duty of fairness arises.

V—A DUTY TO ACT FAIRLY

47 It is axiomatic that a duty to act fairly does not arise in the making of all decisions rendered in the public law context. Its existence is dependant on the specific context of the case, as is the ambit or scope of that duty. In my opinion, such a duty arises in this case. That conclusion is supported on three bases: (i) it meets the tripartite test laid down by the Supreme Court of Canada; (ii) it is consistent with the employer's guidelines governing enhanced reliability status; and (iii) it is consistent with two decisions of this Court where a duty of fairness in the context of section 31 of the PSEA has been recognized, *Dansereau, supra* and *Clare, supra*.

1) Supreme Court Jurisprudence

48 I turn first to the Supreme Court jurisprudence on the existence of a duty to act fairly. The criteria for determining whether a duty of fairness exists in the context of a termination of employment are set out in *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653. The respondent, Knight, was employed as director of education by the appellant Board. The terms of his contract allowed for either party to terminate the employment relationship upon three months' notice, provided the employee was given a fair hearing and investigation. During negotiations for the renewal of the respondent's employment the parties were unable to reach an agreement. The Board wanted to extend the contract for one year only, whereas the respondent sought a three-year term. The Board therefore passed a resolution to terminate the respondent's employment and to give him three months' notice. The respondent brought an action based in part on his entitlement to procedural fairness. The majority of the Supreme Court found that he was entitled to such fairness,

aux motifs énoncés par le juge Marceau, J.C.A. En somme, la décision de révoquer la cote de fiabilité approfondie de l'intimée fait partie intégrante de la recommandation visant son renvoi de la fonction publique et peut donc être réexaminée par le Comité d'appel aux termes de l'article 31 de la LEFP. Il reste à déterminer si un devoir d'équité s'ensuit.

V—L'OBLIGATION D'AGIR ÉQUITABLEMENT

47 C'est une vérité évidente que les décisions relevant du droit public n'entraînent pas toutes l'obligation d'agir équitablement. Celle-ci dépend du contexte propre à chaque cas tout comme en dépendent son étendue ou sa portée. Je suis d'avis qu'une telle obligation existe en l'espèce et cette conclusion repose sur trois éléments: (i) elle répond aux trois facteurs énoncés par la Cour suprême du Canada; (ii) elle est conforme aux directives de l'employeur régissant la cote de fiabilité approfondie; et (iii) elle est en cohérence avec deux jugements de la Cour reconnaissant l'existence d'une obligation d'équité dans le contexte de l'article 31 de la LEFP (voir *Dansereau, supra* et *Clare, supra*.)

1) La jurisprudence de la Cour suprême

48 J'aborde en premier lieu la jurisprudence de la Cour suprême portant sur l'existence de l'obligation d'agir équitablement. Les critères servant à déterminer si pareille obligation existe en cas de cessation d'emploi sont énoncés dans *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653. L'intimé, Knight, était à l'emploi du conseil appelant à titre de directeur de l'éducation. Les clauses de son contrat stipulaient que celui-ci pouvait être résilié par l'une ou l'autre des parties sur préavis de trois mois à condition que l'employé ait droit à une audition équitable et qu'il y ait enquête. Au cours des négociations entourant le renouvellement du contrat de travail de l'intimé, les parties n'ont pu arriver à une entente. Le conseil, voulant reconduire le contrat pour une seule année au lieu des trois ans souhaités par l'intimé, a donc adopté une résolution mettant fin à l'emploi de celui-ci avec préavis de trois mois. L'intéressé a intenté une action fondée en partie sur son droit à l'équité procédurale. La Cour suprême a majoritairement conclu qu'il avait droit à cette équi-

but that the duty had been met. The respondent was aware of the Board's reasons for giving notice, and he had been given an opportunity to be heard before the Board reached its decision.

té, mais que cette obligation avait été remplie. L'intéressé était au courant des raisons qui motivaient le préavis du conseil et il avait eu la possibilité de se faire entendre avant que celui-ci ne prenne sa décision.

49 The majority reasons in *Knight* make clear that a duty of fairness does not always arise. At page 669, L'Heureux-Dubé J. enunciates a tripartite test for determining whether such a duty exists in a given case:

Les motifs majoritaires de la Cour relatifs à l'affaire *Knight*, énoncent clairement qu'une obligation d'équité ne naît pas à tout coup. M^{me} le juge L'Heureux-Dubé, à la page 669, fait état, en ces termes, de trois facteurs qui conditionnent l'existence d'une telle obligation dans un cas déterminé:

The existence of a general duty to act fairly will depend on the consideration of three factors: (i) the nature of the decision to be made by the administrative body; (ii) the relationship existing between that body and the individual; and (iii) the effect of that decision on the individual's rights. This Court has stated in *Cardinal v. Director of Kent Institution, supra*, that whenever those three elements are to be found, there is a general duty to act fairly on a public decision-making body. . . .

L'existence d'une obligation générale d'agir équitablement dépendra de l'examen de trois facteurs: (i) la nature de la décision qui doit être rendue par l'organisme administratif en question, (ii) la relation existant entre cet organisme et le particulier, et (iii) l'effet de cette décision sur les droits du particulier. Notre Cour a affirmé dans l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, précité, que dans les cas où ces trois éléments se retrouvent, une obligation générale d'agir équitablement incombe à un organisme décisionnel public. . . .

The policy behind this conclusion is that where statutorily conferred powers, whether discretionary or not, are used, the public has an interest in ensuring that they are used properly and legitimately (at page 675).

La politique qui sous-tend cette conclusion veut qu'en matière de pouvoirs légaux qu'ils soient discrétionnaires ou non, le public a intérêt à s'assurer qu'ils sont dûment exercés à des fins légitimes (à la page 675).

50 L'Heureux-Dubé J. concludes that where a decision is (i) of a final and specific nature, whether administrative, judicial or quasi-judicial, and (ii) the relationship is employer/employee (even if the office is held at pleasure), and (iii) the decision in question has as significant and important an effect on the employee as a decision to terminate, a duty of fairness exists (at pages 669-677). Applying this analytical framework, she finds that fairness was owed on the facts of the case before her.

M^{me} le juge L'Heureux-Dubé conclut que lorsqu'une décision est de nature définitive et particulière (i) qu'elle soit d'ordre administratif, judiciaire ou quasi judiciaire, (ii) que la relation en est une d'employeur-employé (même si la charge est à titre amovible) et (iii) que la décision en question est importante et a de graves répercussions sur l'employé comme une décision de renvoi, l'obligation d'agir équitablement existe (aux pages 669 à 677). Partant de ce cadre analytique, elle conclut que d'après les faits en cause, l'obligation d'équité s'imposait dans ce cas-là.

51 In my view, there is nothing in the facts of the case at bar that distinguish it from the analysis in *Knight*. The deputy head's decision to revoke the respondent's enhanced reliability status and to recommend her release for incapacity on that basis is a specific decision directed at the termination of her

À mon avis, rien dans les faits ne distingue l'espèce de l'arrêt *Knight*. La décision de l'administrateur général de révoquer la cote de fiabilité approfondie de l'intimée et de recommander son renvoi de la fonction publique pour raison d'incapacité est une décision particulière visant à mettre fin à son em-

49

50

51

employment. The relationship is clearly one of employer and employee, and the impact of the decision on the respondent is profound. The deputy head's assessment of the employee's reliability was a matter of personal opinion based on the results of the investigation into the employee's conduct. The decision was not the result of personal knowledge on the part of the deputy head, nor was it the result of information gathered exclusively within the work sphere. The investigators had to talk to persons who were not within the Public Service, and they had to make what are essentially findings of credibility, as opposed to merely a finding of incapacity or incompetence.

2) Employer's Guidelines—Government Security Policy

52 The need for procedural safeguards is also clearly acknowledged and addressed in the employer's guidelines governing enhanced reliability status. The Government Security Policy [*Treasury Board Manual*. Information and Administrative Management Component: Security] states that prior to the grant or denial of enhanced reliability status, "all persons subject to personnel screening are [to be] treated in a fair and unbiased manner" (Appeal Book, at page 28). It also mandates that [Chapter 2-4, at page 13]:

2.7 . . .

In arriving at a reliability screening decision, officials are expected to provide a fair and objective assessment which represents the rights of the individual. *Individuals must be given an opportunity to explain adverse information before a decision is reached. Unless the information is exemptible under the Privacy Act, individuals must be given the reasons why they have been denied reliability status.* [Emphasis in original.]

53 If an applicant has the right to be heard before a decision to refuse to grant enhanced reliability status is made, then *a fortiori*, it follows that the duty of fairness mandates that an employee have an opportunity to be heard, be it through written or oral submissions, before such status is revoked. This conclusion is consistent with the decision of this

ploi. La relation est nettement celle d'employeur-employé et la décision porte gravement atteinte à l'intimée. En évaluant la fiabilité de celle-ci, l'administrateur général exprimait une opinion personnelle fondée sur les résultats d'une enquête portant sur la conduite de l'employée. Sa décision ne reposait pas sur une connaissance personnelle des faits ni sur des renseignements recueillis exclusivement dans le milieu de travail. Les enquêteurs avaient dû s'informer auprès de personnes étrangères à la fonction publique et tirer des conclusions portant essentiellement sur la crédibilité au lieu de se limiter aux questions d'incapacité ou d'incompétence.

2) Les directives de l'employeur—Politique gouvernementale sur la sécurité

52 Les directives de l'employeur régissant la cote de fiabilité approfondie reconnaissent et examinent clairement la nécessité d'établir des garanties procédurales. La Politique gouvernementale sur la sécurité [*Manuel du Conseil du Trésor*. Module—Gestion de l'information et gestion administrative: Sécurité] prévoit que préalablement à l'octroi ou au refus d'une cote de fiabilité approfondie, [TRADUCTION] «toutes les personnes faisant l'objet de présélection seront traitées équitablement et impartialement» (dossier d'appel, à la page 28). Elle prescrit en outre ce qui suit [chapitre 2-4, à la page 13]:

2.7 . . .

On s'attend à ce que les fonctionnaires qui attribuent la cote de fiabilité approfondie fassent une évaluation juste et objective qui respecte les droits de la personne. *Les personnes visées doivent avoir l'occasion d'expliquer les renseignements défavorables avant qu'une décision ne soit prise, et on doit leur donner les motifs du refus d'une cote de fiabilité, à moins que ces renseignements ne fassent l'objet d'une exception en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels.* [Souligné dans l'original.]

53 Si un candidat a le droit de se faire entendre avant qu'une décision soit prise lui refusant la cote de fiabilité approfondie, il s'ensuit, *a fortiori*, que l'obligation d'équité exige qu'un employé ait la possibilité d'être entendu au moyen d'observations écrites ou orales, avant la révocation de cette cote. Cette conclusion s'accorde avec l'arrêt de la Cour dans

Court in *Desjardins v. Bouchard*, [1983] 2 F.C. 641 (C.A.), where Pratte J.A. addresses the duty of fairness in the context of a decision to revoke a pardon (at page 651):

... the revocation of a pardon seems to me more fraught with consequences for the person concerned than a mere refusal to grant an application for a pardon. In the first case, the person will be deprived of rights, while in the second, he will be denied a privilege. Secondly, while the power to grant a pardon is purely discretionary, this is not true of the power of revocation, which can only be exercised in the circumstances set forth in section 7. It would seem fair that a pardon should not be revoked without first giving the person concerned an opportunity to refute the existence of the facts on which the authority in question will rely on exercising the power of revocation. [Emphasis added.]

54 In my view, the above rationale is equally applicable to the revocation of enhanced reliability status. If one is entitled to be heard before being denied such status, then one must be entitled to be heard, and to know the case that must be met, before being stripped of such status.

3) Federal Court Jurisprudence

55 Finally, the duty to act fairly in the context of a decision to release under section 31 of the PSEA has been implicitly recognized in two decisions of this Court, *Dansereau, supra* and *Clare, supra*. In *Dansereau*, the employee had, for several years, been a firefighter and captain at Dorval Airport. In the space of one month he was given three poor performance ratings, purporting to cover a three-year period. The employee had been given no prior warning that his performance was inadequate. On the basis of these appraisals, the department recommended the employee's dismissal. The recommendation to dismiss was eventually accepted by an appeal board. The majority of this Court found that, barring unusual or urgent circumstances, a long-term employee is entitled to a warning before being dismissed for incompetence. Although this case was argued principally on the basis of bad faith, as opposed to fairness, Décary J.A., writing for the majority adopted in general the analysis in *Dickinson v. Department of National Revenue (Tax-*

l'affaire Desjardins c. Bouchard, [1983] 2 C.F. 641 (C.A.), dans lequel le juge Pratte, J.C.A. examine l'obligation d'agir équitablement dans le contexte d'une décision révoquant un pardon (à la page 651):

... la révocation d'un pardon me semble plus lourde de conséquences pour la personne concernée que le simple refus d'accéder à une demande de pardon. Dans le premier cas, cette personne se voit priver de droits tandis que dans le second elle se voit refuser un privilège. D'autre part, alors que le pouvoir d'accorder un pardon est purement discrétionnaire, il n'en est pas ainsi du pouvoir de revocation qui ne peut être exercé que dans les circonstances que précise l'article 7. Il me semblerait juste qu'on ne révoque pas un pardon sans avoir préalablement permis à l'intéressé de contester l'existence des faits sur lesquels on peut se fonder pour exercer le pouvoir de révocation. [Non souligné dans le texte.]

54 Ce raisonnement s'applique également, d'après moi, à la révocation de la cote de fiabilité approfondie. Si l'on a le droit de se faire entendre avant de se voir refuser cette cote, on est alors fondé à exercer ce droit et à connaître les éléments du dossier auxquels il faut répondre avant d'être privé de cette cote.

3) La jurisprudence de la Cour fédérale

55 Enfin, deux décisions de la Cour (voir *Dansereau et Clare, supra*) ont implicitement reconnu l'obligation d'agir équitablement dans le cadre d'une décision de renvoi prise conformément à l'article 31 de la LEFP. Dans l'affaire *Dansereau*, l'employé avait travaillé durant plusieurs années à titre de pompier et de capitaine à l'aéroport de Dorval. En l'espace d'un mois, il s'est vu infliger trois évaluations de rendement insatisfaisantes qui étaient censées porter sur une période de trois ans. L'employé n'avait pas été averti jusque-là que son rendement laissait à désirer. Se fondant sur ces évaluations, le ministère a recommandé le renvoi de l'intéressé, ce qu'un comité d'appel a finalement confirmé. La Cour a conclu, à la majorité, qu'à moins de circonstances extraordinaires et pressantes, un employé qui justifie de longs états de service a le droit de recevoir un avertissement avant d'être congédié pour incompetence. Bien que la mauvaise foi fût l'argument principal invoqué en l'espèce, par opposition à celui d'équité, le juge Décary, J.C.A., au nom de la majorité, a adopté dans

ation), [1987] ABD [8-1] 162 (P.S.C.A.B.) that “the concept of warning an employee of the consequences of continued unacceptable performance is more than a formality or a courtesy to be extended only to employees who are well-liked; it is elementary fairness.” (*Dansereau*, at page 457, emphasis added.)

56 A second decision in which this Court acknowledged the existence of a duty of fairness in this context is *Clare, supra*. The employee’s job performance was unsatisfactory due to family problems and work-related stress. He had asked his employer repeatedly to refer him for assistance under the Employee Assistance Program, but, in spite of the fact that the employer’s own Manual imposed a duty to refer employees suffering from health or behavioral problems to counselling, the employer did not do so. Writing for a unanimous Court, I determined that there was, on the facts of this case, a duty to refer the employee to the available counselling services upon his request. I explicitly related this duty to the dictates of fairness (at page 661).

57 As phrased by Dickson J. (as he then was) in *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, at page 631: “In the final analysis, the simple question to be answered is this: Did the tribunal on the facts of the particular case act fairly toward the person claiming to be aggrieved? It seems to me that this is the underlying question which the courts have sought to answer in all the cases dealing with natural justice and with fairness.”

4) Subsidiary Issues

58 Before turning to the issue of adequate alternative remedies, there are two subsidiary issues to be addressed. The first is whether the case at bar can be distinguished from *Knight* on the basis that the deputy head’s decision to recommend the respon-

l’ensemble l’analyse faite dans l’affaire *Dickinson c. Ministère du Revenu national (Impôt)*, [1987] DCA [8-1] 162 (C.A.C.F.P.) voulant que «le fait d’avertir un employé des conséquences qu’il encourt s’il continue d’agir de façon inacceptable représente plus qu’une formalité ou qu’une politesse dont on ne fait profiter que les employés appréciés par ailleurs; c’est un principe de justice élémentaire.» (*Dansereau*, à la page 457, non souligné dans le texte.)

56 Un deuxième jugement de la Cour reconnaissant l’existence de l’obligation d’agir équitablement dans ce contexte a été rendu dans l’affaire *Clare, supra*. Il s’agissait du rendement d’un employé jugé insatisfaisant en raison de stress dû à des problèmes familiaux et professionnels. L’intimé avait sans cesse requis de l’aide dans le cadre du Programme d’aide aux employés, mais l’employeur, bien qu’il fût tenu par les dispositions de son propre manuel d’envoyer en consultation un employé souffrant de problèmes de santé ou de comportement, n’a rien fait dans ce sens. Dans les motifs que j’ai rédigés au nom de la Cour à l’unanimité, j’ai statué, en me fondant sur les faits de la cause, qu’il fallait obligatoirement envoyer l’employé en consultation lorsqu’il en faisait la demande. J’ai explicitement rattaché cette obligation aux exigences d’équité (à la page 661).

57 Comme l’a formulé le juge Dickson (alors juge puîné) dans l’affaire *Martineau c. Comité de discipline de l’Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, à la page 631: «En conclusion, la simple question à laquelle il faut répondre est celle-ci: compte tenu des faits de ce cas particulier, le tribunal a-t-il agi équitablement à l’égard de la personne qui se prétend lésée? Il me semble que c’est la question sous-jacente à laquelle les cours ont tenté de répondre dans toutes les affaires concernant la justice naturelle et l’équité.»

4) Questions subsidiaires

58 Avant d’aborder les autres voies de recours appropriées, il y a lieu d’examiner deux questions subsidiaires. La première consiste à savoir si le cas sous étude peut se différencier de celui de *Knight* par le fait que la décision de l’administrateur général re-

dent's release from the Public Service was not a "final" decision. In my view it cannot. There is much jurisprudence to the effect that a decision does not have to be final in order for a duty of fairness to attach. As expressed by H. W. R. Wade in *Administrative Law*, 6th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1988) at pages 570-571, the power to recommend can also import the duty to be fair:

Natural justice is concerned with the exercise of power, that is to say, with acts or orders which produce legal results and in some way alter someone's legal position to his disadvantage. But preliminary steps, which in themselves may not involve immediate legal consequences, may lead to acts or orders which do so. In this case the protection of fair procedure may be needed throughout, and the successive steps must be considered not only separately but also as a whole. The question must always be whether, looking at the statutory procedure as a whole, each separate step is fair to persons affected.

...

In general, however, the courts are favourable to the observance of natural justice in the making of preliminary investigations and reports which may lead to serious legal consequences to some person. [Emphasis added; footnotes omitted.]

59 In short, where the power to recommend or advise holds the potential for significantly adverse consequences for the person concerned, as herein, it is clear that a duty to act fairly can arise: see *Munro (Re)* (1993), 105 D.L.R. (4th) 342 (Sask. C.A.); *Abel et al. and Advisory Review Board et al., (Re)* (1979), 24 O.R. (2d) 279 (Div. Ct.), aff'd (1980), 31 O.R. (2d) 520 (C.A.); and J. M. Evans, ed., *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. (London: Stevens and Sons, 1980) at pages 233-237.

60 The other subsidiary issue that must be addressed pertains not to the existence of the duty, but to its scope. In my view, a distinction must be drawn between the question of whether a duty exists and the question of what an existing duty entails. A determination of the scope of the duty owed is im-

commandant le congédiement de l'intimée de la fonction publique n'était pas «finale». À mon avis, la réponse est non. Une abondante jurisprudence veut qu'une décision ne soit pas obligatoirement finale pour qu'une obligation d'équité s'y rattache. Comme le dit H. W. R. Wade dans *Administrative Law*, 6^e éd. (Oxford: Clarendon Press, 1988) aux pages 570 et 571, le pouvoir de recommander peut aussi comporter l'obligation d'agir équitablement:

[TRADUCTION] La justice naturelle se rapporte à l'exercice du pouvoir, c'est-à-dire aux actes et ordres qui ont des effets juridiques et qui, d'une certaine façon, modifient la situation juridique d'une personne en la désavantageant. Cependant, les étapes préliminaires qui, par elles-mêmes, n'ont pas de conséquences juridiques immédiates, peuvent conduire à des actes ou des ordres qui en entraînent. Dans ce cas, la protection qu'offre une procédure équitable se révélerait nécessaire tout au long et les étapes successives doivent être considérées non seulement séparément, mais dans leur ensemble. La question qui doit se poser est celle de savoir si chaque étape, vue dans le cadre d'ensemble de la procédure légale, est équitable envers les personnes touchées.

...

En général, cependant, les tribunaux favorisent le respect de la justice naturelle dans les enquêtes préliminaires et les rapports qui peuvent avoir de graves effets juridiques sur une personne. [Non souligné dans le texte; les renvois sont omis.]

En somme, lorsque le pouvoir de recommander ou d'aviser peut éventuellement avoir de graves conséquences défavorables pour la personne concernée, comme c'est le cas en l'espèce, il est clair qu'une obligation d'agir équitablement peut en résulter: voir *Munro (Re)* (1993), 105 D.L.R. (4th) 342 (C.A. Sask.); *Abel et al. and Advisory Review Board et al., (Re)* (1979), 24 O.R. (2d) 279 (C. div.), confirmé par (1980), 31 O.R. (2d) 520 (C.A.); et J. M. Evans, éditeur, *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4^e éd. (Londres: Stevens and Sons, 1980) aux pages 233 à 237. 59

La deuxième question subsidiaire qui se pose porte, non pas sur l'existence de l'obligation, mais sur sa portée. À mon avis, une distinction s'impose entre l'existence de l'obligation et les effets qu'elle entraîne. Il importe de déterminer la portée de l'obligation d'équité pour deux raisons: (i) c'est sur elle 60

portant for two reasons: (i) it is the basis on which one evaluates whether an adequate alternative remedy for a breach of the duty exists, and (ii) it cannot be presumed that the duty of fairness can only be satisfied by way of an oral hearing. A hearing is by far the safest procedure, and the one least likely to be challenged successfully, but the opportunity to be heard may, in some circumstances, be satisfied, for example, by the submission of written representations. In other cases, such as *Dansereau and Clare*, one is not even dealing with the question of a hearing. There is a continuum of requirements of the duty of fairness depending on the context and circumstances of any one case: see *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, at pages 895-896; *Knight, supra*, at page 682; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, at pages 326-327; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at page 196; and *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385, at page 402.

61 Generally speaking, the scope of the duty entails at a minimum providing the person affected “an adequate opportunity of knowing the case that must be met, of answering it and putting forward the party’s own position” (*Thomson, supra*, at page 402, *per* Cory J. for the majority). As discussed above, this minimum standard is reflected in the Government Security Policy which requires that before enhanced reliability status is denied, an applicant must be told why, and be given an opportunity to respond to the facts on which the decision is premised.

62 The Trial Judge’s findings, as discussed above, reflect this approach to the scope of the duty owed. Although he explicitly refrains from making a finding as to whether or not the duty of fairness has been breached in this case (reasons, at page 321), his findings implicitly lead to that conclusion: the respondent had no notice that the revocation of her enhanced reliability status was possible, nor that she

qu’on se fonde pour évaluer s’il existe une autre voie de recours appropriée en cas d’inexécution de l’obligation, et (ii) on ne saurait présumer que l’obligation d’équité puisse être remplie uniquement par une audition orale. Une audition est de loin la procédure la plus sûre et la moins susceptible d’être contestée avec succès, mais on peut, dans certains cas, se faire entendre par le biais d’observations écrites. Dans d’autres causes, comme celles de *Dansereau et Clare*, aucune allusion n’est même faite à la question d’audition. On constate une suite d’exigences relatives à l’obligation d’équité suivant le contexte et les circonstances propres à chaque cas: voir *Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, aux pages 895 et 896; *Knight, supra*, à la page 682; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, aux pages 326 et 327; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75; *Singh et autres c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la page 196; et *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l’Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385, à la page 402.

De façon générale, la portée de l’obligation a pour corollaire qu’à tout le moins la personne touchée «ait une possibilité suffisante de connaître la preuve contre laquelle elle doit se défendre, de la réfuter et de présenter sa propre preuve» (*Thomson, supra*, à la page 402, le juge Cory pour la majorité). Comme on l’a vu plus haut, cette norme minimale se reflète dans la politique gouvernementale sur la sécurité prescrivant qu’un candidat a le droit de savoir d’avance pourquoi la cote de fiabilité approfondie lui sera refusée et d’avoir l’occasion de réfuter les faits sur quoi se fonde la décision. 61

Les conclusions du juge de première instance qu’on a discutées plus tôt, traduisent cette approche au regard de l’obligation qui est due. Bien qu’il s’abstienne expressément de conclure à l’exécution ou non de ce devoir dans ce cas d’espèce (motifs, à la page 321), ses conclusions mènent implicitement au constat suivant: l’intimée n’a pas été avertie de l’éventuelle révocation de sa cote de fiabilité appro- 62

could be released from the Public Service. She was not given an opportunity to make submissions, nor was she interviewed or consulted before the deputy head reached his decision to revoke (at pages 312 and 321).

fondie ni de son renvoi possible de la fonction publique. Elle n'a pas eu l'occasion de présenter des observations ni n'a été entendue ou consultée avant la décision de l'administrateur général recommandant son renvoi (aux pages 312 et 321).

63 At this point, I would like to acknowledge that the duty of fairness in the context of section 31 the PSEA does not automatically require the deputy head to grant an employee an oral hearing before forming a recommendation to release. In a typical section 31 case, the duty of fairness is inherently met by the employer following the prescribed review and performance evaluation procedures. However, in a non-typical case, such as one involving a recommendation to revoke enhanced reliability status, which is based on an investigative process, the scope of the duty owed may require additional procedural safeguards not part of the standard process. Each case, or each type of case, must, in accordance with the jurisprudence of the Supreme Court, be assessed on the basis of its own particular circumstances.

J'aimerais, à ce stade-ci, reconnaître que l'obligation d'agir équitablement dans le contexte de l'article 31 de la LEFP, n'impose pas automatiquement à l'administrateur général l'obligation d'accorder une audition à l'employé(e) avant de recommander son congédiement. Dans un cas typique relevant de l'article 31, l'obligation d'équité est intrinsèquement remplie lorsque l'employeur se conforme aux procédures établies régissant l'examen et les évaluations de rendement. Toutefois, lorsque le cas n'est pas typique, comme l'est la recommandation de révoquer la cote de fiabilité approfondie, laquelle repose sur une procédure d'enquête, la portée de l'obligation peut nécessiter des garanties procédurales additionnelles qui ne font pas partie du processus normal. L'évaluation de chaque cas ou type de cas doit se faire, d'après la jurisprudence de la Cour suprême, en fonction des circonstances qui lui sont propres.

63

64 The reason the duty of fairness must exist in the context of a recommendation to release is simple: the overriding purpose of procedural safeguards is to ensure that decisions that have a profound and significant effect are made on an informed basis. In my opinion, the procedures necessary to achieve these goals in the context of a recommendation based on an investigation are clearly different than those necessary to achieve these goals in the context of a recommendation based on a series of unsatisfactory job performance evaluations (incompetence) or a self-evident inability to perform the requisite job tasks (incapacity).

L'obligation d'équité doit exister dans le contexte d'une recommandation de renvoi, pour une raison bien simple: l'objectif premier des garanties procédurales consiste à faire en sorte que les décisions qui ont des répercussions appréciables et profondes doivent être prises en pleine connaissance de cause. À mon avis, les procédures nécessaires pour atteindre ces objectifs selon qu'il s'agit d'une recommandation fondée sur une enquête sont clairement différentes de celles qui sont nécessaires pour atteindre ces objectifs lorsqu'il s'agit d'une série d'évaluations de rendement insatisfaisant (incompétence) ou d'une inaptitude évidente à s'acquitter des tâches requises (incapacité).

64

65 In a typical recommendation to release for incompetence the duty of fairness is inherently met and the recommendation is inherently informed. The recommendation is based on a history of documented evaluation reports which serve as a warning to the employee that improvement in his or her job performance is necessary. The employee receives

L'obligation d'agir équitablement et en connaissance de cause est intrinsèquement remplie dans une recommandation typique de renvoi pour incompétence. Celle-ci se fonde sur une succession de rapports d'évaluation documentés servant à avertir l'employé(e) qu'une amélioration de son rendement s'impose. L'employé(e) reçoit ces rapports périodi-

65

the performance evaluations over time, has the opportunity to respond to them, and has the opportunity to improve his or her performance as required. As a result, there can be little question that the deputy head's recommendation is informed, or that the employee has been treated fairly. Procedural safeguards and fairness are inherent in a typical incapacity case as well. The illness or disability causing the incapacity is self-evident. Either the employee can or cannot perform his or her employment duties. It is not, therefore, that no duty of fairness exists in the typical case under section 31 of the PSEA, but that the duty is inherently met by the existing safeguards.

66 However, the circumstances of the case at bar are not typical. The deputy head's recommendation to release was based on the results of an investigative process, and not on an evaluation of essentially indisputable evidence. The existence of a relationship of some sort is not at issue in this case, but the conflict as to the true nature and depth of the relationship was never resolved as a matter of fact. The inmate alleged that the relationship was a sexual one, and the investigative reports suggest that possibility as well. This information was the only evidence before the deputy head when he made his decision to revoke the respondent's enhanced reliability status, and therefore formed the foundation for that decision. As a result, his failure to provide the respondent with disclosure of the case against her and to afford her an opportunity to refute the allegations of a sexual relationship takes on a critical import. Certainly the respondent's reliability would be less questionable in the deputy head's eyes were the relationship in issue classified as a benign acquaintanceship, as opposed to one of sustained intimacy. It would also help explain why the relationship was not reported.

67 Lord Denning addressed the existence and scope of a duty of fairness in such a context in a statement endorsed by our own Supreme Court in the minority reasons of Dickson J. (as he then was) in *Martineau*, *supra*, at page 624, and in the reasons of Estey J. for the Court in *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, at

quement, à l'occasion de les commenter et de réévaluer les progrès qu'on exige de lui (ou d'elle). Par conséquent, on ne saurait douter que la recommandation de l'administrateur général est prise en connaissance de cause ou que l'employé(e) a été bien traité(e). Les garanties procédurales et l'équité sont également inhérentes à un cas typique d'incapacité. La maladie ou l'invalidité dont elle résulte s'explique d'elle-même. Ou bien l'employé(e) peut s'acquiescer de ses fonctions ou bien il (ou elle) ne le peut pas. Cela ne veut pas dire que l'obligation d'équité n'existe pas dans le cas typique relevant de l'article 31 de la LEFP, mais que cette obligation est intrinsèquement remplie par les garanties procédurales en vigueur.

Toutefois, les circonstances entourant le cas sous examen ne sont pas typiques. La recommandation de renvoi, faite par l'administrateur général, se fondait sur les résultats d'une enquête et non sur l'évaluation de preuves essentiellement indiscutables. L'existence d'une relation quelconque n'est pas en cause ici, mais le litige portant sur la nature et l'intensité véritables de cette relation n'a jamais été élucidé dans les faits. Le détenu allègue qu'il s'agissait d'une relation d'ordre sexuel et les rapports d'enquête laissent également entrevoir cette possibilité. C'est de ce seul renseignement que l'administrateur général disposait et sur lequel il s'est fondé pour prendre la décision de révoquer la cote de fiabilité approfondie de l'intimée. Partant, le fait qu'il ait omis de mettre l'intimée au courant des éléments de preuve qui jouaient contre elle et de lui donner la possibilité de réfuter les allégations de relation sexuelle, revêt une importance cruciale. L'administrateur général aurait certainement moins douté de la fiabilité de l'intimée si cette relation n'était autre qu'une simple amitié anodine, par opposition à une intimité soutenue. Cela aiderait aussi à comprendre pourquoi la relation en question n'a pas été rapportée.

67 Lord Denning s'est penché sur la question de l'existence et de la portée de l'obligation d'équité dans pareil contexte, dans une déclaration que la Cour suprême a faite sienne (voir les motifs rédigés pour la minorité par le juge Dickson (alors juge puîné), dans l'arrêt *Martineau*, *supra*, à la page 624 et dans ceux du juge Estey au nom de la Cour dans

66

67

page 217. In *Selvarajan v Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.), at page 19, Lord Denning stated:

The fundamental rule is that, if a person may be subjected to pains or penalties, or be exposed to prosecution or proceedings, or deprived of remedies or redress, or in some such way adversely affected by the investigation and report, then he should be told the case made against him and be afforded a fair opportunity of answering it. [Emphasis added.]

l'arrêt *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, à la page 217. Dans l'affaire *Selvarajan v Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.), à la page 19, lord Denning dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Dès qu'on peut infliger des peines ou sanctions à une personne ou qu'on peut la poursuivre ou la priver de recours, de redressement ou lui faire subir de toute autre manière un préjudice en raison de l'enquête et du rapport, il faut l'informer de la nature de la plainte et lui permettre d'y répondre. [Non souligné dans le texte.]

68 In sum, it is the investigative basis for the factual underpinning of the deputy head's decision to revoke the respondent's enhanced reliability that broadens the scope of the duty of fairness owed in the circumstances of this case. In order to ensure that the revocation decision is made in an informed fashion, the minimum requirements of fairness are full disclosure and an opportunity to be heard.

68 En résumé, c'est l'enquête ayant servi à étayer dans les faits la décision de l'administrateur général de révoquer la cote de fiabilité approfondie qui étend la portée du devoir d'équité dû dans les circonstances propres à ce cas. Pour s'assurer que la révocation est décidée en connaissance de cause, les exigences minimales en matière d'équité sont la pleine divulgation et l'occasion de se faire entendre.

69 In conclusion on this point, and on the facts of this case, a duty of fairness was owed. That being said, the next issue to be addressed is whether there is an adequate alternative remedy available and whether it is capable of rectifying any breach of the fairness duty.

69 Pour conclure sur ce point et sur les faits de la présente cause, l'obligation d'agir équitablement existait. Cela dit, la question suivante consiste à savoir si une autre voie de recours est offerte qui soit appropriée et de nature à corriger un manquement quelconque à l'obligation d'équité.

VI—ADEQUATE ALTERNATIVE REMEDY

70 There are two procedural avenues that could be found to constitute an adequate alternative remedy for a breach of procedural fairness: the appeal procedure under section 31 of the PSEA, and the grievance procedure under section 91 of the *Public Service Staff Relations Act*.

VI—AUTRES VOIES DE RECOURS APPROPRIÉES

70 Deux sortes de procédures pourraient être considérées comme des voies de recours appropriées en cas de manquement à l'équité procédurale: la procédure d'appel prévue par l'article 31 de la LEFP et la procédure de grief instituée par l'article 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*.

71 In order to evaluate whether these procedures do in fact remedy a potential breach we must look to the jurisprudence relating to adequate alternative remedies. The starting point of my analysis is *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561. This case involved a student at the University of Regina who was ordered by the University authorities to discontinue his studies. The committee charged with hearing and deciding the case against

71 Pour évaluer si ces procédures corrigent en fait une violation éventuelle, il faut se tourner vers la jurisprudence relative aux autres voies de recours appropriées. Mon analyse portera en premier lieu sur l'affaire *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561. Il s'agissait en l'espèce d'un étudiant de l'Université de Regina à qui les autorités universitaires avaient enjoint d'abandonner ses études. Le comité chargé d'entendre les raisons invoquées

the student heard only one side, the University's, and decided adversely to the student. The student did not know the case against him, nor was he afforded an opportunity to correct or contradict any statement prejudicial to his position. The student later applied to the courts for the prerogative remedies of *certiorari* and *mandamus*. Beetz J. for the majority of the Supreme Court found at page 585 that the University committee decision was not a nullity, despite the breach of fairness, but that it was voidable at the insistence of the student and remained appealable until quashed by a superior court or set aside by the senate. He found that several factors must be considered in deciding whether the student's right of appeal to the senate committee was an adequate alternative remedy capable of rectifying the breach: the procedure on appeal, the composition of the appellate body, its powers and the manner in which they are exercised, as well as the burden of a previous finding, expeditiousness and costs (at page 588).

contre l'étudiant et de trancher, n'a entendu qu'une seule partie, l'université, et a rendu une décision défavorable à l'étudiant. Celui-ci ignorait ce qu'on lui reprochait et n'a pas eu l'occasion de corriger ou de réfuter une déclaration qui lui fût préjudiciable. L'étudiant a, plus tard, demandé aux tribunaux de se prévaloir des recours en *certiorari* et en *mandamus*. Le juge Beetz, parlant au nom de la majorité de la Cour suprême, a conclu, à la page 585, que la décision du comité universitaire n'était pas entachée de nullité, nonobstant le manquement au devoir d'équité, mais qu'elle était annulable à l'insistance de l'étudiant et susceptible d'appel jusqu'à ce qu'elle soit annulée par une cour supérieure ou infirmée par le sénat de l'université. Il a conclu qu'il faut tenir compte de plusieurs facteurs avant de décider si le droit d'appel de l'étudiant au comité du sénat constituait une autre voie de recours appropriée de nature à corriger le manquement: la procédure d'appel, la composition du comité du sénat, ses pouvoirs et la façon dont ils sont exercés ainsi que le fardeau d'une conclusion antérieure, la célérité et les frais (à la page 588).

72 At page 582 of his reasons, Beetz J. quotes Weatherston J. of the Ontario Divisional Court in *Polten and Governing Council of the University of Toronto et al., Re* (1975), 8 O.R. (2d) 749, at page 768 to the effect that, "if the final appeal is in effect a new trial, and not an appeal in the ordinary sense, I do not see why any want of natural justice in the intermediate appeals is not cured."

À la page 582 de ses motifs, le juge Beetz cite les propos du juge Weatherston de la Cour divisionnaire de l'Ontario dans l'affaire *Polten and Governing Council of the University of Toronto et al., Re* (1975), 8 O.R. (2d) 749, à la page 768, voulant que «si le dernier appel est en fait un nouveau procès et non un appel au sens habituel, je ne vois pas pourquoi l'absence de justice naturelle au niveau intermédiaire n'est pas corrigée.» 72

73 In sum, the majority found that the right to appeal to the senate committee afforded the student with an adequate alternative remedy because it involved an appeal to a superior body with *de novo* jurisdiction, the student would not have the burden of mitigating the previous adverse finding against him, and the senate was "equipped with the means to remedy all injustices" (*Harelkin*, at page 592).

En somme, la Cour a majoritairement conclu que le droit d'appel au comité du sénat de l'université offrait à l'étudiant une voie de recours appropriée du fait qu'elle comportait un appel auprès d'un organisme supérieur ayant compétence pour réexaminer le cas, que l'étudiant n'aurait pas le fardeau d'atténuer la conclusion antérieure qui le défavorisait et que le sénat disposait des «moyens nécessaires pour remédier à toutes les injustices» (*Harelkin*, à la page 592). 73

74 The requisite elements of an adequate alternative remedy were explored by this Court in *Canada*

La Cour a examiné les éléments que doit comporter une voie de recours additionnelle, dans l'affaire 74

Employment and Immigration Commission v. Lewis, [1986] 1 F.C. 70 (C.A.), (leave to appeal to the Supreme Court denied [1985] 2 S.C.R. viii). Mr. Lewis was an immigration officer interviewed in the course of an investigation into an incident involving an alleged assault on an immigration detainee. When interviewed, the officer had not been informed of the complaint made against him. He was under the impression that the investigation was concerned with the conduct of another officer involved in the incident. The employer argued that even if there had been a breach of the duty of fairness, the officer should not receive prerogative relief as he had not sought adjudication pursuant to the *Public Service Staff Relations Act* [R.S.C. 1970, c. P-35]. The employer viewed the adjudication procedure as an available adequate alternative remedy.

Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada c. Lewis, [1986] 1 C.F. 70 (C.A.), (autorisation de pourvoi devant la Cour suprême rejetée [1985] 2 R.C.S. viii). M. Lewis était un agent d'immigration qu'on avait interrogé au cours d'une enquête portant sur un incident relatif à une présumée agression contre un immigrant détenu. Lors de cet interrogatoire, l'agent n'avait pas été informé de la plainte formulée contre lui. Il était sous l'impression que l'enquête portait sur la conduite d'un autre agent mêlé à cet incident. L'employeur a soutenu que même si l'obligation d'équité n'avait pas été respectée, l'agent ne devrait pas bénéficier d'un recours extraordinaire, puisqu'il n'avait pas demandé le renvoi du grief à l'arbitrage conformément aux dispositions de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* [S.R.C. 1970, ch. P-35]. Aux yeux de l'employeur, cette procédure constituait une voie de recours additionnelle appropriée.

75 In *Lewis*, the majority determined that the adjudication stage of the grievance process was an adequate alternative remedy because: (i) the adjudication procedure requires the decision to be made by an independent third party; (ii) the parties could have witnesses summoned to testify on their behalf; and (iii) the employer is obliged to take the action required by the decision of the adjudicator (at page 98). As a result, the majority refused to grant the officer prerogative relief: see also *Hitchcock v. New Brunswick (Deputy Solicitor General)* (1988), 93 N.B.R. (2d) 294 (Q.B.T.D.); and *Callahan v. Newfoundland (Minister of Social Services) et al.* (1993), 113 Nfld. & P.E.I.R. 1 (S.C.T.D.).

75 Dans l'affaire *Lewis*, la Cour a majoritairement décidé que l'étape du renvoi à l'arbitrage dans le cadre de la procédure de grief était une voie de recours additionnelle appropriée parce que: (i) la procédure d'arbitrage exige que la décision soit rendue par un tiers indépendant; (ii) les parties pouvaient citer des témoins à comparaître en leur faveur; et (iii) l'employeur est obligé de prendre la mesure décidée par l'arbitre (à la page 98). À la suite de quoi, la Cour a majoritairement refusé d'accorder à l'agent le redressement demandé: voir également *Hitchcock c. New-Brunswick (Deputy Solicitor General)* (1988), 93 R.N.-B. (2^e) 294 (B.R. 1^{er} inst.); et *Callahan v. Newfoundland (Minister of Social Services) et al.* (1993), 113 Nfld. & P.E.I.R. 1 (C.S. 1^{er} inst.).

76 In summary, if the decision under attack is subject to review by an independent, superior body that is not bound or restricted by a previous finding, and that body is empowered to respond effectively to the breach of fairness, then an adequate alternative remedy exists. In my opinion, as will be seen below, there is one exception to the requirement that the review be made by an independent superior body: a *de novo* review by the original decision-maker can also serve to rectify any prior breach of fairness. I

76 En résumé, si la décision contestée peut être revue par un organisme supérieur indépendant qui n'est pas lié ou restreint par une conclusion antérieure, et si cet organisme est habilité à rectifier le manquement au devoir d'équité, on peut dire alors qu'une autre voie de recours appropriée existe. À mon avis, comme on le verra ci-après, l'exigence voulant que le réexamen soit confié à un organisme supérieur indépendant souffre une seule exception: un nouvel examen par l'autorité compétente initiale peut égale-

turn now to whether, on the facts of this case, an adequate alternative remedy exists.

77 The first process to be examined is the right of appeal to the Public Service Appeal Board under section 31 of the PSEA. The parties did not advance arguments on this point, and seem to have assumed that the Appeal Board was not an adequate remedy. However, Marceau J.A. at pages 16, 17 of his reasons finds any right to procedural fairness that may exist was “fully protected by section 31 of the *Public Service Employment Act* and satisfied by the inquiry and hearing held by the Public Service Commission Appeal Board”. With respect, I cannot agree. Under the reasoning in *Ahmad*, the Appeal Board’s powers of review are not *de novo*. It can only accept or reject the recommendation before it, and the Appeal Board must accept it unless (i) there was a failure to apply properly a statutory or other legal direction; (ii) there is proof of bad faith; or (iii) the Appeal Board is satisfied, on the basis of the material before it, that as a matter of fact the deputy head was wrong in forming the impugned opinion (at page 647). The Appeal Board in the instant case found that its powers of review were restricted to determining whether the procedure followed by the deputy head in arriving at his decision to revoke the respondent’s enhanced reliability status raised doubts about the accuracy or reliability of the information on which the decision was based. Having determined that the decision was based on the existence of an undisclosed relationship, it did not look any further into the fairness of the investigative process. As a result, although the Appeal Board is a superior body, its powers of review and redress are so limited that, in my view, it is not an adequate alternative remedy.

78 The second potential alternative remedy is the grievance procedure pursued by the respondent under section 91 of the *Public Service Staff Rela-*

ment servir à rectifier tout manquement antérieur au devoir d’équité. J’aborde maintenant la question consistant à déterminer si, d’après les faits de la présente cause, il existe une autre voie de recours appropriée.

77 Il faut tout d’abord examiner le droit d’en appeler au comité d’appel de la Commission de la fonction publique aux termes de l’article 31 de la LEFP. Les parties n’ont pas avancé d’arguments sur ce point et ont présumé, semble-t-il, que ce comité ne constituait pas une voie de recours appropriée. Cependant, aux pages 16 et 17 de ses motifs, le juge Marceau, J.C.A. conclut que tout droit éventuel à l’équité procédurale était «pleinement protégé par l’article 31 de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique* et qu’il a été observé par l’enquête et l’audition du comité d’appel de la Commission de la fonction publique». Je ne peux, en toute déférence, partager cet avis. D’après le raisonnement suivi dans l’affaire *Ahmad*, les pouvoirs de révision du comité d’appel ne sont pas *de novo*. Il peut soit accepter, soit rejeter la recommandation dont il est saisi, mais il est tenu de l’accepter sauf (i) s’il y a eu mauvaise application d’une directive légale ou juridique; (ii) s’il y a preuve de mauvaise foi; ou (iii) si le Comité d’appel est convaincu, sur la foi des documents soumis, que l’administrateur général a, de fait, commis une erreur en émettant l’opinion contestée (à la page 647). Dans le présent cas, le comité d’appel a constaté que ses pouvoirs de réexamen se limitaient à dire si la procédure suivie par l’administrateur général pour rendre sa décision de révoquer la cote de fiabilité approfondie soulevait des doutes quant à l’exactitude ou la fiabilité des renseignements sur lesquels il s’était fondé. Ayant déterminé que la décision était dictée par l’existence d’une relation non divulguée, le Comité d’appel n’a pas examiné plus à fond la question du caractère équitable de la procédure d’enquête. Il en résulte que même si le Comité d’appel est un organisme supérieur, ses pouvoirs de réexamen et de redressement sont tellement limités qu’il ne constitue pas une autre voie de recours appropriée.

78 La seconde voie de recours additionnelle appropriée est la procédure de grief engagée par l’intimé en vertu de l’article 91 de la *Loi sur les relations de*

tions Act. It is trite to note that the adjudication level of the grievance procedure under section 92 of the *Public Service Staff Relations Act* is not, in the circumstances of this case, an adequate alternative remedy as the Adjudicator found that he did not have jurisdiction to address the decision to revoke the employee's enhanced reliability status. However, it is the contention of the appellant, and the finding of Marceau J.A., that the internal review process of the grievance procedure suffices to cure any procedural defect in the initial decision to revoke the respondent's enhanced reliability status. With respect, the evidence does not support such a conclusion.

79 In the case at bar, the record does not disclose what the grievance process entailed. The respondent's union representative was given an opportunity to present some sort of submissions to the Commissioner, but there is no indication as to whether the respondent received sufficient disclosure of the case against her. Nor do we know what scope she was afforded in her presentations (Appeal Book, at page 100). I do not think we can simply assume that she was given all necessary information, nor that she was accorded an adequate opportunity to respond before the Commissioner arrived at his decision to deny the respondent's grievance. Given the importance of the nature of the relationship between the respondent and the inmate in the decision-making process, in order to be viewed as an adequate alternative remedy, it must be established that the grievance process afforded the respondent sufficient disclosure of the case she had to meet and provided her with the opportunity to respond effectively. Only then can the Commissioner be considered to have arrived at an informed decision. Some evidence is required, in my view, to support a contention that a particular process meets the requirements of an adequate alternative remedy before this Court can conclude that the breach of fairness has been cured. We are not to proceed on faith in such matters. In my view, the appellant has not established that the respondent received adequate disclosure of the basis for the deputy head's decision during the grievance process, such as the contents of the two investigative reports. Of course sufficient disclosure does not

travail dans la fonction publique. Il va de soi que l'arbitrage des griefs prévue à l'article 92 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* ne constitue pas, dans les circonstances d'espèce, une autre voie de recours appropriée, étant donné que l'arbitre s'est déclaré incompétent pour étudier la décision de révoquer la cote de fiabilité approfondie de l'employée. La partie appelante allègue toutefois, et le juge Marceau, J.C.A. conclut, que le processus d'examen interne de la procédure de grief suffit à remédier à tout vice de procédure entachant la décision initiale de révoquer la cote de fiabilité approfondie de l'intimée. Les éléments de preuve n'appuient pas une telle conclusion.

En l'occurrence, les pièces au dossier ne disent pas ce que comporte la procédure de grief. L'agent négociateur de l'intimée a eu l'occasion de présenter au commissaire des observations d'un genre ou l'autre, mais rien n'indique si l'intimée a été suffisamment informée des accusations portées contre elle, pas plus que nous ne savons de quelle latitude elle a bénéficié pour présenter ses observations (dossier d'appel, à la page 100). Je ne crois pas qu'on puisse simplement supposer qu'elle a obtenu tous les renseignements nécessaires, ni qu'elle a eu une possibilité suffisante de répliquer avant que le commissaire ne décide de rejeter son grief. Vu la nature importante de la relation entre l'intimée et le détenu au regard de la prise de décision, il faut, pour que la procédure de grief puisse être considérée comme une autre voie de recours appropriée, établir que cette procédure a permis à l'intimée d'avoir suffisamment connaissance des accusations qu'elle devait réfuter et qu'elle lui a fourni l'occasion d'y répliquer efficacement. C'est alors seulement que l'on peut considérer que le commissaire est parvenu à une décision éclairée. Des éléments de preuve sont indispensables, à mon point de vue, pour étayer une allégation voulant qu'un processus donné remplit les exigences propres à une voie de recours additionnelle appropriée, avant que la Cour ne conclue que le manquement au devoir d'équité a été réparé. Nous ne saurions procéder, en pareille matière, en faisant acte de foi. À mon avis, la partie appelante n'a pas prouvé que l'intimée a été suffisamment informée, durant la procédure de grief, des éléments sur les- 79

necessarily import full or complete disclosure.

80 Clearly, then, the appeal procedure provided for in the PSEA is not an adequate alternative remedy. Nor has it been established that the grievance procedure under section 91 of the *Public Service Staff Relations Act* would have rectified the breach.

VII—CONCLUSION

81 The appeal should be dismissed with costs.

¹ Now reported at [1995] 1 F.C. 306 (T.D.).

² R.S.C., 1985, c. P-33.

³ R.S.C., 1985, c. P-35.

⁴ The provision was repealed by S.C. 1992, c. 54, s. 21, brought into force June 1, 1993. The terminations which it regulated are now subject to provisions of the *Public Service Staff Relations Act* and the Public Service Commission Appeal Board is no longer involved.

⁵ The decision is now reported at (1993), 151 N.R. 181 (F.C.A.), at p. 183 [*Kampman v. Canada*].

⁶ [1995] 1 F.C. 306, at p. 316.

⁷ *Ibid.* at p. 317.

⁸ *Ibid.*, at p. 322.

⁹ R.S.C., 1985, c. F-11.

¹⁰ R.S.C., 1985, c. C-23.

¹¹ Compare on this alternative point: *Canada Employment and Immigration Commission v. Lewis*, [1986] 1 F.C. 70 (C.A.).

quels l'administrateur général a fondé sa décision, tels que la teneur des deux rapports d'enquête. Bien sûr, une divulgation suffisante ne signifie pas nécessairement qu'elle doit être pleine et entière.

Il appert donc nettement que la procédure d'appel 80 prévue par la LEFP ne constitue pas une voie de recours additionnelle appropriée, pas plus qu'il n'a été établi que la procédure de grief, objet de l'article 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, n'aurait réparé le manquement.

VII—CONCLUSION

L'appel devrait être rejeté avec dépens. 81

¹ Maintenant publiée dans [1995] 1 C.F. 306 (1^{re} inst.).

² L.R.C. (1985), ch. P-33.

³ L.R.C. (1985), ch. P-35.

⁴ Cette disposition a été abrogée par la loi qui a pris effet le 1^{er} juin 1993, L.C. 1992, ch. 54, art. 21. Les cas de cessation d'emploi qu'elle régissait relèvent aujourd'hui de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* et le Comité d'appel de la Commission de la fonction publique ne joue plus aucun rôle à cet égard.

⁵ La décision figure aujourd'hui dans (1993), 151 N.R. 181 (C.A.F.), à la p. 183 [*Kampman c. Canada*].

⁶ [1995] 1 C.F. 306, à la p. 316.

⁷ *Ibid.*, à la p. 317.

⁸ *Ibid.*, à la p. 322.

⁹ L.R.C. (1985), ch. F-11.

¹⁰ L.R.C. (1985), ch. C-23.

¹¹ Voir, à titre de comparaison sur ce point: *Commission de l'Emploi et de l'immigration du Canada c. Lewis*, [1986] 1 C.F. 70 (C.A.).