

Norman L. Wright (Applicant)

v.

Public Service Staff Relations Board (Respondent)

Court of Appeal, Jackett C.J., Thurlow and Pratte JJ.—Ottawa, June 5 and 8, 1973.

Public service—Adjudication of grievance—Jurisdiction—Employee illegally rejected after probation—Reference to adjudicator—Decision that employee's dismissal justified on other grounds—Affirmation by Staff Relations Board—Judicial review—Decision set aside—Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970, c. P-35, secs. 23, 91(1).

W, a "child careworker" in the public service, was rejected for cause after his probationary period had expired, which was illegal. He presented a grievance alleging the illegality of his rejection. The grievance was referred to adjudication. The adjudicator held that the rejection was a nullity but that W's dismissal was justified because his personality was not suited to the position. The Public Service Staff Relations Board, on a reference to it under section 23 of the *Public Service Staff Relations Act*, held that the adjudicator did not err in law in so deciding.

Held, the decision of the Board must be set aside. The rejection of W was a nullity because it was made after the expiration of the period of probation, and it could not be treated as a discharge for misconduct. Accordingly, there was no "disciplinary action" within the meaning of section 91(1) of the *Public Service Staff Relations Act* that could be referred as a grievance, and the adjudicator should therefore have dismissed the reference for lack of jurisdiction.

JUDICIAL review.

COUNSEL:

M. W. Wright and J. L. Shields for applicant.

J. E. Smith and P. Delage for respondent.

SOLICITORS:

Soloway, Wright, Houston, Killeen and Greenberg, Ottawa, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

JACKETT C.J. (orally)—This is a section 28 application¹¹ to review and set aside a decision of the Public Service Staff Relations Board answering certain questions of law or jurisdic-

Norman L. Wright (Requérant)

c.

La Commission des relations de travail dans la Fonction publique (Intimée)

Cour d'appel, le juge en chef Jackett, les juges Thurlow et Pratte—Ottawa, les 5 et 8 juin 1973.

Fonction publique—Arbitrage des griefs—Compétence—Employé illégalement renvoyé après la période de stage—Renvoi à l'arbitre—Il décide que le renvoi de l'employé est justifié pour d'autres motifs—Confirmation par la Commission des relations de travail—Examen judiciaire—Annulation de la décision—Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, c. P-35, art. 23, 91(1).

W, un «préposé au soin des enfants» dans la Fonction publique, a été renvoyé pour un motif déterminé après l'expiration de sa période de stage, ce qui est illégal. Il a présenté un grief alléguant l'illégalité de son renvoi. Le grief a été renvoyé à l'arbitrage. L'arbitre a décidé que le renvoi était nul mais que le congédiement de W était justifié car sa personnalité était incompatible avec ses fonctions. Au cours du renvoi introduit en vertu de l'article 23 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, la Commission des relations de travail dans la Fonction publique a décidé que l'arbitre n'avait pas commis d'erreur de droit en statuant ainsi.

Arrêt: il convient d'annuler la décision de la Commission. Le renvoi de W était nul car il a eu lieu une fois la période de stage terminée et on ne pouvait pas non plus le considérer comme un congédiement pour inconduite. En conséquence, il ne s'agissait pas «d'une mesure disciplinaire» au sens de l'article 91(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* qui pouvait faire l'objet d'un renvoi comme grief et l'arbitre aurait donc dû rejeter le renvoi pour défaut de compétence.

EXAMEN judiciaire.

g

AVOCATS:

M. W. Wright et J. L. Shields pour le requérant.

h

J. E. Smith et P. Delage pour l'intimée.

PROCUREURS:

Soloway, Wright, Houston, Killeen et Greenberg, Ottawa, pour le requérant.

i

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

LE JUGE EN CHEF JACKETT (oralement)—La présente demande introduite en vertu de l'article 28¹¹ vise l'examen et l'annulation d'une décision de la Commission des relations de travail dans

tion that had arisen in connection with a decision of the Chief Adjudicator on a grievance presented by the applicant and that had been referred to the Board under section 23 of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1970, c. P-35.

The applicant was employed as a "child care worker" in the Alberni Indian Student Residence when that institution became a part of the Department of Indian Affairs and Northern Development on April 1, 1969.

Pursuant to section 39 of the *Public Service Employment Act*, his position had been "excluded" from the operation of the provisions of that Act and was subject to regulations reading in part as follows:

3. Where the Department of Indian Affairs and Northern Development requires the services of a residence administrator or child care worker, the deputy head of that department

(a) shall recruit and select a person to provide those services having regard for the language requirements of the position as specified in section 20 of the *Public Service Employment Act*; and

(b) upon selecting the person to provide those services, may appoint that person to the position he is to occupy.

4. Where a person has been appointed to the position of residence administrator or child care worker, he shall be subject to sections 21, 26, 27, 31 and 32 of the *Public Service Employment Act* and to any provisions of the *Public Service Employment Regulations* relating thereto.

5. (1) A person who has been appointed to the position of residence administrator or child care worker is on probation for a period of twelve months from the date of his appointment.

(2) The deputy head may, at any time during the probation period, give notice to a person that he intends to reject that person for cause on the day stated in the notice, which day shall not be less than thirty days from the date of the giving of the notice and, that person ceases to be an employee on that day.

More than twelve months after his being employed in the Public Service, on June 25, 1970, the Department addressed a letter to the applicant giving him notice of intention "to reject" him "for cause". The applicant thereupon presented a grievance in respect of his rejection in which the "Details of Grievance" read as follows:

la Fonction publique qui répondait à des questions de droit ou de compétence soulevées à la suite d'une décision de l'arbitre en chef à l'égard d'un grief présenté par le requérant, lesdites questions ayant été renvoyées à la Commission en vertu de l'article 23 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-35.

b Le requérant était employé à titre de «préposé au soin des enfants» au foyer scolaire pour Indiens d'Alberni quand, le 1^{er} avril 1969, le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien en prit la gestion.

c En vertu de l'article 39 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, son poste a été «soustrait» à l'application de ladite loi et soumis à un règlement dont voici un extrait:

d 3. Lorsque le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien requiert les services d'un administrateur de foyer scolaire ou d'un préposé au soin des enfants, le sous-chef de ce ministère

e a) doit recruter et sélectionner une personne pour fournir ces services, en tenant compte des exigences linguistiques du poste précisées à l'article 20 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*; et

b) peut titulariser dès sa sélection la personne qui doit fournir ces services.

f 4. Une personne nommée au poste d'administrateur de foyer scolaire ou de préposé au soin des enfants est assujettie aux articles 21, 26, 27, 31 et 32 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et à toute disposition du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique* qui s'y rapporte.

g 5. (1) Une personne nommée au poste d'administrateur de foyer scolaire ou de préposé au soin des enfants est en stage pendant douze mois à compter de la date de sa nomination.

h (2) Le sous-chef peut, à tout moment au cours du stage, prévenir une personne qu'il se propose de la renvoyer pour un motif déterminé le jour précisé dans le préavis, c'est-à-dire au moins trente jours après la remise du préavis, et cette personne cesse d'être un employé ce jour-là.

i Le requérant était à l'emploi de la Fonction publique depuis plus de douze mois lorsque, le 25 juin 1970, le ministère lui a adressé une lettre l'avisant de son intention de le «renvoyer pour un motif déterminé». Le requérant a, par la suite, présenté un grief à l'égard de son renvoi; l'«exposé du grief» se lit comme suit:

On June 30, 1970, I was given a letter dated June 25, 1970, advising me that I was to be rejected under section 28(3) of the Public Service Employment Act and told my employment with the Department would terminate on July 31, 1970.

In accordance with Schedule "A" of the Public Service Staff Relations Act regulations, my probationary period expired on October 1, 1969 and my service cannot be terminated under Section 28(3) of the Public Service Employment Act.

In due course, there was a reference of this grievance to "Adjudication" and the matter was dealt with by the Chief Adjudicator.

The Chief Adjudicator disposed of a preliminary objection by the "Employer" that this reference was not "adjudicable" by holding that the "so-called 'rejection' of the aggrieved employee under Section 28 of the Public Service Employment Act was a nullity, and that he must be regarded as an employee who had completed his probationary period on March 31, 1970, and was at a later date effectively discharged." He therefore directed "that a hearing be held on the merits". This is explained by a passage in the Chief Adjudicator's decision after the hearing on the merits, which reads as follows:

Naturally and correctly, the original grievance contested the so-called "rejection on probation," but it was not until some weeks after the matter had been referred to adjudication that counsel for the Employer acknowledged the departmental error in proceeding under Section 28 of the Public Service Employment Act, which was not and could not be applicable to Mr. Wright's case. I wish to make it clear, however, that I am making this decision on the merits, i.e. on the real issue in dispute, and not upon any question of law or procedure. The real issue is whether, on June 30, 1970, there existed proper grounds for terminating Mr. Wright's employment, by whatever name that termination might be called.

After the hearing on the merits, the Chief Adjudicator made a finding that appears from the following passage of his reasons:

I have arrived at my conclusion in this case by a somewhat different route from those favoured by the parties. To terminate Mr. Wright's employment was disciplinary action within the meaning of Section 91(1)(b) of the Public Service Staff Relations Act, but the grounds on which the Employer proceeded were not specific offences in the usual sense. The employer contends that discharge was deserved by reason of "incompetence." The bargaining agent argues in effect that Mr. Wright did his job too well and that the problems

[TRADUCTION] Le 30 juin 1970, j'ai reçu une lettre datée du 25 juin 1970 m'avisant que j'étais renvoyé en vertu des dispositions de l'article 28(3) de la Loi sur l'emploi dans la Fonction publique et qu'à dater du 31 juillet 1970, je cessais d'être employé par le ministère.

^a Aux termes de l'annexe «A» du règlement relatif à la Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, ma période de stage se terminait le 1^{er} octobre 1969 et il ne peut être mis fin à mon emploi en vertu de l'article 28(3) de la Loi sur l'emploi dans la Fonction publique.

^b Par la suite, le grief a été renvoyé à l'«arbitrage» et l'arbitre en chef s'est occupé de la question.

L'arbitre en chef a réglé une objection préliminaire de l'«employeur», selon laquelle ce renvoi n'était pas susceptible d'être porté «en arbitrage», étant donné qu'est «nul ce qu'on appelle le «renvoi» de l'employé s'estimant lésé, décidé aux termes de l'article 28 de la Loi sur l'emploi dans la Fonction publique; . . . que l'employé en question doit être considéré comme ayant terminé sa période de stage le 31 mars 1970 et qu'il avait depuis cette date été de fait congédié.» Il a donc ordonné «qu'une audition soit tenue sur le bien-fondé du grief».

Après l'audition sur le bien-fondé du grief, l'arbitre en chef a expliqué son point de vue dans le passage suivant de sa décision:

^f Naturellement et avec raison, le grief primitif contestait ce qui est appelé le «renvoi en période de stage»; ce n'est toutefois que quelques semaines après le renvoi de cette affaire à l'arbitrage que l'avocat de l'employeur a admis que le Ministère a fait erreur en se fondant sur l'article 28 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, article qui ne s'applique pas au cas de M. Wright. Je dois préciser, toutefois, que je statue sur le bien-fondé, c'est-à-dire sur le fond du différend, et non sur une question de droit ou de procédure. Il s'agit de déterminer si la décision du 30 juin 1970 de mettre fin à l'emploi de M. Wright était justifiée, peu importe le nom dont on veut appeler cette cessation d'emploi.

Après l'audition sur le bien-fondé du grief, l'arbitre en chef a conclu de la façon suivante, ainsi qu'il ressort de cet extrait de ses motifs:

ⁱ Ma décision relative à la présente affaire se fonde sur des arguments quelque peu différents de ceux que préconisent les parties. Bien que les motifs invoqués par l'employeur ne soient pas des infractions au sens courant du mot, la cessation d'emploi de M. Wright constitue une mesure disciplinaire aux termes de l'article 91(1)(b) de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*. L'employeur soutient que le congédiement est justifié pour raison «d'incompétence». L'agent négociateur affirme qu'en fait M.

arising out of his employment are attributable to others rather than to him.

I do not think that either "incompetence" or "perfectionism" are the real issues. The composite of numerous factors which led to termination cannot be described in a word or even a sentence.

We are concerned here with an institution which is almost entirely committed to a very special kind of human relations. Child care workers are not engaged in industry or commerce; they cannot be correctly described as teachers or nurses or custodial officers. Their first and foremost objective is stated in Exhibit 10 to be as follows: "The child care worker seeks always to provide a home-like atmosphere for the children in his care."

In this context, it is obvious that the personal relations of a worker with the children and with his colleagues must be of very high importance. Fifteen child care workers cannot function successfully except as a team, acting in close co-operation with each other and with their administrator. Children, as is well-known, quickly sense tension between their elders. Unless the children respect those in authority, they are not likely to be loyal followers.

Unfortunately, Mr. Wright's approach to child care was not the same as that of the administrator or most of his colleagues. He has considerable ability and a strong assertive personality. The result was that he gradually became what might be termed leader of the opposition. Perhaps without being fully aware of what he was doing, his activities tended to polarize opinion among the child care workers and produce two distinct factions. It seems clear to me that conditions which had developed at the Residence in the spring and early summer of 1970 could not be allowed to continue.

I do not for a moment suggest that Mr. Wright was exclusively at fault. As Mr. Andrews observed in his probation report, all humans are imperfect and few are more perfect than others. However, the circumstances were such and Mr. Wright's character is such that he recruited both supporters and opponents throughout the institution. There was testimony, which I accept, that in his absence during the current year factionalism has subsided and there is less tension.

I cannot accept the argument that nothing occurred between March and June of 1970 to justify the decision to terminate. The complaint about the gymnasium doors being locked was made on May 20 by a supervisor who had only arrived late in March and was already at odds with Mr. Wright. Early in June, certain staff members were threatening to resign. Although he had been clearly informed in March of an unfavourable appraisal, Mr. Wright gives no indication that he recognizes its validity or ever did. He seeks reinstatement on the basis that he did a good job, his views and his methods were correct and the motivation for discharge was improper.

Wright s'est trop bien acquitté de ses fonctions et que les difficultés découlant de son emploi sont attribuables aux autres employés plutôt qu'à son client.

Je pense que ni «l'incompétence» ni le «souci de perfection» de M. Wright ne constitue le véritable fond de la présente affaire. L'interaction des nombreux facteurs qui ont abouti à la cessation d'emploi de ce dernier ne peut se résumer en un mot ni même en une phrase.

La présente affaire concerne une institution engagée presque exclusivement dans une forme très spéciale de relations humaines. Les préposés au soin des enfants ne font partie ni d'une industrie ni d'un commerce; on ne peut les classer comme enseignants, infirmiers, ou tuteurs. Leur tâche première est décrite (pièce 10) de la façon suivante: «Le préposé au soin des enfants essaie constamment de créer l'atmosphère d'un véritable foyer pour les enfants dont il est chargé.»

Il est donc évident que les relations personnelles d'un préposé tant avec ses collègues qu'avec les enfants revêtent une très grande importance. Quinze préposés au soin des enfants ne peuvent s'acquitter de leurs fonctions avec succès qu'en formant équipe et en collaborant étroitement entre eux et avec leur administrateur. C'est un fait que les enfants se rendent rapidement compte de toute tension chez leurs aînés qui, pour gagner la confiance des enfants dont ils ont la charge, doivent mériter leurs respect.

Malheureusement, la conception que se fait M. Wright du soin des enfants diffère de celle de la plupart de ses collègues et de l'administrateur. Sa compétence marquée, jointe à sa forte personnalité, l'a graduellement amené à faire office, en quelque sorte, de chef de l'opposition. Ses activités ont eu tendance, peut-être sans qu'il s'en rende tout à fait compte, à polariser les opinions chez les préposés au soin des enfants et à créer deux camps distincts. La situation qui existait au foyer scolaire au printemps et au début de l'été 1970 ne pouvait évidemment durer.

Je ne prétends pas le moindrement que M. Wright a tous les torts. Comme le dit M. Andrews dans son rapport de stage, personne n'est parfait et peu de gens sont meilleurs que les autres. Cependant, M. Wright a réussi, étant donné les circonstances et son caractère, à se faire des partisans et des adversaires parmi le personnel du foyer scolaire. Des dépositions, que j'accepte, ont établi que depuis le départ de M. Wright, durant l'année en cours, les tensions et les dissensions se sont résorbées.

Je ne puis croire qu'il ne se soit rien produit entre mars et juin 1970 qui puisse justifier la décision de mettre fin à l'emploi de M. Wright. La plainte relative à l'incident du gymnase fermé à clé a été formulée le 20 mai par un surveillant qui ne faisait partie du personnel que depuis la fin de mars et qui était déjà en mauvais termes avec M. Wright. Au début de juin certains membres du personnel ont menacé de démissionner. Bien qu'en mars il ait été clairement mis au courant de son appréciation défavorable, M. Wright ne dit pas qu'il en reconnaît le bien-fondé ni qu'il l'a déjà reconnu. Il demande sa réintégration, alléguant qu'il a fait du bon travail, que ses vues et ses méthodes étaient

I do not doubt that Mr. Wright has energy, ability and high standards of personal conduct and efficiency. He could serve wisely and well in another capacity. In my view, society is sadly mistaken in its reluctance to utilize men in their sixties who are capable of making a useful contribution. A man like Mr. Wright, physically and mentally vigorous and far from being ready for retirement, should be in greater demand. At the same time, I find that he is unsuited to the special requirements of child care work. [The underlining is mine.]

In those circumstances, the Chief Adjudicator expressed the opinion that "a rejection while on probation would have been appropriate" but "Actually . . . the aggrieved employee was discharged, three months after probation".

The portion of the "Decision" of the Chief Adjudicator that has been treated as being the operative portion thereof reads as follows:

I conclude with regret that termination of employment was justified and was necessary for the welfare of the institution at which he had been employed. In my view, the discharge ought to have been validated formally in June by the Treasury Board, and I require that this be done forthwith.

The following questions were then referred by the applicant to the Public Service Staff Relations Board:

(a) Has the Chief Adjudicator erred in law by not accepting Mr. Wright's contention that his discharge was unlawful in that Treasury Board approval had not been requested or obtained by the Department of Indian Affairs and Northern Development as required by Section 106(d) of the Public Service Terms and Conditions of Employment Regulations (SOR/67-118 as amended)?

(b) Has the Chief Adjudicator exceeded his jurisdiction by directing the Treasury Board to give said approval to Mr. Wright's discharge.

The Board's decision, as set out in the "Reasons for Decision" of the majority, was that "the Chief Adjudicator did not err in law in respect of the issues" raised by the first question. The Board expressed no opinion concerning the Chief Adjudicator's direction to Treasury Board.

It is that "decision" of the Public Service Staff Relations Board that this Court is asked to consider and set aside under section 28 of the *Federal Court Act*.

justes et que les motifs de son congédiement ne sont pas acceptables.

Je ne doute pas que M. Wright soit énergique et capable et qu'il se conforme à des normes élevées de conduite et d'efficacité. Il pourrait rendre de précieux services dans un autre domaine. A mon avis, la société fait tragiquement erreur lorsqu'elle répugne à employer des hommes d'une soixantaine d'années qui sont encore capables d'apporter une contribution appréciable. Les hommes comme M. Wright, physiquement et mentalement vigoureux et loin d'être mûrs pour la retraite, devraient être plus en demande. J'estime toutefois que les exigences du poste de préposé au soin des enfants ne conviennent pas à M. Wright. (J'ai moi-même souligné)

Dans ces circonstances, l'arbitre en chef a déclaré qu'à son avis, «un renvoi en période de stage aurait été approprié»; mais «cependant, l'employé s'estimant lésé a, . . . été congédié trois mois après la fin de son stage».

Voici la partie de la «décision» de l'arbitre en chef qu'on a considéré comme en étant le dispositif:

Je conclus avec regret que la cessation d'emploi de M. Wright était justifiée et qu'elle était nécessaire à la bonne marche de l'institution où il était employé. A mon avis, le Conseil du Trésor aurait dû sanctionner ce congédiement en juin et je demande qu'il le fasse dès maintenant.

Le requérant a alors soumis les questions suivantes à la Commission des relations de travail dans la Fonction publique:

a) L'arbitre en chef a-t-il commis une erreur de droit en n'acceptant pas l'allégation de M. Wright selon laquelle son congédiement était illégal en ce que le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien n'avait pas demandé ou obtenu l'approbation du Conseil du Trésor, comme le stipule l'article 106d) du *Règlement sur les conditions d'emploi dans la Fonction publique* (DORS/67-118, modifié)?

b) L'arbitre en chef a-t-il outrepassé sa compétence en ordonnant au Conseil du Trésor d'approuver le congédiement de M. Wright?

La décision de la Commission, telle qu'exposée dans la «décision motivée» de la majorité portait que [TRADUCTION] «l'arbitre en chef n'a pas commis d'erreur de droit en ce qui concerne les points» soulevés dans la première question. La Commission ne s'est pas prononcée sur la directive de l'arbitre en chef au conseil du Trésor.

C'est cette «décision» de la Commission des relations de travail dans la Fonction publique qu'on demande à cette Cour d'examiner et d'an-

This Court is asked to set aside the Board's decision under section 28 on the ground that the Board "erred in law in making its decision". To decide whether the application should succeed requires, therefore, a conclusion as to what the Board was, in law, required to do.

The reference to the Board was made under section 23 of the *Public Service Staff Relations Act*, which reads as follows:

23. Where any question of law or jurisdiction arises in connection with a matter that has been referred to the Arbitration Tribunal or to an adjudicator pursuant to this Act, the Arbitration Tribunal or adjudicator, as the case may be, or either of the parties may refer the question to the Board for hearing or determination in accordance with any regulations made by the Board in respect thereof, but the referral of any such question to the Board shall not operate to suspend any proceedings in connection with that matter unless the Arbitration Tribunal or adjudicator, as the case may be, determines that the nature of the question warrants a suspension of the proceedings or unless the Board directs the suspension thereof.

In so far as directly relevant here, therefore, the section provides that

Where any question of law or jurisdiction arises in connection with a matter that has been referred . . . to an adjudicator pursuant to this Act, . . . either of the parties may refer the question to the Board for hearing or determination

Notwithstanding the use of the word "or" in the expression "hearing or determination" in section 23, I am of the view that section 23 must be read as contemplating a reference of a question of law for "determination". A reference for "hearing" only would be a useless exercise that could not have been intended.

Once it is accepted that what is contemplated by section 23 is the reference of a question of law for "determination", it would seem to me that a reference under that section is very similar in character to a reference to this Court under section 28(4) of the *Federal Court Act* and, in my view, much of my reasoning in a recent decision concerning section 28 applies equally to section 23.²

nuler en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

On demande à la Cour d'annuler la décision de la Commission en vertu de l'article 28 au motif que la Commission aurait «rendu une décision . . . entachée d'une erreur de droit». Pour décider de l'accueil de la demande, il faut donc déterminer quelles étaient, en droit, les obligations de la Commission en l'espèce.

Le renvoi à la Commission a été introduit en vertu de l'article 23 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* qui est rédigé comme suit:

23. Lorsqu'une question de droit ou de compétence se pose à propos d'une affaire qui a été renvoyée au tribunal d'arbitrage ou à un arbitre, en conformité de la présente loi, le tribunal d'arbitrage ou l'arbitre, selon le cas, ou l'une des parties peut renvoyer la question à la Commission, pour audition ou décision conformément aux règlements établis par la Commission à ce sujet. Toutefois le renvoi d'une question de ce genre à la Commission n'aura pas pour effet de suspendre les procédures relatives à cette matière à moins que le tribunal d'arbitrage ou l'arbitre, selon le cas, ne décide que la nature de la question justifie une suspension des procédures ou que la Commission n'en ordonne la suspension.

La partie de l'article qui se rapporte directement à la question à l'étude est la suivante:

Lorsqu'une question de droit ou de compétence se pose à propos d'une affaire qui a été renvoyée . . . à un arbitre, en conformité de la présente loi, . . . l'une des parties peut renvoyer la question à la Commission, pour audition ou décision

Malgré l'utilisation du mot «ou» dans l'expression «audition ou décision» à l'article 23, je suis d'avis qu'on doit interpréter cet article comme visant le renvoi d'une question de droit pour «décision». Un renvoi pour «audition» seulement serait absolument inutile et ce ne peut avoir été l'intention du législateur.

Une fois admis que l'article 23 vise le renvoi d'une question de droit pour «décision», il me semble que la nature d'un tel renvoi est très semblable à celle d'un renvoi devant cette Cour en vertu de l'article 28(4) de la *Loi sur la Cour fédérale* et, à mon avis, la plus grande partie du raisonnement que j'ai tenu dans une décision récente relative à l'article 28 s'applique également à l'article 23.²

It is important to note that section 23 is not authority for an advisory opinion such as is authorized by section 55 of the *Supreme Court Act*, under which a question is referred to the Supreme Court of Canada for "hearing and consideration" and that Court is required to express "its opinion" upon a question so referred.

The key question in determining the duty of the Board under section 23 is what is meant, in the context of section 23, by the word "determined". In my view, a question of fact is "determined" by making a finding of fact, where there has been a dispute with regard thereto, on the evidence. Similarly, in my view, a question of law is "determined" by making a finding as to the legal consequences that flow from facts as found or agreed upon, where there has been a dispute as to what such legal consequences are. It follows, in my view, that, where there is a dispute as to the correctness in law of an adjudicator's decision, the obvious, if not the only, question of law that can be "determined" by the Board is whether, on the facts as found by the adjudicator, the adjudicator's finding as to the legal consequences that flow from those facts is correct and, if not, what are the legal consequences that flow from those facts. I find it difficult to envisage any other type of question of law, as opposed to jurisdiction, that may be referred under section 23 after the adjudicator has finally disposed of the matter before him. Certainly, as I understand section 23, it does not contemplate the "determination" of a question of law that is expressed in hypothetical terms or that is of an academic character.

One further aspect of section 23 requires to be considered. It authorizes "determination" of a question of law that arises in connection with a matter that has been referred to an adjudicator but there is no express authority for the Board to implement its determination by referring the matter back to the adjudicator or by substituting a correct decision for a decision of the adjudicator that it finds to have been wrong in law. However, in spite of the lack of specific statutory direction, section 23 must, in my view, be so interpreted and applied as to make the remedy accorded thereby an effective remedy.

Il est important de remarquer que l'article 23 ne permet pas de donner des avis consultatifs comme le permet l'article 55 de la *Loi sur la Cour suprême*, selon lequel une question peut être soumise à la Cour suprême du Canada pour «audition et pour examen» et la Cour est alors tenue d'exprimer «son opinion» sur la question.

La signification, dans le contexte de l'article 23, du terme «décidé» est la clef permettant de déterminer ce que doit faire la Commission aux termes dudit article. A mon avis, une question de fait est «décidée» quand, d'après la preuve, on statue sur les faits, à la suite d'une contestation à leur égard. De même, j'estime qu'une question de droit est «décidée» quand on statue sur les conséquences juridiques découlant des faits tels qu'établis ou admis, quand il y a eu un litige sur le point de savoir quelles étaient ces conséquences. A mon avis, il s'ensuit que, s'il y a un litige quant à l'exactitude en droit de la décision d'un arbitre, la première question de droit, et peut-être la seule, que la Commission peut «décider» est de savoir si, d'après les faits établis par l'arbitre, ses conclusions quant aux conséquences juridiques en découlant sont valables et, dans la négative, quelles sont les conséquences juridiques en découlant. Il me semble difficile d'envisager d'autres questions de droit, par opposition aux questions de compétence, qui pourraient faire l'objet d'un renvoi en vertu de l'article 23 après que l'arbitre a statué sur la question qu'on lui a soumise. Sans aucun doute, selon mon interprétation de l'article 23, ce dernier ne vise pas la solution d'une question de droit exprimée en termes hypothétiques ou théoriques.

Il faut examiner un autre aspect de l'article 23. Il autorise la «décision» sur une question de droit qui se pose à propos d'une affaire renvoyée à un arbitre mais n'accorde aucun pouvoir exprès à la Commission pour donner effet à sa décision, soit en renvoyant l'affaire devant l'arbitre, soit en substituant une décision correcte à la décision de l'arbitre qui a été jugée entachée d'une erreur de droit. Toutefois, nonobstant l'absence de directives législatives précises, on doit, à mon sens, interpréter l'article 23 et l'appliquer de telle façon que le redressement qu'il accorde soit efficace. Dans une

In a case such as the present, this result flows quite readily from the statute. Where the Board has to determine the legal consequences that flow from the facts as found by the adjudicator because the adjudicator's effective decision wrongly reflects those legal consequences, for the purposes of the statute, the Board's determination replaces the adjudicator's decision so that, if the Board determines that, on the facts, the law calls for a decision that "requires any action by or on behalf of the employer", the employer will be required by section 96(4) to take the action so required and not the action required by the adjudicator's incorrect decision. In effect, for the purposes of section 96, the Board's determination, in such a case, replaces the adjudicator's decision and should be framed accordingly.

On the view that I have expressed as to the effect of section 23, there must be considerable doubt as to whether the questions referred to the Board constitute a reference of the only question that could properly have been referred in the circumstances to the Board under section 23. Question (a), in terms, seeks an opinion on a legal problem that would affect the correctness of the Chief Adjudicator's decision on one view as to the answer to another legal problem that arises on the facts as found by the Chief Adjudicator. Question (b) again assumes a particular view as to the answer to one legal problem that arises on those facts and seeks an answer to another legal problem. I am referring to the fact that both questions assume that there was a "discharge" of the applicant. (As I shall later indicate, there was, in my opinion, no basis, on the facts, for such an assumption.) On a very strict approach to the problem, one might, therefore, take the position that there had never been a reference to the Board for "determination" of a question such as is contemplated by section 23 and that the Board should have disposed of the matter accordingly.³ Possibly unduly influenced by the very long delay that has occurred, I have concluded that it is unnecessary to take such a strict view of the matter. It is clear that what the applicant was referring to the Board was a question of law as to whether the Chief Adjudicator's decision correctly reflected the legal consequences flowing

affaire telle que la présente, un tel résultat découle naturellement de la loi. Quand la Commission doit décider des conséquences juridiques découlant des faits tels qu'établis par l'arbitre, parce que la décision définitive de l'arbitre les reflète de façon erronée, en vertu de la loi la décision de la Commission vient remplacer celle de l'arbitre. En conséquence, si la Commission décide que, vu les faits, la décision «exige» en droit «qu'une mesure soit prise par l'employeur», ce dernier sera tenu, en vertu de l'article 96(4), de prendre toute mesure ainsi requise et non de prendre les mesures que la décision incorrecte de l'arbitre demandait. En fait, aux fins de l'article 96, la décision de la Commission dans un tel cas remplace la décision de l'arbitre et elle doit être rédigée en conséquence.

^d Selon le point de vue que j'ai exprimé quant à l'effet de l'article 23, on peut sérieusement mettre en doute que les questions renvoyées à la Commission constituent un renvoi de la seule question que, dans les circonstances, on pouvait à bon droit soumettre à la Commission en vertu de l'article 23. La question a) vise, en fait, à obtenir un avis sur un problème juridique qui influencerait sur l'exactitude de la décision de l'arbitre en chef en utilisant la réponse à un autre problème juridique soulevé par les faits établis par l'arbitre en chef. La question b) présume aussi une solution donnée, en réponse à un problème juridique soulevé par ces faits, et cherche à obtenir une réponse à un autre problème juridique. Je me réfère au fait que les deux questions présupposent qu'il y a eu «congédiement» du requérant. (Comme je l'indiquerai plus loin, à mon avis, les faits ne permettaient aucunement de fonder une telle présomption.) En envisageant le problème de façon très rigoureuse, on pourrait donc soutenir qu'il n'y a jamais eu renvoi à la Commission pour «décision» d'une question en la forme prévue à l'article 23 et que la Commission aurait dû trancher en conséquence.³ Il est possible que je sois indûment influencé par la longue période de temps qui s'est écoulée, mais j'ai conclu qu'il est inutile d'adopter en l'espèce un point de vue aussi rigoureux. Manifestement le requérant renvoyait à la Commission une question de droit portant sur le point de savoir si la décision de

from the facts as found by him and I think it may be inferred that what the Board was being asked to do was to make a "determination" that truly reflects the legal consequences flowing from those facts having regard to the statutory jurisdiction of an adjudicator.

On that view of the matter, what has to be decided on this application is what the Board's determination should have been on the reference to it under section 23, namely,

- (a) Was the Chief Adjudicator's disposition of the reference to him wrong as a matter of law? and
- (b) If his disposition of the matter was wrong in law what disposition should the Chief Adjudicator have made of it?

Before considering that matter, it is necessary to make some reference to the statutory provisions that are relevant to the various points that arise.

The reference of a grievance to adjudication is part of the grievance procedure established by and pursuant to the *Public Service Staff Relations Act*, the relevant provisions of which read as follows:

PART IV
GRIEVANCES

Right to Present Grievances

90. (1) Where any employee feels himself to be aggrieved
- (a) by the interpretation or application in respect of him of
- (i) a provision of a statute, or of a regulation, by-law, direction or other instrument made or issued by the employer, dealing with terms and conditions of employment, or
- (ii) a provision of a collective agreement or an arbitral award; or
- (b) as a result of any occurrence or matter affecting his terms and conditions of employment, other than a provision described in subparagraph (a)(i) or (ii),

in respect of which no administrative procedure for redress is provided in or under an Act of Parliament, he is entitled, subject to subsection (2), to present the grievance at each of the levels, up to and including the final level, in the grievance process provided for by this Act.

l'arbitre en chef reflétait correctement les conséquences juridiques découlant des faits tels qu'il les avaient établis et je pense qu'on peut en déduire qu'on demandait à la Commission de rendre une «décision» qui reflète avec exactitude les conséquences juridiques découlant de ces faits, compte tenu de la compétence accordée à l'arbitre par les dispositions législatives.

Si l'on adopte ce point de vue, ce qu'il faut établir en l'espèce est quelle décision la Commission aurait dû rendre dans un renvoi en vertu de l'article 23, savoir,

- a) La solution de l'arbitre en chef dans le renvoi qu'on lui avait soumis est-elle entachée d'une erreur de droit? et
- b) Dans l'affirmative, quelle solution aurait-il dû adopter?

Avant d'étudier cette question, il est nécessaire de se rapporter à certaines dispositions législatives relatives aux différents points soulevés.

Le renvoi d'un grief à l'arbitrage fait partie de la procédure des griefs établie par la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, dont les articles pertinents sont rédigés ainsi:

PARTIE IV
GRIEFS

Droit d'exposer des griefs

90. (1) Lorsqu'un employé s'estime lésé
- a) par l'interprétation ou l'application à son égard
- (i) de quelque disposition d'une loi, d'un règlement, d'une instruction ou d'un autre instrument établi ou émis par l'employeur, concernant des conditions d'emploi, ou
- (ii) d'une disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale; ou
- b) par suite d'un événement ou d'une question qui vise ses conditions d'emploi, sauf une disposition indiquée au sous-alinéa a)(i) ou (ii),

relativement à laquelle ou auquel aucune procédure administrative de réparation n'est prévue en vertu d'une loi du Parlement, il a le droit, sous réserve du paragraphe (2), de présenter ce grief à chacun des paliers, y compris le dernier palier, que prévoit la procédure applicable aux griefs établie par la présente loi.

Adjudication of Grievances

Reference to Adjudication

91. (1) Where an employee has presented a grievance up to and including the final level in the grievance process with respect to

- (a) the interpretation or application in respect of him of a provision of a collective agreement or an arbitral award, or
- (b) disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty,

and his grievance has not been dealt with to his satisfaction, he may refer the grievance to adjudication.

Decision of Adjudicator

96. (2) After considering the grievance, the adjudicator shall render a decision thereon and

- (a) send a copy thereof to each party and his or its representative, and to the bargaining agent, if any, for the bargaining unit to which the employee whose grievance it is belongs; and
- (b) deposit a copy of the decision with the Secretary of the Board.

(4) Where a decision on any grievance referred to adjudication requires any action by or on the part of the employer, the employer shall take such action.

(5) Where a decision on any grievance requires any action by or on the part of an employee or a bargaining agent or both of them, the employee or bargaining agent, or both, as the case may be, shall take such action.

The striking difference between the scope of the matters in respect of which an employee may "grieve" under section 90(1) and the scope of matters in respect of which there may be a reference to "Adjudication" under section 91(1) is brought about by the omission from the latter provision of the matters covered in section 90(1) by paragraph (a)(i). In other words, while there is a right to "Adjudication" in respect of

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

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

there is no right to adjudication, as such, in respect of grievances in respect of the interpretation or application, in respect of the grievor, of a provision of a statute, or of a regulation, by-law, direction, or other instrument made or

Arbitrage des griefs

Renvoi à l'arbitrage

91. (1) Lorsqu'un employé a présenté un grief jusqu'au dernier palier de la procédure applicable aux griefs inclusivement, au sujet

- a) de l'interprétation ou de l'application, en ce qui le concerne, d'une disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale, ou
- b) d'une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une peine pécuniaire,

et que son grief n'a pas été réglé d'une manière satisfaisante pour lui, il peut renvoyer le grief à l'arbitrage.

Décision de l'arbitre

96. (2) Après avoir étudié le grief, l'arbitre doit rendre une décision à son sujet et

- a) en faire parvenir copie à chaque partie et à son représentant ainsi qu'à l'agent négociateur, s'il en est, pour l'unité de négociation à laquelle appartient l'employé qui a présenté le grief, et
- b) remettre une copie de la décision au secrétaire de la Commission.

(4) Lorsqu'une décision au sujet d'un grief renvoyé à l'arbitrage exige qu'une mesure soit prise par l'employeur ou de sa part, l'employeur doit prendre cette mesure.

(5) Lorsqu'une décision au sujet d'un grief exige qu'une mesure soit prise par l'employé, par un agent négociateur ou par les deux, ou de leur part, l'employé ou l'agent négociateur, ou les deux, selon le cas, doivent prendre cette mesure.

La différence frappante entre l'étendue des sujets à l'égard desquels un employé peut «faire un grief» en vertu de l'article 90(1) et l'étendue des sujets à l'égard desquels on peut faire un renvoi à l'«arbitrage» en vertu de l'article 91(1) est imputable à l'omission dans cette disposition des sujets couverts par l'article 90(1) à l'alinéa a)(i). En d'autres mots, alors qu'il existe un droit à l'«arbitrage» à l'égard de

a) l'interprétation ou l'application en ce qui concerne la personne s'estimant lésée, d'une disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale, ou

b) d'une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une peine pécuniaire,

il n'existe pas de droit à l'arbitrage proprement dit relativement aux griefs portant sur l'interprétation ou l'application, à l'égard de la personne s'estimant lésée, d'une disposition d'une loi, d'un règlement, d'une instruction ou d'un autre

issued by the employer, dealing with terms or conditions of employment.

The view upon which jurisdiction was taken by the Chief Adjudicator⁴ in this case would seem to be that reflected in the following paragraph taken from that part of the Reasons for Decision of the majority of the Board where the submissions of "Counsel for the Employer" were being summarized:

9. At first glance, the question may well arise as to whether an adjudicator has any authority to inquire into a complaint by an employee arising out of his termination of employment under the provisions of the Public Service Employment Act. *Prima facie*, the answer might appear to be in the negative. However, an adjudicator does have jurisdiction to ascertain whether what purported to be a termination under some provision of the Public Service Employment Act was in fact disciplinary action resulting in discharge. If the facts adduced in evidence in any particular case establish that termination was disciplinary, the adjudicator has the right to hear both parties and to decide whether the penalty was or was not warranted.

Apart from retirement on superannuation, the statutory law governing the Public Service as changed by the 1966-67 legislation would seem to envisage various means by which a person may become separated from employment in the Public Service. The following are expressly dealt with:

1. Resignation

See section 26 of the *Public Service Employment Act* which reads as follows:

26. An employee may resign from the Public Service by giving to the deputy head notice in writing of his intention to resign and the employee ceases to be an employee on the day as of which the deputy head accepts in writing his resignation.

2. Rejection

See section 28 of the *Public Service Employment Act* which reads as follows:

28. (1) An employee shall be considered to be on probation from the date of his appointment until the end of such period as the Commission may establish for any employee or class of employees.

(2) Where an appointment is made from within the Public Service, the deputy head may, if he considers it appropriate in any case, reduce or waive the probationary period.

(3) The deputy head may, at any time during the probationary period, give notice to the employee and to the

instrument établi ou émis par l'employeur, concernant des conditions d'emploi.

Il semble que le point de vue sur lequel l'arbitre en chef s'est appuyé pour se déclarer compétent en l'espèce⁴, se reflète dans le paragraphe suivant tiré d'une partie de la décision motivée de la majorité de la Commission dans laquelle les prétentions de «l'avocat de l'employeur» étaient résumées:

9. Une question peut se poser à première vue, et cette question est celle de savoir si un arbitre possède l'autorité voulue pour enquêter au sujet d'une plainte présentée par un employé et faisant suite à la cessation de son emploi aux termes des dispositions de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. A prime abord, la réponse peut sembler négative. Toutefois, un arbitre a effectivement compétence pour établir si ce qu'on prétend être une cessation d'emploi aux termes de quelque disposition de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* est en fait une mesure disciplinaire entraînant le congédiement. Si les faits produits comme élément de preuve dans toute affaire en particulier établissent que la cessation d'emploi est de caractère disciplinaire, l'arbitre a le droit d'entendre les deux parties et de décider si oui ou non la peine était justifiée.

Il semble que les dispositions législatives régissant la Fonction publique, telles que modifiées par la législation de 1966-67, celles portant sur la retraite avec plan de pension exceptées, prévoient différentes façons par lesquelles une personne peut perdre son emploi dans la Fonction publique. Les façons suivantes font l'objet de dispositions expresses:

1. La démission

Voir l'article 26 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, qui se lit comme suit:

26. Un employé peut démissionner de la Fonction publique en donnant au sous-chef un avis écrit de son intention de démissionner. Cet employé cesse de l'être à compter du jour où le sous-chef accepte, par écrit, sa démission.

2. Le renvoi

Voir l'article 28 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, qui se lit comme suit:

28. (1) Un employé est considéré comme stagiaire depuis la date de sa nomination jusqu'au terme de la période que la Commission peut fixer pour tout employé ou classe d'employés.

(2) Si la personne nommée fait déjà partie de la Fonction publique, le sous-chef peut, s'il le juge opportun, dans un cas quelconque, réduire le stage ou en dispenser l'employé.

(3) A tout moment au cours du stage, le sous-chef peut prévenir l'employé qu'il se propose de le renvoyer, et

Commission that he intends to reject the employee for cause at the end of such notice period as the Commission may establish for any employee or class of employees and, unless the Commission appoints the employee to another position in the Public Service before the end of the notice period applicable in the case of the employee, he ceases to be an employee at the end of that period.

(4) Where a deputy head gives notice that he intends to reject an employee for cause pursuant to subsection (3) he shall furnish to the Commission his reasons therefor.

(5) Notwithstanding anything in this Act, a person who ceases to be an employee pursuant to subsection (3)

(a) shall, if the appointment held by him was made from within the Public Service, and

(b) may, in any other case,

be placed by the Commission on such eligible list and in such place thereon as in the opinion of the Commission is commensurate with his qualifications.

3. Expiration of term employment

See section 25 of the *Public Service Employment Act*, which reads as follows:

25. An employee who is appointed for a specified period ceases to be an employee at the expiration of that period.

4. Abandonment

See section 27 of the *Public Service Employment Act*, which reads as follows:

27. An employee who is absent from duty for a period of one week or more, otherwise than for reasons over which, in the opinion of the deputy head, the employee has no control or otherwise than as authorized or provided for by or under the authority of an Act of Parliament, may by an appropriate instrument in writing to the Commission be declared by the deputy head to have abandoned the position he occupied, and thereupon the employee ceases to be an employee.

5. Lay-off

See section 29 of the *Public Service Employment Act*, which reads as follows:

29. (1) Where the services of an employee are no longer required because of lack of work or because of the discontinuance of a function, the deputy head, in accordance with regulations of the Commission, may lay off the employee.

(2) An employee ceases to be an employee when he is laid off pursuant to subsection (1).

(3) Notwithstanding anything in this Act, the Commission shall, within such period and in such order as it may determine, consider a lay-off for appointment, without competition and, subject to sections 30 and 37, in priority to all other persons, to any position in the Public Service for which in the opinion of the Commission he is qualified.

6. Discharge or Release

There are three possible classes of discharge or release, namely,

donner à la Commission un avis de ce renvoi projeté, pour un motif déterminé, au terme du délai de préavis que la Commission peut fixer pour tout employé ou classe d'employés. A moins que la Commission ne nomme l'employé à un autre poste dans la Fonction publique avant le terme du délai de préavis qui s'applique dans le cas de cet employé, celui-ci cesse d'être un employé au terme de cette période.

(4) Lorsqu'un sous-chef prévient qu'il se propose de renvoyer un employé pour un motif déterminé, conformément au paragraphe (3), il doit fournir à la Commission les raisons de son intention.

(5) Nonobstant la présente loi, une personne qui cesse d'être un employé conformément au paragraphe (3)

a) doit, si elle a accédé à son poste alors qu'elle était déjà membre de la Fonction publique, et

b) peut, dans tout autre cas,

être inscrite par la Commission sur telle liste d'admissibilité et à tel rang sur cette liste qui, de l'avis de la Commission, correspondent à ses aptitudes.

3. L'expiration de la période d'emploi

Voir l'article 25 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, qui se lit comme suit:

25. Un employé nommé pour une période spécifiée cesse d'être un employé à l'expiration de ladite période.

4. L'abandon

Voir l'article 27 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, qui se lit comme suit:

27. Lorsqu'un employé s'absente de son poste pendant une semaine ou davantage, sauf pour des raisons qui, de l'avis du sous-chef, sont indépendantes de sa volonté, ou sauf en conformité de ce qui est autorisé ou prévu par une loi du Parlement ou sous son régime, le sous-chef peut, au moyen d'un écrit approprié adressé à la Commission, déclarer que l'employé a abandonné le poste qu'il occupait. Cet employé cesse dès lors d'être un employé.

5. La mise en disponibilité

Voir l'article 29 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, qui se lit comme suit:

29. (1) Lorsque les services d'un employé ne sont plus requis, soit faute de travail, soit par suite de la suppression d'une fonction, le sous-chef peut, en conformité des règlements de la Commission, mettre l'employé en disponibilité.

(2) Un employé cesse d'être un employé lorsqu'il est mis en disponibilité en vertu du paragraphe (1).

(3) Nonobstant la présente loi, la Commission doit, dans le délai et selon l'ordre qu'elle peut fixer, étudier la possibilité de nommer, sans concours et, sous réserve des articles 30 et 37, en priorité absolue un employé mis en disponibilité à tout poste de la Fonction publique pour lequel la Commission le juge qualifié.

6. Le congédiement ou renvoi

Il existe trois catégories de congédiement ou renvoi, savoir:

(a) Release for incompetency or incapacity

See section 31 of the *Public Service Employment Act*, which reads as follows:

31. (1) Where an employee, in the opinion of the deputy head, is incompetent in performing the duties of the position he occupies or is incapable of performing those duties and should

- (a) be appointed to a position at a lower maximum rate of pay, or
- (b) be released,

the deputy head may recommend to the Commission that the employee be so appointed or released, as the case may be.

(2) The deputy head shall give notice in writing to an employee of a recommendation that the employee be appointed to a position at a lower maximum rate of pay or be released.

(3) Within such period after receiving the notice in writing mentioned in subsection (2) 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 concerned, or their representatives, are given an opportunity of being heard, and upon being notified of the board's decision on the inquiry the Commission shall,

- (a) notify the deputy head concerned that his recommendation will not be acted upon, or
- (b) appoint the employee to a position at a lower maximum rate of pay, or release the employee,

accordingly as the decision of the board requires.

(4) If no appeal is made against a recommendation of the deputy head, 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.

(b) Discharge as a penalty for breach of discipline or misconduct

See section 7(1)(f) of the *Financial Administration Act*:

7. (1) Subject to the provisions of any enactment respecting the powers and functions of a separate employer but notwithstanding any other provision contained in any enactment, the Treasury Board may, in the exercise of its responsibilities in relation to personnel management including its responsibilities in relation to employer and employee relations in the public service, and without limiting the generality of sections 5 and 6,

- (f) establish standards of discipline in the public service and prescribe the financial and other penalties, including suspension and discharge, that may be applied for

a) Le renvoi pour incompétence ou incapacité

Voir l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, qui se lit comme suit:

31. (1) Lorsque, de l'avis du sous-chef, un employé est incompetent dans l'exercice des fonctions de son poste, ou qu'il est incapable de remplir ces fonctions, et qu'il devrait

- a) être nommé à un poste avec un traitement maximum inférieur, ou
- b) être renvoyé,

le sous-chef peut recommander à la Commission que l'employé soit ainsi nommé ou renvoyé, selon le cas.

(2) Le sous-chef doit donner à un employé un avis écrit de toute recommandation visant la nomination de l'employé à un poste avec un traitement maximum inférieur ou son renvoi.

(3) Dans tel délai subséquent à la réception de l'avis mentionné au paragraphe (2) que prescrit la Commission, l'employé peut en appeler de la recommandation du sous-chef à un comité établi par la Commission pour faire une enquête au cours de laquelle il est donné à l'employé et au sous-chef en cause, ou à leurs représentants, l'occasion de se faire entendre. La Commission doit, après avoir été informée de la décision du comité par suite de l'enquête,

- a) avertir le sous-chef en cause qu'il ne sera pas donné suite à sa recommandation, ou
- b) nommer l'employé à un poste avec un traitement maximum inférieur ou le renvoyer,

selon ce qu'a décidé le comité.

(4) S'il n'est interjeté aucun appel d'une recommandation du sous-chef, la Commission peut prendre, relativement à cette recommandation, la mesure qu'elle estime opportune.

(5) La Commission peut renvoyer un employé en conformité d'une recommandation formulée aux termes du présent article; l'employé cesse dès lors d'être un employé.

b) Le congédiement en tant que sanction de manquements à la discipline ou de l'inconduite

Voir l'article 7(1)(f) de la *Loi sur l'administration financière*:

7. (1) Sous réserve des dispositions de tout texte législatif concernant les pouvoirs et fonctions d'un employeur distinct, mais nonobstant quelque autre disposition contenue dans tout texte législatif, le conseil du Trésor peut, dans l'exercice de ses fonctions relatives à la direction du personnel de la fonction publique, notamment ses fonctions en matière de relations entre employeur et employés dans la fonction publique, et sans limiter la généralité des articles 5 et 6,

- f) établir des normes de discipline dans la fonction publique et prescrire les sanctions pécuniaires et autres, y compris la suspension et le congédiement, qui peuvent

breaches of discipline or misconduct, and the circumstances and manner in which and the authority by which or whom those penalties may be applied or may be varied or rescinded in whole or in part;

(c) Others

See section 24 of the *Public Service Employment Act*, which reads as follows:

24. The tenure of office of an employee is during the pleasure of Her Majesty, subject to this and any other Act and the regulations thereunder and, unless some other period of employment is specified, for an indeterminate period.

“During the pleasure of Her Majesty” is the traditional language to describe employment by the Crown that is subject to termination without notice and without cause.

It is worthy of note that each of these ways of terminating employment may give rise to possible disputes as to whether the necessary things have in fact been done and may give rise to possible disputes as to the effect of the law. It is only, however, in the case of “disciplinary action resulting in discharge” that the appropriate method of determining the dispute is reference to adjudication.

The first stage in these proceedings is that the employer purported to “reject” the applicant after the termination of the period during which the employee could be rejected. It is common ground that the purported rejection was a nullity.

The employee’s grievance concerning that attempted “rejection” was referred to the Chief Adjudicator. Recognizing that the rejection was a nullity, the Chief Adjudicator nevertheless decided that he ought, on the basis that the void rejection was actually a disciplinary discharge, hear and determine whether that discharge was justified. Without making any finding of any “breach of discipline” or of any “misconduct”, the Chief Adjudicator found that the applicant was “unsuited to the special requirements of child care work” and concluded, in part, “that termination of employment was justified”.

être appliquées pour manquements à la discipline ou pour inconduite et indiquer dans quelles circonstances, de quelle manière, par qui et en vertu de quels pouvoirs ces sanctions peuvent être appliquées, ou peuvent être modifiées ou annulées, en tout ou en partie;

c) Divers

Voir l’article 24 de la *Loi sur l’emploi dans la Fonction publique*, qui se lit comme suit:

24. Un employé occupe sa charge durant le bon plaisir de Sa Majesté sous réserve de la présente loi et de toute autre loi ainsi que des règlements établis sous leur régime et, à moins qu’une autre période ne soit spécifiée, pendant une période indéterminée.

«Durant le bon plaisir de Sa Majesté» est l’expression traditionnelle utilisée pour qualifier l’emploi des préposés de la Couronne auquel il peut être mis fin sans avis et sans motif déterminé.

Il convient de remarquer que toutes ces façons de mettre fin à un emploi peuvent éventuellement donner lieu à des litiges sur le point de savoir si les mesures nécessaires ont effectivement été prises et peuvent éventuellement donner lieu à des litiges quant à l’effet de la loi. Toutefois, ce n’est que dans le cas «d’une mesure disciplinaire entraînant le congédiement» que la méthode appropriée pour trancher le litige est le renvoi à l’arbitrage.

En l’espèce, l’employeur a d’abord prétendu «congédier» le requérant après la fin de la période durant laquelle il pouvait être congédié. Il est admis que ce prétendu congédiement était nul.

Le grief de l’employé relatif à cette tentative de «congédiement» a été renvoyé à l’arbitre en chef. Ayant admis que le congédiement était nul, l’arbitre en chef a néanmoins décidé qu’il devait, en prenant pour acquis que le congédiement nul était en fait un renvoi à caractère disciplinaire, entendre le grief et décider si ledit congédiement était justifié. Sans établir de «manquement à la discipline» ni d’«inconduite», l’arbitre en chef a estimé que «les exigences du poste de préposé au soin des enfants ne convenaient pas» au requérant et a conclu notamment «que la cessation d’emploi . . . était justifiée».

With great respect for the very careful manner in which the Chief Adjudicator has endeavoured to bring this matter to a just conclusion on the merits, an effort for which he must be commended, I find myself constrained to conclude that there is no legal basis for his decision.

As I view the matter, there is no evidence on any of the material that was before any of the tribunals involved, including this Court, that the applicant was ever separated from his employment. The rejection was admittedly a nullity as a rejection. It did not purport to be a discharge and it certainly did not purport to be a discharge for misconduct. In my view, having attempted to separate an employee from his employment by rejection after expiration of the probationary period, the employer could not, in this case, after the event, rely on the rejection document as having effected a separation of the employee from his employment by way of dismissal for misconduct. Not only does the rejection document not, in terms, come within the statutory authority for dismissal but an employee cannot, as a matter of substance, be dismissed for disciplinary reasons or misconduct without being informed of what is alleged against him in such terms that he can make his answer thereto, not only before he is discharged but also at each stage of the grievance procedure. I repeat that, on the material available, the applicant has, in my view, never been separated from his employment. Furthermore, it is difficult to see how, on the findings of fact of the Chief Adjudicator, there could be any question of discharge for disciplinary reasons. On the finding that the applicant was "unsuited to the special requirements of child care work", it would seem that the most appropriate provision to consider in his case is section 31, which provides a special procedure and optional treatment for an employee who is "incompetent in performing the duties of the position he occupies".

On that view of the matter, there was not before the Chief Adjudicator any "disciplinary action".⁵ What there was before him was an unlawful rejection and there seems to be no possible ground for holding that he had any jurisdiction to entertain a grievance in respect

Tout en reconnaissant que l'arbitre en chef a tenté de manière très rigoureuse de trancher le bien-fondé de la question en toute équité, ce pour quoi on doit le féliciter, je suis obligé de conclure qu'il n'existe pas de fondement juridique à sa décision.

Selon mon interprétation, aucun élément de preuve ressortant des documents soumis aux tribunaux en cause, y compris cette Cour, ne permet de conclure que le requérant a perdu son emploi. Les parties ont admis que le renvoi était nul en tant que tel. Elles ne prétendent pas qu'il s'agissait d'un congédiement et encore moins d'un congédiement pour inconduite. A mon avis, ayant essayé de faire perdre son emploi à un employé en le renvoyant après l'expiration de la période du stage, l'employeur ne pouvait, dans ce cas, s'appuyer après coup sur le document de renvoi pour dire que l'employé avait perdu son emploi par suite d'un congédiement pour inconduite. Non seulement le document de renvoi ne relève pas, en sa forme, des pouvoirs de congédiement accordés par la loi mais encore un employé ne peut, sur le fond, être renvoyé pour des raisons disciplinaires ou pour inconduite sans être informé des motifs de ce renvoi de façon à lui permettre d'y répondre, avant d'être congédié et à chaque étape de la procédure de grief. Je répète que d'après les éléments de preuve soumis, à mon avis, le requérant n'a jamais perdu son emploi. En outre, il est difficile de voir comment, étant donné les conclusions de fait de l'arbitre en chef, il pourrait être question de congédiement pour des raisons disciplinaires. Ayant déterminé que «les exigences du poste de préposé aux enfants ne convenaient pas» au requérant, il semble que la disposition la plus appropriée est l'article 31 qui prévoit une procédure particulière et un choix de traitements applicables à un employé qui est «incompétent dans l'exercice des fonctions de son poste».

Vu sous cet angle, aucune «mesure disciplinaire»⁵ n'était soumise à l'arbitre en chef. Ce qu'on lui soumettait, c'était un renvoi illégal et il ne semble pas y avoir de fondement possible pour décider qu'il était compétent pour trancher un grief à cet égard. A mon avis, il aurait donc

of such a matter. He should therefore, in my opinion, have dismissed the reference for lack of jurisdiction.

It follows that the Board should on the reference under section 23 determine that, instead of deciding that there was a termination of employment that was justified and of requiring Treasury Board to validate such termination of employment, the Chief Adjudicator should have dismissed the applicant's reference of his grievance to adjudication for lack of jurisdiction.

I am, therefore, of opinion that the Board's decision should be set aside and that the matter should be referred back to the Board for determination on the basis (a) that what it was required to determine on the reference under section 23 was what decision the Chief Adjudicator should have given on the facts as found by him, and (b) that the Chief Adjudicator had no jurisdiction to deal with the applicant's reference of his grievance to adjudication.

* * *

THURLOW J. (orally)—I am in substantial agreement with the reasons for judgment of the Chief Justice but I prefer to rest my opinion on the result of a somewhat different approach to the problem.

In my view, what is subject to review in this Court under section 28 of the *Federal Court Act* as the decision of the Board is neither the Board's reasoning nor its answers to the questions as framed in the reference. Its decision, in my opinion, is its determination to confirm what the adjudicator has done. I use the word "determination" because it is the word used in section 23 of the *Public Service Staff Relations Act*. In its context there it appears to me to connote the decision, order, judgment or legal result to be reached by the Board. What is then in question before this Court is the legality of the determination that Wright was effectively discharged by the purported rejection.

In my opinion that determination is invalid in law for numerous reasons. The purported rejec-

dû rejeter le renvoi au motif qu'il n'avait pas compétence.

Il s'ensuit que la Commission, lors du renvoi en vertu de l'article 23, aurait dû déclarer, au lieu de décider que la cessation d'emploi était justifiée et de demander au conseil du Trésor de la valider, que l'arbitre en chef aurait dû rejeter le renvoi du grief du requérant à l'arbitrage au motif qu'il n'avait pas compétence.

En conséquence, j'estime que la décision de la Commission doit être annulée et l'affaire renvoyée à la Commission pour décision prenant pour acquis a) que ce qu'elle devait déterminer dans le renvoi en vertu de l'article 23, c'était quelle décision l'arbitre en chef aurait dû rendre eu égard aux faits qu'il a établis, et b) que l'arbitre en chef n'était pas compétent pour connaître du renvoi à l'arbitrage du grief du requérant.

e

* * *

LE JUGE THURLOW (oralement)—En substance, je suis d'accord avec les motifs de jugement du juge en chef mais je préfère appuyer mon point de vue sur un cheminement quelque peu différent.

A mon sens, ce qu'on soumet à l'examen de cette Cour en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, comme étant la décision de la Commission, ce n'est ni le raisonnement de cette dernière ni les réponses qu'elle a apportées aux questions présentées dans le renvoi. A mon avis, sa décision est la confirmation de l'action de l'arbitre. J'utilise le mot «décision» parce que c'est le mot utilisé à l'article 23 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*. Dans son contexte, il me semble signifier la décision, l'ordonnance, le jugement ou la conclusion juridique de la Commission. En conséquence, ce qui est soumis à cette Cour est la légalité de la décision selon laquelle Wright a été effectivement congédié à la suite du prétendu renvoi.

j

A mon avis, cette décision n'a aucune valeur en droit pour plusieurs raisons. Le prétendu

tion of Wright was a nullity. Wright's grievance was not referable to the adjudicator. There was no jurisdiction in the adjudicator to adjudge the rejection null as a rejection and no basis upon which he could adjudge it to be a discharge. It was by no means a disciplinary discharge. There is no factual basis for regarding it as a disciplinary action of any kind. It could not be regarded as a discharge and *a fortiori* it could not be regarded as a valid discharge.

I would set aside the determination of the Board and refer the matter back to the Board to be dealt with on the basis proposed by the Chief Justice.

* * *

PRATTE J.—For the reasons stated by the Chief Justice, I am of the opinion that the Chief Adjudicator did not have any jurisdiction to hear and render a decision on the applicant's grievance. In these circumstances, the question of determining whether the Chief Adjudicator had otherwise erred in law in his disposition of the grievance was purely academic and, as a consequence, could not be referred to the Public Service Staff Relations Board under section 23 of the Act, (*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1970, c. P-35). The Board had no authority to determine the two questions of law submitted by the applicant; it should have refused to answer them.

For these reasons, I am of the opinion that the decision now under attack should be set aside.

¹ 28. (1) Notwithstanding section 18 or the provisions of any other Act, the Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis, made by or in the course of proceedings before a federal board, commission or other tribunal, upon the ground that the board, commission or tribunal

(a) failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction;

renvoi de Wright était nul. Le grief de Wright ne pouvait pas faire l'objet d'un renvoi à l'arbitrage. L'arbitre n'avait pas compétence pour déclarer le renvoi nul en tant que renvoi et il n'existait aucun fondement lui permettant de déclarer qu'il s'agissait d'un congédiement. Ce n'est en aucune façon un congédiement à caractère disciplinaire. Il n'y a aucun fait permettant de le considérer comme une mesure disciplinaire quelle quelle soit. On ne peut le considérer comme un congédiement et, *a fortiori*, comme un congédiement valable.

J'annule donc la décision de la Commission et renvoie la question à cette dernière pour qu'elle l'examine comme l'ordonne le juge en chef.

* * *

LE JUGE PRATTE—Pour les motifs exposés par le juge en chef, je suis d'avis que l'arbitre en chef n'avait pas compétence pour entendre le grief du requérant et rendre une décision. Dans ces circonstances, la question de savoir si l'arbitre en chef a par ailleurs commis une erreur de droit en rendant sa décision à cet égard est absolument théorique et, en conséquence, elle ne pouvait être renvoyée à la Commission des relations de travail dans la Fonction publique en vertu de l'article 23 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-35. La Commission n'était pas compétente pour trancher les deux questions de droit soumises par le requérant; elle aurait dû refuser d'y répondre.

Pour ces motifs, je suis d'avis que la décision actuellement contestée doit être annulée.

h

¹ 28. (1) Nonobstant l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi, la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, rendue par un office, une commission ou un autre tribunal fédéral ou à l'occasion de procédures devant un office, une commission ou un autre tribunal fédéral, au motif que l'office, la commission ou le tribunal

a) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a autrement excédé ou refusé d'exercer sa compétence;

(b) erred in law in making its decision or order, whether or not the error appears on the face of the record; or
 (c) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

² See *Reference re section 107 of the Public Service Staff Relations Act* [1973] F.C. 604. As I indicated therein, the Court's power under such a provision is not, in my view, very different in kind from the power of a court to determine a question of law before trial. Compare *Libbey-Owens-Ford Glass Company v. Ford Motor Company* (1968) 38 Fox 76 and the cases referred to therein.

³ That is, by a decision saying that, as the questions posed were not questions such as are contemplated by section 23, the Board does not determine them.

I do not think, however, that so strict or technical a view is appropriate in applying this legislation. It is not exclusively a lawyer's field and a construction which favours the exercise by the Board of its jurisdiction to determine the point of law that actually arose on the matter and by this process to correct errors of law seems to be more in harmony with what was intended.

⁴ He says, "I have been obliged to deal with this reference as a disciplinary discharge".

⁵ I express no opinion as to the correctness of certain decisions of the Board and of adjudicators that are referred to in the record. The cases to which I refer are cases where an adjudicator assumed jurisdiction, although the action taken was, in form, rejection, on the view that the rejection, in the particular case, constituted, in fact, a discharge as a result of disciplinary action. As I understand what is said about those decisions (I have not had an opportunity of reading them), in each of them the rejection was otherwise valid but was found, in fact, not to be a *bona fide* exercise of the rejection power or, in any event, was found to have constituted, in fact, a discharge resulting from disciplinary action so as to give an adjudicator jurisdiction where, otherwise, the employee would be separated from his employment by "rejection". Each such case must turn on its own facts. In this case, the employee was not validly rejected and the employer is relying, after the event, on the purported rejection as having been a dismissal, which it was not, so as to justify his stand that the employee was separated from his employment when no valid action had been taken to separate him from his employment. In considering whether action taken to separate an employee from his employment that is, in form, under one authority can be treated as having been taken under another authority, consideration should be given to the very recent decision of the Supreme Court of Canada in *Bell Canada v. Office and Professional Employees' International Union, Local 131*, dated May 28, 1973—not yet reported.

b) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que l'erreur ressorte ou non à la lecture du dossier; ou

c) a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.

² Voir *In re l'article 107 de la Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* [1973] C.F. 604. Comme je l'ai indiqué en l'espèce, les pouvoirs de la Cour aux termes d'une disposition de ce genre ne sont pas très différents des pouvoirs d'un tribunal pour trancher une question de droit avant le procès. Comparer avec l'arrêt *Libbey-Owens-Ford Glass Company c. Ford Motor Company* (1968) 38 Fox 76 (et les arrêts y mentionnés).

³ C'est-à-dire, rendre une décision portant que, comme les questions posées n'étaient pas des questions de la catégorie de celles envisagées à l'article 23, la Commission ne pouvait les trancher.

Toutefois, je ne pense pas qu'un point de vue aussi rigoureux ou technique soit approprié dans la mise en œuvre de cette législation. Ce n'est pas la chasse gardée des avocats; une interprétation qui favorise l'exercice de la compétence de la Commission pour trancher une question de droit qui est effectivement soulevée dans une affaire, et ainsi permet de corriger les erreurs de droit, semble plus en harmonie avec l'intention du législateur.

⁴ Il déclarait: «Je suis obligé de considérer ce renvoi à l'arbitrage comme portant sur un congédiement disciplinaire».

⁵ Je n'exprime aucune opinion sur l'exactitude de certaines décisions de la Commission ou des arbitres mentionnées au dossier. Les cas auxquels je fais allusion sont ceux où un arbitre s'est déclaré compétent bien que l'action porte, par la forme, sur un renvoi, au motif que ce dernier, dans le cas particulier, constitue un congédiement résultant d'une mesure disciplinaire. Si je saisis bien ce qu'on a dit au sujet de ces décisions (je n'ai pas eu la possibilité de les lire), dans chaque cas le renvoi était valide, mais par ailleurs il s'est en fait avéré que ce n'était pas un exercice *bona fide* du pouvoir de renvoi ou que, de toute façon, il s'agissait en fait d'un congédiement résultant d'une mesure disciplinaire; l'arbitre se trouvait ainsi compétent dans des cas où, par ailleurs, l'employé aurait perdu son emploi par «renvoi». On doit trancher chaque cas d'après les faits en cause. En l'espèce, l'employé n'a pas été valablement renvoyé et l'employeur prétend, après coup, que le renvoi était un congédiement, ce qui n'était pas le cas, de façon à justifier son point de vue selon lequel l'employé avait perdu son emploi alors qu'aucune action valable n'avait été prise pour ce faire. En examinant si l'on peut considérer l'action prise pour que l'employé perde son emploi, c'est-à-dire la procédure formelle, en vertu d'un pouvoir comme l'ayant été en vertu d'un autre, il faudrait tenir compte d'une décision très récente de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Bell Canada c. L'Union internationale des employés professionnels et de bureau, local 131*, datée du 28 mai 1973—pas encore publiée.