

A-495-79

A-495-79

Jacques Vachon (Appellant) (Plaintiff)

v.

The Queen in right of Canada, as represented by the Deputy Minister of the Department of National Health and Welfare (Respondent) (Defendant)

Court of Appeal, Heald, Le Dain JJ. and Kerr D.J.—Ottawa, September 10 and November 10, 1981.

Public Service — Appeal from trial judgment — Appellant's probationary period was extended and he was subsequently rejected while on probation for having publicly expressed views that directly conflicted with departmental policies — Adjudicator decided that appellant had been dismissed for disciplinary reasons and that therefore he possessed jurisdiction under s. 91(1)(b) of the Public Service Staff Relations Act to determine whether or not the grievor's discharge was justified — Adjudicator held that penalty imposed not excessive — Trial Judge held that the purported rejection of the appellant while on probation was null and void, but that there was ample evidence before the Adjudicator to support his findings — Appellant contends that Trial Judge erred in failing to find that the grievance was a nullity since he found that the rejection for cause was a nullity — Whether the Adjudicator's decision is conclusive of the issue of whether the appellant's employment was validly terminated — Appeal dismissed — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 28(3),(5) — Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970, c. P-35, s. 91(1)(b) — Public Service Employment Regulations, SOR/67-129, s. 30(2).

Appeal from a judgment of the Trial Division dismissing the appellant's action against the respondent. The appellant's probationary period was extended and he was subsequently rejected while on probation pursuant to subsection 28(3) of the *Public Service Employment Act*. The reasons given for his dismissal were that the appellant appeared without prior authority on a television show, was identified in his present capacity and expressed views that directly conflicted with departmental objectives. The appellant filed a grievance which was referred to adjudication pursuant to paragraph 91(1)(b) of the *Public Service Staff Relations Act*. The Adjudicator decided that the appellant's employment had been terminated for disciplinary reasons and that accordingly he possessed jurisdiction under section 91 to determine whether or not the grievor's discharge was justified. The Adjudicator decided that the appellant had committed a serious breach of his duties warranting the imposition of a penalty and that under the circumstances, the penalty imposed, i.e. discharge, was not excessive. The appellant then commenced an action in the Trial Division asking for a declaration that subsection 30(2) of the *Public Service Employment Regulations* is *ultra vires*; that the respondent had no authority to terminate the appellant's employment under subsection 28(3) of the *Public Service Employment Act* or subsection 30(2) of the *Public Service*

Jacques Vachon (appellant) (demandeur)

c.

a

La Reine du chef du Canada, représentée par le sous-ministre de la Santé nationale et du Bien-être social (intimée) (défenderesse)

b Cour d'appel, juges Heald, Le Dain et juge suppléant Kerr—Ottawa, 10 septembre et 10 novembre 1981.

Fonction publique — Appel du jugement de première instance — La période de stage de l'appellant a été prolongée, et il a par la suite été renvoyé en cours de stage pour avoir publiquement exprimé des opinions qui étaient tout à fait contraires aux politiques du Ministère — L'arbitre a décidé que l'appellant avait été renvoyé pour des motifs disciplinaires et qu'il avait donc, en vertu de l'art. 91(1)b) de la Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, compétence pour déterminer si le congédiement du réclamant était justifié — L'arbitre a jugé que la peine imposée n'était pas excessive — Le juge de première instance a décidé que le prétendu renvoi de l'appellant en cours de stage était entaché de nullité, mais que les preuves justifiaient amplement la décision de l'arbitre — L'appellant soutient que le juge de première instance a eu tort de ne pas déclarer nul le grief, puisqu'il a conclu à la nullité du renvoi pour un motif déterminé — Il échet d'examiner si la décision de l'arbitre règle de manière définitive la question de savoir s'il a été mis fin validement à l'emploi de l'appellant — Appel rejeté — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, c. P-32, art. 28(3),(5) — Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, c. P-35, art. 91(1)b) — Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique, DORS/67-129, art. 30(2).

Appel est formé contre le jugement par lequel la Division de première instance a rejeté l'action intentée par l'appellant contre l'intimée. La période de stage de l'appellant a été prolongée, et il a, par la suite, été renvoyé en cours de stage en vertu du paragraphe 28(3) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Les motifs invoqués pour son renvoi étaient que l'appellant avait participé sans autorisation préalable à une émission de télévision, que la nature de ses fonctions avait été clairement précisée et que les opinions qu'il avait exprimées étaient tout à fait contraires aux objectifs du Ministère. L'appellant a déposé un grief qui a été renvoyé à l'arbitrage conformément à l'alinéa 91(1)b) de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*. L'arbitre a décidé que la cessation d'emploi de l'appellant se fondait sur des motifs disciplinaires et qu'il avait donc, en vertu de l'article 91, compétence pour décider si le congédiement du réclamant était justifié. L'arbitre a décidé que l'appellant avait gravement manqué à ses devoirs, ce qui justifiait l'imposition d'une peine, et que, dans les circonstances, la peine imposée, le congédiement, n'était pas excessive. L'appellant a alors institué une action devant la Division de première instance dans laquelle il demandait que soit déclaré *ultra vires* le paragraphe 30(2) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique*, que soit déclaré que l'intimée n'avait pas le pouvoir de le renvoyer en invoquant le

Employment Regulations; and that the purported termination was null and void. The Trial Judge held that there had been no authority to extend the appellant's probationary period since subsection 30(2) of the *Public Service Employment Regulations* was *ultra vires*. Accordingly, the purported rejection of the appellant on probation was null and void. The Trial Judge concluded, however, that there was ample evidence before the Adjudicator to justify his finding that the appellant was discharged for a breach of discipline. The appellant submits that the Trial Judge erred in failing to find that the grievance was a nullity and not referable to adjudication and in finding that the decision of the Adjudicator precluded the appellant's claim for damages. The first submission is based on the supposition that since the rejection for cause was a nullity, the grievance arising therefrom was also a nullity. The issue is whether the decision of the Adjudicator that the appellant was discharged for disciplinary reasons and that his discharge was justified is conclusive of the essential issue raised by the appellant's action for declaratory relief and damages—namely, whether his employment was validly terminated.

Held, the appeal is dismissed. The question whether the Adjudicator's decision is to be regarded as conclusive of the essential issue raised by the appellant's action is to be resolved not on the basis of the nullity of the rejection, but on a review of the Adjudicator's decision for jurisdictional error. An adjudicator has jurisdiction by reason of paragraph 91(1)(b) of the *Public Service Staff Relations Act* to inquire whether what purports to be a rejection for cause during a probationary period is in substance a disciplinary discharge. It is not jurisdictional error *per se* to conclude, at least at the instance of the employee, that a purported termination of employment in the form of rejection is in substance a disciplinary discharge. The Court should ask whether there is substantial evidence for decisions of fact and a rational basis for decisions of law, or mixed decisions of fact and law. The reasons given for the purported rejection afforded substantial evidence and a rational basis for the Adjudicator's conclusion. The Adjudicator's decision was made within jurisdiction.

Per Heald J. dissenting: The submission that the grievance was a nullity because the rejection for cause was a nullity is well founded since it is supported by the relevant jurisprudence. It is clear that the respondent purported to reject for cause and not to dismiss. To allow the employer, after the fact, and in the face of clear and unequivocal words in the rejection letter, to somehow convert what was clearly intended at the time to be a rejection for cause into a dismissal would distort the applicable statutory provisions and result in an injustice to the appellant. There can be no doubt about the validity of the proposition that an adjudicator fails to exercise his jurisdiction if he does not first inquire into the genuine nature of the employer's action in purporting to reject a probationary employee and that an adjudicator is not bound by the employer's characterization of his own actions, but this principle can only apply in cases where the purported rejection for cause actually occurred during the probationary period. The Trial Judge was in error in holding

paragraphe 28(3) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* ni le paragraphe 30(2) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique*, et que soit déclaré que le prétendu renvoi était nul. Le juge de première instance a décidé que, le paragraphe 30(2) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique* étant *ultra vires*, la prolongation du stage de l'appellant était illégale. Par conséquent, le prétendu renvoi de l'appellant en cours de stage était entaché de nullité. Toutefois, le juge de première instance est arrivé à la conclusion que les preuves justifiaient amplement la décision de l'arbitre selon laquelle l'appellant avait été congédié pour un manquement à la discipline. L'appellant soutient que le juge de première instance a eu tort de ne pas déclarer nul le grief et donc non susceptible d'arbitrage, et de conclure que la décision de l'arbitre avait pour effet d'empêcher l'appellant d'obtenir des dommages-intérêts. Le premier argument est fondé sur le raisonnement suivant: le renvoi pour un motif déterminé étant entaché de nullité, le grief qui en découle est également entaché de nullité. La question est de savoir si la décision de l'arbitre portant que l'appellant a été congédié pour des motifs disciplinaires et que son congédiement était justifié règle de manière définitive la principale question soulevée par l'appellant dans son action en jugement déclaratoire et dommages-intérêts—c'est-à-dire, s'il a été mis fin validement à son emploi.

Arrêt: l'appel est rejeté. Il faut trancher la question de savoir si la décision de l'arbitre règle de manière définitive la principale question soulevée dans la demande de l'appellant non pas en se fondant sur la nullité du renvoi mais sur l'examen de la décision de l'arbitre pour déterminer s'il y a défaut de compétence. Un arbitre a compétence en vertu de l'alinéa 91(1)b) de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* pour examiner si un prétendu renvoi pour un motif déterminé pendant le stage constitue de fait un congédiement disciplinaire. Décider, du moins à l'instigation de l'employé, qu'une prétendue cessation d'emploi présentée sous la forme d'un renvoi constitue en fait un congédiement disciplinaire n'entraîne pas automatiquement un défaut de compétence. La Cour doit se demander si la preuve est suffisante pour étayer les conclusions de fait et si les conclusions de droit ou les conclusions mixtes de fait et de droit sont logiques. Les motifs donnés pour le prétendu renvoi constituaient des éléments de preuve suffisants pour justifier la décision de l'arbitre. La décision de l'arbitre a été prise dans les limites de sa compétence.

Le juge Heald dissident: L'argument selon lequel le grief était nul parce que le renvoi pour un motif déterminé était entaché de nullité est bien fondé en droit puisque la jurisprudence pertinente est au même effet. Il est clair que l'intimée avait l'intention de procéder à un renvoi pour un motif déterminé et non pas à un congédiement. Permettre à l'employeur, après coup, et contrairement aux termes clairs et sans équivoque de la lettre de renvoi, de transformer en quelque sorte ce qui était au départ un renvoi pour un motif déterminé en un congédiement reviendrait à fausser l'application des dispositions législatives et entraînerait une injustice pour l'appellant. La vérité du principe qu'un arbitre refuse d'exercer sa compétence s'il ne commence pas par déterminer la véritable nature de la mesure prise par l'employeur lorsqu'il renvoie un stagiaire, et que l'arbitre n'est pas lié par la qualification attribuée par l'employeur à ses propres actions est indiscutable, mais ce principe ne peut s'appliquer qu'aux affaires dans lesquelles le

that the Adjudicator had jurisdiction pursuant to paragraph 91(1)(b) of the *Public Service Staff Relations Act*.

Jacmain v. The Attorney General of Canada [1978] 2 S.C.R. 15, followed. *Wright v. Public Service Staff Relations Board* [1973] F.C. 765, distinguished. *R. v. Ouimet* [1979] 1 F.C. 55, distinguished. *Emms v. The Queen* [1979] 2 S.C.R. 1148, distinguished. *Barnard v. National Dock Labour Board* [1953] 2 Q.B. 18, distinguished. *Fardella v. The Queen* [1974] 2 F.C. 465, distinguished. *Richard v. Public Service Staff Relations Board* [1978] 2 F.C. 344, distinguished. *Cutter Laboratories International v. Anti-dumping Tribunal* [1976] 1 F.C. 446, distinguished.

APPEAL.

COUNSEL:

John D. Richard, Q.C. and *L. H. Harnden* for appellant (plaintiff).

W. L. Nisbet, Q.C. for respondent (defendant).

SOLICITORS:

Gowling & Henderson, Ottawa, for appellant (plaintiff).

Deputy Attorney General of Canada for respondent (defendant).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HEALD J. (*dissenting*): This is an appeal from a judgment of the Trial Division [[1980] 1 F.C. 212] dismissing the appellant's action against the respondent. The essential facts in this matter are not in dispute and may be summarized as follows. On January 27, 1975, the appellant was appointed to the Federal Public Service as a senior researcher with the Public Service Commission. On February 2, 1976, as a result of a competition, he was laterally transferred to the position of consultant, Family Planning Division, in the Department of National Health and Welfare with his classification remaining the same. The appellant was considered to be on probation from February 2, 1976 until February 1, 1977. On January 27, 1977, the appellant was advised that his probationary period was being extended for an additional period of six months expiring on August 1, 1977. On March 8, 1977, the appellant was advised by a letter signed by one P. D. Doucet, Director General, Personnel

prétendu renvoi pour un motif déterminé est décidé pendant le stage. Le juge de première instance a décidé à tort que l'arbitre avait compétence en l'espèce en vertu de l'alinéa 91(1)b) de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*.

Jurisprudence: arrêt suivi: *Jacmain c. Le procureur général du Canada* [1978] 2 R.C.S. 15. Distinction faite avec les arrêts: *Wright c. La Commission des relations de travail dans la Fonction publique* [1973] C.F. 765; *R. c. Ouimet* [1979] 1 C.F. 55; *Emms c. La Reine* [1979] 2 R.C.S. 1148; *Barnard c. National Dock Labour Board* [1953] 2 Q.B. 18; *Fardella c. La Reine* [1974] 2 C.F. 465; *Richard c. La Commission des relations de travail dans la Fonction publique* [1978] 2 C.F. 344; *Cutter Laboratories International c. Le Tribunal anti-dumping* [1976] 1 C.F. 446.

APPEL.

AVOCATS:

John D. Richard, c.r. et *L. H. Harnden* pour l'appelant (demandeur).

W. L. Nisbet, c.r., pour l'intimée (défenderesse).

PROUREURS:

Gowling & Henderson, Ottawa, pour l'appelant (demandeur).

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

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

LE JUGE HEALD (*dissentant*): Il s'agit d'un appel d'un jugement de la Division de première instance [[1980] 1 C.F. 212] qui rejetait l'action qu'avait intentée l'appelant contre l'intimée. Dans cette affaire, les faits essentiels ne sont pas contestés. J'en donnerai le résumé suivant. Le 27 janvier 1975, l'appelant entré à la Fonction publique fédérale, ayant été nommé chercheur supérieur à la Commission de la Fonction publique. Le 2 février 1976, à la suite d'un concours, il a été nommé à un poste de consultant dans la Division de la planification familiale du ministère de la Santé nationale et du Bien-être social. Il s'agissait d'une mutation latérale et il conservait la même classification. L'appelant devait effectuer un stage du 2 février 1976 au 1^{er} février 1977. Le 27 janvier 1977, l'appelant a été informé que sa période de stage était prolongée de six mois et se terminerait le 1^{er} août 1977. Le 8 mars 1977, l'appelant a été informé par une lettre signée par P. D. Doucet,

Administration Directorate, Department of National Health and Welfare, Canada, that he had been rejected while on probation pursuant to subsection 28(3) of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32¹. That letter reads as follows (see A.B. pages 14 and 15):

Dear Mr. Vachon:

On behalf of the Deputy Minister and by the authority granted him under Section 28(3) of the *Public Service Employment Act*, this is to inform you that you are being rejected during your probationary period. The effective date of your rejection will be April 8, 1977, at the close of work.

You were appointed to the position of Education Consultant, Family Planning Division, on February 2, 1976, and your probationary period was extended from February 1, 1977, to August 1, 1977.

You have already been advised by the Assistant Deputy Minister, Social Service Programs Branch, of the reasons for this action. Firstly, you appeared without prior authority on a Channel 24 television program aired on February 16, 1977. Secondly, you were clearly identified in your present capacity and the views you expressed in the course of that telecast on the Family Planning Program of our Department were, in the opinion of departmental management, in direct conflict with the publicly stated objectives of the Program and your duties therein. Consequently, it is the judgment of management that these actions render it impossible for you to discharge adequately the duties of your position.

In accordance with Section 28(5) of the *Public Service Employment Act*, your name shall be placed by the Commission on such eligible list and in such place thereon as in the opinion of the Commission is commensurate with your qualifications.

From now until April 8th, you will not be required to perform any duties associated with your present position and, in consequence of that, you are hereby instructed not to enter the departmental premises. During this same period should you need to get in touch with the Department, you may contact either Mr. Dean Moodie, Executive Assistant to the Assistant Deputy Minister, Social Service Programs Branch, 992-3864, or Mr. L. Brazeau, Personnel Adviser, Welfare, 996-8331.

I understand that you have already advised the Assistant Deputy Minister, Social Service Programs Branch, that you have retained only personal memoranda or correspondence and

¹ Said subsection 28(3) reads as follows:

28. ...

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

directeur général, Direction de l'administration du personnel, ministère de la Santé nationale et du Bien-être social, Canada, qu'il avait été renvoyé en cours de stage en vertu du paragraphe 28(3) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-32¹. Cette lettre est ainsi conçue (voir D.A. aux pages 14 et 15):

[TRADUCTION] Monsieur,

Au nom du sous-ministre, je dois vous aviser que vous êtes renvoyé en cours de stage en vertu de l'article 28(3) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. La date de votre renvoi a été fixée au 8 avril 1977, à la fin de la journée de travail.

Vous avez été nommé au poste de consultant en éducation dans la Division de la planification familiale le 2 février 1976, et votre période de stage a été prolongée jusqu'au 1^{er} août 1977, alors qu'elle devait se terminer le 1^{er} février 1977.

Vous avez déjà été informé des motifs de cette mesure par le sous-ministre adjoint, Direction générale des programmes des services sociaux. Premièrement, vous avez participé sans autorisation préalable à une émission de télévision de la chaîne 24 diffusée le 16 février 1977. Deuxièmement, la nature de vos fonctions actuelles a été clairement précisée et les opinions que vous avez exprimées à l'occasion de cette émission sur le Programme de planification familiale de notre Ministère étaient tout à fait contraires, dans l'opinion de la direction du Ministère, aux objectifs officiels de ce Programme et à vos fonctions dans le cadre de celui-ci. Par conséquent, la direction estime que ces actes vous mettent dans l'impossibilité de vous acquitter de vos fonctions de manière satisfaisante.

Conformément à l'article 28(5) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, la Commission inscrira votre nom sur telle liste d'admissibilité et à tel rang sur cette liste qui, de l'avis de la Commission, correspondent à vos aptitudes.

D'ici le 8 avril, vous n'aurez pas à vous acquitter des fonctions associées à votre poste actuel et par conséquent, vous devrez vous abstenir de pénétrer dans les locaux du Ministère. Pendant cette période, si vous désirez communiquer avec le Ministère, vous pourrez vous mettre en rapport avec M. Dean Moodie, chef du cabinet du sous-ministre adjoint, Direction générale des programmes des services sociaux, 992-3864, ou M. L. Brazeau, conseiller en personnel, Bien-être social, 996-8331.

Vous avez déjà fait savoir au sous-ministre adjoint, Direction générale des programmes des services sociaux, que vous n'avez conservé que des lettres ou des notes de service personnelles et

¹ Le paragraphe 28(3) se lit comme suit:

28. ...

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

that you do not have any government property in your possession.

P. D. Doucet,
Director General,
Personnel Administration Directorate. *a*

que vous n'avez aucun bien appartenant au gouvernement en votre possession.

Le directeur général
de la Direction de l'administration
du personnel,
P. D. Doucet.

The appellant filed a grievance which was referred to adjudication pursuant to paragraph 91(1)(b) of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1970, c. P-35². *b*

L'appelant a présenté un grief qui a été renvoyé à l'arbitrage conformément à l'alinéa 91(1)*b* de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-35².

The Adjudicator decided that the appellant's employment had been terminated for disciplinary reasons and that, accordingly, he possessed jurisdiction under section 91 (*supra*) to determine whether or not the grievor's discharge was justified. After reviewing the evidence, the Adjudicator decided that the appellant had committed a serious breach of his duties as a public servant warranting the imposition of a penalty and that under the circumstances, the penalty imposed by the employer, i.e. discharge, was not excessive. The essence of the complaint against the appellant was that he had appeared on a television programme where he directly criticized the official policies of his Department and expressed views directly conflicting with the policy or objectives of the Department by whom he was employed. *c*

L'arbitre a décidé que la cessation d'emploi de l'appelant se fondait sur des motifs disciplinaires et qu'il avait donc, en vertu de l'article 91 (précité), compétence pour décider si le congédiement du réclamant était justifié. Après avoir examiné les preuves, l'arbitre a décidé que l'appelant avait gravement manqué à ses devoirs de fonctionnaire, ce qui justifiait l'imposition d'une peine et que, dans les circonstances, la peine imposée par l'employeur, le congédiement, n'était pas excessive. Le principal reproche fait à l'appelant était d'avoir participé à une émission de télévision dans laquelle il avait critiqué ouvertement les politiques officielles de son Ministère et exprimé des opinions tout à fait contraires aux politiques ou aux objectifs du Ministère qui l'employait. *d*

The appellant then commenced an action in the Trial Division asking for the following relief:

(a) a declaration that subsection 30(2) of the *Public Service Employment Regulations*, SOR/67-129, is *ultra vires*³;

L'appelant a alors institué une action devant la Division de première instance dans laquelle il demandait que: *e*

a) soit déclaré *ultra vires* le paragraphe 30(2) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique*, DORS/67-129³;

² Said paragraph 91(1)(b) reads as follows:

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

(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.

³ Said section 30 of the Regulations at all relevant times read as follows:

30. (1) The probationary period referred to in subsection (1) of section 28 of the Act for an employee who comes

(Continued on next page)

² L'alinéa 91(1)*b* se lit comme suit: *f*

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

(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.

³ L'article 30 du Règlement se lisait ainsi aux époques en cause:

30. (1) La période de stage mentionnée au paragraphe (1) de l'article 28 de la Loi pour un employé qui fait partie d'une

(Suite à la page suivante)

(b) a declaration that the respondent had no authority to terminate the employment of the appellant under the purported authority of subsection 28(3) of the *Public Service Employment Act* or of subsection 30(2) of the *Public Service Employment Regulations*;

(c) a declaration that the purported termination of the appellant's employment was null and void and of no effect whatsoever and that the appellant still retained his status as an employee as if his employment had not been terminated; and

(d) judgment in favour of the appellant of monies sufficient to compensate the appellant for wages or salary and any other benefits or privileges which he would have received if the respondent had not unlawfully terminated the appellant's employment.

b) soit déclaré que l'intimée n'avait pas le pouvoir de le renvoyer en invoquant le paragraphe 28(3) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* ni le paragraphe 30(2) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique*;

c) soit déclaré que le renvoi de l'appelant est nul et non avvenu et que l'appelant conserve son statut d'employé comme s'il n'avait pas été renvoyé; et

d) soit rendu un jugement portant paiement à l'appelant d'une somme suffisante pour le dédommager des salaires et autres avantages qu'il aurait reçus si l'intimée ne l'avait pas illégalement renvoyé.

The learned Trial Judge, following the *Ouimet*⁴ decision in this Court held that there had been no authority to extend the appellant's probationary period since subsection 30(2) of the *Public Service Employment Regulations* (*supra*) was *ultra vires*. Accordingly, in his view, the purported rejection of the appellant on probation was null and void. Then, after reviewing the authorities in this Court and in the Supreme Court of Canada, he concluded that the Adjudicator must enquire into the genuine nature of an employer's rejection of a probationary employee since the device of rejection on probation "cannot be used as a subterfuge to avoid a discharge as a penalty for a breach of discipline" [at page 220]. He then proceeded to decide the question as to whether there was sufficient evidence before the Adjudicator upon which he could determine whether or not the genuine reason for dismissal of the employee was disciplinary and concluded that there was ample evidence before the Adjudicator to justify his finding that

(Continued from previous page)

within a class or group mentioned in Column I of Schedule A is the period set out opposite that class or group in Column II of the said Schedule.

(2) The deputy head may extend the probationary period of an employee but the period of extension shall not exceed the period for that employee determined pursuant to subsection (1).

⁴ *The Queen v. Ouimet* [1979] 1 F.C. 55.

Le juge de première instance a appliqué la décision rendue par la présente Cour dans l'affaire *Ouimet*⁴ et a décidé que, le paragraphe 30(2) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique* (précité) étant *ultra vires*, la prolongation du stage de l'appelant était illégale. Par conséquent, il a estimé que le prétendu renvoi de l'appelant en cours de stage était entaché de nullité. Il a ensuite examiné la jurisprudence de la présente Cour et de la Cour suprême du Canada et il est arrivé à la conclusion que l'arbitre devait déterminer le motif véritable du renvoi de l'employé stagiaire par l'employeur puisque le mécanisme de renvoi en cours de stage «ne doit pas servir d'expédient dans les cas où l'employeur répugne au congédiement pour manquement à la discipline» [à la page 220]. Il a ensuite abordé la question de savoir s'il existait des preuves suffisantes pour que l'arbitre puisse décider que la véritable raison du congédiement de l'employé était de nature disciplinaire et il est arrivé à la conclusion que les preuves justifiaient

(Suite de la page précédente)

classe ou d'un groupe mentionnés à la colonne I de l'Annexe A est la période indiquée en regard de cette classe ou de ce groupe dans la colonne II de ladite Annexe.

(2) Le sous-chef peut prolonger la période de stage d'un employé mais la période de prolongation ne doit pas dépasser la période déterminée pour cet employé en conformité du paragraphe (1).

⁴ *La Reine c. Ouimet* [1979] 1 C.F. 55.

the appellant was discharged for a breach of discipline stating as follows [at pages 222-223]:

In my view there was evidence before the Adjudicator which justified his assumption of jurisdiction. That being so it cannot be said that he was without jurisdiction and his rejection of the plaintiff's grievance was conclusive.

In view of the conclusion I have reached I can see no useful purpose in granting the declaratory relief sought in paragraphs (a) and (b) of the claim for relief to which he would be entitled simply because no concrete results would flow from that declaration for the plaintiff's benefit. Similarly the declarations sought in paragraph (c) cannot be granted because, while his employment was not terminated by rejection on probation, the plaintiff's employment was terminated by discharge as was found by the Adjudicator whose decision I do not question for the reasons I have given.

Accordingly the plaintiff's action is dismissed with costs to the defendant if demanded.

The appellant alleges twofold error in the Trial Division:

(a) it failed to find that the grievance filed by the appellant was a nullity at law and not referable to adjudication; and

(b) it found that the decision of the Adjudicator precluded the appellant's claim for damages.

Dealing with the appellant's initial submission, it is based on the supposition that since the rejection for cause pursuant to subsection 28(3) of the Act was a nullity, the grievance arising therefrom was also a nullity and not referable to the Adjudicator.

In my view, this submission is well founded since it is supported by the relevant jurisprudence. In the *Ouimet* decision in this Court referred to *supra*, Chief Justice Jackett dealt with a submission which seems to be identical to the view held here by the learned Trial Judge, namely, that even if the purported rejection on probation was invalid, nevertheless the rejection should be considered as a dismissal effectively terminating the appellant's employment. In rejecting this submission, Chief Justice Jackett stated at pages 60 and 61 of the report:

At least for the purpose of the statutes that govern the Public Service, an ineffective attempt to reject under section 28 is not the equivalent of a dismissal. (Compare *Bell Canada v. Office and Professional Employees' International Union* [1974] S.C.R. 335 at page 340, and *Jacmain v. Attorney General of*

amment la décision de l'arbitre suivant laquelle l'appellant avait été congédié pour un manquement à la discipline. Voici ce passage [aux pages 222 et 223]:

A mon avis, les preuves administrées devant l'arbitre justifiaient l'exercice de sa compétence. En conséquence, on ne saurait dire qu'il était incompétent. Il était donc fondé à rejeter le grief formulé par le demandeur.

Vu ma conclusion ci-dessus, il ne sert à rien de faire droit aux fins visées aux alinéas a) et b) de la demande, car il n'en découlerait aucun avantage concret pour le demandeur. De même, le redressement demandé à l'alinéa c) ne peut être accordé parce que le demandeur n'a pas été renvoyé en cours de stage mais qu'il a été congédié ainsi que l'a conclu l'arbitre, décision que je n'ai pas l'intention de mettre en cause à la lumière des motifs exposés ci-dessus.

Par ces motifs, l'action du demandeur est rejetée, la défenderesse ayant droit aux dépens si elle les demandait.

L'appellant soutient que le jugement de la Division de première instance contient deux erreurs:

a) le grief déposé par l'appellant n'a pas été déclaré nul et donc non susceptible d'arbitrage; et

b) d'après ce jugement, la décision de l'arbitre a pour effet d'empêcher l'appellant d'obtenir des dommages-intérêts.

Le premier argument de l'appellant est fondé sur le raisonnement suivant: le renvoi pour un motif déterminé conformément au paragraphe 28(3) de la Loi étant entaché de nullité, le grief qui en découle est également entaché de nullité et ne peut donc être renvoyé à l'arbitrage.

J'estime que cet argument est bien fondé en droit puisque la jurisprudence pertinente est au même effet. Dans la décision de cette Cour dans l'affaire *Ouimet*, mentionnée plus haut, le juge en chef Jackett a examiné un argument qui semble identique à celui qu'a repris le juge de première instance dans la présente affaire; en voici la teneur: même si le prétendu renvoi en cours de stage est nul, ce renvoi constitue néanmoins un congédiement qui entraîne la cessation d'emploi de l'appellant. Le juge en chef Jackett a rejeté cet argument aux pages 60 et 61 du recueil:

Tout au moins dans le contexte des lois régissant la Fonction publique, la vaine tentative de renvoi fondée sur l'article 28 ne peut être assimilée à une révocation. (Cf. *Bell Canada c. Office and Professional Employees' International Union* [1974] R.C.S. 335, à la page 340, et *Jacmain c. Le procureur général*

Canada [1978] 2 S.C.R. 15.) Rejection is a part of a probationary system designed to choose permanent employees from those who are employed on a trial basis, and any "cause" based on a view as to the probability of the person developing into an effective member of the "team" would be an acceptable basis for it. Dismissal is quite a different action. It is ordinarily the action whereby a permanent employee's employment status is terminated otherwise than on retirement; and what would be sufficient "cause" for dismissal would be the result of the application of principles quite different from those applicable in connection with rejection. Indeed, there is no presumption that the officer who can act on behalf of Her Majesty in rejecting an employee is one who would have authority to dismiss.

In the case of *Emms v. The Queen*⁵, on facts similar to those in the case at bar, Pigeon J. stated at page 1162:

Having come to the conclusion that the provision of the *Public Service Employment Regulations* for an extension of the probationary period, s. 30(2), is to be considered ineffective, it follows that *Emms* was never properly dismissed because the notice given to him purported to be a rejection during probation. On the appeal it was submitted that even if it was so, the rejection should be considered as a dismissal effectively terminating plaintiff's employment. The Federal Court of Appeal did not consider this point, due to the conclusion that *Emms* had been properly rejected. It was however dealt with in *Ouimet* and in my view correctly disposed of, . . .

Thereafter, Pigeon J. quoted most of the excerpt above quoted from the judgment of Jaccett C.J. in *Ouimet* (*supra*). Martland J. in the *Emms* case (*supra*), speaking for the majority also referred with approval to the reasons of Jaccett C.J. in the *Ouimet* case (*supra*).

Applying the above-quoted remarks by Jaccett C.J. in the *Ouimet* case (*supra*) to the facts in the case at bar, it is clear, in my view, that the respondent was intending to reject the appellant for cause during what the respondent perceived to be the appellant's probationary period. The March 8, 1977 letter specifically refers to subsection 28(3) of the *Public Service Employment Act* which is the rejection for cause during probation section. The letter states that ". . . you are being rejected during your probationary period." Furthermore, the letter goes on to state that the Commission is placing appellant's name on the eligible list and in such place thereon as in the opinion of the Commission is commensurate with appellant's qualifications in accordance with sub-

⁵ [1979] 2 S.C.R. 1148.

du Canada [1978] 2 R.C.S. 15.) Le renvoi fait partie intégrante du système de stage qui permet de sélectionner des fonctionnaires titulaires parmi les stagiaires engagés à titre d'essai. Tout « motif » tenant aux chances de l'intéressé de devenir un membre efficace de l'équipe pourrait justifier le renvoi. Il en est tout autre de la révocation. Elle vise normalement à mettre fin, autrement que par la retraite, aux services d'un fonctionnaire titulaire et les « motifs » de révocation sont régis par des principes tout à fait différents de ceux applicables au renvoi. En effet, rien ne permet de supposer que le supérieur habilité à renvoyer un stagiaire au nom de Sa Majesté est également celui qui a pouvoir de révocation.

Dans l'arrêt *Emms c. La Reine*⁵, dont les faits ressemblent à ceux de la présente affaire, le juge Pigeon a déclaré à la page 1162:

Ayant conclu que le par. 30(2) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique* visant la prolongation de la période de stage doit être considéré sans effet, il s'ensuit qu'*Emms* n'a jamais été valablement congédié parce que l'avis qu'on lui a donné visait un renvoi durant son stage. A l'audition, on a prétendu que ce renvoi devait néanmoins être considéré comme un congédiement ayant effectivement mis fin à l'emploi du demandeur. Vu sa conclusion qu'*Emms* avait été dûment renvoyé, la Cour d'appel n'a pas étudié cet argument. Il a cependant été analysé dans l'arrêt *Ouimet* et, à mon avis, c'est à juste titre qu'il y a été rejeté . . .

Ensuite, le juge Pigeon cite presque entièrement le passage précité des motifs du juge en chef Jaccett dans l'affaire *Ouimet* (précitée). Dans l'arrêt *Emms* (précité), le juge Martland, parlant au nom de la majorité, mentionne également en les approuvant les motifs du juge en chef Jaccett dans l'arrêt *Ouimet* (précité).

Si l'on applique les remarques du juge en chef Jaccett dans l'arrêt *Ouimet* (précité) aux faits de la présente affaire, il est évident, d'après moi, que l'intimée avait l'intention de renvoyer l'appelant pour un motif déterminé pendant ce que l'intimée pensait être le stage de l'appelant. La lettre du 8 mars 1977 mentionne précisément le paragraphe 28(3) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, qui vise le renvoi pour un motif déterminé en cours de stage. Il est dit dans la lettre: « . . . vous êtes renvoyé en cours de stage. » De plus, cette lettre mentionne que la Commission va inscrire le nom de l'appelant sur telle liste d'admissibilité et à tel rang sur cette liste qui, de l'avis de la Commission, correspondent aux aptitudes de l'appelant, conformément au paragraphe 28(5) de la *Loi sur*

⁵ [1979] 2 R.C.S. 1148.

section 28(5) of the *Public Service Employment Act*⁶.

*l'emploi dans la Fonction publique*⁶.

Counsel for the respondent however submits that once the Adjudicator has properly found, on ample evidence, that the employer's action was, in substance, a disciplinary discharge, the discharge is valid whether the employer's purported action of rejection for cause is a nullity or not. I do not agree with this submission.

a L'avocat de l'intimée soutient cependant que, lorsque l'arbitre a décidé, en se fondant sur des preuves suffisantes, que la mesure prise par l'employeur constituait véritablement un congédiement disciplinaire, ce congédiement est valide quelle que soit la validité du prétendu renvoi. Je ne peux accepter cet argument.

It is clear from the record in this case that the respondent purported to reject for cause and not to dismiss. The situation is similar to that in the *Wright* case⁷, where Jackett C.J. stated [at page 779]:

c Il ressort clairement du dossier dans cette affaire que l'intimée avait l'intention de procéder à un renvoi pour un motif déterminé et non pas à un congédiement. Cette situation est semblable à celle examinée dans l'affaire *Wright*⁷ dans laquelle le juge en chef Jackett a déclaré [à la page 779]:

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.

d 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.

I agree with the above views as expressed by Jackett C.J. in the *Wright* case (*supra*) and believe that they have equal application to the case at bar. To allow the employer, after the fact, and in the face of clear and unequivocal words in the rejection letter, to somehow convert what was clearly intended at the time to be a rejection for cause into a dismissal would, in my view, distort the applicable statutory provisions and result in an injustice to the appellant.

e Je partage cette opinion, exprimée par le juge en chef Jackett dans l'arrêt *Wright* (précité), et je pense qu'elle s'applique également à la présente affaire. Permettre à l'employeur, après coup, et contrairement aux termes clairs et sans équivoque de la lettre de renvoi, de transformer en quelque sorte ce qui était au départ un renvoi pour un motif déterminé en un congédiement reviendrait, d'après moi, à fausser l'application des dispositions législatives et entraînerait une injustice pour l'appelant.

Counsel for the respondent relied on the *Jac-*

h L'avocat de l'intimée a cité les affaires *Jacmain*,

⁶ Said subsection 28(5) reads as follows:

28. ...

(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.

⁷ *Wright v. Public Service Staff Relations Board* [1973] F.C. 765.

⁶ Le paragraphe 28(5) se lit comme suit:

28. ...

(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.

⁷ *Wright c. La Commission des relations de travail dans la Fonction publique* [1973] C.F. 765.

main, Fardella, Richard and Cutter cases⁸ for the proposition that an adjudicator fails to exercise his jurisdiction if he does not first inquire into the genuine nature of the employer's action in purporting to reject a probationary employee and that the adjudicator is not bound by the employer's characterization of his own actions. There can be no doubt about the validity of this proposition but in my view, this principle can only apply in cases where the purported rejection for cause actually occurred during the probationary period. It is only in those cases where it becomes necessary to decide whether what took place was really disciplinary action camouflaged as rejection. In *Jacmain and Fardella (supra)*, the purported rejection for cause took place during the actual probationary period. In *Richard (supra)* it took place during a purported one year extension of the original probationary period. However, the *Richard* case (*supra*) was decided in 1977 well before the *Ouimet* and *Emms* decisions (*supra*) striking down Regulation 30(2). It does not appear from the reasons in the *Richard* case (*supra*) that the validity of Regulation 30(2) was in issue. It is, therefore, my view, that *Jacmain, Fardella* and *Richard (supra)* do not assist the respondent. *Cutter (supra)* is not a decision under the *Public Service Staff Relations Act* and has no direct relevance to the problem in this case.

I have thus concluded, for all of the above reasons, that the learned Trial Judge was in error in holding that the Adjudicator had jurisdiction pursuant to paragraph 91(1)(b) of the *Public Service Staff Relations Act*.

I would therefore allow the appeal with costs and declare that:

(a) the respondent had no authority to terminate the employment of the appellant under the authority of subsection 28(3) of the *Public Service Employment Act* or of subsection 30(2) (revoked by SOR/79-14) of the *Public Service Employment Regulations*; and

⁸ *Attorney General of Canada v. Public Service Staff Relations Board* (Roland Jacmain) [1977] 1 F.C. 91, affirmed by Supreme Court of Canada [1978] 2 S.C.R. 15; *Fardella v. The Queen* [1974] 2 F.C. 465; *Richard v. Public Service Staff Relations Board* [1978] 2 F.C. 344 at page 347; *Cutter Laboratories International v. Anti-dumping Tribunal* [1976] 1 F.C. 446.

*Fardella, Richard et Cutter*⁸ pour établir le principe qu'un arbitre refuse d'exercer sa compétence s'il ne commence pas par déterminer la véritable nature de la mesure prise par l'employeur lorsqu'il renvoie un stagiaire, et que l'arbitre n'est pas lié par la qualification attribuée par l'employeur à ses propres actions. La vérité de cette proposition est indiscutable, mais j'estime que ce principe ne peut s'appliquer qu'aux affaires dans lesquelles le prétendu renvoi pour un motif déterminé est décidé pendant le stage. La nécessité de décider si la véritable mesure prise est une mesure disciplinaire camouflée en renvoi n'existe que dans ces cas-là. Dans les affaires *Jacmain et Fardella* (précitées), le prétendu renvoi pour un motif déterminé a été décidé au cours du stage. Dans l'affaire *Richard* (précitée), cette décision a été prise pendant une prétendue prolongation d'un an de la durée du stage. Cependant, l'affaire *Richard* (précitée) a été jugée en 1977, bien avant les arrêts *Ouimet* et *Emms* (précités) qui ont invalidé le paragraphe 30(2) du Règlement. Il ne ressort pas des motifs de l'affaire *Richard* (précitée) que la validité du paragraphe 30(2) du Règlement y ait été attaquée. Je pense donc que les arrêts *Jacmain, Fardella et Richard* (précités) ne peuvent aider l'intimée. L'affaire *Cutter* (précitée) ne concerne pas la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* et n'est donc pas directement pertinente.

Par ces motifs, je conclus que le juge de première instance a décidé à tort que l'arbitre avait compétence en l'espèce en vertu de l'alinéa 91(1)b) de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*.

J'accueillerais donc l'appel avec dépens et déclarerais ce qui suit:

a) l'intimée n'avait pas le pouvoir de mettre fin à l'emploi de l'appellant en vertu du paragraphe 28(3) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* ni en vertu du paragraphe 30(2) (abrogé par DORS/79-14) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique*; et

⁸ *Le procureur général du Canada c. La Commission des relations de travail dans la Fonction publique* (Roland Jacmain) [1977] 1 C.F. 91, confirmé par la Cour suprême du Canada [1978] 2 R.C.S. 15; *Fardella c. La Reine* [1974] 2 C.F. 465; *Richard c. La Commission des relations de travail dans la Fonction publique* [1978] 2 C.F. 344 à la page 347; *Cutter Laboratories International c. Le Tribunal antidumping* [1976] 1 C.F. 446.

(b) the purported termination of the appellant's employment is null and void and of no effect whatsoever.

I would also refer the matter back to the Trial Division for the continuance of the trial to determine the quantum of damages to which the appellant may be entitled.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LE DAIN J.: I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared by my brother Heald but I regret that I am unable to agree with the conclusion reached by him. In my opinion the appeal should be dismissed.

The issue, as I see it, is whether the decision of the Adjudicator that the appellant was discharged for disciplinary reasons and that his discharge was justified is conclusive of the essential issue raised by the appellant's action for declaratory relief and damages—namely, whether his employment was validly terminated. The applicable principle is that an administrative decision which is final and made within jurisdiction or statutory authority is conclusive of the issue it decides. See Fazal, "Reliability of Official Acts and Advice", 1972 Public Law 43 at pages 48-49. This effect may be regarded as an application of that species of *res judicata* generally referred to as issue estoppel. See Spencer Bower and Turner, *The Doctrine of Res Judicata*, 2nd ed., pages 149-150.

The issue of the validity of subsection 30(2) of the *Public Service Employment Regulations* was not before the Adjudicator but this cannot in my opinion prevent his decision from being a conclusive finding that what purported to be a rejection for cause during probation was a disciplinary discharge justified by the circumstances. I am unable, with great respect, to accept the view that because the purported termination of the appellant's employment was a nullity as a rejection for cause under subsection 28(3) of the *Public Service Employment Act* the Adjudicator's decision treating it as a disciplinary discharge was also a nullity.

b) la prétendue cessation d'emploi de l'appellant est nulle et de nul effet.

Je renverrais donc cette affaire devant la Division de première instance pour que le procès se poursuive dans le but de fixer le montant des dommages-intérêts auquel l'appellant peut avoir droit.

* * *

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

LE JUGE LE DAIN: J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement préparés par mon collègue le juge Heald mais je regrette de ne pouvoir souscrire à la conclusion à laquelle il est arrivé. J'estime qu'il convient de rejeter l'appel.

D'après moi, la question à trancher est celle de savoir si la décision de l'arbitre portant que l'appellant a été congédié pour des motifs disciplinaires et que son congédiement était justifié règle de manière définitive la principale question soulevée par l'appellant dans son action en jugement déclaratoire et dommages-intérêts—c'est-à-dire, s'il a été mis fin valablement à son emploi. Le principe applicable en l'espèce est qu'une décision administrative définitive qui est rendue par une autorité administrative compétente dans le cadre des pouvoirs que lui confère la loi n'est pas susceptible d'être modifiée. Voir l'article de Fazal, «Reliability of Official Acts and Advice», 1972 Public Law 43, aux pages 48 et 49. Cela découlerait de l'application d'un aspect de la chose jugée que l'on appelle généralement le principe de l'irrecevabilité de la remise en cause d'une question de fait. Voir le traité de Spencer Bower and Turner, *The Doctrine of Res Judicata*, 2^e éd., pages 149 et 150.

L'arbitre n'avait pas à trancher la question de la validité du paragraphe 30(2) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique*, mais j'estime que cela ne peut affecter le caractère définitif de sa conclusion selon laquelle ce qui semblait être un renvoi pour un motif déterminé en cours de stage constituait en fait un congédiement pour motifs disciplinaires justifié dans les circonstances. Il m'est impossible de partager l'opinion suivant laquelle la cessation d'emploi de l'appellant étant nulle en tant que renvoi pour motif déterminé en vertu du paragraphe 28(3) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, la décision de l'arbitre

The way that counsel for the appellant put it in his memorandum was that since the purported rejection was a nullity as a rejection "the grievance was also a nullity and was therefore not referable to the adjudicator." The conclusion from this premise, as I understood the argument, was that since the Adjudicator had nothing before him on which to rule his decision was a nullity. In support of this contention counsel for the appellant relied particularly on the decision of this Court in *Wright v. Public Service Staff Relations Board* (*supra*) and on something said by Jaccett C.J. in *The Queen v. Ouimet* (*supra*) and approved by Pigeon J. in *Emms v. The Queen* (*supra*). He also referred the Court to *Barnard v. National Dock Labour Board* [1953] 2 Q.B. 18 as supporting his contention. What the contention seems to boil down to is that a purported termination of employment which is ineffective as a termination of one kind can never in principle be effective as a termination of another kind. With the greatest respect for the contrary view I am of the opinion that the authorities to which we were referred do not clearly establish this proposition.

Counsel for the appellant took the position that the present case is essentially indistinguishable from the one that was considered in *Wright*. In my opinion there are two important differences which must be borne in mind in considering the import of the statements on which counsel for the appellant relied. In *Wright* the contention of the grievor before the Adjudicator was that the purported rejection for cause was made after the termination of the probationary period and that his service could not be terminated under subsection 28(3) of the *Public Service Employment Act* (see [1973] F.C. at pages 766-767). The Adjudicator held that the purported rejection was a nullity but accepted the employer's contention that the grievor had been discharged and assumed jurisdiction. In other words, in *Wright* the grievance was that the purported rejection for cause was a nullity and not as in the present case that it was a disciplinary discharge. And in *Wright* it was the employer and not, as in the present case, the employee who invoked the concept of disciplinary discharge. The question whether the rejection was a nullity was

qualifiant cette mesure de congédiement pour raisons disciplinaires est également nulle. L'avocat de l'appelant a soutenu dans son mémoire que, le prétendu renvoi étant nul en tant que renvoi, [TRANSDUCTION] «le grief était également nul et ne pouvait donc être renvoyé devant un arbitre.» Si j'ai bien compris cet argument, l'avocat concluait de cette affirmation que l'arbitre n'ayant rien à trancher dans ce cas, toute décision de sa part ne pouvait être que nulle. A l'appui de ce raisonnement, l'avocat de l'appelant a invoqué en particulier la décision de cette Cour dans l'affaire *Wright c. La Commission des relations de travail dans la Fonction publique* (précitée) et une observation du juge en chef Jaccett dans l'affaire *La Reine c. Ouimet* (précitée), approuvée par le juge Pigeon dans l'affaire *Emms c. La Reine* (précitée). Il a également cité l'arrêt *Barnard c. National Dock Labour Board* [1953] 2 Q.B. 18 à l'appui de ses arguments. Ce raisonnement peut se résumer ainsi: une cessation d'emploi qui n'est pas valide à titre de cessation d'emploi d'une certaine catégorie ne peut jamais être déclarée valide à titre de cessation d'emploi d'une autre catégorie. Avec le plus grand respect pour l'opinion contraire, j'estime que les décisions qui nous ont été mentionnées ne permettent pas d'affirmer l'existence d'un tel principe.

L'avocat de l'appelant a soutenu que la présente affaire ne pouvait, pour l'essentiel, être distinguée de celle qui était examinée dans l'arrêt *Wright*. Je pense qu'il existe deux différences importantes qu'il faut garder à l'esprit lorsqu'on examine la portée des affirmations sur lesquelles s'appuie l'avocat de l'appelant. Dans l'affaire *Wright*, l'employé qui avait renvoyé un grief à l'arbitrage soutenait que le prétendu renvoi pour un motif déterminé avait été décidé après la fin de son stage et qu'on ne pouvait mettre fin à son emploi en vertu du paragraphe 28(3) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* (voir [1973] C.F. aux pages 766 et 767). L'arbitre a décidé que le prétendu renvoi n'était pas valide mais a accepté l'argument de l'employeur suivant lequel cet employé avait été congédié et s'est déclaré compétent. En d'autres mots, dans l'affaire *Wright*, le grief portait sur le fait que le prétendu renvoi pour un motif déterminé était nul et non pas, comme dans la présente affaire, qu'il constituait un congédiement disciplinaire. De plus, dans l'affaire *Wright*, c'était l'employeur et non pas, comme dans la présente

clearly not referable to adjudication. It is in this perspective that the following statement by Jackett C.J. at pages 779-780 must be read and understood: "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 of such a matter. He should therefore, in my opinion, have dismissed the reference for lack of jurisdiction." The same is true of the following statement by Thurlow J., [as he then was] at pages 780-781: "The purported rejection 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 with reference to the attempt by the employer to rely on discharge before the Adjudicator that Jackett C.J. said at page 779: "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." That statement occurs in a long passage at page 779 in which the Chief Justice gives his reasons for concluding that the purported rejection for cause could not be considered a discharge. As I read his reasons in that passage, as well as in his footnote 5 on page 782, he approached the question as one of mixed fact and law, not as one of nullity automatically flowing from the nullity of the rejection. As indicated by his detailed examination of the scheme of the Act with respect to the various kinds of separation from employment, he was influenced in his conclusion by the difference in nature, as a matter of law, between a rejection for cause under subsection 28(3) of the Act and a discharge, whether for disciplinary reasons or unsuitability, as found by the Adjudicator in the *Wright* case. His conclusion was also one of fact based on the evidence, as indicated by the statement at page 779: "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."

affaire, l'employé qui mentionnait la notion de congédiement disciplinaire. Il est évident que la question de savoir si le renvoi étant nul ne pouvait faire l'objet d'un renvoi devant un arbitre. C'est dans ce contexte qu'il faut lire et comprendre les paroles du juge en chef Jackett reproduites aux pages 779 et 780: «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 dû rejeter le renvoi au motif qu'il n'avait pas compétence.» Ceci vaut également pour la déclaration du juge Thurlow, [tel était alors son titre] aux pages 780 et 781: «Le prétendu 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.» L'employeur s'est efforcé d'invoquer l'existence d'un congédiement devant l'arbitre, et c'est pour répondre à cet argument que le juge en chef Jackett a déclaré à la page 779: «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.» Cet énoncé figure dans un long passage de la page 779 dans lequel le juge en chef donne les motifs qui l'amènent à conclure que le prétendu renvoi pour un motif déterminé ne pouvait constituer un congédiement. Si j'ai bien compris les motifs exprimés dans ce passage, ainsi que ceux qui figurent à la note 5 de la page 782, il a abordé cette question en y voyant une question mixte de droit et de fait et non pas comme si la nullité du congédiement découlait automatiquement de celle du renvoi. Il ressort de son examen détaillé des dispositions de la Loi concernant les différentes façons par lesquelles une personne peut perdre son emploi qu'il a été influencé dans sa décision par la différence de nature qui existe en droit entre un renvoi pour un motif déterminé sous le régime du paragraphe 28(3) de la Loi, et un congédiement, qu'il soit fondé sur des motifs disciplinaires ou sur une incapacité à s'acquitter de ses fonctions, comme l'avait décidé l'arbitre dans l'affaire *Wright*. Il a également fondé sa conclusion sur les faits présentés en preuve, comme l'indique sa

Again, what was said by Jackett C.J. in the *Ouimet* case in the passage at pages 60 and 61, which was approved by Pigeon J., speaking for himself and Pratte J., in *Emms* at pages 1162 and 1163, was said with reference to a contention by the employer, in an action by the employee for declaratory relief and damages, that what purported to be a rejection under subsection 28(3) was in substance a disciplinary discharge. In *Emms* it was similarly the employer who invoked the notion of a disciplinary discharge. The statement in *Ouimet* that is particularly relied on in support of the submission based on nullity is the following at page 60: "At least for the purpose of the statutes that govern the Public Service, an ineffective attempt to reject under section 28 is not the equivalent of a dismissal." Despite the use of the qualifying word "ineffective", I am unable, with respect, to read this statement as intended to express the result or effect of nullity. When one reads the analysis which follows it at page 61 concerning the difference under the statutory scheme between rejection and dismissal, the statement of the Chief Justice appears to be an expression of opinion that action taken in the form of rejection cannot as a matter of law be treated as dismissal. The emphasis is not on the fact that the rejection was "ineffective" or a nullity in that case, but on the difference in law between rejection and dismissal. The fact that the Chief Justice cited the decision of the Supreme Court of Canada in *Jacmain v. The Attorney General of Canada* (*supra*), in support of the statement quoted above further indicates in my view that he was not thinking in terms of nullity, but rather of the reasons for the majority decision in *Jacmain* that the rejection for cause under subsection 28(3) during the probationary period in that case could not be treated as a disciplinary discharge.

In the present case it was the employee or grievor who asserted before the Adjudicator that

déclaration à la page 779: «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.»

De plus, l'énoncé du juge en chef Jackett dans l'affaire *Ouimet* aux pages 60 et 61, qui a été approuvé par le juge Pigeon, parlant en son nom et en celui du juge Pratte, dans l'affaire *Emms*, aux pages 1162 et 1163, s'adressait à un argument de l'employeur dans une action intentée par un employé qui demandait un jugement déclaratoire et des dommages-intérêts. D'après cet employeur, le prétendu renvoi en vertu du paragraphe 28(3) constituait en fait un congédiement disciplinaire. Dans l'arrêt *Emms*, c'était également l'employeur qui invoquait la notion de congédiement disciplinaire. Le passage de l'arrêt *Ouimet* qui a été invoqué en particulier à l'appui de l'argument fondé sur la nullité se retrouve à la page 60: «Tout au moins dans le contexte des lois régissant la Fonction publique, la vaine tentative de renvoi fondée sur l'article 28 ne peut être assimilée à une révocation.» Malgré l'emploi du qualificatif «vaine», je ne peux voir dans cet énoncé l'intention d'affirmer qu'il s'agit du résultat ou de la conséquence d'une nullité. Si on lit l'analyse qui suit à la page 61 concernant les différences qui existent entre les dispositions législatives en matière de renvoi et de congédiement, la déclaration du juge en chef semble plutôt indiquer qu'on ne peut en droit considérer un renvoi comme un congédiement. L'aspect important n'était pas que le renvoi était «vain» ou nul dans cette affaire, mais que des règles juridiques différentes s'appliquaient à un renvoi et à un congédiement. Le fait que le juge en chef ait mentionné la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Jacmain c. Le procureur général du Canada* (précitée), à l'appui de l'énoncé cité plus haut, confirme, d'après moi, qu'il n'envisageait pas la question sous l'angle de la nullité mais plutôt sous celui des motifs de la décision majoritaire dans l'affaire *Jacmain*, selon laquelle un renvoi pour un motif déterminé en vertu du paragraphe 28(3) pendant la période de stage ne pouvait être considéré dans cette affaire comme un congédiement disciplinaire.

Dans la présente affaire, c'est l'employé ou la personne qui a présenté le grief qui a soutenu

the purported termination of his employment was a disciplinary discharge. I am unable to see how a grievance framed in those terms was a nullity or one that was not referable to adjudication merely because the grievor could have taken the position that the purported rejection was a nullity and not gone to adjudication at all.

The case of *Barnard v. National Dock Labour Board* (*supra*), which was also relied on by counsel for the appellant, is in my opinion distinguishable because there it was held that the decision of an appeal tribunal which purported to confirm a decision which was a nullity was itself a nullity. In the present case the Adjudicator did not hold that what purported to be a rejection was valid as a rejection but held it to be in effect a disciplinary discharge.

The question whether the Adjudicator's decision is to be regarded as conclusive of the essential issue raised by the appellant's action is therefore in my opinion to be resolved not on the basis of the nullity of the rejection but on the basis of the approach adopted by the Trial Judge—review of the Adjudicator's decision for jurisdictional error. In *Jacmain* a majority in the Supreme Court of Canada affirmed the principle that an adjudicator has jurisdiction by reason of paragraph 91(1)(b) of the *Public Service Staff Relations Act* to inquire whether what purports to be a rejection for cause during a probationary period is in substance a disciplinary discharge. With respect to the analysis by Jackett C.J. in *Wright* and *Ouimet* of the difference in law between rejection and discharge, it is a clear implication of the principle affirmed in *Jacmain* that it is not to be regarded as jurisdictional error *per se* to conclude, at least at the instance of the employee, that a purported termination of employment in the form of rejection is in substance a disciplinary discharge. Pigeon J., speaking for himself and Beetz J., put it as follows at page 40:

At the hearing, counsel for the Attorney-General properly conceded that the right of a probationary employee to launch a grievance against a disciplinary dismissal could not be ousted by making such dismissal in the form of a rejection under s. 28 of the *Public Service Employment Act*. This means that, on a grievance being filed, the Adjudicator had jurisdiction to inquire whether the rejection was in fact a dismissal as alleged by the grievor. I therefore agree that the Public Service Staff

devant l'arbitre que la prétendue cessation d'emploi constituait un congédiement disciplinaire. Je ne peux comprendre comment un tel grief serait nul ou ne pourrait faire l'objet d'un renvoi devant un arbitre du seul fait que l'employé aurait pu soutenir que le prétendu renvoi était nul et ne pas recourir à l'arbitrage.

J'estime en outre que l'affaire *Barnard c. National Dock Labour Board* (précitée), également citée par l'avocat de l'appellant, ne s'applique pas à la présente affaire. Il y a été décidé que la décision d'un tribunal d'appel qui prétendait confirmer une décision entachée de nullité était elle-même nulle. Ici, l'arbitre n'a pas décidé que le prétendu renvoi était valide en tant que tel; il a plutôt décidé qu'il constituait en fait un congédiement disciplinaire.

A mon sens, il faut donc trancher la question de savoir si la décision de l'arbitre règle de manière définitive la principale question soulevée dans la demande de l'appellant non pas en se fondant sur la nullité du renvoi mais suivant l'optique adoptée par le juge de première instance—examen de la décision de l'arbitre pour déterminer s'il y a défaut de compétence. Dans l'arrêt *Jacmain*, une majorité des juges de la Cour suprême du Canada a affirmé qu'un arbitre avait compétence en vertu de l'alinéa 91(1)b) de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* pour examiner si un prétendu renvoi pour un motif déterminé pendant le stage constituait de fait un congédiement disciplinaire. Compte tenu de l'étude faite par le juge en chef Jackett dans les affaires *Wright* et *Ouimet* des différences entre les dispositions législatives en matière de renvoi et de congédiement, il découle clairement du principe confirmé dans l'arrêt *Jacmain* que décider, du moins à la demande de l'employé, qu'une prétendue cessation d'emploi présentée sous la forme d'un renvoi constitue en fait un congédiement disciplinaire n'entraîne pas automatiquement un défaut de compétence. Le juge Pigeon, parlant également au nom du juge Beetz, s'est exprimé ainsi à la page 40:

A l'audition, l'avocat du procureur général a concédé à juste titre qu'on ne pouvait priver un employé en stage du droit de présenter un grief contre un congédiement disciplinaire en faisant celui-ci sous forme de renvoi en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. En conséquence, lorsqu'un grief a été présenté, l'arbitre avait compétence pour examiner s'il s'agissait en fait d'un congédiement comme le prétend le réclamant. J'estime donc que la Commission des

Relations Board was right in so holding in accordance with *Fardella v. The Queen* [[1974] 2 F.C. 465]. The situation was not the same as in the case of an employee released by the Civil Service Commission under s. 31 of the *Public Service Employment Act*, in which case the Federal Court of Appeal held the employee's grievance could not be referred to adjudication (in *Re Cooper* [[1974] 2 F.C. 407]).

Dickson J., speaking for himself, Laskin C.J. and Spence J., said at page 25:

As usual, substance, and not form, governs. The form of the notice cannot deprive an adjudicator of jurisdiction if, on all the facts, the action taken by the employer is truly disciplinary in nature. The Federal Court of Appeal did not err in upholding the right of an adjudicator under the *Public Service Staff Relations Act* to determine whether or not the employer's purported rejection on probation is, in fact, an act of discipline resulting in discharge.

The other four members of the Court, who constituted part of the majority in the result, refrained from expressing an opinion as to the nature of the Adjudicator's jurisdiction in a case such as this. They agreed with the conclusion of this Court that the rejection was a *bona fide* rejection and that, therefore, "the adjudicator was without jurisdiction to consider the grievance under section 91 and erred in law in so doing." As de Grandpré J. put it at page 38: "In view of my finding on the merits, I do not have to decide whether the adjudicator has jurisdiction when the rejection is clearly a disciplinary action."

The five members of the Court who affirmed the principle that an adjudicator has jurisdiction to inquire whether a purported termination of employment in the form of rejection is in substance a disciplinary discharge considered the proper approach to judicial review of the Adjudicator's decision on this jurisdictional question of mixed fact and law. Dickson J., with whom Laskin C.J. and Spence J. concurred, said at page 29:

The power to review jurisdictional questions provides the Courts with a useful tool to ensure that tribunals deal with the type of issues which the Legislature intended. It enables the Courts to check unlawful attempts at usurpation of power. But the Courts, in my opinion, should exercise restraint in declaring a tribunal to be without jurisdiction when it has reached its decision honestly and fairly and with due regard to the material before it. The Court should allow some latitude in its surveillance of jurisdictional findings. It should ask whether there is

relations de travail dans la Fonction publique n'a pas fait erreur en statuant ainsi selon l'arrêt *Fardella c. La Reine* [[1974] 2 C.F. 465]. La situation n'est pas la même que celle d'un employé renvoyé par la Commission de la Fonction publique en vertu de l'art. 31 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Dans ce cas-là, la Cour d'appel fédérale a décidé que le grief de l'employé ne pouvait pas faire l'objet d'un arbitrage (*Re Cooper* [[1974] 2 C.F. 407]).

Le juge Dickson, parlant en son nom et en celui du juge en chef Laskin et du juge Spence, a déclaré à la page 25:

Comme d'habitude, le fond l'emporte sur la forme. La forme de l'avis ne peut pas priver un arbitre de sa compétence si, compte tenu de l'ensemble des faits, la mesure prise par l'employeur est en réalité de nature disciplinaire. La Cour d'appel fédérale n'a pas fait d'erreur en confirmant le droit d'un arbitre, en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, de décider si le prétendu renvoi en cours de stage projeté par l'employeur est, en fait, une mesure disciplinaire aboutissant à un congédiement.

Les quatre autres juges, qui faisaient partie de la majorité quant à l'issue du pourvoi, n'ont pas exprimé d'opinion sur la nature de la compétence d'un arbitre dans un tel cas. Ils ont souscrit à la décision de la présente Cour suivant laquelle le renvoi avait été effectué de bonne foi et que par conséquent, «l'arbitre n'était pas compétent pour examiner le grief en vertu de l'article 91 et a commis une erreur de droit en se déclarant compétent.» Comme le juge de Grandpré l'a déclaré à la page 38: «Vu ma conclusion sur le fond, je n'ai pas à décider si vraiment l'arbitre a compétence lorsque le renvoi est clairement une mesure disciplinaire.»

Les cinq juges qui ont affirmé qu'un arbitre avait compétence pour décider si une prétendue cessation d'emploi sous forme de renvoi constitue en fait un congédiement disciplinaire ont examiné la manière dont il fallait aborder l'examen judiciaire de la décision d'un arbitre sur une question mixte de droit et de fait touchant à sa compétence. Le juge Dickson, parlant au nom du juge en chef Laskin et du juge Spence, a déclaré à la page 29:

Le pouvoir de contrôle sur les questions de juridiction fournit aux cours de justice un bon outil pour s'assurer que les tribunaux connaissent du genre de litiges que le législateur leur a confié. Il leur permet de contrôler les tentatives d'usurpation de pouvoir. Mais, à mon avis, les cours de justice devraient hésiter à déclarer un tribunal incompétent quand sa décision est honnête et équitable et qu'il a correctement pris en considération la documentation qui lui a été soumise. Dans l'exercice de son contrôle sur les conclusions en matière de compétence, la Cour

substantial evidence for decisions of fact and a rational basis for decisions of law, or mixed decisions of fact and law. The error must be manifest. The role of the Court is one of review, not trial *de novo*.

Pigeon J., with whom Beetz J. concurred, said at page 40:

While the Adjudicator was entitled to inquire whether the grievor's rejection was in fact a disciplinary dismissal, this inquiry was on a fact on which his jurisdiction depended, his findings could not therefore be considered as conclusive and was subject to review as a matter of law, (*Bell v. Ontario Human Rights Commission* [[1971] S.C.R. 756]).

Pigeon and Beetz JJ., however, disposed of the appeal on the ground that the Adjudicator did not have jurisdiction to consider the sufficiency of the grounds for rejection as grounds for rejection in determining whether there was in fact a disciplinary discharge.

Given these varying approaches to the issue in the *Jacmain* case, I am disposed, with respect, until further indication of the Court's views, to follow the approach suggested by Dickson J. in considering whether there was jurisdictional error in the Adjudicator's decision. In my opinion the reasons given for the purported rejection in the third paragraph of the letter from Mr. Doucet, which is quoted in the reasons of my brother Heald, afforded substantial evidence and a rational basis for the Adjudicator's conclusion.

The difficulty in the present case is that the appellant seeks in his action for a declaration to adopt a position contrary to that which he adopted before the Adjudicator. In effect, he has found what he considers to be a better basis on which to rest his case. Since the question is one of jurisdiction I do not say that he is estopped from doing this. But the question whether the Adjudicator committed a jurisdictional error in finding, at the instance of the grievor, that the purported rejection was a disciplinary discharge cannot in my opinion be treated in the same way as the question, arising without any prior decision by an adjudicator, as to whether in an action by an employee for declaratory relief and damages the employer should be permitted to rely on what purported to be a rejection as a disciplinary discharge. In the latter case, which is not the case before us, the Court might well be able to take a view which in

doit laisser place à une certaine latitude. Elle doit se demander si la preuve est suffisante pour étayer les conclusions de fait et si les conclusions de droit ou les conclusions mixtes de fait et de droit sont logiques. L'erreur doit être manifeste. La Cour a un rôle de révision; elle ne doit pas faire un nouveau procès.

Le juge Pigeon, parlant également au nom du juge Beetz, a déclaré à la page 40:

Bien que l'arbitre ait le droit d'examiner si le renvoi est en fait un congédiement disciplinaire, cet examen porte sur un fait dont sa compétence dépend. Sa conclusion ne peut donc être considérée comme définitive et elle est susceptible de révision à titre de point de droit (*Bell c. Ontario Human Rights Commission* [[1971] R.C.S. 756]).

Cependant, les juges Pigeon et Beetz ont rejeté le pourvoi au motif que l'arbitre n'avait pas compétence pour examiner la valeur des motifs de renvoi afin de déterminer s'il s'agissait d'un congédiement disciplinaire.

Étant donné la diversité des réponses apportées à la question soulevée dans l'affaire *Jacmain*, je suis enclin, tant que la Cour n'aura pas apporté d'autres précisions à ce sujet, à suivre le raisonnement proposé par le juge Dickson pour décider si la décision de l'arbitre est entachée d'un vice de compétence. J'estime que les motifs donnés pour le prétendu renvoi au troisième paragraphe de la lettre envoyée par M. Doucet, qui est citée dans les motifs prononcés par mon collègue le juge Heald, constituaient des éléments de preuve suffisants pour justifier la décision de l'arbitre.

Dans la présente affaire, le problème est que l'appelant adopte dans sa demande de jugement déclaratoire une position contraire à celle qu'il a adoptée devant l'arbitre. Il semble qu'il pense avoir trouvé un meilleur argument pour fonder sa demande. La question en litige portant sur la compétence de l'arbitre, il semble bien qu'il puisse ainsi changer sa position. J'estime néanmoins que la question de savoir si l'arbitre a commis une erreur qui porte atteinte à sa compétence en décidant, à la demande du réclamant, que le prétendu renvoi constituait un congédiement disciplinaire ne saurait être tranchée de la même manière que la question, se posant sans qu'un arbitre ait rendu une décision, de savoir si, dans une demande de jugement déclaratoire et de dommages-intérêts présentée par un employé, l'employeur devrait pouvoir invoquer un congédiement disciplinaire au lieu de ce qui avait été qualifié de renvoi. Dans ce

my respectful opinion is not open in the case before us because of the proper limits of judicial review of the Adjudicator's decision.

For these reasons I agree with the conclusion of the Trial Division that the Adjudicator's decision was made within jurisdiction and is conclusive that the employment of the appellant was validly terminated by a disciplinary discharge that was justified. I would accordingly dismiss the appeal, but I would make no order as to costs.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

KERR D.J.: I have had the benefit of considering the separate and differing reasons for judgment prepared by Heald J. and Le Dain J., which set forth extensively the facts and issues, the contentions of the parties and the various court decisions cited by counsel in argument. I need not repeat them here, but I shall refer to some of them in giving my own reasons. I regard the issues as being fairly arguable.

It is clear that, following receipt by the appellant of the letter dated March 8, 1977, from P. D. Doucet, quoted in the reasons of Heald J., advising him that he had been rejected and stating the reasons for the rejection, the appellant filed a grievance which was referred to adjudication pursuant to paragraph 91(1)(b) of the *Public Service Staff Relations Act*; also that the Adjudicator determined that the measure taken by the employer was of a disciplinary nature and consequently that he had jurisdiction pursuant to section 91 to decide whether or not the disciplinary action, i.e. discharge of the grievor, was warranted. The Adjudicator found that the disciplinary action was warranted, and he dismissed the grievance.

The appellant then commenced an action in the Trial Division, and in that action the learned Trial Judge concluded that in the circumstances con-

dernier cas, qui n'est pas celui que nous avons à trancher, il serait fort probablement loisible à la Cour d'arriver à une conclusion différente, ce qu'elle ne peut faire, d'après moi, dans la présente affaire, en raison des limites qu'il convient de respecter relativement à l'examen judiciaire de la décision de l'arbitre.

Par ces motifs, je confirme le jugement de première instance d'après lequel la décision de l'arbitre que la cessation de l'emploi de l'appellant a été validement effectuée au moyen d'un congédiement disciplinaire justifié a été prise dans les limites de sa compétence et n'est donc pas susceptible d'être modifiée. Par conséquent, je rejette l'appel, sans toutefois rendre d'ordonnance concernant les dépens.

* * *

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

LE JUGE SUPPLÉANT KERR: J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement préparés par le juge Heald et le juge Le Dain. Ces motifs distincts et divergents précisent en détail les faits et les questions en litige, les prétentions des parties ainsi que la jurisprudence citée par les avocats dans leurs plaidoiries. Il serait inutile de les répéter ici mais j'en mentionnerai certains dans mes propres motifs. D'après moi, les questions en litige sont fort discutables.

Il est établi qu'après avoir reçu la lettre de P. D. Doucet en date du 8 mars 1977, citée dans les motifs du juge Heald, lettre lui signifiant son renvoi en en donnant les motifs, l'appellant a présenté un grief qui a été soumis à l'arbitrage conformément à l'alinéa 91(1)(b) de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*; que l'arbitre a décidé que la mesure prise par l'employeur était de nature disciplinaire et qu'il avait par conséquent compétence, en vertu de l'article 91, pour décider si cette mesure disciplinaire, c.-à-d. le congédiement du réclamant, était justifiée. L'arbitre a décidé que la mesure disciplinaire était justifiée et a rejeté le grief.

L'appellant a ensuite institué une action devant la Division de première instance. Dans son jugement, le juge de première instance a décidé que,

cerned the Adjudicator must inquire into the genuine nature of the employer's rejection of the grievor and must consider the facts objectively to decide, as a question of fact, whether what is characterized as a rejection on probation was in fact disciplinary action within the meaning of paragraph 91(1)(b) thereby conferring jurisdiction on the Adjudicator. The Trial Judge found that there was ample evidence before the Adjudicator to justify his, the Adjudicator's, findings that the grievor was discharged for a breach of discipline, and that he had jurisdiction. The plaintiff's action in the Trial Division was thereupon dismissed.

In my opinion the Adjudicator in arriving at his conclusions exercised a jurisdiction that he possessed to consider all the facts, and he sought to find the substance, the true nature, of the action taken by the employer. The employer's letter of March 8, 1977 on its face purported to indicate action under subsection 28(3) of the *Public Service Employment Act*. But it also gave reasons. In the particular circumstances the letter did not necessarily establish that the action was not essentially disciplinary. The position taken before the Adjudicator by the grievor and his counsel was that the employer's action was in fact disciplinary. The decision was one for the Adjudicator to make *bona fide*. I think that he made a decision within his jurisdiction to do so and that there was sufficient evidence to support it.

On my appreciation of the matter I agree with the view of Le Dain J. that the issue is, using his words, "whether the decision of the Adjudicator that the appellant was discharged for disciplinary reasons and that his discharge was justified is conclusive of the essential issue raised by the appellant's action for declaratory relief and damages—namely, whether his employment was validly terminated", and with his further view that "The question whether the Adjudicator's decision is to be regarded as conclusive of the essential issue raised by the appellant's action is therefore in my opinion to be resolved not on the basis of the nullity of the rejection but on the basis of the approach adopted by the Trial Judge—review of the Adjudicator's decision for jurisdictional error."

dans ces circonstances, l'arbitre devait examiner la véritable nature du renvoi du réclamant et après un examen objectif des faits, décider, à titre de question de fait, si le prétendu renvoi en cours de stage constituait en fait une mesure disciplinaire au sens de l'alinéa 91(1)b), donnant ainsi compétence à l'arbitre. Le juge de première instance a décidé que les preuves justifiaient amplement la conclusion de l'arbitre suivant laquelle le réclamant avait été congédié pour un manquement à la discipline et qu'il avait compétence pour trancher cette question. La Division de première instance a donc rejeté l'action du demandeur.

D'après moi, pour en arriver à sa décision, l'arbitre a simplement exercé sa compétence: il a examiné tous les faits et a cherché à déterminer la véritable nature de la mesure prise par l'employeur. A première vue, la lettre de l'employeur datée du 8 mars 1977 semble indiquer une mesure prise en vertu du paragraphe 28(3) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Mais cette lettre mentionnait également des motifs. En l'espèce, cette lettre ne prouvait pas nécessairement que cette mesure n'était pas essentiellement disciplinaire. Le réclamant et son avocat ont soutenu devant l'arbitre que cette mesure prise par l'employeur était en fait une mesure disciplinaire. Il appartenait à l'arbitre de trancher de bonne foi cette question. Je pense qu'il a pris cette décision dans les limites de sa compétence et qu'il existait des preuves suffisantes pour la justifier.

Après avoir examiné cette question, je partage l'opinion du juge Le Dain que la question à trancher est, pour reprendre ses paroles, «celle de savoir si la décision de l'arbitre portant que l'appellant a été congédié pour des motifs disciplinaires et que son congédiement était justifié règle de manière définitive la principale question soulevée par l'appellant dans son action en jugement déclaratoire et dommages-intérêts—c'est-à-dire, s'il a été mis fin validement à son emploi» ainsi que son autre opinion d'après laquelle «la question de savoir si la décision de l'arbitre règle de manière définitive la principale question soulevée dans la demande de l'appellant [doit être tranchée] non pas en se fondant sur la nullité du renvoi mais suivant l'optique adoptée par le juge de première instance—examen de la décision de l'arbitre pour déterminer s'il y a défaut de compétence.»

For these reasons and the reasons of Le Dain J., I agree with the conclusion of the Trial Division that the Adjudicator's decision was made within jurisdiction and is conclusive that the employment of the appellant was validly terminated by a disciplinary discharge that was justified. I would dismiss the appeal and make no order as to costs.

Par ces motifs et les motifs du juge Le Dain, je confirme le jugement de première instance d'après lequel la décision de l'arbitre que la cessation de l'emploi de l'appelant a été validement effectuée au moyen d'un congédiement disciplinaire justifié a été prise dans les limites de sa compétence et n'est donc pas susceptible d'être modifiée. Par conséquent, je rejette l'appel, sans toutefois rendre d'ordonnance concernant les dépens.