

Roland Jacmain *Appellant;*

and

**The Attorney General of Canada and The
Public Service Staff Relations Board**
Respondents.

1977: April 28 and 29; 1977: September 30.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie,
Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

*Judicial review — Public Service — Probationary
employee — Rejection — Grievance — Claim that
rejection was in fact disciplinary dismissal — Jurisdic-
tion of adjudicator — Public Service Employment Act,
R.S.C. 1970, c. P-32, s. 28 — Public Service Staff
Relations Act, R.S.C. 1970, c. P-35, s. 91.*

In May 1973 appellant joined the office of the Commissioner of Official Languages as a division chief in the Complaints Service. This involved a probationary period since his previous employment in the public service had been with the Department of National Revenue. Under s. 28 of the *Public Service Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, an employee on probation may be rejected and in February 1974 appellant was given notice in writing of his rejection. Appellant presented a grievance under s. 90 of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1970, c. P-35, but was unsuccessful. Then under s. 91 of the Act he referred the matter to adjudication. The employer disputed the jurisdiction of the adjudicator on the basis that rejection during the probationary period did not constitute discharge. Under s. 91(1)(b) the adjudicator had jurisdiction only if the matter involved was "disciplinary action resulting in discharge, suspension or financial penalty". The adjudicator however held that he had jurisdiction to examine the reasons for rejection to determine whether the employer had, under the guise of rejection, taken what was in reality disciplinary action, and finally ruled that appellant was not in fact rejected during his probationary period and that he was discharged without sufficient reason. The grievance was allowed and reinstatement ordered. The employer then referred the matter to the Public Service Staff Relations Board, which found that the adjudicator had not erred in law or in jurisdiction. On further proceedings under s. 28(1)(a) of the *Federal Court Act*, 1970-71-72 (Can.), c. 1, the Federal Court of Appeal held that the adjudica-

Roland Jacmain *Appelant;*

et

**Le procureur général du Canada et la
Commission des relations de travail dans la
Fonction publique** *Intimés.*

1977: 28 et 29 avril; 1977: 30 septembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland,
Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et
de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Contrôle judiciaire — Fonction publique — Employé
en stage — Renvoi — Grief — Allégation que le renvoi
était en fait un congédiement disciplinaire — Compé-
tence de l'arbitre — Loi sur l'emploi dans la Fonction
publique, S.R.C. 1970, c. P-32, art. 28 — Loi sur les
relations de travail dans la Fonction publique, S.R.C.
1970, c. P-35, art. 91.*

En mai 1973 l'appelant entra au bureau du Commissaire aux langues officielles à titre de chef de division au Service des plaintes. C'était pour lui une période de stage, son emploi précédent dans la Fonction publique ayant été au ministère du Revenu national. Aux termes de l'art. 28 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-32, un employé stagiaire est susceptible de renvoi et en février 1974, on signifiait par lettre à l'appelant son renvoi. L'appelant entama une procédure de grief en vertu de l'art. 90 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-35, mais échoua. Il recourut alors à l'arbitrage en vertu de l'art. 91 de la Loi. L'employeur attaqua la compétence de l'arbitre au motif qu'un renvoi durant la période de stage n'est pas un congédiement. Aux termes de l'al. 91(1)b), l'arbitre n'est compétent que s'il s'agit d'une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une peine pécuniaire. Toutefois l'arbitre décida que sa compétence lui permettait d'examiner les raisons du renvoi et de déterminer si, sous le couvert d'un renvoi l'employeur n'avait pas dans la réalité exercé une mesure disciplinaire, et il conclut finalement que l'appelant n'avait pas véritablement été renvoyé pendant sa période de stage et qu'il avait été congédié sans motif suffisant. Il accueillit le grief et ordonna la réintégration de l'appelant. L'employeur soumit alors la question à la Commission des relations de travail dans la Fonction publique qui conclut que l'arbitre n'avait pas commis d'erreur de droit ni excédé sa compétence. La Cour d'appel fédérale, saisie en vertu

tor did not have jurisdiction to weigh the cause of rejection.

Held (Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Judson, Ritchie and de Grandpré JJ.: The matter was correctly decided in the Court of Appeal. The adjudicator did not have jurisdiction to set aside the employer's decision since it was taken in good faith. The employer's right to reject an employee during the probationary period is very broad. To use the words of s. 28 of the *Public Service Employment Act* it is sufficient that there be a cause, a reason. The case was not one of disciplinary action and the employee's poor conduct, irascible attitude and unsatisfactory adjustment to his surroundings were valid reasons for his superior's unwillingness to give him a permanent position in his service. Rejection of an employee on probation because his superior is not satisfied with him does not constitute a disciplinary action which is subject to adjudication.

The question of whether an adjudicator has jurisdiction when the rejection is clearly a disciplinary action remains open. While the employer appeared to accept it (in this Court), if the *Public Service Employment Act* does not give the adjudicator jurisdiction in such a case the consent of the employer cannot do so.

Per Pigeon and Beetz JJ.: As was properly conceded the right of a probationary employee to launch a grievance against disciplinary dismissal cannot be ousted by making such dismissal in the form of a rejection under s. 28 of the Act. Thus on a grievance being filed the adjudicator had jurisdiction to inquire whether the rejection was in fact a dismissal. However while the adjudicator was entitled to make such inquiry, as it was on a fact on which his jurisdiction depended his findings on it could not be regarded as conclusive and are subject to review as a matter of law. The issues in this Court were the authority of the adjudicator to review the sufficiency of the cause of rejection to decide whether it was in fact a disciplinary dismissal and, if so, whether his opinion was subject to review by the Federal Court of Appeal. The adjudicator found that there were grounds for deciding that the appellant was unsuitable but he was of the opinion that those grounds were not sufficient to justify the rejection. This he was not entitled to do as he only had jurisdiction to review a disciplinary dismissal not a rejection.

de l'al. 28(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale*, 1970-71-72 (Can.), c. 1, statua que l'arbitre n'avait pas la compétence de peser la valeur de la cause du renvoi.

Arrêt (le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson étant dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Martland, Judson, Ritchie et de Grandpré: Le jugement de la Cour d'appel est correct. L'arbitre n'avait pas le pouvoir d'annuler la décision de l'employeur parce qu'elle avait été prise de bonne foi. Le droit de l'employeur de renvoyer un employé en cours de stage est très large. Pour employer les mots de l'art. 28 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, il suffit qu'il y ait un motif, une raison. Il ne s'agissait pas d'une mesure disciplinaire et le mauvais comportement de l'employé, son attitude acerbe, sa mauvaise adaptation à son entourage constituent pour son chef des raisons valables de ne pas vouloir lui accorder un emploi permanent dans son service. Le renvoi d'un employé en stage au motif que son supérieur hiérarchique n'est pas satisfait de ses services ne constitue pas une mesure disciplinaire susceptible d'être soumise à l'arbitrage.

La question de savoir si l'arbitre a compétence lorsque le renvoi est clairement une mesure disciplinaire n'est pas tranchée. Bien que l'employeur ait semblé admettre devant nous cette compétence, si la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* n'attribue pas compétence à l'arbitre en pareille matière, ce n'est pas le consentement de l'employeur qui peut le faire.

Les juges Pigeon et Beetz: On 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. En conséquence, lorsqu'un grief a été présenté, l'arbitre avait compétence pour examiner s'il s'agissait en fait d'un congédiement. Cependant, bien que l'arbitre ait eu le droit d'examiner la question, comme cet examen portait sur un fait dont sa compétence dépend, sa conclusion ne peut être considérée comme définitive et elle est susceptible de révision à titre de point de droit. Les questions soumises à cette Cour étaient de savoir si l'arbitre avait le droit d'examiner la valeur du motif de renvoi pour décider s'il y avait eu en fait congédiement disciplinaire et, dans l'affirmative, si son opinion pouvait être révisée par la Cour d'appel fédérale. L'arbitre a décidé qu'il existait des motifs pour juger l'employé inapte mais il était d'avis que ces motifs ne constituaient pas une justification suffisante du renvoi. C'est ce qu'il n'était pas autorisé à faire parce qu'il a uniquement compétence pour examiner un congédiement disciplinaire et non un renvoi.

Had it been held that the adjudicator could review the sufficiency of the cause of rejection it is doubted that the Federal Court of Appeal would have been held entitled to revise his decision. While it was a finding on which his jurisdiction depended, where the jurisdiction depends upon contested facts, a superior court will hesitate before reversing a finding of fact and will only do so on *extremely strong* grounds.

Per Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ. *dissenting*: In October 1973 as a disciplinary measure the employer suspended appellant from duty for five days, but following a grievance adjudication the suspension was revoked. When in February 1974 the employer wrote to appellant giving him notice of his rejection for cause the letter contained a paragraph referring to the fact that on October 23, 1973, appellant had been informed orally of this intention. Section 28(4) of the Act provides that in cases of rejection for cause the employer shall furnish the Commission with his reasons therefor. The reasons in this case were stated in only the most general terms *viz.* that appellant "was not able to fulfil a function" to the employer's satisfaction. By s. 91(1)(b) of the *Public Service Staff Relations Act* an employee is entitled to refer a disciplinary discharge to adjudication; by s. 28(3) of the *Public Service Employment Act* a probationary employee has no right to refer a rejection for cause to adjudication. The issue is squarely whether the s. 91(1)(b) protection against disciplinary discharge extends to probationary employees. The answer is undoubtedly in the affirmative. The word "employee" in s. 91(1) of the *Public Service Staff Relations Act* does not exclude employees on probation. *Prima facie* they are protected.

The interplay of s. 28(3) of the *Public Service Employment Act* and s. 91(1) of the *Public Service Staff Relations Act* is such that rejection for cause and disciplinary discharge are separate and distinct concepts. Rejection for cause will be for reasons otherwise than disciplinary. The adjudicator held that he had jurisdiction because what occurred was, in substance, a discharge for disciplinary reasons rather than a rejection for cause. This decision of the adjudicator came within the permissible latitude which the Courts should allow in their surveillance of the jurisdictional findings of a tribunal. Insofar as a question of fact was involved, there was substantial evidence to uphold the adjudicator's decision. Insofar as a question of law was involved there was a rational basis for his decision. An adjudicator has

Si l'on décide que l'arbitre peut examiner la valeur du motif de renvoi, il est douteux que la Cour d'appel fédérale pourrait réviser sa décision. Il s'agit d'une conclusion dont sa compétence dépend mais, lorsque la compétence dépend de faits contestés, une cour supérieure hésitera avant d'infirmer les conclusions de fait et ne le fera que pour des motifs *extrêmement puissants*.

Le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson, dissidents: En octobre 1973, l'employeur a suspendu l'appelant de ses fonctions pour cinq jours à titre de mesure disciplinaire, mais, à la suite de l'arbitrage d'un grief, cette suspension a été révoquée. En février 1974, l'employeur a avisé l'appelant par lettre qu'il se proposait de le renvoyer pour un motif déterminé et un passage de cette lettre mentionnait le fait que le 23 octobre 1973, l'appelant avait été informé oralement de cette intention. Le paragraphe 28(4) de la Loi dispose qu'en cas de renvoi d'un employé pour un motif déterminé, l'employeur doit fournir à la Commission les raisons de son intention. En l'espèce, les raisons invoquées avaient été données dans les termes les plus généraux, à savoir le fait que l'appelant «n'était pas en mesure d'occuper un emploi» à la satisfaction de l'employeur. Aux termes de l'al. 91(1)b) de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, un employé peut renvoyer un grief à l'arbitrage; aux termes du par. 28(3) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, un employé en cours de stage n'a pas le droit de renvoyer à l'arbitrage un renvoi pour motif déterminé. La question soulevée dans ce pourvoi est de savoir si les employés en stage bénéficient aussi de la protection contre le congédiement disciplinaire. La réponse est indubitablement affirmative. Le mot «employé» au par. 91(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* n'exclut pas les employés en stage. A première vue, ils sont protégés.

L'action réciproque du par. 28(3) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et le par. 91(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* est telle que le renvoi pour motif déterminé et le congédiement disciplinaire sont des concepts distincts. Un renvoi pour motif déterminé est fondé sur des motifs autres que disciplinaires. L'arbitre a conclu qu'il avait compétence parce que ce qui était arrivé était, au fond, un congédiement disciplinaire plutôt qu'un renvoi pour motif déterminé. La décision de l'arbitre restait dans les limites acceptables de ce que devraient autoriser les cours de justice dans l'exercice de leur pouvoir de contrôle sur les questions de juridiction tranchées par un tribunal. Dans la mesure où il s'agissait d'une question de fait, la décision de l'arbitre était fondée sur une

jurisdiction to hear cases involving disciplinary action resulting in discharge that are presented as rejection during a probationary period. In this case the "rejection" gave effect to an intention expressed by the Commissioner of Official Languages on October 23, 1973. The only grounds on October 23, 1973 were disciplinary. The adjudicator did have jurisdiction to proceed to consider the merits of the matter.

[*Segal v. City of Montreal*, [1931] S.C.R. 460; *Bell Canada v. Office and Professional Employees' International Union*, [1974] S.C.R. 335; *Essex County Council v. Essex Incorporated Congregational Church Union*, [1963] A.C. 808; *Re United Electrical Workers & Square D Co., Ltd.* (1956), 6 Lab. Arb. Cas. 289; *Fardella v. The Queen*, [1974] 2 F.C. 465; *Re Cooper*, [1974] 2 F.C. 407; *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756 referred to.]

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹ allowing an appeal by way of application for judicial review under s. 28(1)(a) of the *Federal Court Act*, 1970-71-72 (Can.), c. 1, from a decision of the Public Service Staff Relations Board affirming the decision of an adjudicator. Appeal dismissed, Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ. dissenting.

Maurice Wright, Q.C., for the appellant.

André Garneau and *J.-P. Malette*, for the respondents.

The judgment of Laskin C.J. and Spence and Dickson JJ. was delivered by

DICKSON J. (*dissenting*)—In May, 1973 the appellant Roland Jacmain was appointed to the position of Chief of Division in the Complaints Branch of the Commissioner of Official Languages. In October 1973, as a disciplinary measure, the Commissioner suspended him from duty for five days, but following a grievance adjudication the suspension was revoked.

On February 25, 1974 the Commissioner wrote to the appellant giving him notice that, pursuant to s. 28(3) of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, the Commissioner intended

¹ [1977] 1 F.C. 91.

preuve suffisante. Dans la mesure où il s'agissait d'une question de droit sa décision suivait un raisonnement logique. Un arbitre a compétence pour instruire des cas de mesure disciplinaire entraînant le congédiement qui sont présentés comme cas de renvoi en cours de stage. En l'espèce, le «renvoi» a donné effet à une intention exprimée par le Commissaire aux langues officielles le 23 octobre 1973. A cette date, le seul motif était d'ordre disciplinaire. L'arbitre avait donc compétence pour examiner le fond de l'affaire.

[*Segal c. Ville de Montréal*, [1931] R.C.S. 460; *Bell Canada c. Office and Professional Employees' International Union*, [1974] R.C.S. 335; *Essex County Council v. Essex Incorporated Congregational Church Union*, [1963] A.C. 808; *Re United Electrical Workers & Square D Co., Ltd.* (1956), 6 Lab. Arb. Cas. 289; *Fardella c. La Reine*, [1974] 2 C.F. 465; *Re Cooper*, [1974] 2 C.F. 407; *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹ accueillant un appel par voie de demande d'examen judiciaire en vertu de l'al. 28(1)a) de la *Loi sur la cour fédérale*, 1970-71-72 (Can.), c. 1, d'une décision de la Commission des relations de travail de la Fonction publique et confirmant la décision d'un arbitre. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et les juges Spence et Dickson étant dissidents.

Maurice Wright, c.r., pour l'appellant.

André Garneau et *J.-P. Malette*, pour les intimés.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Spence et Dickson a été rendu par

LE JUGE DICKSON (*dissident*)—En mai 1973, l'appellant Roland Jacmain est nommé chef de division au Service des plaintes du bureau du Commissaire aux langues officielles. En octobre 1973, le Commissaire le suspend de ses fonctions pour cinq jours, à titre de mesure disciplinaire; cependant, à la suite de l'arbitrage d'un grief, la suspension est révoquée.

Le 25 février 1974, le Commissaire avise l'appellant par lettre que, conformément au par. 28(3) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-32, il se propose de le renvoyer,

¹ [1977] 1 C.F. 91.

to reject the appellant for cause during his probationary period. The letter contained the following short paragraph: "You will recall that on October 23, 1973 I informed you orally of this intention."

Section 28(4) of the Act provides that where a deputy head gives notice that he intends to reject an employee for cause he shall furnish the Commission his reasons therefor. The Commissioner advised the Public Service Commission:

During the probationary period I have found that Mr. Jacmain was not able to fulfil a function in this office to my satisfaction.

The nature of the function which the appellant was unable to fulfil to the satisfaction of the Commissioner was not stated.

Upon receipt of the notice, the appellant, pursuant to s. 90 of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1970, c. P-35 lodged a grievance against the decision of the Commissioner, in which he said:

I have been advised by letter dated February 25, 1974 that I am to be dismissed from my position. No reasons have been given. This is contrary to Section 28(3) of the Public Service Employment Act. This is, in truth, a disciplinary dismissal.

The point is this. Section 28(3) of the *Public Service Employment Act* provides:

(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.

Section 91(1) of the *Public Service Staff Relations Act* provides:

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

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

en cours de stage, pour un motif déterminé. La lettre contient le court alinéa suivant: «Vous vous rappellerez que le 23 octobre 1973, je vous avisais oralement de cette intention».

Le paragraphe 28(4) de la Loi dispose que lorsqu'un sous-chef prévient un employé qu'il se propose de le renvoyer pour un motif déterminé, il doit fournir à la Commission les raisons de son intention. Le Commissaire a avisé la Commission de la Fonction publique en ces termes:

[TRADUCTION] Au cours de son stage, j'ai estimé que M. Jacmain n'était pas en mesure d'occuper à ma satisfaction un emploi dans mes services.

La nature de l'emploi que l'appelant était incapable d'occuper à la satisfaction du Commissaire n'y est pas précisée.

Sur réception de l'avis, l'appelant, conformément à l'art. 90 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-35 a présenté un grief contre la décision du Commissaire, dans les termes suivants:

[TRADUCTION] On m'a avisé par lettre en date du 25 février 1974 que j'allais être renvoyé. Aucun motif ne m'a été donné. Cela est contraire au par. 28(3) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Il s'agit, en réalité, d'un congédiement disciplinaire.

La question est la suivante: Le par. 28(3) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* dispose:

(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.

Le paragraphe 91(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* dispose:

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

a) de l'interprétation ou de l'application, en ce qui le concerne, d'une disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale, ou

(b) 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.

It will be seen that, where the grievance of an employee is with respect to disciplinary action resulting in discharge, s. 91(1)(b) of the *Public Service Staff Relations Act* entitles the employee to refer the grievance to adjudication. Where, however, a probationary employee ceases to be an employee because of rejection for cause, pursuant to s. 28(3) of the *Public Service Employment Act*, he has no right to refer the matter to adjudication.

The issue which this appeal brings squarely to the fore is whether the protection against disciplinary discharge extends to probationary employees. In terms, the answer is undoubtedly in the affirmative. The word "employee" contained in s. 91(1) of the *Public Service Staff Relations Act* does not exclude employees on probation. *Prima facie* they are protected. Yet, if the interplay of s. 28(3) of the *Public Service Employment Act* and s. 91(1) of the *Public Service Staff Relations Act* is such that rejection for cause in effect subsumes disciplinary discharge, then every case of disciplinary discharge constitutes inherently a case of rejection for cause and the protection proves to be illusory. In my view, rejection for cause and disciplinary discharge are separate and distinct concepts.

Sometimes the acts of an employee will give rise to disciplinary action which may, or may not, then or at a later date, lead to dismissal. Rejections for cause will be for reasons otherwise than disciplinary. The fact that the employer may have some cause for complaint about the employee does not, by that fact alone, transform what would otherwise be a disciplinary discharge into a rejection for cause. The dividing line between the two may be blurred, but it is a line which the adjudicator must draw and the matter is not concluded by the employer characterizing the severance as rejection for cause.

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.

On constatera que quand le grief présenté par un employé concerne une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, l'al. 91(1)b) de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* lui donne le droit de renvoyer le grief à l'arbitrage. Toutefois, quand un employé en stage est renvoyé pour un motif déterminé, en vertu du par. 28(3) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, il n'a pas le droit de porter la question en arbitrage.

La question que ce pourvoi met indéniablement de l'avant est de savoir si les employés en stage bénéficient aussi de la protection contre le congédiement disciplinaire. Il est clair que la réponse est indubitablement affirmative. Le mot «employé» au par. 91(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* n'exclut pas les employés en stage. A première vue, ils sont protégés. Cependant, si l'effet combiné du par. 28(3) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et du par. 91(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* est tel que le renvoi pour un motif déterminé comprend, en fait, le congédiement disciplinaire, alors, tout cas de congédiement disciplinaire constitue en soi un cas de renvoi pour un motif déterminé et la protection s'avère illusoire. A mon avis, le renvoi pour un motif déterminé et le congédiement disciplinaire sont des notions bien distinctes.

Parfois les actes d'un employé peuvent entraîner une mesure disciplinaire susceptible d'aboutir immédiatement ou plus tard à un congédiement. Les renvois pour un motif déterminé ont lieu pour des motifs autres que disciplinaires. Le fait que l'employeur puisse avoir quelque motif de se plaindre de l'employé ne transforme pas automatiquement en renvoi pour un motif déterminé ce qui, autrement, serait un congédiement disciplinaire. La ligne de démarcation entre les deux notions peut être floue, mais c'est une distinction que l'arbitre doit faire et la question n'est pas résolue du seul fait que l'employeur qualifie la cessation d'emploi de renvoi pour un motif déterminé.

At each level of the grievance procedure the appellant's grievance was answered by the statement that the discharge was not a disciplinary action, but a rejection during probation. The grievance was referred to the adjudicator, Mr. Weatherill. Counsel for the employer submitted at that time that the notice given to the appellant by the Commissioner of Official Languages defined the action as a case of rejection during a probation period and that that was the end of the matter; it prevented the adjudicator from conducting a hearing on the merits; the adjudicator did not have jurisdiction even to decide whether the action was, in fact, a rejection during a probation period, or disciplinary action. That was the contention of the employer in all earlier proceedings, but it was not pursued in argument before this Court. Counsel for the employer before this Court did not dispute that the adjudicator was entitled to inquire into the facts initially to determine whether the appellant's discharge was a disciplinary matter, or a rejection for cause during a probationary period. It is now common ground that it was, indeed, incumbent upon the adjudicator to hear evidence and decide whether the employee ceased to be an employee due to disciplinary discharge, in which event the adjudicator had jurisdiction to go on and consider the merits, or whether employment terminated as a result of rejection for cause, in which event he did not have jurisdiction.

On July 29, 1974 a hearing was held by the adjudicator at which the Public Service Alliance of Canada, for the appellant, presented evidence as to both the jurisdiction of the adjudicator to hear the grievance and the merits of the case itself. After that evidence was heard, counsel for the employer, without relinquishing his right to present evidence regarding the merits of the case, asked the adjudicator to decide the question of jurisdiction. In a reserved decision the adjudicator answered this question in the affirmative. He noted that the employer had never given the appellant any reasons for the latter's discharge. He referred to (i) the five-day suspension imposed upon the appellant by the Commissioner of Official Languages in October, 1973, which the adjudicator characterized as undeniably a disciplinary action; (ii) the advice given by the Commissioner to the appellant

A chaque palier de la procédure de griefs, on a répondu à l'appelant que le congédiement n'était pas une mesure disciplinaire mais un renvoi en période de stage. Le grief a été renvoyé à l'arbitre, M. Weatherill. L'avocat de l'employeur a alors prétendu que l'avis donné à l'appelant par le Commissaire aux langues officielles qualifiait la mesure de renvoi en période de stage et que cela réglait la question; que l'arbitre ne pouvait donc pas entendre l'affaire au fond et n'avait pas compétence pour décider si la mesure était, en fait, un renvoi en période de stage ou une mesure disciplinaire. L'employeur a invoqué cet argument au cours de toutes les procédures antérieures, mais ne l'a pas repris devant cette Cour. L'avocat de l'employeur devant cette Cour n'a pas contesté que l'arbitre avait le droit d'enquêter d'abord sur les faits, pour déterminer s'il s'agissait d'une mesure disciplinaire ou d'un renvoi pour un motif déterminé en période de stage. Il est maintenant admis qu'il incombait en effet à l'arbitre d'entendre la preuve et de décider si l'employé avait perdu son emploi à cause d'un congédiement disciplinaire, auquel cas l'arbitre était compétent pour examiner la question au fond, ou à cause d'un renvoi pour un motif déterminé, auquel cas l'arbitre n'était pas compétent.

L'arbitre a tenu une audition le 29 juillet 1974, au cours de laquelle l'Alliance de la Fonction publique du Canada, représentant l'appelant, a présenté une preuve relative, d'une part, à la compétence de l'arbitre pour entendre le grief et, d'autre part, au fond même de l'affaire. Après l'audition de cette preuve, l'avocat de l'employeur, sans renoncer à son droit de présenter une preuve au fond, a demandé à l'arbitre de trancher la question de la compétence. L'arbitre a répondu à cette question par l'affirmative dans une décision prise en délibéré. Il a noté que l'employeur n'avait jamais donné à l'appelant les raisons de son renvoi. Il a mentionné (i) la suspension de cinq jours imposée à l'appelant par le Commissaire aux langues officielles en octobre 1973, qu'il a qualifiée comme étant incontestablement une mesure disciplinaire; (ii) l'avis donné à cette époque par le

at that time of the intention to reject the appellant during his probationary period. The adjudicator said: "the only grounds for this notice were the disciplinary considerations cited at the time of the incident"; (iii) the statement in the Commissioner's letter of February 25, 1974 which, without mentioning any other ground for termination of employment, said: "You will remember that on October 23, 1973, I informed you verbally of this intention." The adjudicator summed up in these words:

The only cause for the grievor's rejection that can be adduced from all the evidence is the disciplinary matter that was supposed to have been settled by the adjudicator's decision.

The phrase "adjudicator's decision" refers, of course, to the decision concerning the October, 1973 incident, favourable to the appellant.

In October and December, 1974, the adjudicator held further hearings on the merits. A decision was rendered in January, 1975 and contains the following passages:

With regard to the employer's evidence relating to the reasons for the discharge of the grievor, it should be noted that the principal witness was Mr. Jean-Marie Morin, Deputy Commissioner of Official Languages. Mr. Morin's testimony was certainly clear and forthright, and I accept it, [the decision was initially rendered in French, the French text reads: "Le témoignage de M. Morin était certainement clair et honnête.]" He explained that, according to reports submitted to him, the grievor made many complaints relating to the administration of the Office. It seems that he complained about the files for which he was responsible, the calibre of work of the stenographic pool, the telephone service, the records service, the distribution of the mail and even about the "landscaped" arrangement of the office. In addition, he wanted a typewriter in his own office (that is, his own office "area"), and even his own secretary.

All these complaints in themselves were not annoying; Mr. Morin listened to and considered all of them. Almost all were rejected and (although it is not the responsibility of the adjudicator to assess the quality of administration) I feel it my duty to add that the rejections were justified. The problem faced by Mr. Morin was not that Mr. Jacmain complained, but that he complained constantly, in an unpleasant manner, loudly and bitterly. All things considered, it was Mr. Jacmain's

commissaire à l'appelant de son intention de le renvoyer en cours de stage. L'arbitre a déclaré: «cet avis n'avait aucune autre raison d'être que les motifs disciplinaires soulevés par l'incident»; (iii) la lettre du Commissaire, en date du 25 février 1974, dans laquelle, sans mentionner d'autre motif de cessation de l'emploi, il disait: «Vous vous rappellerez que le 23 octobre 1973, je vous avisais oralement de cette intention». L'arbitre conclut en ces termes:

De l'ensemble des éléments de preuve, on ne peut tirer comme motif du renvoi de l'employé s'estimant lésé que l'incident disciplinaire que l'on aurait cru réglé par la décision de l'arbitre.

L'expression «décision de l'arbitre» vise évidemment la décision, favorable à l'appelant, concernant l'incident d'octobre 1973.

En octobre et décembre 1974, l'arbitre a tenu d'autres auditions sur le fond. En janvier 1975 il rendit une décision dont voici quelques extraits:

Pour ce qui est de la preuve de l'employeur quant aux motifs du congédiement de l'employé s'estimant lésé, il est à noter que le témoin le plus important était M. Jean-Marie Morin, Sous-Commissaire au Bureau du Commissaire aux langues officielles. Le témoignage de M. Morin était certainement clair et honnête. Il a expliqué que selon les rapports qu'on lui avait soumis, l'employé s'estimant lésé s'était plaint de beaucoup de choses ayant trait à l'administration du Bureau. Il s'est plaint, semble-t-il, des dossiers qu'il avait à diriger, du travail des membres du central sténographique, des services téléphoniques, des services des archives, de la distribution du courrier et même de l'aménagement «paysagé» du bureau. De plus, il voulait une machine à écrire dans son propre bureau (c'est-à-dire, dans sa propre «cave»), et même sa propre secrétaire.

Toutes ces plaintes en elles-mêmes n'étaient pas ennuyeuses; M. Morin les a toutes entendues et les a toutes considérées. A peu près toutes ont été rejetées et (bien qu'il n'incombe pas à l'arbitre de juger de la qualité de l'administration) je crois devoir ajouter que ces refus étaient justifiés. La difficulté qu'avait M. Morin n'était pas que M. Jacmain se plaignait, c'était qu'il le faisait toujours, et qu'il le faisait de façon désagréable, c'est-à-dire à haute voix et avec acerbité.

attitude, as displayed in tactlessness and impoliteness, in outbursts and the slamming of doors, and in continual "Jeremiads", that gave his employer cause for complaint.

Before reviewing the evidence on this point, it would be useful to examine the importance of this question of attitude (namely, the attitude of the employee as revealed through his actions and gestures). I agree that it is important for the employer to assess the attitude of an employee during his probation period, just as it is important to assess his actual work. Undoubtedly, in an office such as that of the Commissioner of Official Languages, the "attitude" of public servants towards the public and others is an important feature of their work. In the case under consideration, however, there is no evidence relating to the attitude of Mr. Jacmain in this context.

I have quoted these passages in full because the judgment of the Federal Court of Appeal, from whence comes this appeal, stresses the second paragraph. I read the paragraph as merely summarizing the evidence adduced on behalf of the employer, not as embodying findings of fact prejudicial to the appellant.

The adjudicator noted that the "cause" which would have justified the rejection of the appellant had never been specified and there was no evidence that in any way suggested what the "function," of which the Commissioner of Official Languages spoke in his letter to the Public Service Commission, might have been. The adjudicator continued:

In fact, it has been established beyond all question that Mr. Jacmain effectively fulfilled all the duties for which he was responsible. None of his colleagues complained about him, and there were never any complaints from members of the public (according to Mr. Morin's own testimony). There is nothing to indicate that his immediate supervisor (who was not called as a witness) in any way complained of Mr. Jacmain's work.

As to the actual work of the appellant the adjudicator said this:

Now as to Mr. Jacmain's actual work, my conclusion (and the matter is not seriously in question) is that there is no reason which can justify either his rejection or his discharge.

He then spoke of "attitude":

En fin de compte, ce dont l'employeur avait à se plaindre à propos de M. Jacmain, c'était son attitude, démontrée par des manques de tact et de courtoisie, par des éclats de voix et des claquements de portes, par des jérémiades continuelles.

Avant d'étudier la preuve sur ce point, il serait important de commenter l'importance de cette question d'attitude (c'est-à-dire l'attitude de l'employé telle que démontrée par ses faits et gestes). J'admets qu'il est important pour l'employeur d'évaluer l'attitude d'un employé durant sa période de stage, tout comme il est important d'évaluer son travail proprement dit. Il est certain que, dans un bureau tel que celui du Commissaire aux langues officielles, l'«attitude» des fonctionnaires envers le public et autres est un aspect important de leur travail. Dans le cas en instance pourtant, aucune preuve ne porte sur l'attitude de M. Jacmain dans ce sens.

Je cite ces passages en entier parce que l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, qui donne lieu à ce pourvoi, s'étend sur le second alinéa. A mon avis, celui-ci résume simplement la preuve faite au nom de l'employeur, et je ne considère pas qu'il renferme des conclusions de fait préjudiciables à l'appelant.

L'arbitre a noté que le «motif déterminé» qui aurait justifié le renvoi de l'appelant n'avait jamais été précisé et qu'il n'y avait aucune preuve qui suggérât ce qu'était l'«emploi» dont le Commissaire aux langues officielles parlait dans sa lettre à la Commission de la Fonction publique. L'arbitre a poursuivi:

En fait, il est établi sans contestation que M. Jacmain a effectivement comblé toutes les tâches qui lui incombaient. Aucun des ses collègues ne s'est plaint de lui, et il n'y a jamais eu de plaintes des membres du public (selon le témoignage de M. Morin lui-même). Rien n'indique que le surveillant immédiat (qui n'a pas été appelé comme témoin) s'est plaint en quoi que ce soit du travail de M. Jacmain.

Quant au travail de l'appelant, l'arbitre a dit:

Or, quant au véritable travail de M. Jacmain, je conclus (ce qui n'est pas sérieusement en question), qu'il n'y a aucune raison qui puisse justifier ou son renvoi ou son congédiement.

L'arbitre a ensuite parlé de l'«attitude»:

Although this issue tends to raise questions which are more of a disciplinary nature, I do recognize that the employer, even in the public service, has the right to reject an employee who cannot adjust to the everyday routine of his job. The weight of Mr. Morin's testimony was to the effect that Mr. Jacmain could not make the adjustment; that he lacked tact, courtesy and judgment.

The conclusion which the adjudicator reached was expressed in these words:

Having heard and considered all the evidence, I conclude that the behaviour of the grievor towards his colleagues, his superiors and some of his subordinates was somewhat irascible, reflecting his own personality. He did not fully adjust to the practice and atmosphere of the office, and to the requirements of his superiors. I do not, however, consider this to be sufficient reason for his discharge. No other reason has been established.

For those reasons, the grievance was allowed. On the question of jurisdiction the adjudicator added:

I have already ruled that the employer's action was substantially a disciplinary measure. Although this question was decided on August 1, my opinion has not changed.

The employer, pursuant to s. 23 of the *Public Service Staff Relations Act*, referred to the Public Service Staff Relations Board the question of the jurisdiction of the adjudicator. The Board found that the adjudicator had not erred in law, nor exceeded his jurisdiction in agreeing to hear the case, notwithstanding the fact that (i) the appellant was on probation at the time of the termination of his employment; and (ii) the termination purportedly was a rejection during probation.

The employer then brought an application before the Federal Court of Appeal to review and set aside the decision of the Public Service Staff Relations Board. The application was brought pursuant to s. 28(1) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd. Supp.). The principal submission of the employer's counsel before the Federal Court of Appeal was that to which I have referred, namely, that since the employer had characterized the action taken as a rejection for cause this was

Il reste à examiner la question de son «attitude». Bien que cette dernière tende à soulever des questions plutôt disciplinaires, j'admets certainement la possibilité que l'employeur, même dans la fonction publique, puisse renvoyer l'employé qui ne saurait s'accommoder à la vie régulière de son emploi. Le poids de la déposition de M. Morin portait sur le fait que M. Jacmain n'a pas su s'y accommoder; qu'il lui manquait le tact, la courtoisie, le doigté.

L'arbitre a exprimé sa conclusion en ces termes:

En fin de compte, toute chose entendue et pesée, j'en conclus que l'employé s'estimant lésé s'est comporté, envers ses collègues, ses supérieurs et certains de ses subalternes, d'une façon un peu acerbe, particulière à lui. Il ne s'est pas tout à fait accommodé des mœurs et de l'ambiance du bureau, et des exigences de ses supérieurs hiérarchiques. Je n'y vois pourtant pas une justification suffisante pour son congédiement. Aucun autre motif n'a été établi.

Pour ces motifs, le grief a été accueilli. Sur la question de compétence, l'arbitre a ajouté:

J'ai déjà décidé que le geste de l'employeur était en substance une mesure disciplinaire. Bien que cette question ait été décidée dans la décision du 1^{er} août, je suis toujours du même avis.

Conformément à l'art. 23 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, l'employeur a soumis à la Commission des relations de travail dans la Fonction publique la question de la compétence de l'arbitre. Celle-ci a conclu que l'arbitre n'avait pas fait d'erreur de droit, ni excédé sa compétence en acceptant d'entendre l'affaire, malgré le fait que (i) l'appelant était en stage au moment où l'on avait mis fin à son emploi et que (ii) il s'agissait prétendument d'un renvoi en cours de stage.

L'employeur a alors demandé à la Cour d'appel fédérale en vertu du par. 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, c. 10 (2^e Supp.) l'examen et l'annulation de la décision rendue par la Commission des relations de travail dans la Fonction publique. La prétention essentielle de l'avocat de l'employeur devant la Cour d'appel fédérale était, comme je l'ai déjà mentionné, que pour écarter la compétence de l'arbitre, il suffit que l'employeur qualifie la mesure prise de renvoi pour

sufficient to oust the jurisdiction of the adjudicator; that an adjudicator is not entitled to inquire into the facts of a particular case to determine whether the action taken by an employer is, in fact, a rejection for cause, or a disciplinary discharge. The Federal Court of Appeal considered that this submission was fully answered by the decision of that Court in *Cutter Laboratories International and Cutter Laboratories Inc. v. Anti-Dumping Tribunal*². With respect I agree. 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.

Although counsel for the employer confined his argument before the Federal Court of Appeal to the submission to which I have referred (which was rejected) that Court, we were advised, raised *ex proprio motu* the factual issues considered by the adjudicator and, in the result, allowed the s. 28 application and set aside the decision of the Public Service Staff Relations Board. In doing so, the Federal Court of Appeal, in my opinion, erred.

The following passages from the reasons for judgment of that Court will serve to indicate the basis upon which the Court proceeded in reversing the Public Service Staff Relations Board:

Turning now to the evidence adduced before the adjudicator, after a careful review thereof, I have concluded that the Board's decision cannot be allowed to stand and that this section 28 application must be granted. The letters of February 25, 1974 to the applicant and to the commission are clear and unequivocal in that they reject the applicant for cause within the meaning of subsections 28(3) and (4) of the *Public Service Employment Act* (*supra*).

un motif déterminé, qu'un arbitre n'a pas le droit d'enquêter sur les faits d'une affaire donnée pour juger si, en réalité, la mesure prise par l'employeur constitue un renvoi pour un motif déterminé ou un congédiement disciplinaire. La Cour d'appel fédérale a considéré qu'elle avait donné une réponse complète à cette prétention dans son arrêt *Cutter Laboratories International and Cutter Laboratories Inc. c. Le tribunal antidumping*². Avec égards, je partage cette opinion. 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.

Bien que l'avocat de l'employeur ait limité sa plaidoirie devant la Cour d'appel fédérale à la prétention que j'ai mentionnée (et qui a été rejetée), ladite Cour, nous a-t-on indiqué, a soulevé de son propre chef les questions de fait examinées par l'arbitre et, finalement, elle a accueilli la demande formulée en vertu de l'art. 28 et a annulé la décision de la Commission des relations de travail dans la Fonction publique. Ce faisant, la Cour d'appel fédérale a, à mon avis, fait une erreur.

Les extraits suivants des motifs de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale montrent sur quels éléments elle s'est fondée pour infirmer la décision de la Commission des relations de travail dans la Fonction publique:

J'en viens maintenant aux preuves soumises à l'arbitre. Après les avoir examinées attentivement, j'ai conclu que la décision de la Commission ne pouvait être maintenue et que la demande présentée en vertu de l'article 28 devait être accordée. Les lettres du 25 février 1974 adressées au demandeur et à la Commission sont claires et sans équivoque dans la mesure où elles mentionnent le renvoi du demandeur pour un motif déterminé au sens des paragraphes 28(3) et (4) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* (précitée).

² [1976] 1 F.C. 446.

² [1976] 1 C.F. 446.

The evidence as to cause adduced before the adjudicator was, *inter alia*, to the effect that the applicant made many complaints relating to the administration of the office, that he complained constantly, in an unpleasant manner, loudly and bitterly, that "it was Mr. Jacmain's attitude, as displayed in tactlessness and impoliteness, in outbursts and the slamming of doors, and in continual 'jeremiads', that gave his employer cause for complaint.

I have no hesitation in expressing the view that the conduct complained of in this case is a classic example of behaviour which would justify rejection of an employee during a probation period (and this was conceded by the adjudicator—see Appeal Case, pages 70 and 73).

It is clear from the various reasons for decision of the adjudicator that he considered the action here taken by the employer to be disciplinary action camouflaged as rejection. However, the facts established before him make it quite clear that the employer had ample cause for rejection. There could only be disciplinary action camouflaged as rejection in a case where no valid or *bona fide* grounds existed for rejection. By the adjudicator's own admissions, that is not the factual situation in this case.

Section 28(1) of the *Federal Court Act* reads:

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

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

(b) erred in law in making its decision or order, whether or not the error appears on the face of the record; or

(c) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

Les preuves apportées à l'arbitre au sujet du motif de renvoi démontraient, entre autres, que le demandeur se plaignait fréquemment, d'une façon désagréable, bruyante et avec amertume, et que [TRADUCTION] «l'attitude de M. Jacmain, en particulier, son indécatesse et son impolitesse, ses accès de colère et le claquement des portes ainsi que ses jérémiades continues, a été à l'origine des plaintes de son employeur.»

Je n'hésite aucunement à dire que la conduite dont on se plaint en l'espèce est un exemple classique de comportement justifiant le renvoi d'un employé en cours de stage (comme l'arbitre l'a d'ailleurs reconnu—voir l'appel, aux pages 70 et 73).

Il ressort clairement des différents motifs de sa décision, que l'arbitre considérait la mesure prise par l'employeur comme une mesure disciplinaire ayant l'apparence d'un renvoi. Cependant, les faits établis en sa présence prouvent clairement que l'employeur avait un motif réel de renvoi. Il ne pourrait y avoir de mesure disciplinaire dissimulée sous forme d'un renvoi que s'il n'existait aucun motif valable ou de bonne foi justifiant le renvoi. L'arbitre lui-même a admis que ce n'était pas le cas dans la présente affaire.

Le paragraphe 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* dispose:

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

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

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

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

If the question before us is jurisdictional in nature, as it would appear to be, the relevant statutory provision is s. 28(1)(a) which applies when a federal tribunal is alleged to have acted beyond its jurisdiction. Section 28(1)(a) essentially is a statutory enactment of the common law doctrine of *ultra vires*. Section 28(1)(c) is an addition to the common law and concerns non-jurisdictional questions of fact. If a question is a jurisdictional question of either fact or of law then s. 28(1)(a) is the applicable provision. If a question is a non-jurisdictional question of law, then s. 28(1)(b) is the applicable provision. Finally, if a question is a non-jurisdictional question of fact, then s. 28(1)(c) is the applicable provision.

As is said in *Bunbury v. Fuller*³, at p. 140 (quoted in Wade, *Administrative Law* (3d ed.) at p. 89):

It is a general rule that no court of limited jurisdiction can give itself jurisdiction by a wrong decision on a point collateral to the merits of the case upon which the limits to its jurisdiction depends.

In an article by Professor Hogg, *The Jurisdictional Fact Doctrine in the Supreme Court of Canada*, (1971), 9 Osgoode Hall L.J. 203, at p. 209, it is said:

In Anglo-Canadian Administrative Law the distinction between a jurisdictional fact and fact within jurisdiction is crucial. If an adjudicating tribunal makes an error as to the existence of a fact within jurisdiction the error does not affect the validity of the tribunal's decision and the decision is unreviewable by the Courts, but if the tribunal makes an error as to the existence of a jurisdictional fact the error makes the tribunal's decision invalid or void and therefore reviewable by the Courts. The theory is that in the former case the tribunal is acting within the jurisdiction conferred upon it by statute while in the latter case the tribunal is acting outside its jurisdiction.

This same point with respect to jurisdictional

³ (1853), 9 Ex. 111.

Si la question qui nous est soumise est une question de compétence, comme cela semble être le cas, la disposition législative pertinente est l'al. 28(1)a), applicable quand on prétend qu'un tribunal fédéral a excédé sa compétence. Essentiellement, l'al. 28(1)a) est l'expression législative de la doctrine de l'*ultra vires* de la *common law*. L'alinéa 28(1)c) va plus loin que la *common law* et vise des questions de fait n'ayant pas trait à la compétence. L'alinéa 28(1)a) est applicable quand se pose une question juridictionnelle de fait ou de droit. S'il s'agit d'une question de droit n'ayant pas trait à la compétence, les dispositions de l'al. 28(1)b) sont applicables. Finalement, s'il s'agit d'une question de fait indépendante de la compétence, les dispositions de l'al. 28(1)c) sont applicables.

Comme on l'a déclaré dans *Bunbury v. Fuller*³, à la p. 140 (cité dans Wade, *Administrative Law* (3d éd.) à la p. 89):

[TRADUCTION] C'est une règle générale qu'aucun tribunal à compétence limitée ne peut s'attribuer de juridiction par une décision erronée sur un point accessoire au fond de l'affaire dont dépendent les limitations de sa compétence.

Dans un article du professeur Hogg, *The Jurisdictional Fact Doctrine in the Supreme Court of Canada*, (1971), 9 Osgoode Hall L.J. 203, à la p. 209, il est dit:

[TRADUCTION] En droit administratif anglo-canadien, la distinction entre un fait attributif de compétence et un fait relevant de la compétence est cruciale. Si un tribunal fait une erreur sur l'existence d'un fait relevant de sa compétence, l'erreur ne porte pas atteinte à la validité de sa décision et celle-ci ne peut pas être révisée; mais si le tribunal fait une erreur sur l'existence d'un fait attributif de compétence, l'erreur rend sa décision invalide ou nulle et par conséquent, susceptible d'être révisée par les cours de justice. La théorie est que dans le premier cas, le tribunal agit dans les limites de la compétence qui lui a été conférée par la loi, tandis que dans le second, il excède sa compétence.

Dans un arrêt récent, *Bell c. Ontario Human*

³ (1853), 9 Ex. 111.

questions was made by Martland J. in the recent case of *Bell v. Ontario Human Rights Commission*⁴. In the *Bell* case the question was whether the accommodation of the complainant was covered by *The Ontario Human Rights Code* and, as Martland J. said, on the answer to that question depended the authority of the Board to inquire into the substantive merits of the matter at all. A wrong decision on it would not enable the Court to proceed further. The question was classified as a question of jurisdictional law, but the same principle applies to a question of fact on the answer to which depends the authority of the tribunal to inquire into the substantive merits of the matter, *i.e.* in the present case, the question of whether what occurred was discharged for disciplinary reasons, or rejection for cause. Inhering also in the question is "an issue of law respecting the scope of operation of the *Act*" as it was in the *Bell* case, where at p. 775, this phrase is used. Here it is a question of the scope of the operation of the *Public Service Staff Relations Act* (s. 91(1)(b)) and the *Public Service Employment Act* (s. 28(3)).

The jurisdictional fact doctrine has been heavily criticized (45 L.Q.R. 459; 47 L.Q.R. 386; 55 L.Q.R. 521; 60 L.Q.R. 250; (1960) 1 U.B.C. L. Rev. 185; 76 L.Q.R. 306; 82 L.Q.R. 263; 82 L.Q.R. 515). Although it is said (J. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (3d ed.) 100) that in the United States the distinction between jurisdictional questions of law and fact has to a large extent been abandoned, this Court has reaffirmed the doctrine in *Metropolitan Life Insurance Company v. International Union of Operating Engineers, Local 796*⁵, and in the earlier cases of *Toronto Newspaper Guild v. Globe Printing Company*⁶, and *Jarvis v. Associated Medical Services*⁷; see also *Galloway Lumber Co. Ltd.*⁸ Moreover, for cases arising under the *Federal Court Act* the existence of a doctrine of

*Rights Commission*⁴, le juge Martland fait ressortir la même chose au sujet des questions de juridiction. Dans cette affaire, la question était de savoir si le logement du plaignant était couvert par *The Ontario Human Rights Code*. Comme l'a dit le juge Martland, l'autorité du comité d'enquête d'examiner toute l'affaire au fond dépendait de la réponse à cette question. Une décision erronée sur ce point ne permettrait pas au tribunal de poursuivre l'enquête. La question a été qualifiée de question de droit attributif de compétence, mais le même principe s'applique à une question de fait dont la réponse détermine la compétence du tribunal pour enquêter sur le fond de l'affaire, c'est-à-dire en l'espèce, la question de savoir si ce qui s'est produit constitue un congédiement pour des motifs disciplinaires ou un renvoi pour un motif déterminé. Cette question comporte également «une question de droit relativement au champ d'application de la Loi» comme c'était le cas dans l'affaire *Bell*, où cette expression est utilisée à la p. 775. En l'espèce, il s'agit du champ d'application de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* (al. 91(1)b)) et de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* (par. 28(3)).

La théorie du fait attributif de compétence a été vivement critiquée (45 L.Q.R. 459; 47 L.Q.R. 386; 55 L.Q.R. 521; 60 L.Q.R. 250; (1960) 1 U.B.C. L. Rev. 185; 76 L.Q.R. 306; 82 L.Q.R. 263; 82 L.Q.R. 515). Bien que l'on soutienne (J. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (3d éd.) 100) qu'aux États-Unis, on a dans une large mesure abandonné la distinction entre les questions juridictionnelles de droit et de fait, cette Cour a réaffirmé la théorie dans *Metropolitan Life Insurance Company c. International Union of Operating Engineers, Local 796*⁵, et dans des arrêts plus anciens *Toronto Newspaper Guild c. Globe Printing Company*⁶, et *Jarvis c. Associated Medical Services*⁷; voir également *Galloway Lumber Co. Ltd.*⁸ De plus, en ce qui concerne les litiges relevant de la *Loi sur la Cour fédérale*,

⁴ [1971] S.C.R. 756.

⁵ [1970] S.C.R. 425.

⁶ [1953] S.C.R. 18.

⁷ [1964] S.C.R. 497.

⁸ [1965] S.C.R. 222.

⁴ [1971] R.C.S. 756.

⁵ [1970] R.C.S. 425.

⁶ [1953] R.C.S. 18.

⁷ [1964] R.C.S. 497.

⁸ [1965] R.C.S. 222.

jurisdictional questions is established in clear and unmistakable language in s. 28.

The intractable difficulty is this. It is hard to conceive that a legislature would create a tribunal with a limited jurisdiction and yet bestow on such tribunal an unlimited power to determine the extent of its jurisdiction. On the other hand, if the correctness of every detail upon which the jurisdiction of the tribunal depends is to be subject to re-trial in the Courts and the opinion of a judge substituted for that of the tribunal, then the special experience and knowledge of the members of such a tribunal and the advantage they have of hearing and seeing the witnesses may be lost. 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 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*.

Reverting to the case at bar, the question which the Court must ask itself is whether the adjudicator was wrong in his decision that what occurred was, in substance, a discharge for disciplinary reasons, rather than a rejection for cause. In my opinion, the adjudicator was correct in classifying what occurred as a discharge for disciplinary reasons, and thus he did have jurisdiction to proceed to the question of whether there was sufficient reason for the discharge, i.e. he did have jurisdiction to consider the merits of the matter. Seen as a question of fact to be decided from conflicting evidence, there is substantial evidence to uphold the adjudicator's decision. Seen as a question of

l'existence d'une théorie de l'attribution de compétence est établie en un langage clair et net à l'art. 28.

La grande difficulté est la suivante: il est difficile de concevoir que le législateur puisse créer un tribunal à compétence limitée et qu'en même temps, il lui accorde un pouvoir illimité pour fixer l'étendue de sa compétence. Par contre, si l'exactitude de chaque détail dont dépend la compétence du tribunal est susceptible d'examen par une juridiction supérieure et si l'opinion d'un seul juge est alors substituée à celle du tribunal, on peut perdre le bénéfice de l'expérience et des connaissances spéciales des membres de ce tribunal et l'avantage qu'ils ont d'entendre et de voir les témoins. 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 incompetent 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 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.

Pour revenir au présent litige, la question que la Cour doit se poser est de savoir si l'arbitre s'est trompé en décidant que ce qui est arrivé était, au fond, un congédiement disciplinaire plutôt qu'un renvoi pour un motif déterminé. A mon avis, l'arbitre a correctement qualifié les faits de congédiement disciplinaire. Il avait donc compétence pour examiner la question de savoir s'il y avait un motif suffisant de renvoi, c'est-à-dire qu'il était compétent pour examiner le fond de l'affaire. S'il s'agit d'une question de fait à trancher au vu d'une preuve contradictoire, il y a suffisamment d'éléments de preuve pour confirmer la décision de l'arbitre. S'il s'agit d'une question de droit concer-

law concerning the scope of the operation of the two Acts, there is a rational basis for the adjudicator's decision. The characterization of a particular question as one of fact, or of law, is often fraught with difficulty. The question in the present case, as in most other cases, is a mixed question of fact and law: insofar as it requires a choice between conflicting pieces of data, it is a question of fact; insofar as it requires a decision as to whether the scope of the operation of the Acts extends to cover the data chosen, it is a question of law. The two aspects of this analytic process are not distinct.

It seems to me that, in the present case, nothing turns on the distinction between fact and law; it is immaterial whether the question is classified as one of fact, or law, or a mixed question of fact and law. The key distinction is between jurisdictional questions (whether of fact, or law, or both) and non-jurisdictional questions. An answer beyond the permissible latitudes to a jurisdictional question causes the tribunal either to act beyond its jurisdiction (if it decides to consider the merits when it has no authority to do so), or to refuse to exercise its jurisdiction (if it decides that it does not have authority to consider the merits when actually it does have such authority). Thus, an error is reviewable under s. 28(1)(a) of the *Federal Court Act*. Only if a question is non-jurisdictional does the characterization of it as one of fact, or law, become material. If it is a question of law, s. 28(1)(b) applies and any error is subject to review. If it is a question of fact, s. 28(1)(c) applies and an error is reviewable only if it is made in a perverse or capricious manner, or without regard for the material before the tribunal.

The crucial question, therefore, to be determined may be simply stated—was the adjudicator wrong? Did his decision with respect to jurisdiction fall outside tolerable parameters? To answer this question one must first ask—what did the adjudicator decide? In his decision of August 1, 1974, in which he concluded that he had jurisdiction, the adjudicator made the following findings of fact:

nant le champ d'application des deux Lois, la décision de l'arbitre est logique. Il est souvent difficile de déterminer si une question particulière est une question de fait ou de droit. La question en l'espèce, comme dans la plupart des cas, est une question mixte de fait et de droit: pour autant qu'elle exige un choix entre des données contradictoires, c'est une question de fait; pour autant qu'elle exige une décision quant à la question de savoir si le champ d'application des Lois couvre les données retenues, c'est une question de droit. Les deux aspects de ce mécanisme d'analyse ne sont pas distincts.

Il me semble qu'en l'espèce, rien ne dépend de la distinction entre les faits et le droit; il est sans importance que la question soit considérée être de fait ou de droit, ou de fait et de droit. La distinction essentielle est entre les questions juridictionnelles (qu'elles soient de fait, ou de droit, ou des deux) et les questions n'ayant pas trait à la compétence. Si la réponse à une question de juridiction sort des limites permises, le tribunal va soit excéder sa compétence (s'il décide de considérer le fond quand il n'en a pas le pouvoir) soit refuser d'exercer sa compétence (s'il décide qu'il n'a pas le pouvoir d'examiner le fond, quand en fait il l'a). Ainsi, une erreur est susceptible d'être révisée en vertu de l'al. 28(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale*. C'est seulement si la question posée n'est pas de nature juridictionnelle que sa qualification, comme étant de fait ou de droit, devient importante. Si c'est une question de droit, l'al. 28(1)b) s'applique et toute erreur est assujettie à révision. Si c'est une question de fait, l'al. 28(1)c) s'applique et l'erreur est susceptible d'être révisée seulement si la décision est prise de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à la connaissance du tribunal.

Par conséquent, la question cruciale à trancher peut être énoncée en termes simples: l'arbitre a-t-il fait une erreur? Sa décision sur sa compétence est-elle allée au-delà des limites acceptables? Avant de répondre à cette question on doit d'abord se demander: qu'a décidé l'arbitre? Dans sa décision du 1^{er} août 1974, dans laquelle il a conclu à sa compétence, l'arbitre a énoncé les conclusions de fait suivantes:

In October 1973, the grievor was suspended for five days—this was undeniably a disciplinary action. This action led to a grievance adjudication in which R. D. Abbott, the adjudicator, rendered his decision on March 27, 1974, File 166-2-1002. The adjudicator ordered that the suspension be revoked and (inasmuch as we are concerned) that all reference to the said suspension in official records be expunged. The adjudicator noted, however, that the employee's conduct had been reprehensible.

On October 23, 1973, the Commissioner of Official Languages gave the grievor notice of his intention to reject him during his probationary period. It seems that at this time he informed the employee that he had "no future" in the Office of the Commissioner of Official Languages. The only grounds for this notice were the disciplinary considerations cited at the time of the incident settled by the decision of adjudicator Abbott. Notwithstanding this decision, in a letter dated February 25, 1974, the Commissioner notified the grievor of his rejection during his probationary period, and without mentioning any other ground, added:

'You will remember that on October 23, 1973, I informed you orally of this intention.'

According to the evidence, no reference was made to any other ground for rejecting the grievor. . . .

The decision of the adjudicator then refers in some detail to the appraisal criteria listed in Chapter IX of the Staffing Manual and the failure of the employer, according to the evidence, to comply therewith. He then continued:

He was informed several times that his supervisor was satisfied with his work but—still according to the evidence—at no time was the least hint of dissatisfaction given. Furthermore, it is perhaps interesting to note that on December 11, the grievor was designated as a person employed in a managerial or confidential capacity, being, in his capacity as Division Chief, a step in the grievance process.

The shortcoming, if indeed there was one, in the above procedure serves only to indicate, for the purposes of this decision, that there was no other reason for the grievor's discharge than the matter for which he had been disciplined, and with which adjudicator Abbott dealt in his decision.

Having considered all the evidence, I conclude that the employer's rejection of the grievor during his probationary period constituted disciplinary action involving

En octobre 1973, on a imposé à l'employé s'estimant lésé une suspension de cinq jours, ce qui était incontestablement une mesure disciplinaire. Cette mesure a fait l'objet d'un arbitrage dans lequel l'arbitre Abbott a rendu sa décision le 27 mars 1974: N° du dossier 166-2-1002. L'arbitre a ordonné que la suspension soit annulée, et (en ce qui peut nous concerner) que toute mention de ladite suspension soit retirée des dossiers officiels. L'arbitre a quand même remarqué que la conduite de l'employé était répréhensible.

Or, le 23 octobre 1973, le Commissaire aux langues officielles avisa l'employé s'estimant lésé de son intention de le renvoyer durant sa période de stage. Il semble que, à l'époque même, il informa l'employé qu'il n'avait «aucun avenir» au Bureau des langues officielles. Cet avis n'avait aucune autre raison d'être que les motifs disciplinaires soulevés par l'incident que régla la décision de l'arbitre Abbott. Nonobstant cette décision, le Commissaire, dans une lettre datée du 25 février 1974, donna à l'employé s'estimant lésé avis de son renvoi durant sa période de stage, et, sans mentionner aucun autre motif, ajouta:

«Vous vous rappellerez que le 23 octobre 1973, je vous avisais oralement de cette intention.»

Selon les éléments de preuve, l'on n'a jamais fait mention d'aucun autre motif pour renvoyer l'employé s'estimant lésé. . . .

La décision de l'arbitre se reporte ensuite d'une façon assez détaillée aux critères d'appréciation énumérés au chapitre IX du Manuel de dotation en personnel auquel, selon la preuve, l'employeur ne s'est pas conformé. Il a ensuite poursuivi:

A plusieurs reprises, on lui a fait part de la satisfaction de son surveillant, mais, toujours selon les éléments de preuve, à aucun moment n'a-t-on fait la moindre remarque quant à un éventuel mécontentement. Il est peut-être intéressant de noter aussi que le 11 décembre l'employé s'estimant lésé fut désigné comme préposé à la gestion ou à des fonctions confidentielles parce que, en tant que chef de division, il constituait un palier dans la procédure applicable aux griefs.

Le manquement, si manquement il y avait, à la procédure ci-haut décrite sert, pour les fins de cette décision, seulement à indiquer qu'il n'existait d'autre raison pour le congédiement de l'employé s'estimant lésé que l'incident pour lequel il avait été discipliné, et dont l'arbitre Abbott traitait dans sa décision.

Eu égard à l'ensemble des éléments de preuve, j'en conclus que le geste de l'employeur, en signifiant le renvoi de l'employé s'estimant lésé durant sa période de

discharge. Therefore, I have jurisdiction to hear this case under section 91 of the Public Service Staff Relations Act.

There was clearly sufficient basis for the adjudicator's conclusion. The "rejection" gave effect to an intention expressed by the Commissioner of Official Languages on October 23, 1973. The only grounds on October 23, 1973 were disciplinary.

The adjudicator went on then to resolve a second question, namely, whether in any event an adjudicator has jurisdiction to hear cases involving disciplinary action resulting in discharge that are presented as rejection during a probationary period. He answered this question in the affirmative. I do not see in what possible way the adjudicator's decision of August 1, 1974 can be open to attack. For the reasons set forth in that decision he concluded that he had jurisdiction. In my opinion, the conclusion he reached came within permissible limits.

The merits of the case were then gone into in a later hearing, to which I have referred, and at that time evidence was given on behalf of the employer, respecting the appellant's "attitude." The adjudicator concluded that the appellant's behaviour was "somewhat irascible," but he did not consider this to be sufficient reason for his discharge.

As I read the judgment of Mr. Justice Heald, his reasoning appears to proceed on this basis:

1. The appellant's attitude was wrong.
2. This would justify rejection for cause.
3. There could only be discharge for disciplinary reasons when there was no valid cause for rejection.
4. Therefore, the termination of employment was a rejection for cause, and the adjudicator was without jurisdiction.

The reasoning, with respect, contains fundamental fallacies. First, it approaches the matter from the wrong end. Two questions must be distinguished: (i) was the termination of employment disciplinary discharge, or rejection for cause? (ii) was termination justified? The first is a jurisdictional question; the second goes to the merits. Mr. Justice Heald

stage, était en fait une mesure disciplinaire entraînant le congédiement. J'aurais donc compétence pour instruire l'arbitrage de cette affaire, en vertu de l'article 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*.

Il est clair que la conclusion de l'arbitre est suffisamment fondée. Le «renvoi» a donné effet à une intention exprimée par le Commissaire aux langues officielles le 23 octobre 1973. A cette date, les seuls motifs étaient d'ordre disciplinaire.

L'arbitre s'est ensuite attaché à résoudre une seconde question, à savoir si, de toute façon, un arbitre a compétence pour instruire des cas de mesures disciplinaires entraînant le congédiement qui sont présentés comme cas de renvoi en cours de stage. Il a répondu par l'affirmative. Je ne vois pas comment la décision arbitrale du 1^{er} août 1974 peut être attaquée. Pour les motifs énoncés dans cette décision, il a conclu à sa compétence. A mon avis, sa conclusion restait dans les limites acceptables.

Le fond de l'affaire a été ensuite renvoyé à une audience subséquente que j'ai mentionnée, au cours de laquelle l'employeur a présenté une preuve au sujet de l'«attitude» de l'appelant. L'arbitre a conclu que l'appelant s'était comporté d'une façon «un peu acerbe», mais il n'y a pas vu de justification suffisante pour son congédiement.

Selon mon interprétation du jugement du juge Heald, son raisonnement semble être le suivant:

1. L'attitude de l'appelant était répréhensible.
2. Ceci justifierait le renvoi pour un motif déterminé.
3. Il ne pourrait y avoir congédiement disciplinaire que s'il n'existait aucun motif valable de renvoi.
4. Par conséquent la cessation de l'emploi constituait un renvoi pour un motif déterminé et l'arbitre n'était pas compétent.

Avec égards, le raisonnement est fondé sur un sophisme. Premièrement, il inverse l'ordre de deux questions qu'il faut bien distinguer: (i) y avait-il congédiement disciplinaire ou renvoi pour un motif déterminé? (ii) la cessation de l'emploi était-elle justifiée? La première question est d'ordre juridictionnel; la seconde touche au fond. Le juge Heald

answered the second question and used the answer to resolve the first question. The proper approach is to answer the first question and then, depending upon the answer, to proceed to the second question. Second, it does not inexorably follow that, simply because there lurked in the background some cause which might justify rejection, the termination must, of necessity, be rejection and not disciplinary discharge.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal and restore the decision of the Public Service Staff Relations Board. The order requested by the appellant does not include a request for costs, and therefore no order as to costs should be made.

The judgment of Martland, Judson, Ritchie and de Grandpré JJ. was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—In May 1973 appellant joined the office of the Commissioner of Official Languages as a division chief in the Complaints Service. This involved a probationary period since his previous employment in the public service had been with the Department of National Revenue.

Under s. 28 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, an employee on probation may be rejected. Subsections 3 and 4 of that section read as follows:

(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.

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

This is in fact what occurred. On February 25, 1974 commissioner Spicer notified appellant by letter that he intended to reject him during his probationary period. This came as no surprise to

a répondu à la seconde question, puis il a utilisé la réponse pour résoudre la première. La façon convenable de procéder était de répondre à la première question et ensuite, selon la réponse, d'aborder la seconde. Deuxièmement, ce n'est pas parce que se cache à l'arrière-plan une cause possible de renvoi que la cessation d'emploi doit nécessairement être un renvoi et non un congédiement disciplinaire.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir la décision de la Commission des relations de travail dans la Fonction publique. L'ordonnance requise par l'appellant ne mentionne pas les dépens et, par conséquent, aucune condamnation aux dépens ne sera prononcée.

Le jugement des juges Martland, Judson, Ritchie et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—En mai 1973 l'appellant entra au bureau du Commissaire aux langues officielles à titre de chef de division au Service des plaintes. C'était pour lui une période de stage, son emploi précédent dans la fonction publique ayant été au ministère du Revenu national.

Aux termes de l'art. 28 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-32, un employé stagiaire est susceptible de renvoi. En voici les par. 3 et 4:

(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.

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

C'est ce qui arriva. Le 25 février 1974, le commissaire Spicer signifiait par lettre à l'appellant son «intention de vous renvoyer durant votre période de stage». Ce ne fut pas là une surprise pour l'appe-

appellant since this intention had been expressed orally on October 23, 1973. The Public Service Commission received a copy of the letter and was informed of the reasons for the rejection in the following term:

During the probationary period I have found that Mr. Jacmain was not able to fulfil a function in this office to my satisfaction.

Feeling himself to be aggrieved, appellant began a grievance procedure on the basis of s. 90 of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1970, c. P-35, but was unsuccessful at every level of the procedure. He then had recourse to s. 91 of the same Act and referred the matter to adjudication. In the context of the case at bar, the adjudicator has jurisdiction only if the matter involved is "disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty" (s. 91(1)(b)).

The employer immediately disputed the jurisdiction of the adjudicator, submitting through counsel that rejection during a probationary period pursuant to s. 28 of the *Public Service Employment Act* does not constitute discharge, and that appellant had no recourse to adjudication under s. 91. The adjudicator dismissed this claim, which he regarded as too absolute, and held that his jurisdiction allowed him to examine the reasons for rejection in order to determine whether the employer had not, under cover of dissatisfaction, taken what was in reality disciplinary action. He ruled on this point in stages, giving three decisions dated July 16, 1974, August 1, 1974 and January 31, 1975. In my opinion, and the parties have now agreed on this point, these three decisions are parts of a whole and should be considered together.

The adjudicator's analysis of the facts is found at the end of his last decision, that of January 31, 1975:

Having heard and considered all the evidence, I conclude that the behaviour of the grievor towards his colleagues, his superiors and some of his subordinates was somewhat irascible, reflecting his own personality. He did not fully adjust to the practices and atmosphere of the office, and to the requirements of his superiors.

lant, cette intention ayant été exprimée oralement dès le 23 octobre 1973. Et la Commission de la fonction publique reçut copie de la lettre, les raisons de cette intention étant exprimées en ces termes:

[TRADUCTION] Au cours de son stage, j'ai estimé que M. Jacmain n'était pas en mesure d'occuper à ma satisfaction un emploi dans mes services.

S'estimant lésé, l'appelant, s'appuyant sur l'art. 90 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-35, entama une procédure de grief qui lui fut défavorable à tous les paliers. Il invoqua alors l'art. 91 de cette Loi et recourut à l'arbitrage. Dans le contexte du dossier, la compétence de l'arbitre n'existe que si le sujet de son étude est «une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une peine pécuniaire» (art. 91(1)b)).

L'employeur attaqua immédiatement la compétence de l'arbitre. Par la plume de son procureur, il soumit qu'un «renvoi durant la période de stage effectué en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*» n'est pas un congédiement et que l'appelant ne pouvait recourir à l'arbitrage de l'art. 91. L'arbitre écarta cette prétention, trop absolue à ses yeux, et décida que sa compétence lui permettait d'examiner les raisons de renvoi et de déterminer si, sous le couvert de l'insatisfaction, l'employeur n'avait pas dans la réalité exercé une mesure disciplinaire. Pour statuer sur ce point, il procéda par étapes et rendit trois décisions aux dates suivantes: 16 juillet 1974, 1^{er} août 1974 et 31 janvier 1975. A mon avis, et les parties sont maintenant d'accord sur le point, ces trois décisions ne font qu'un tout et doivent être considérées ensemble.

L'analyse des faits par l'arbitre se retrouve à la fin de sa dernière décision, celle du 31 janvier 1975:

En fin de compte, toute chose entendue et pesée, j'en conclus que l'employé s'estimant lésé s'est comporté, envers ses collègues, ses supérieurs et certains de ses subalternes, d'une façon un peu acerbe, particulière à lui. Il ne s'est pas tout à fait accommodé des mœurs et de l'ambiance du bureau, et des exigences de ses supérieurs hiérarchiques.

The adjudicator weighed these facts to determine their significance, and immediately continued:

I do not, however, consider this to be sufficient reason for his discharge.

He then concluded:

For the reasons given above, I conclude that the grievor has not in fact been rejected during his probationary period, and that he has been discharged without sufficient reason.

This then is the crux of the matter: is rejection of an employee on probation because his superior is not satisfied with him disciplinary action and therefore subject to adjudication?

The employer submitted this question to the Public Service Staff Relations Board in a referral pursuant to s. 23 of the aforementioned *Public Service Staff Relations Act*:

Where any question of law or jurisdiction arises in connection with a matter that has been referred to the Arbitration Tribunal or to an adjudicator . . . either of the parties may refer the question to the Board . . .

In the reasons for its decision dated November 7, 1975 the Board expressed its agreement with the adjudicator and dismissed the referral. The following paragraph is relevant to the point at issue:

Having regard to all of the foregoing, we do not find that the Adjudicator in the instant case erred in law or exceeded his jurisdiction by agreeing to hear the case notwithstanding that the Aggrieved Employee was on probation at the time of the termination of his employment or that the termination of his employment purportedly was a rejection during probation made pursuant to subsection 28(3) of the Public Service Employment Act. Neither do we find that the Adjudicator erred in law or jurisdiction when, having concluded that the reasons for dismissing the Aggrieved Employee were of a disciplinary nature, he heard the case as a grievance against disciplinary action resulting in discharge.

The employer then asked the Federal Court of Appeal to review this decision and set it aside. This application was made under s. 28(1)(a) of the *Federal Court Act*, 1970-71-72 (Can.), c. 1, since the employer continued to claim that the adjudicator had exceeded his jurisdiction. This appeal did not raise only a question of fact, alleging "an

Ces faits, l'arbitre les pèse dans son esprit pour en déterminer la valeur. Et il enchaîne immédiatement:

Je n'y vois pourtant pas une justification suffisante pour son congédiement.

D'où sa conclusion:

Conséquemment je conclus que l'employé s'estimant lésé n'a pas véritablement été renvoyé pendant sa période de stage et qu'il a été congédié sans motif suffisant.

Nous sommes au nœud du débat: le renvoi d'un stagiaire parce qu'il ne donne pas satisfaction à son chef est-il une mesure disciplinaire, et donc une décision arbitable?

Cette question, l'employeur la soumit à la Commission des relations de travail dans la Fonction publique par un renvoi autorisé par l'art. 23 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* précitée:

Lorsqu'une question de droit ou de compétence se pose à propos d'une affaire qui a été renvoyée au tribunal d'arbitrage ou à un arbitre, . . . l'une des parties peut renvoyer la question à la Commission . . .

Par décision motivée du 7 novembre 1975, la Commission exprima son accord avec l'arbitre et rejeta le renvoi. Sur le point en litige, en voici le paragraphe pertinent:

Eu égard à tout ce qui précède, nous arrivons à la conclusion que dans la présente affaire l'arbitre n'a pas commis d'erreur de droit et qu'il n'a pas outrepassé sa compétence en acceptant d'entendre l'affaire même si l'employé s'estimant lésé était stagiaire au moment de la cessation de son emploi ou que la cessation de son emploi constituait censément un renvoi en cours de stage en vertu du paragraphe 28(3) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. En outre l'arbitre n'a pas commis d'erreur de droit ou de compétence lorsque, ayant conclu que les motifs du renvoi étaient d'ordre disciplinaire, il a entendu l'affaire comme un grief portant sur une mesure disciplinaire entraînant le congédiement.

L'employeur demanda alors à la Cour d'appel fédérale d'examiner cette décision et de l'annuler. C'est au par. (1)a) de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, 1970-71-72 (Can.) c. 1, que se rattache cette demande parce qu'il s'agit toujours de la prétention de l'employeur que l'arbitre a excédé sa compétence. Cet appel ne soulevait pas

erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it" (s. 28(1)(c)).

In the case at bar this distinction is unimportant since, like the Court of Appeal, I accept the adjudicator's finding of fact and wish to consider only his conclusion of law. If necessary, the fundamental difference between paragraphs (a) and (c) of s. 28(1) will have to be given its full effect. It seems to me that when there is contradictory evidence, appeal tribunals are not bound by the limits imposed by s. 28(1)(c) in considering the facts surrounding a question of jurisdiction. They may set aside the decision without finding it perverse or capricious. See de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (3rd), London, 1973, at pp. 104 and 120; and *Segal v. City of Montreal*⁹, especially at p. 473.

The Court of Appeal held, when the case came before it, that the adjudicator did not have jurisdiction to weigh the cause of rejection, once it was established that this cause was not frivolous and that the rejection was not for reasons based on anything other than good faith, [1977] 1 F.C. 91, at p. 98:

It is clear from the various reasons for decision of the adjudicator that he considered the action here taken by the employer to be disciplinary action camouflaged as rejection. However, the facts established before him make it quite clear that the employer had ample cause for rejection. There could only be disciplinary action camouflaged as rejection in a case where no valid or *bona fide* grounds existed for rejection. By the adjudicator's own admissions, that is not the factual situation in this case.

Heald J., speaking for the Court, had previously referred to *Fardella v. The Queen*¹⁰, and written (p. 98):

I have no hesitation in expressing the view that the conduct complained of in this case is a classic example of behaviour which would justify rejection of an employee during a probation period (and this was conceded by the adjudicator—see Appeal Case, pages 70 and 73). It might also be ground for disciplinary

uniquement une question de fait alléguant «une conclusion de fait erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance» (art. 28(1)c)).

Cette distinction en l'espèce est sans importance car, tout comme la Cour d'appel, j'accepte les conclusions de fait de l'arbitre et ne veux examiner que la conclusion de droit à laquelle il s'est arrêté. Le cas échéant, la différence fondamentale entre les alinéas a) et c) du par. 1 de l'art. 28 devra recevoir son plein effet. Il me semble que, dans l'examen des faits entourant une question de compétence, les tribunaux d'appel, lorsqu'il y a preuve contradictoire, ne sont pas restreints aux limites imposées par l'art. 28(1)c); ils peuvent annuler la décision sans conclure à l'absurde et à l'arbitraire. Voir de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, (3^e) Londres, 1973, aux pp. 104 et 120; *Segal c. Ville de Montréal*⁹, particulièrement à la p. 473.

Saisie de l'affaire, la Cour d'appel a jugé que l'arbitre n'avait pas la compétence de peser la valeur de la cause du renvoi, une fois établi que cette cause n'était pas frivole et que le renvoi n'avait pas été décidé pour des motifs fondés sur autre chose que la bonne foi [1977] 1 C.F. 91, à la p. 98:

Il ressort clairement des différents motifs de sa décision, que l'arbitre considérait la mesure prise par l'employeur comme une mesure disciplinaire ayant l'apparence d'un renvoi. Cependant, les faits établis en sa présence prouvent clairement que l'employeur avait un motif réel de renvoi. Il ne pourrait y avoir de mesure disciplinaire dissimulée sous forme d'un renvoi que s'il n'existait aucun motif valable ou de bonne foi justifiant le renvoi. L'arbitre lui-même a admis que ce n'était pas le cas dans la présente affaire.

M. le juge Heald, parlant pour la Cour, avait auparavant référé à l'arrêt *Fardella c. La Reine*¹⁰, et écrit (p. 98):

Je n'hésite aucunement à dire que la conduite dont on se plaint en l'espèce est un exemple classique de comportement justifiant le renvoi d'un employé en cours de stage (comme l'arbitre l'a d'ailleurs reconnu—voir l'appel aux pages 70 et 73). Ce comportement peut également motiver une mesure disciplinaire même en cours de stage.

⁹ [1931] S.C.R. 460.

¹⁰ [1974] 2 F.C. 465.

⁹ [1931] R.C.S. 460.

¹⁰ [1974] 2 C.F. 465.

action even during a probationary period. However, on the facts here present, it is clear that the employer intended to reject and did in fact reject during probation and was, in my view, quite entitled so to do. That being so, the adjudicator was without jurisdiction to consider the grievance under section 91 and erred in law in so doing.

After referring to the decision of this Court in *Bell Canada v. Office and Professional Employees' International Union*¹¹, Heald J. went on to emphasize this point at the end of his reasons (p. 100):

In my view, the whole intent of section 28 is to give the employer an opportunity to assess an employee's suitability for a position. If, at any time during that period, the employer concludes that the employee is not suitable, then the employer can reject him without the employee having the adjudication avenue of redress. To hold that a probationary employee acquires vested rights to adjudication during his period of probation is to completely ignore the plain meaning of the words used in section 28 of the *Public Service Employment Act* and section 91 of the *Public Service Staff Relations Act*. Mr. Jacmain clearly had the right to grieve under section 90 of the *Public Service Staff Relations Act*. His grievance was considered and rejected. However, not all grievors under section 90 are entitled to adjudication under section 91. The right to adjudication is restricted to those grievors bringing themselves within the four corners of section 91(1) which, on the facts here present, Mr. Jacmain has not been successful in doing.

I concur with these views of the Court of Appeal.

The employer's right to reject an employee during a probationary period is very broad. To use the words of s. 28 of the *Public Service Employment Act*, mentioned above, it is necessary only that there be a reason. Counsel for the appellant forthrightly acknowledged at the hearing that at first glance the legislative provision allows the employer to advance almost any reason, and that the employer's decision cannot be disputed unless his conduct was tainted by bad faith. He nevertheless submitted that by the combined effect of s. 28 of the *Public Service Employment Act* and s. 91 of the *Public Service Staff Relations Act* Parliament

Cependant il ne fait aucun doute en l'espèce que l'employeur avait l'intention de renvoyer le demandeur en cours de stage, ce qu'il a fait, et qu'il en avait tout à fait le droit. Ceci étant, 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.

Et plus loin, après avoir référé à notre arrêt *Bell Canada c. Office and Professional Employees' International Union*¹¹, M. le juge Heald souligne à la fin de ses motifs (p. 100):

A mon avis, l'article 28 vise entièrement à permettre à l'employeur d'apprécier l'aptitude d'un employé à occuper un emploi. Si l'employeur conclut durant cette période que l'employé ne présente pas les qualités requises, il peut alors le renvoyer sans que celui-ci ait la possibilité de recourir à l'arbitrage. Soutenir qu'un employé stagiaire est investi du droit à un arbitrage au cours de son stage équivaut à ignorer complètement le sens évident de l'expression utilisée à l'article 28 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et à l'article 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*. M. Jacmain avait sans aucun doute le droit de présenter un grief en vertu de l'article 90 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*. Son grief a été examiné et rejeté. Cependant, les employés qui présentent un grief en vertu de l'article 90 n'ont pas automatiquement le droit de renvoyer le grief à l'arbitrage en vertu de l'article 91. Ce droit n'est accordé qu'aux employés présentant un grief dont le cas est prévu expressément à l'article 91(1), ce à quoi M. Jacmain n'est pas parvenu en l'espèce.

Je partage ces vues de la Cour d'appel.

Le droit appartenant à l'employeur de renvoyer un employé au cours du stage est très large. Pour employer les mots de l'art. 28 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* précité, il suffit qu'il y ait un motif, une raison. L'avocat de l'appelant a loyalement reconnu à l'audition que le texte, à première vue, permet à l'employeur d'invoquer à peu près n'importe quel motif et que sa décision est inattaquable pourvu que sa conduite ne soit pas entachée de mauvaise foi. Il a toutefois soumis que par le jeu de l'inter-relation de l'art. 28 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et de l'art. 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la*

¹¹ [1974] S.C.R. 335.

¹¹ [1974] R.C.S. 335.

removed disciplinary matters from the employer's discretion. He also clearly agreed with the findings of the adjudicator and the Board that in this case the reason for the rejection was purely disciplinary.

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 employer denied this jurisdiction before both the adjudicator and the Board but appeared to accept it in this Court. Clearly, if the *Public Service Employment Act* does not give the adjudicator jurisdiction in such a case, the consent of the employer cannot do so: *Essex County Council v. Essex Incorporated Congregational Church Union*¹². The question remains open.

The case at bar is not a case of disciplinary action. The employee's poor conduct, irascible attitude and unsatisfactory adjustment to his surroundings are valid reasons for his superior's unwillingness to give him a permanent position in his Service. This seems obvious to me, but I will nevertheless cite the unanimous opinion of the arbitrators in *Re United Electrical Workers & Square D Co., Ltd.*¹³, at p. 292:

An employee who has the status of being 'on probation' clearly has less job security than an employee who enjoys the status of a permanent employee. One is undergoing a period of testing, demonstration or investigation of his qualifications and suitability for regular employment as a permanent employee, and the other has satisfactorily met the test. The standards set by the company are not necessarily confined to standards relating to quality and quantity of production, they may embrace consideration of the employee's character, ability to work in harmony with others, potentiality for advancement and general suitability for retention in the company. Although it is apparent that any employee covered by the agreement can be discharged for cause at anytime, the employment of a probationer may be terminated if, in the judgment of the company prior to the completion of the probationary period, the probationer has failed to meet the standards set by the company and is considered to be not satisfactory.

¹² [1963] A.C. 808.

¹³ (1956), 6 Lab. Arb. Cas. 289.

Fonction publique, le Parlement a extrait les matières disciplinaires du champ de la discrétion de l'employeur. Et il a évidemment fait siennes les conclusions de l'arbitre et de la Commission qu'en l'espèce le motif du renvoi était purement disciplinaire.

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. L'employeur a nié cette compétence tant devant l'arbitre que devant la Commission, mais il a semblé l'admettre devant nous. Évidemment, si la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* n'attribue pas compétence à l'arbitre en pareille matière, ce n'est pas le consentement de l'employeur qui créera cette compétence. *Essex County Council v. Essex Incorporated Congregational Church Union*¹². La question reste ouverte.

Notre cas n'en est pas un de mesure disciplinaire. Le mauvais comportement de l'employé, son attitude acerbe, son ajustement défectueux à son entourage constituent pour son chef des raisons valables de ne pas vouloir lui accorder un emploi permanent dans son Service. Cela me semble évident mais je m'appuierai quand même sur l'opinion unanime des arbitres dans l'affaire *Re United Electrical Workers & Square D Co., Ltd.*¹³, à la p. 292:

[TRADUCTION] Il est clair qu'un employé «en stage», jouit de moins de sécurité d'emploi qu'un employé titularisé. L'un est une période d'essai, de démonstration ou d'examen de ses qualifications et de son aptitude à remplir un emploi régulier en tant qu'employé permanent, alors que l'autre a satisfait à l'essai. Les normes établies par la compagnie ne sont pas nécessairement limitées à la qualité et au rendement; elles peuvent s'étendre au caractère de l'employé, à sa capacité de travailler en harmonie avec d'autres, à ses possibilités d'avancement et à son aptitude générale à rester dans l'entreprise. Bien qu'évidemment tout employé régi par la convention puisse être congédié pour cause n'importe quand, on peut mettre fin à l'emploi d'un stagiaire si, avant la fin du stage, la compagnie juge que celui-ci ne répond pas aux normes établies par elle et qu'elle n'est pas satisfaite.

¹² [1963] A.C. 808.

¹³ (1956), 6 Lab. Arb. Cas. 289.

That case involved a discharge in the private sector. The adjudicator in the case at bar attempted to establish a distinction between the private and public sectors. This proposition was not defended in this Court and I can see no basis for it, particularly since, as I have noted, the wording of s. 28 of the *Public Service Employment Act* is very loose. I would think that in the public sector, as in the private sector, the employee who wants to improve his lot must still take certain risks.

Appellant maintained that the Court of Appeal had clearly erred by examining the matter in the light of the English version of the adjudicator's decision when this decision was delivered in French. Appellant claims that the difference between the two versions is substantial and would in itself be sufficient to justify allowing the appeal. The following is the French version of the disputed paragraph:

Pour ce qui est de la preuve de l'employeur quant aux motifs du congédiement de l'employé s'estimant lésé, il est à noter que le témoin le plus important était M. Jean-Marie Morin, Sous-Commissaire au Bureau du Commissaire aux langues officielles. Le témoignage de M. Morin était certainement clair et honnête.

The corresponding English paragraph reads as follows:

With regard to the employer's evidence relating to the reasons for the discharge of the grievor, it should be noted that the principal witness was Mr. Jean-Marie Morin, Deputy Commissioner of Official Languages. Mr. Morin's testimony was certainly clear and forthright, and I accept it.

Appellant claims that the underlined words led to the error by the Court of Appeal. Without referring to the *Official Languages Act*, R.S.C. 1970, c. 0-2, I do not see that this difference is one of substance. If the testimony of Mr. Morin was in fact clear and forthright, it seems to me that it goes without saying that it would be accepted. Neither do I see that the underlined words in the English version really played a role in the decision of the Court of Appeal. My own opinion is based purely and simply on the adjudicator's finding on the facts, and I do not have to rely on Mr. Morin's testimony at all.

Il s'agit là d'un renvoi dans le secteur privé. L'arbitre, en l'espèce, a voulu établir une distinction entre ce secteur et le secteur public. Cette proposition n'a pas été défendue devant nous et je ne puis voir sur quoi elle repose. D'autant plus que le texte de l'art. 28 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, comme je l'ai noté, est fort large. Dans le secteur public, tout comme dans le secteur privé, l'employé qui veut améliorer son sort doit encore, je l'espère, prendre des risques.

L'appelant a soutenu que la Cour d'appel avait clairement fait erreur en examinant l'affaire à la lumière du texte anglais de la décision arbitrale alors que cette décision avait été prononcée en français. D'après l'appelant, la différence entre les deux textes est substantielle et justifierait à elle seule l'accueil du pourvoi. Voici le paragraphe incriminé dans sa version française:

Pour ce qui est de la preuve de l'employeur quant aux motifs du congédiement de l'employé s'estimant lésé, il est à noter que le témoin le plus important était M. Jean-Marie Morin, Sous-Commissaire au Bureau du Commissaire aux langues officielles. Le témoignage de M. Morin était certainement clair et honnête.

Et la version anglaise se lit comme suit:

With regard to the employer's evidence relating to the reasons for the discharge of the grievor, it should be noted that the principal witness was Mr. Jean-Marie Morin, Deputy Commissioner of Official Languages. Mr. Morin's testimony was certainly clear and forthright, and I accept it.

Les mots soulignés sont ceux qui, d'après l'appelant, ont entraîné l'erreur de la Cour d'appel. Sans recourir à la *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, c. 0-2, je ne vois pas que cette différence en soit une de substance. Si vraiment le témoignage de M. Morin était clair et honnête, il me semble qu'il va de soi qu'il devait être accepté. Je ne vois pas non plus que les mots soulignés dans le texte anglais aient joué vraiment un rôle dans la décision de la Cour d'appel. Quant à moi, mon point de départ est purement et simplement la conclusion de l'arbitre sur les faits et je n'ai pas à invoquer le seul témoignage de M. Morin.

For all of these reasons, I agree with the Court of Appeal that the adjudicator did not have to set aside the employer's decision, since it was taken in good faith.

I would dismiss the appeal without costs.

The judgment of Pigeon and Beetz JJ. was delivered by

PIGEON J.—I had the advantage of reading the opinions written by Dickson and de Grandpré JJ. As my approach to the questions raised is somewhat different I find it necessary to express my own views.

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 Relations Board was right in so holding in accordance with *Fardella v. The Queen*¹⁴. 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*¹⁵).

However, it appears to me that this is not the essence of the issue in the present case. 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*¹⁶). The Adjudicator being of the opinion that the facts proved did not constitute sufficient reason for the discharge, held it to be disciplinary and consequently unjustified. That

Pour toutes ces raisons, je crois, comme la Cour d'appel, que l'arbitre n'avait pas compétence pour écarter la décision de l'employeur, celle-ci ayant été prise de bonne foi.

Je rejetterais le pourvoi sans dépens.

Le jugement des juges Pigeon et Beetz a été rendu par

LE JUGE PIGEON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par les juges Dickson et de Grandpré. Comme j'aborde les questions soulevées d'une façon un peu différente, j'estime nécessaire d'exprimer mon propre point de vue.

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 de travail dans la Fonction publique n'a pas fait erreur en statuant ainsi selon l'arrêt *Fardella c. La Reine*¹⁴. 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*¹⁵).

A mon avis, ce n'est toutefois pas là l'essence du présent litige. 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*¹⁶). Étant d'avis que les faits établis ne constituaient pas un motif suffisant de renvoi, l'arbitre a décidé qu'il s'agissait d'une mesure disciplinaire et partant injustifiée. On voit que telle est la décision de

¹⁴ [1974] 2 F.C. 465.

¹⁵ [1974] 2 F.C. 407.

¹⁶ [1971] S.C.R. 756.

¹⁴ [1974] 2 C.F. 465.

¹⁵ [1974] 2 C.F. 407.

¹⁶ [1971] R.C.S. 756.

such was the decision of the Adjudicator is recognized in para. 12 of the Public Service Staff Relations Board where one reads:

... After reviewing the evidence relating to Mr. Jacmain's "attitude", and while acknowledging that he did not fully adjust to the practices and atmosphere of the office and to the requirements of his superior, the Adjudicator held that he did not consider this to be sufficient reason for his discharge, and no other reasons had been established. The Adjudicator, therefore, allowed the grievance.

The arbitrator's finding was treated as conclusive by the Board but, in the Federal Court of Appeal, Heald J. said, expressing the unanimous view:

It is clear from the various reasons for decision of the adjudicator that he considered the action here taken by the employer to be disciplinary action camouflaged as rejection. However, the facts established before him make it quite clear that the employer had ample cause for rejection. There could only be disciplinary action camouflaged as rejection in a case where no valid or *bona fide* grounds existed for rejection. By the adjudicator's own admissions, that is not the factual situation in this case.

It will be noted that, whereas the Adjudicator affirmed by the Board was of the opinion that the facts shown in support of the rejection were not "sufficient reason" for Jacmain's discharge, the Federal Court of Appeal was of the view that they were "ample cause for rejection". In my view this means that the true questions in this case are the following:

1. Was the Adjudicator entitled to review the sufficiency of the cause of rejection in order to decide whether it was in fact a disciplinary dismissal?
2. If so, was his opinion subject to review by the Federal Court of Appeal?

It is clear that, prior to the enactment of the *Public Service Staff Relations Act*, a rejection of a probationary employee under s. 28 of the *Public Service Employment Act* was just as final as a discharge by the Public Service Commission under s. 31. In the latter case as we have seen, the Federal Court of Appeal decided in *Re Cooper* that ss. 90 and 91 of the *Public Service Staff Relations Act* would not authorize a grievance when the Public Service Commission had upheld a

l'arbitre en lisant le par. 12 de la décision de la Commission des relations de travail dans la Fonction publique:

... Après avoir étudié la preuve relative à l'«attitude» de M. Jacmain et tout en admettant le fait que celui-ci ne s'était pas tout à fait adapté aux habitudes et à l'ambiance du bureau ainsi qu'aux exigences de ses supérieurs hiérarchiques, l'arbitre a conclu qu'il n'y voyait pas la justification suffisante d'un congédiement et qu'aucun autre motif n'avait été établi. L'arbitre a par conséquent fait droit au grief.

La Commission a traité la conclusion de l'arbitre comme définitive, mais le juge Heald a déclaré, exprimant l'opinion unanime de la Cour d'appel fédérale:

Il ressort clairement des différents motifs de sa décision, que l'arbitre considérait la mesure prise par l'employeur comme une mesure disciplinaire ayant l'apparence d'un renvoi. Cependant, les faits établis en sa présence prouvent clairement que l'employeur avait un motif réel de renvoi. Il ne pourrait y avoir de mesure disciplinaire dissimulée sous forme d'un renvoi que s'il n'existait aucun motif valable ou de bonne foi justifiant le renvoi. L'arbitre lui-même a admis que ce n'était pas le cas dans la présente affaire.

Il faut souligner que, alors que l'opinion de l'arbitre, confirmée par la Commission, est que les faits prouvés à l'appui du renvoi ne constituent pas une «justification suffisante» du congédiement de Jacmain, la Cour d'appel fédérale est d'avis qu'ils constituent «un motif réel de renvoi». A mon sens, ceci signifie que les questions véritables dans cette affaire sont les suivantes:

1. L'arbitre a-t-il le droit d'examiner la valeur du motif de renvoi pour décider s'il y a eu en fait congédiement disciplinaire?
2. Dans l'affirmative, son opinion peut-elle être révisée par la Cour d'appel fédérale?

Il est manifeste qu'avant l'adoption de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, le renvoi d'un employé en stage en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* était tout aussi définitif qu'un renvoi fait par la Commission de la Fonction publique en vertu de l'art. 31. Dans ce dernier cas, comme nous l'avons vu, la Cour d'appel fédérale a décidé dans *Re Cooper* que les art. 90 et 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* ne

recommendation of the deputy head that the employee be released. Although I agree that, in the case of a probationary employee rejected by the deputy head under s. 28, an adjudicator has jurisdiction to inquire whether what is in form a rejection is in substance a disciplinary dismissal, I cannot agree that this does invest the Adjudicator with jurisdiction to review the deputy head's decision as to the suitability of the employee.

In the present case, the Adjudicator found that there were grounds for deciding that the employee was unsuitable. However, differing in that respect from the deputy head's judgment, he was of the opinion that those grounds as established before him, were not sufficient to justify the rejection. In my view this is what he was not authorized to do because he only had jurisdiction to review a disciplinary dismissal not a rejection. On the basis on which the Adjudicator proceeded in the instant case, he would review every rejection because he would hold it to be disciplinary whenever in his opinion there was insufficient cause. Just as I cannot agree that the employer can deprive an employee of the benefit of the grievance procedure by labelling a disciplinary discharge a rejection, I cannot agree that an adjudicator may proceed to revise a rejection on the basis that if he does not consider it adequately motivated, it must be found a disciplinary discharge.

I doubt that if I held the Adjudicator could review the sufficiency of the cause of rejection, I would hold the Federal Court of Appeal entitled to revise his decision. It is true that it is a finding on which his jurisdiction depends, however it was noted in *Segal v. The City of Montreal*¹⁷, at p. 473, that where the jurisdiction depends upon contested facts, a superior court will hesitate before reversing the inferior court's finding of fact, and will only do so on "extremely strong" grounds.

On the whole, however, it appears to me that in this case the result of the Adjudicator's inquiry into the facts was that there were indeed some grounds for rejection of the employee as unsuit-

permettent pas de loger un grief lorsque la Commission de la Fonction publique a confirmé le renvoi d'un employé sur la recommandation du sous-chef. Bien que je convienne que dans le cas d'un employé en stage renvoyé par le sous-chef en vertu de l'art. 28, un arbitre a compétence pour examiner si ce qui a l'apparence d'un renvoi est au fond un congédiement disciplinaire, à mon sens, ceci ne confère pas à l'arbitre compétence pour réviser l'évaluation de l'employé par le sous-chef.

En l'espèce, l'arbitre a décidé qu'il existait des motifs pour juger l'employé inapte. Toutefois, en désaccord à cet égard avec le jugement du sous-chef, il était d'avis que ces motifs, prouvés devant lui, ne constituaient pas une justification suffisante du renvoi. A mon sens, c'est ce qu'il n'était pas autorisé à faire parce qu'il a uniquement compétence pour examiner un congédiement disciplinaire et non un renvoi. En procédant ainsi, l'arbitre pourrait réviser tous les renvois en décidant que c'est une mesure disciplinaire chaque fois qu'à son avis, ils ne sont pas suffisamment motivés. Tout comme je ne peux admettre que l'employeur puisse priver un employé de la procédure de grief en baptisant un congédiement disciplinaire de renvoi, je ne peux admettre qu'un arbitre puisse réviser un renvoi au motif que s'il ne le trouve pas adéquatement motivé, il doit être considéré comme un congédiement disciplinaire.

Je doute que si je décidais que l'arbitre pouvait examiner la valeur du motif de renvoi, je déciderais que la Cour d'appel fédérale pouvait réviser sa décision. Il est vrai qu'il s'agit d'une conclusion dont sa compétence dépend; toutefois, il a été souligné dans *Segal c. La Ville de Montréal*¹⁷, à la p. 473, que lorsque la compétence dépend de faits contestés, une cour supérieure hésitera avant d'infirmer les conclusions de fait du tribunal d'instance inférieure et ne le fera que pour des motifs «extrêmement puissants».

Somme toute, je constate en l'espèce qu'à l'examen des faits, l'arbitre a trouvé qu'il y avait des motifs réels de renvoi de l'employé pour inaptitude. La décision portant qu'il s'agissait en fait

¹⁷ [1931] S.C.R. 460.

¹⁷ [1931] R.C.S. 460.

able. The decision that this was really a disciplinary discharge was based on the Adjudicator's judgment that those grounds were insufficient. This means that the Adjudicator substituted his opinion for that of the deputy head on a matter on which the law provides no appeal from the latter's decision.

I would dismiss the appeal without costs.

Appeal dismissed without costs, LASKIN C.J. and SPENCE and DICKSON JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady & Morin, Ottawa.

Solicitors for the respondents: The Deputy Minister of Justice, Ottawa.

d'un congédiement disciplinaire repose sur le jugement de l'arbitre que ces motifs étaient insuffisants. Cela veut dire que l'arbitre a substitué son opinion à celle du sous-chef à l'égard d'une question sur laquelle la Loi n'accorde aucun droit d'appel.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi sans dépens.

Pourvoi rejeté sans dépens, le juge en chef LASKIN et les juges SPENCE et DICKSON étant dissidents.

Procureurs de l'appellant: Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady & Morin, Ottawa.

Procureurs des intimés: Le sous-ministre de la Justice, Ottawa.