

T-2120-93

T-2120-93

**Lily Kampman (Applicant)****Lily Kampman (requérante)**

v.

c.

**Treasury Board (Correctional Services of Canada) (Respondent)****Le Conseil du Trésor (Service correctionnel du Canada) (intimé)***INDEXED AS: KAMPMAN v. CANADA (TREASURY BOARD) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: KAMPMAN c. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Strayer J.—Ottawa, June 15 and September 15, 1994.

Première instance, juge Strayer—Ottawa, 15 juin et 15 septembre 1994.

*Public Service — Termination of employment — Registered Nurse at federal penitentiary contravened Code of Discipline — Released as loss of enhanced reliability status made her incapable of performing duties of position — When hearing PSEA, s. 31(2) appeal from dismissal recommendation by deputy head, Appeal Board can review decision to revoke status as part of review of recommendation — In revoking enhanced reliability status, deputy head must comply with principles of procedural fairness — No requirement to give warning and opportunity to correct conduct before status revoked as applicant not long-term employee, circumstances urgent such that continued presence at institution intolerable.*

*Fonction publique — Fin d'emploi — Une infirmière autorisée dans un pénitencier fédéral a contrevenu au Code de discipline — Elle a été congédiée parce que la perte de sa cote de fiabilité approfondie la rendait incapable de remplir les fonctions de son poste — Le comité d'appel saisi d'un appel d'une recommandation de renvoi faite par l'administrateur général, sous le régime de l'art. 31(2) de la LEFP, peut réviser la révocation de la cote dans le cadre de la révision de la recommandation — Lorsqu'il révoque la cote de fiabilité approfondie, l'administrateur général doit se conformer aux principes de l'équité procédurale — Il n'existait aucune obligation d'avertir la requérante ni de lui donner l'occasion de corriger sa conduite avant de révoquer sa cote parce qu'elle n'était pas une employée à long terme et que les circonstances étaient pressantes au point qu'on ne pouvait plus tolérer sa présence dans l'établissement.*

*Penitentiaries — Registered Nurse at federal penitentiary socializing with ex-convict on parole and failing to report matter to superiors, thereby committing major infraction against Code of Discipline — Enhanced reliability status revoked, released as incapable of performing duties of position — "Incapacity" within PSEA, s. 31(1) can arise from loss of enhanced reliability status when status condition of employment — Within deputy head's discretion to decide could no longer trust employee — In unusual circumstances, no requirement to give warning and opportunity to correct conduct before status revoked — Employee entitled to procedural fairness when deputy head considering revocation of status.*

*Pénitenciers — Une infirmière autorisée dans un pénitencier fédéral a eu des relations sociales avec un ancien détenu en liberté conditionnelle et elle n'en a pas averti ses supérieurs, commettant ainsi une infraction majeure au Code de discipline — Sa cote de fiabilité approfondie a été révoquée et elle a été congédiée parce qu'elle était incapable de remplir les fonctions de son poste — L'«incapacité» visée à l'art. 31(1) de la LEFP peut découler de la perte de la cote de fiabilité approfondie lorsque cette cote constitue une condition d'embauche — Le pouvoir discrétionnaire de l'administrateur général l'autorisait à décider qu'il ne pouvait plus se fier à la fonctionnaire — En présence de circonstances extraordinaires, il n'y a pas d'obligation d'avertir la fonctionnaire ni de lui donner l'occasion de corriger sa conduite avant de révoquer sa cote — La fonctionnaire avait droit au respect de l'équité procédurale lorsque l'administrateur a pris la décision de révoquer sa cote.*

The applicant, a Registered Nurse at Kent Institution, occupied a position with a security requirement of "enhanced reliability." One year after her appointment, she had social contact with an ex-convict out on parole and participated in the admission process when he was returned to Kent after being charged with new offences. She failed to report her contacts with the offender to her superiors. This constituted a major infraction of the Correctional Service's Code of Discipline. The Deputy Commissioner (Pacific), Correctional Service of Canada, with-

La requérante, une infirmière autorisée travaillant à l'établissement Kent, occupait un poste exigeant une cote de «fiabilité approfondie». Un an après sa nomination, elle a eu des contacts sociaux avec un ancien détenu en liberté conditionnelle et elle a participé au processus d'admission lorsqu'il a été réincarcéré à l'établissement Kent après avoir été accusé de nouvelles infractions. Elle n'a pas averti ses supérieurs de ses contacts avec ce délinquant. Il s'agissait là d'une infraction majeure au Code de discipline du Service correctionnel. Le

out any prior notice to her, advised applicant that he was removing her enhanced reliability status and that he was therefore obliged to recommend her release as incapable of performing the duties of her position. The PSC Appeal Board dismissed the applicant's appeal against that recommendation.

This was an application for judicial review to set aside the Appeal Board's decision. The issues were as follows: (1) Can incapacity within the meaning of subsection 31(1) of the *Public Service Employment Act* (PSEA) arise from the fact that an employee has lost her enhanced reliability status when this is a condition of employment? (2) If yes, can an Appeal Board hearing an appeal under subsection 31(2) from a recommendation by the deputy head that the employee be dismissed review the decision to revoke this status as part of the review of that recommendation? (3) If yes, what standard should be applied by the Appeal Board in reviewing the revocation? (4) Should the employee be warned and given an opportunity to correct her conduct before status is revoked?

*Held*, the application should be dismissed except that the matter should be returned to the Board for reconsideration with respect to the Board's failure to consider properly the procedure followed by the deputy head in revoking the applicant's enhanced reliability status.

(1) The possession of enhanced reliability status, if the job description requires it, is a qualification like any other and the loss of that status renders a person incapable of performing her work at least in circumstances such as the present. It does not matter whether the disqualification flows from factors within or beyond the will of the individual.

(2) It flows from the words of the statute that the Appeal Board can review the decision taken by the deputy head, as part of his decision to recommend dismissal, that the employee is incapable because in his view she is no longer entitled to enhanced reliability status.

(3) The deputy head's decision that an employee is incapable of performing her duties and should be released is largely a discretionary one. Applying the decision of the Federal Court of Appeal in *Ahmad v. Public Service Commission*, the Appeal Board can review the decision on matters of law, on the issue of good faith, and on the facts with the criterion being correctness. None of those grounds for review were present in this case. Since the *Ahmad* decision, the Supreme Court of Canada in *Thomson v. Canada* has held that "the Deputy Minister was under a duty to comply with the principles of procedural fairness in the context of security clearance decision-making." This means that "a party must have an adequate opportunity of knowing the case that must be met, of answering it and putting forward the party's position." If this is required in matters involving state security and matters of urgency, then *a fortiori* it should be required in the making of a decision concerning ordinary reliability. The applicant was not interviewed or consulted prior to the decision by the Deputy Commissioner to

sous-commissaire (Pacifique), Service correctionnel du Canada, l'a informée, sans préavis, qu'il lui retirait sa cote de fiabilité approfondie et qu'il était tenu de recommander son renvoi parce qu'elle était incapable de remplir les fonctions de son poste. Le comité d'appel de la CFP a rejeté l'appel de la requérante contre cette recommandation.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire visant à faire annuler la décision du comité d'appel. Les questions en litige étaient les suivantes: (1) L'«incapacité» visée au paragraphe 31(1) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* (LEFP) peut-elle découler du fait qu'une fonctionnaire a perdu sa cote de fiabilité approfondie lorsque cette cote constitue une condition d'embauche? (2) Le cas échéant, un comité d'appel saisi d'un appel de la recommandation de l'administrateur général de renvoyer la fonctionnaire, sous le régime du paragraphe 31(2), peut-il réviser la révocation de la cote dans le cadre de la révision de cette recommandation? (3) Le cas échéant, quelle norme le comité d'appel doit-il appliquer pour réviser la révocation de la cote? (4) Faut-il avertir la fonctionnaire et lui fournir l'occasion de corriger sa conduite avant de révoquer sa cote?

*Jugement*: la demande doit être rejetée, mais l'affaire doit être renvoyée au comité d'appel pour réexamen en ce qui a trait à l'omission du comité d'examiner convenablement la procédure suivie par l'administrateur général pour décider de révoquer la cote de fiabilité approfondie de la requérante.

(1) Le fait d'avoir une cote de fiabilité approfondie, lorsque la description de fonction l'exige, est une qualité requise comme toutes les autres et la perte de cette cote rend une personne incapable de remplir ses fonctions, du moins dans des circonstances comme celles de l'espèce. Il n'importe pas que la perte d'une qualité requise découle ou non de facteurs qui sont indépendants de la volonté de la personne en cause.

(2) Le libellé de la Loi permet au comité d'appel de réviser la décision, prise par l'administrateur général dans le cadre de sa décision de recommander le renvoi, selon laquelle la fonctionnaire est incapable parce que, à son avis, elle n'a plus droit à la cote de fiabilité approfondie.

(3) La décision de l'administrateur général portant que la fonctionnaire est incapable de remplir ses fonctions et qu'elle doit être renvoyée est en grande partie discrétionnaire. Par application de l'arrêt *Ahmad c. La Commission de la fonction publique* prononcé par la Cour d'appel fédérale, le comité d'appel peut réviser la décision en ce qui a trait au droit, à la question de la mauvaise foi et aux faits, leur exactitude étant le facteur à considérer. Aucun de ces motifs de révision n'existait en l'espèce. Depuis l'arrêt *Ahmad*, la Cour suprême du Canada a décidé, dans l'affaire *Thomson c. Canada*, que «le sous-ministre était donc tenu de se conformer aux principes de l'équité procédurale dans le contexte des décisions en matière d'octroi des habilitations de sécurité». Cet énoncé veut «qu'une partie ait une possibilité suffisante de connaître la preuve contre laquelle elle doit se défendre, de la réfuter et de présenter sa propre preuve». Si cette exigence vaut pour les décisions qui touchent la sécurité de l'État et les situations d'urgence, elle vaut à plus forte raison lorsqu'on prend simple-

revoke her enhanced reliability status. The Appeal Board erred in law in finding that since the relevant "information" was not in dispute, the procedure followed by the deputy head did not matter. Whether the ultimate decision was right or wrong, it can be set aside as invalid if there has been a denial of fairness. It was an error of law to fail to review the procedure followed by the deputy head and the matter should be referred back to the Appeal Board for consideration on that aspect.

(4) There are cases where the Federal Court of Appeal has found that long-term employees, in the absence of unusual or urgent circumstances, are entitled to a warning prior to dismissal and to be given an opportunity of correcting their mistakes. However, the applicant had worked at Kent for only thirteen months before the events which led to her dismissal. Furthermore, it was open to the Appeal Board to conclude that these were unusual or urgent circumstances where the deputy head in the exercise of his discretion formed the opinion that he could no longer tolerate the presence of this employee in the institution.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 31(1),(2).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Ahmad v. Public Service Commission*, [1974] 2 F.C. 644; (1974), 51 D.L.R. (3d) 470; 6 N.R. 287 (C.A.); *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385; (1992), 89 D.L.R. (4th) 218; 3 Admin. L.R. (2d) 242; 133 N.R. 345; *Lee v. Attorney General of Canada*, [1981] 2 S.C.R. 90; (1981), 236 D.L.R. (2d) 1; 38 N.R. 346; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1; 15 C.R. (3d) 315; 30 N.R. 119; *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353.

##### DISTINGUISHED:

*Dansereau v. Canada (Public Service Appeal Board)*, [1991] 1 F.C. 444; (1990), 91 CLLC 14,010; 122 N.R. 122 (C.A.); *Clare v. Canada (Attorney General)*, [1993] 1 F.C. 641; (1993), 100 D.L.R. (4th) 400; 93 CLLC 14,025; 149 N.R. 303 (F.C.A.).

##### REFERRED TO:

*Kampman and Treasury Board (Solicitor General—Correctional Service Canada)*, [1992] C.P.S.S.R.B. No. 4

ment une décision concernant la fiabilité ordinaire. La requérante n'a été ni interrogée, ni consultée avant que le sous-commissaire décide de révoquer sa cote de fiabilité approfondie. Le comité d'appel a commis une erreur de droit en concluant que, parce que les «renseignements» pertinents n'étaient pas en litige, la procédure suivie par l'administrateur général n'avait pas d'importance. Que la décision définitive soit juste ou erronée, elle peut être déclarée invalide et annulée s'il y a eu négation du droit à l'équité. C'était une erreur de droit que d'omettre d'examiner la procédure suivie par l'administrateur général et l'affaire doit être renvoyée au comité d'appel pour qu'il examine cet aspect.

(4) Dans certaines causes, la Cour d'appel fédérale a conclu que les employés à long terme avaient droit, en l'absence de circonstances extraordinaires ou pressantes, à un avertissement avant d'être congédiés et à une occasion de corriger leurs erreurs. Cependant, la requérante exerçait ses fonctions à l'établissement Kent depuis seulement treize mois environ lorsque les événements qui ont donné lieu à son renvoi sont survenus. De plus, le comité pouvait conclure que des circonstances extraordinaires ou pressantes ont incité l'administrateur général, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, à juger qu'il ne pouvait dorénavant plus tolérer la présence de cette fonctionnaire dans l'établissement.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 31(1),(2).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Ahmad c. La Commission de la Fonction publique*, [1974] 2 C.F. 644; (1974), 51 D.L.R. (3d) 470; 6 N.R. 287 (C.A.); *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; (1992), 89 D.L.R. (4th) 218; 3 Admin. L.R. (2d) 242; 133 N.R. 345; *Lee c. Procureur général du Canada*, [1981] 2 R.C.S. 90; (1981), 236 D.L.R. (2d) 1; 38 N.R. 346; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1; 15 C.R. (3d) 315; 30 N.R. 119; *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353.

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Dansereau c. Canada (Comité d'appel de la fonction publique)*, [1991] 1 C.F. 444; (1990), 91 CLLC 14,010; 122 N.R. 122 (C.A.); *Clare c. Canada (Procureur général)*, [1993] 1 C.F. 641; (1993), 100 D.L.R. (4th) 400; 93 CLLC 14,025; 149 N.R. 303 (C.A.F.).

##### DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Kampman et le Conseil du Trésor (Solliciteur général—Service correctionnel du Service Canada)*, [1992]

(QL); *Kampman v. Canada*, A-1117-91, Stone J.A., judgment dated 21/1/93, F.C.A., not reported.

C.R.T.F.P.C. n° 4 (QL); *Kampman c. Canada*, A-1117-91, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 21-1-93, C.A.F., non publié.

APPLICATION FOR JUDICIAL REVIEW of a decision of the Public Service Commission Appeal Board dismissing an appeal against the recommendation of a Deputy Commissioner of the Correctional Service Canada to the Public Service Commission that the applicant be released on the ground that the loss of her enhanced reliability status rendered her incapable of performing her duties. Application dismissed except that the case should be returned for reconsideration in view of the Board's failure to properly consider the procedure followed by the deputy head in revoking the applicant's enhanced reliability status.

COUNSEL:

*Sean T. McGee* for applicant.  
*Mylène-Y. Bouzigon* for respondent.

SOLICITORS:

*Nelligan/Power*, Ottawa, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

STRAYER J.:

Relief Requested

This is an application for judicial review to set aside a decision of the Public Service Commission Appeal Board of July 22, 1993. In that decision the Board dismissed an appeal by the applicant under subsection 31(2) of the *Public Service Employment Act*<sup>1</sup> against the recommendation of the Deputy Commissioner (Pacific Region) of Correctional Service of Canada to the Public Service Commission that she be released from the Public Service on the ground that the loss of her enhanced reliability status rendered her incapable of performing the duties of her position.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. P-33.

DEMANDE DE CONTRÔLE JUDICIAIRE d'une décision par laquelle le comité d'appel de la Commission de la fonction publique a rejeté un appel formé contre la recommandation faite par le sous-commissaire, Service correctionnel du Canada, à la Commission de la fonction publique de renvoyer la requérante parce que la perte de sa cote de fiabilité approfondie la rendait incapable de remplir ses fonctions. La demande est rejetée, mais l'affaire doit être renvoyée pour réexamen compte tenu de l'omission du comité d'examiner convenablement la procédure suivie par l'administrateur pour révoquer la cote de fiabilité approfondie de la requérante.

AVOCATS:

*Sean T. McGee* pour la requérante.  
*Mylène-Y. Bouzigon* pour l'intimé.

PROCUREURS:

*Nelligan/Power*, Ottawa, pour la requérante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

*Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par*

LE JUGE STRAYER:

Le redressement demandé

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire visant l'annulation de la décision rendue par le Comité d'appel de la Commission de la fonction publique le 22 juillet 1993. Par cette décision, le Comité a rejeté l'appel interjeté par la requérante, en vertu du paragraphe 31(2) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*<sup>1</sup>, de la recommandation faite par le sous-commissaire (région du Pacifique) du Service correctionnel du Canada à la Commission de la fonction publique, portant que la requérante devrait être renvoyée de la fonction publique parce que la perte de sa cote de fiabilité approfondie la rendait incapable d'exercer les fonctions de son poste.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. P-33.

Facts

The applicant was appointed to a position as Registered Nurse at Kent Institution, a maximum security penitentiary in British Columbia, effective December 4, 1989. The offer of employment specified that this position had a security requirement of “enhanced reliability.” It should be noted at the outset that the standards and procedures for granting or denying enhanced reliability status to a public servant are set out in the part of the *Treasury Board Manual* entitled “Security-Personnel Screening Standards” and dated November 1, 1990. Yet it seems clear that enhanced reliability status is not what is commonly thought of as constituting security clearance. This status is required:

... when the duties of a position or contract demand a significant degree of access to designated information or assets... An individual granted this status may access, on a need-to-know basis, designated information and assets.<sup>2</sup>

“Security assessment” is discussed in another paragraph of the Manual and it is said to involved “an appraisal of loyalty to Canada and, so far as it is related thereto, the reliability of an individual...”<sup>3</sup> It is clear from the Manual that the screening required for an enhanced reliability status is far less than that required for a security assessment. It is important to keep this in mind in considering the relevance of some of the jurisprudence on security clearances.

On December 13, 1990 a certain inmate, R. Moorehead, was released from Kent on parole. He had been acquainted with the applicant while in Kent. It is not in dispute that while on parole Moorehead occasionally met her in Abbotsford where she lived, beginning with a chance meeting at her church. She was together with him a few times on what appears to be a casual social basis, some times in the company of other people and some times alone. On January 24, 1991, Moorehead was arrested and charged with certain offences and was returned to Kent. The applicant participated in the admission process for Moorehead upon his return. At no time had she advised her superiors of her social contacts with Moorehead during his parole. These contacts came to the attention of the authorities by actions of Moorehead himself after

<sup>2</sup> *Treasury Board Manual*, at p. 33.

<sup>3</sup> *Ibid.*

Les faits

La requérante a été nommée au poste d’infirmière autorisée à l’établissement Kent, un pénitencier à sécurité maximum situé en Colombie-Britannique, le 4 décembre 1989. L’offre d’emploi précisait que ce poste exigeait une «cote de fiabilité approfondie». Il faut signaler d’emblée que les normes et procédures régissant l’attribution ou le refus de la cote de fiabilité approfondie à un fonctionnaire sont énoncées dans le *Manuel du Conseil du trésor* intitulé «Sécurité—Normes—Enquêtes de sécurité sur le personnel», daté du 1<sup>er</sup> novembre 1990. Il semble cependant clair que la cote de fiabilité approfondie ne correspond pas à ce qu’on considère couramment comme un habilitation au secret. Cette cote est exigée:

... quand les fonctions d’un poste ou d’un marché amènent un accès fréquent aux renseignements ou biens désignés... La personne ayant obtenu cette cote peut avoir accès, au besoin, à des renseignements et biens désignés<sup>2</sup>.

Un autre paragraphe du Manuel traite de l’«évaluation sécuritaire» qui comporte une «évaluation de la loyauté au Canada et de la fiabilité d’une personne dans ce contexte...»<sup>3</sup>. Il ressort clairement du Manuel que l’enquête exigée pour l’attribution de la cote de fiabilité approfondie a une portée moins étendue que celle relative à une évaluation sécuritaire. Il est important de ne pas perdre de vue cet élément pour apprécier la pertinence de certaines décisions traitant de l’habilitation au secret.

Le 13 décembre 1990, un détenu, R. Moorehead, a été libéré conditionnellement de l’établissement Kent. Il avait fait la connaissance de la requérante pendant sa détention. Il n’est pas contesté que M. Moorehead a rencontré la requérante à l’occasion à Abbotsford, où elle résidait, pendant qu’il était en liberté conditionnelle, après l’avoir rencontrée par hasard une première fois à l’église. Ils se sont vus à quelques reprises, apparemment lors de rencontres sociales informelles, parfois seuls, parfois en compagnie d’autres personnes. Le 24 janvier 1991, M. Moorehead a été arrêté et inculpé de certaines infractions. On l’a alors renvoyé à l’établissement Kent. La requérante a participé au processus d’admission de M. Moorehead lors de sa réincarcération. Elle n’avait jamais averti ses supérieurs des contacts sociaux

<sup>2</sup> *Manuel du Conseil du trésor*, à la p. 32.

<sup>3</sup> *Ibid.*

his return to Kent. The Deputy Warden of Kent wrote to the applicant on February 4, 1991 advising her that he had received information that gave him concern that she had entered into an unauthorized relationship with an inmate which might have violated the Code of Discipline. She was suspended without pay effective February 12 and on February 20 attended a disciplinary hearing. This hearing resulted in her being suspended without pay for thirty consecutive shifts.

The relevant provision of the Code of Discipline<sup>4</sup> states:

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

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

Before the suspension was terminated the applicant was advised on April 18, 1991 by the Deputy Commissioner (Pacific), Correctional Service of Canada that he was removing her enhanced reliability status effective immediately. He stated:

Your entry into a relationship with an offender while he was on parole and more importantly, the fact that you did not report this to the Correctional Service of Canada, has rendered you unreliable in terms of controlling the Government of Canada information and assets to which you have access.

In the same letter he advised her that because of her loss of enhanced reliability status he was obliged to recommend to the Public Service Commission that she be released because she was incapable of performing the duties of her position, being prohibited, as a result of the loss of her status, from any further access to designated information or sensitive assets. It seems clear from the evidence, and it was not contested by the respondent, that the decision to cancel the applicant's enhanced reliability status was taken

<sup>4</sup> Correctional Service of Canada, Commissioner's Directive 060 of January 1, 1987.

qu'elle avait eus avec M. Moorehead au cours de sa liberté conditionnelle. C'est M. Moorehead qui a mis les autorités au courant par ses agissements après son retour à l'établissement Kent. Le directeur adjoint de l'établissement Kent a écrit à la requérante le 4 février 1991 pour l'informer qu'il avait obtenu des renseignements lui faisant craindre qu'elle ait eu des relations non approuvées avec un détenu et qu'elle pourrait ainsi avoir contrevenu au Code de discipline. Elle a été suspendue sans rémunération le 12 février et elle s'est présentée à une audience disciplinaire le 20 février. Par suite de cette audience, elle a été suspendue sans rémunération pour trente quarts de travail consécutifs.

La disposition pertinente du Code de discipline<sup>4</sup> prévoit:

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

e. établit avec un délinquant, un ancien délinquant ou avec les amis ou parents d'un délinquant ou ancien délinquant, en dehors de ses fonctions, des relations qui ne sont pas approuvées par son supérieur immédiat;

Avant la fin de sa suspension, la requérante a été informée, le 18 avril 1991, par le sous-commissaire (Pacifique), Service correctionnel du Canada, qu'il lui retirait sa cote de fiabilité approfondie le jour même. Il a déclaré:

[TRADUCTION] En raison des relations que vous avez établies avec un délinquant au cours de sa libération conditionnelle et, qui plus est, de votre omission d'en avertir le Service correctionnel du Canada, vous avez perdu votre fiabilité en ce qui a trait au contrôle des renseignements et biens du Gouvernement du Canada auxquels vous avez accès.

Dans la même lettre, il l'a informée qu'en raison de la perte de sa cote de fiabilité approfondie, il était tenu de recommander son renvoi à la Commission de la fonction publique parce qu'elle était incapable d'exercer les fonctions de son poste du fait qu'ayant perdu sa cote, elle ne pouvait plus avoir accès à des renseignements ou biens désignés de nature délicate. Il ressort clairement de la preuve, et l'intimé ne le conteste pas, que la décision d'annuler la cote de fiabilité approfondie de la requérante a été prise sans

<sup>4</sup> Service correctionnel du Canada, Directive du commissaire 060 du 1<sup>er</sup> janvier 1987.

without any notice to her that this was in contemplation and without her having any opportunity to make submissions with respect to this decision.<sup>5</sup>

The discipline decision was the subject of a grievance before a Board member of the Public Service Staff Relations Board. Before that tribunal the respondent argued that “the removal of Enhanced Reliability Status is not adjudicable” and therefore could not be the subject of a grievance. In his decision dated January 10, 1992 [[1992] C.P.S.S.R.B. No. 4 (QL)] the Adjudicator agreed with that but nevertheless indicated that he could examine the matter if the discretion to revoke that status was exercised in bad faith. He was not convinced that there was bad faith. He went on to say that the issue of revocation and its consequences “are part and parcel with the deputy head’s recommendation made under section 31(1) of the *Public Service Employment Act*.”<sup>6</sup> That is, he regarded the revocation of this status as part of the determination of the deputy head under subsection 31(1) that the applicant was no longer capable of performing her job and thus outside his jurisdiction.

In the meantime the applicant had appealed the deputy head’s decision to have her released, using the appeal process provided in subsection 31(2) of the *Public Service Employment Act*. The Public Service Commission Appeal Board made an initial decision in this appeal but its decision was set aside by the Federal Court of Appeal [A-1117-91, Stone J.A., judgment dated 21/1/93, not reported]. The decision under review now is the second decision of that Board dated July 22, 1993. The Board dismissed the applicant’s appeal on essentially the following bases: that the procedure followed by the deputy head to revoke the applicant’s enhanced reliability status was not reviewable except to determine if it was based on accurate information, the Board concluding that the essential information relevant to that decision was not in dispute; that it was the duty of the deputy head to decide whether to revoke the status, and that decision was in his discretion as to the level of judgment

qu’elle soit avisée qu’il en était question et sans qu’on lui fournisse l’occasion de faire valoir ses prétentions à ce sujet<sup>5</sup>.

La décision disciplinaire a fait l’objet d’un grief devant un membre de la Commission des relations de travail dans la fonction publique. Devant ce tribunal, l’intimé a prétendu que «la révocation de la cote de fiabilité approfondie n’est pas arbitrable» et qu’elle ne peut donc pas faire l’objet d’un grief. Dans la décision qu’il a rendue le 10 janvier 1992 [[1992] C.R.T.F.P.C. n° 4 (QL)], l’arbitre a retenu cet argument, mais il a indiqué qu’il pouvait néanmoins examiner la question de savoir si le pouvoir discrétionnaire de révocation de cette cote avait été exercé de mauvaise foi. Il n’était pas persuadé qu’il y avait eu mauvaise foi. Il a ajouté que la question de la révocation et de ses conséquences «font partie intégrante de la recommandation que l’administrateur général a faite en vertu du paragraphe 31(1) de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*»<sup>6</sup>. Il a donc estimé que la révocation de la cote de fiabilité entraînait dans l’appréciation de la capacité de la requérante de remplir ses fonctions par l’administrateur général en vertu du paragraphe 31(1) et qu’elle ne relevait donc pas de sa compétence.

Entre-temps, la requérante a interjeté appel de la décision de l’administrateur général de recommander son renvoi en utilisant la procédure d’appel prévue au paragraphe 31(2) de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*. Le Comité d’appel de la Commission de la fonction publique a rendu une première décision relativement à cet appel, mais celle-ci a été annulée par la Cour d’appel fédérale [A-1117-91, le juge Stone, J.C.A., jugement en date du 21-1-93, non publié]. La décision qui est maintenant en cause est la deuxième décision rendue par ce Comité le 22 juillet 1993. Le Comité a rejeté l’appel de la requérante en se fondant essentiellement sur les motifs suivants: la procédure suivie par l’administrateur général en vue de révoquer la cote de fiabilité approfondie de la requérante n’était pas susceptible de contrôle, sauf en ce qui a trait à la question de savoir si elle était fondée sur des renseignements exacts et le Comité a conclu que les renseignements essentiels pertinents à

<sup>5</sup> See decision of Appeal Board, at pp. 5-6.

<sup>6</sup> See decision of the Public Staff Relations Board, January 10, 1992, at pp. 64-65.

<sup>5</sup> Voir la décision du comité d’appel, aux p. 5 et 6.

<sup>6</sup> Voir la décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique, 10 janvier 1992, aux p. 64 et 65.

he required from his staff; and, having exercised his discretion to revoke, it was then “open to the deputy head to recommend the appellant’s release because she was incapable of performing her duties.” While the Board implies that a lack of good faith could invalidate the exercise of discretion it found no basis upon which it could conclude that the Department acted in bad faith.<sup>7</sup>

The applicant seeks judicial review of that decision alleging, it appears to me, both error of law and of fact.

#### Issues

I believe the first three issues have been best defined by the respondent in its analysis of the issues described by the applicant. The fourth issue is primarily addressed by the applicant. These issues are as follows:

(1) Can “incapacity” within the meaning of subsection 31(1) of the *Public Service Employment Act* arise from the fact that an employee has lost her enhanced reliability status when this is a condition of employment for that employee?

(2) If yes, can an Appeal Board hearing an appeal under subsection 31(2) from a recommendation by the deputy head that the employee be dismissed review the decision to revoke this status as part of the review of that recommendation?

(3) If yes, what standard should be applied by the Appeal Board to the review of the revocation of that status?

(4) Should the employee be warned and given an opportunity to correct her conduct before status is revoked?

cette décision n’étaient pas contestés; il appartenait à l’administrateur général de décider s’il y avait lieu de révoquer la cote de fiabilité et cette décision relevait de son pouvoir discrétionnaire quant au degré de jugement qu’il exigeait de son personnel; enfin, après avoir exercé son pouvoir discrétionnaire de révocation, l’administrateur général pouvait [TRADUCTION] «recommander le renvoi de la requérante parce qu’elle était incapable de remplir ses fonctions». Bien que le Comité ait décidé implicitement que l’absence de bonne foi pouvait vicier l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire, il n’a trouvé aucun fondement qui lui permettrait de conclure que l’autorité visée avait agi de mauvaise foi<sup>7</sup>.

La requérante demande le contrôle judiciaire de cette décision en faisant valoir, selon moi, qu’il y a eu à la fois erreur de droit et erreur de fait.

#### Les questions en litige

Je crois que c’est l’intimé qui a le mieux défini les trois premières questions dans son analyse des questions décrites par la requérante. La quatrième question est débattue principalement par la requérante. Voici ces questions:

(1) L’«incapacité» visée au paragraphe 31(1) de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique* peut-elle découler du fait qu’une fonctionnaire a perdu sa cote de fiabilité approfondie, lorsque cette cote constitue une condition d’embauche pour cette fonctionnaire?

(2) Le cas échéant, un Comité d’appel saisi d’un appel de la recommandation de l’administrateur général de renvoyer l’employé, sous le régime du paragraphe 31(2), peut-il réviser la révocation de la cote dans le cadre de la révision de cette recommandation?

(3) Le cas échéant, quelle norme le Comité d’appel doit-il appliquer pour réviser la révocation de la cote?

(4) Faut-il avertir la fonctionnaire et lui fournir l’occasion de corriger sa conduite avant de révoquer sa cote?

<sup>7</sup> Decision of Appeal Board, at pp. 13-15.

<sup>7</sup> Décision du Comité d’appel, aux p. 13 à 15.

ConclusionsCan incapacity arise from loss of enhanced reliability status?

This issue is central to the question of whether the Public Service Commission Appeal Board could review in any way the denial of enhanced reliability status in the course of hearing an appeal under subsection 31(2) of the Act. That appeal is from the recommendation of the deputy head which in this case was a recommendation that the applicant be dismissed because she was incapable of performing her duties, having lost her enhanced reliability status and thus her access to "designated information or sensitive assets."<sup>8</sup>

I find the position of both parties somewhat ambivalent on this subject. The applicant has argued that an incapacity within the meaning of subsection 31(1) must arise for reasons entirely beyond the control of the employee. As stated in the applicant's memorandum of argument:

If the inability to perform is within the control of the employee, it is a disciplinary matter.<sup>9</sup>

This would mean that the denial of enhanced reliability status in this case should not have been reviewed by the Public Service Staff Relations Board member in the course of the grievance as the circumstances leading to that denial were within the control of the applicant. Yet as I understand it, the applicant is now arguing that this is the matter which the Appeal Board should have reviewed in the subsection 31(2) appeal and the Board should have resolved questions of fact concerning that denial of status.

On the other hand the respondent seems to have followed the road of convenience depending on the circumstances. In the *Treasury Board Manual*, which describes enhanced reliability status and discusses its revocation, it is stated that:

<sup>8</sup> Letter of April 18, 1991 to the applicant from the Deputy Commissioner advising her of denial of status and recommendation of dismissal.

<sup>9</sup> Applicant's record, at p. 60.

ConclusionsL'incapacité peut-elle découler de la perte de la cote de fiabilité approfondie?

<sup>a</sup> Cette question est cruciale pour déterminer si le Comité d'appel de la Commission de la fonction publique avait un pouvoir quelconque de révision du retrait de la cote de fiabilité approfondie dans le cadre <sup>b</sup> de l'audition d'un appel sous le régime du paragraphe 31(2) de la Loi. Cet appel vise la recommandation de l'administrateur général qui portait en l'espèce que la requérante devait être renvoyée parce <sup>c</sup> qu'elle était incapable de remplir ses fonctions du fait qu'elle avait perdu sa cote de fiabilité approfondie et ne pouvait plus avoir accès à des [TRADUCTION] «renseignements ou biens désignés de nature délicate»<sup>8</sup>.

<sup>d</sup> La position des deux parties est, selon moi, quelque peu ambivalente à cet égard. La requérante a soutenu que l'incapacité visée par le paragraphe 31(1) doit découler de raisons totalement indépendantes de la volonté du fonctionnaire. Elle <sup>e</sup> affirme, dans son mémoire:

[TRADUCTION] Si l'incapacité n'est pas indépendante de la volonté du fonctionnaire, il s'agit d'une question de nature disciplinaire<sup>9</sup>.

<sup>f</sup> Il faudrait en conclure que le retrait de la cote de fiabilité approfondie n'aurait pas dû en l'espèce être révisé par un membre de la Commission des relations de travail dans la fonction publique dans le cadre d'un grief, car les circonstances ayant mené à ce <sup>g</sup> retrait n'étaient pas indépendantes de la volonté de la requérante. Toutefois, selon ce que je comprends, la requérante prétend maintenant que c'est cette question que le Comité d'appel aurait dû examiner sous le régime du paragraphe 31(2) et que le Comité aurait <sup>h</sup> dû se prononcer sur les questions de fait concernant le retrait de cette cote.

<sup>i</sup> Quant à lui, l'intimé semble avoir adopté la position la plus avantageuse selon les circonstances. Dans le *Manuel du Conseil du trésor*, qui décrit la cote de fiabilité approfondie et traite de sa révocation, on peut lire:

<sup>8</sup> Lettre du 18 avril 1991 adressée à la requérante par le sous-commissaire en vue de l'avertir qu'il lui retirait sa cote et recommandait son renvoi.

<sup>9</sup> Dossier de la requérante, à la p. 60.

## 6.1 Reliability status

Employees who wish to challenge a negative decision based on the results of a reliability check may do so through current grievance procedures in accordance with Sections 91 and 92 of the *Public Service Staff Relations Act*. . . .<sup>10</sup>

In the letter from the deputy head advising the applicant of the decision to revoke her status it was stated in reference to this decision that:

If you so desire, you have the right to challenge this decision through the Departmental grievance procedure in accordance with Sections 91 and 92 of the *Public Service Staff Relations Act*. At your request, any such grievance can proceed directly to the Commissioner of Corrections. You may also have the right to refer the decision relating to your enhanced reliability status to the Human Rights Commission and/or the Federal Court.

Yet before the Public Service Staff Relations Board counsel for the employer is reported by the Board to have taken this position:

With regard to the grievor's second grievance, [concerning denial of status] counsel stated that perhaps there was no administrative redress provided, but Parliament has anticipated in paragraph 91 of the *Act* that certain matters could be grieved but not all grievances were made adjudicable under paragraph 92 of the *Act*. Adjudicable matters were confined to collective agreement interpretation and application and to certain disciplinary actions. The removal of Enhanced Reliability Status is not adjudicable.<sup>11</sup>

The Board member hearing the grievance essentially agreed with this position saying that the revocation of this status lies within the sole discretion of the employer and is administrative in nature, and therefore the Tribunal could only examine the revocation if the discretion was exercised in bad faith.

The applicant attempted to have the revocation decision reviewed by the Security Intelligence Review Committee but it declined jurisdiction. No doubt the respondent supported that position.

<sup>10</sup> *Supra*, note 2, at p. 23.

<sup>11</sup> *Supra*, note 6, at p. 60.

## 6.1 Cote de fiabilité

Les fonctionnaires qui souhaitent contester une décision négative fondée sur les résultats d'une vérification de la fiabilité peuvent utiliser la procédure actuelle de règlement des griefs conformément aux articles 91 et 92 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* . . . .<sup>10</sup>

Dans la lettre avisant la requérante de sa décision de révoquer sa cote, l'administrateur général déclare, relativement à cette décision:

[TRADUCTION] Si vous le désirez, vous pouvez contester cette décision en utilisant la procédure de grief du ministère conformément aux articles 91 et 92 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. À votre demande, le grief pourra être soumis directement au commissaire des services correctionnels. Vous pourriez aussi avoir le droit de porter la décision concernant votre cote de fiabilité approfondie devant la Commission des droits de la personne ou devant la Cour fédérale ou devant ces deux instances.

Par contre, selon la Commission des relations de travail dans la fonction publique, l'avocate de l'employeur aurait pris la position suivante devant la Commission:

À propos du second grief, l'avocat a déclaré qu'il n'y avait peut-être pas de redressement administratif d'offert, mais le Parlement avait prévu, au paragraphe 91 de la *Loi*, que certaines questions pouvaient faire l'objet de griefs, sans qu'il soit toutefois possible de renvoyer ceux-ci à l'arbitrage en vertu du paragraphe 92 de la *Loi*. Les affaires arbitrables se limitent à celles portant sur l'interprétation et l'application d'une convention collective ou concernant certaines questions disciplinaires. La révocation de la cote de fiabilité approfondie n'est pas arbitrale<sup>11</sup>.

Le membre de la Commission qui a été saisi du grief a retenu cette position pour l'essentiel en affirmant que la révocation de la cote relevait uniquement du pouvoir discrétionnaire de l'employeur et qu'il s'agissait d'une décision de nature administrative; par conséquent, le tribunal ne pouvait réviser cette révocation que si ce pouvoir discrétionnaire avait été exercé de mauvaise foi.

La requérante a tenté de faire réviser la révocation par le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité, mais celui-ci s'est déclaré incompétent. Il ne fait aucun doute que l'intimé était d'accord avec ce raisonnement.

<sup>10</sup> *Supra*, note 2, à la p. 23.

<sup>11</sup> *Supra*, note 6, à la p. 60.

Now the respondent takes the position that “the possession of a valid Enhanced Reliability Status is a qualification like any other.”<sup>12</sup> Yet the respondent argues that, although this is a matter of capacity of the applicant, the Appeal Board in hearing an appeal under subsection 31(2) concerning a recommendation by a deputy head that an employee be dismissed as incapable of performing her functions should not be able to review the decision by the same deputy head made at the same time to revoke her status, the decision which creates the incapacity.

While the respondent contends that revocation of status is the loss of a qualification like any other, it has cited jurisprudence to me such as *Lee v. Attorney General of Canada*<sup>13</sup> to the effect that a lack of a security clearance and a lack of merit are two completely different things for purposes of appointment to the Public Service.

I have concluded, on the language of the section and on the argument advanced by the respondent, that the possession of enhanced reliability status, if the job description requires it, is a “qualification like any other” and the loss of that status renders a person incapable of performing her work at least in circumstances such as the present. I do not think that there is anything to be gained by elaborate distinctions being drawn on the basis of whether the disqualification flows from factors within or beyond the will of the individual. The word “incapable” is sufficiently broad to cover both situations. While wilful incapacitation may indeed be the subject of disciplinary proceedings, that does not of itself prevent a dismissal being recommended on the same facts. Whatever may be the distinction between merit and ordinary security clearances, I am satisfied that a person who is performing a job which requires enhanced reliability status and who loses that status through her own misconduct may be said to be incapable of continuing to fill her post.

<sup>12</sup> Respondent’s record, para. 27.

<sup>13</sup> [1981] 2 S.C.R. 90.

Maintenant, l’intimé prétend que [TRADUCTION] «le fait d’avoir une cote de fiabilité approfondie valide est une qualité requise comme toutes les autres»<sup>12</sup>. Toutefois, bien qu’il s’agisse de la capacité de la requérante, l’intimé soutient que, sous le régime du paragraphe 31(2), le Comité d’appel saisi de l’appel d’une recommandation de l’administrateur général visant le renvoi d’un fonctionnaire incapable de remplir ses fonctions ne devrait pas avoir le pouvoir de réviser la décision de révoquer sa cote, prise par le même administrateur général au même moment, savoir la décision dont découle l’incapacité.

L’intimé fait valoir que la révocation de sa cote prive la fonctionnaire d’une qualité requise comme toutes les autres, mais il invoque des arrêts comme *Lee c. Procureur général du Canada*<sup>13</sup> portant que l’habilitation au secret et l’appréciation du mérite d’un candidat sont deux notions totalement différentes en vue de la nomination d’une personne au sein de la fonction publique.

J’ai conclu, en me fondant sur le libellé de l’article en cause et sur l’argument proposé par l’intimé, que le fait d’avoir une cote de fiabilité approfondie, lorsque la description de fonction l’exige, est une [TRADUCTION] «qualité requise comme toutes les autres» et que la perte de cette cote rend une personne incapable de remplir ses fonctions, du moins dans des circonstances comme celles dont je suis saisi. Je ne pense pas qu’il soit avantageux de quelque façon d’établir des distinctions complexes selon que la perte d’une qualité requise découle de facteurs qui sont ou non indépendants de la volonté de la personne en cause. Le mot «incapable» a une portée suffisamment large pour englober ces deux cas. Bien que la perte volontaire de la capacité d’un employé puisse effectivement faire l’objet d’une procédure disciplinaire, cela n’empêche pas en soi qu’on recommande le renvoi de l’employé en se fondant sur les mêmes faits. Peu importe la distinction à établir entre le mérite et l’habilitation au secret ordinaire, je suis convaincu qu’une personne qui exerce des fonctions exigeant une cote de fiabilité approfondie et qui perd cette cote en raison de ses actes, peut être considérée comme incapable de continuer à remplir ses fonctions.

<sup>12</sup> Dossier de l’intimé, par. 27.

<sup>13</sup> [1981] 2 R.C.S. 90.

If yes, can an Appeal Board review the revocation of status?

As I have answered the first question in the affirmative, it flows in my view from the words of the statute that the Appeal Board can review the decision taken by the deputy head, as part of his decision to recommend dismissal, that the employee is incapable because in his view she is no longer entitled to enhanced reliability status. It appears to me that this is consistent with the position taken by both parties in this judicial review. The applicant is clearly attacking the decision of the Appeal Board for not having made a full review, particularly of the evidence on which the revocation decision was based. The respondent asserts that the loss of status is the loss of her qualification and therefore the loss of capacity. The logic of this is that the Appeal Board on an appeal under subsection 31(2) can review to the extent of its powers the decision that the employee no longer has that qualification and is thus incapable of working in her post.

If yes, what standard of review should be applied by the Appeal Board?

It should first be emphasized that subsection 31(2) states that where a deputy head has formed the opinion that an employee is incapable of performing his or her duties and should be released, and the deputy head has so recommended to the Commission, the employee

31. . . .

(2) . . . may appeal against the recommendation . . . to a board . . . to conduct an inquiry at which the employee and the deputy head, or their representatives, shall be given an opportunity to be heard.

While the section uses the term “appeal” which implies the right to review the correctness of the decision appealed both with respect to law and fact, it must be noted that the decision appealed from is one authorized by subsection 31(1) where “in the opinion of” the deputy head an employee is incapable. This indicates that the decision is largely a discretionary one. The Federal Court of Appeal has defined the role of the Appeal Board in these circumstances. In

Le cas échéant, le Comité d’appel peut-il réviser la révocation de la cote?

Comme j’ai répondu à la première question par l’affirmative, le libellé de la Loi permet, selon moi, au Comité d’appel de réviser la décision, prise par l’administrateur général dans le cadre de sa décision de recommander le renvoi, portant que l’employé est incapable parce qu’on ne peut plus, à son avis, lui attribuer la cote de fiabilité approfondie. Il me semble que cette conclusion est compatible avec la position adoptée par les deux parties dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire. La requérante conteste manifestement la décision du Comité d’appel de ne pas avoir procédé à un examen complet, plus particulièrement à l’examen de la preuve qui a fondé la décision de révoquer sa cote. L’intimé soutient que la perte de la cote de la requérante entraîne la perte de sa qualité et, partant, la perte de sa capacité. La logique qui sous-tend ce raisonnement veut que le Comité d’appel saisi d’un appel sous le régime du paragraphe 31(2) puisse réviser, dans la limite de ses pouvoirs, la décision portant qu’un employé n’a plus la qualité requise et n’est donc plus capable d’accomplir son travail.

Le cas échéant, quelle norme le Comité d’appel doit-il appliquer?

Il faut d’abord souligner qu’en vertu du paragraphe 31(2), lorsque l’administrateur général juge qu’un fonctionnaire est incapable de remplir ses fonctions et qu’il doit être renvoyé, et lorsque l’administrateur général recommande son renvoi à la Commission, le fonctionnaire

31. . . .

(2) . . . peut faire appel de la recommandation . . . devant un comité chargé . . . de faire une enquête, au cours de laquelle les parties, ou leurs représentants, ont l’occasion de se faire entendre.

Bien que l’article utilise le terme «appel», qui sous-entend le droit d’examiner la validité de la décision, tant en ce qui a trait au droit qu’en ce qui a trait aux faits, il faut souligner que la décision visée est celle autorisée par le paragraphe 31(1) dans les cas où l’administrateur général «juge» que le fonctionnaire est incapable. C’est donc une décision en grande partie à caractère discrétionnaire. La Cour d’appel fédérale a défini le rôle du Comité d’appel en pareilles circons-

*Ahmad v. Public Service Commission*<sup>14</sup> the Court observed (in the context of a recommendation based on incompetence) that whether a person is incompetent is a matter of opinion which should be accepted by the Appeal Board unless

(1) the deputy head failed to apply properly some specific statutory or other legal direction;

(2) there is proof of bad faith in the decision made by the deputy head; or

(3) unless a Board

had before it material that satisfied it, as a matter of fact, that the deputy head was wrong in forming the opinion that the person in question was "incompetent . . .

The same criteria should, it appears to me, apply with respect to the review powers of a board in respect of a decision concerning incapacity. A careful reading of *Ahmad* indicates that while deference should be shown by the Board in the first instance to the opinion formed by the deputy head, it can review the decision on matters of law, on the issue of good faith, and on the facts with the criterion apparently being correctness. This is what the Court of Appeal presumably meant when it said that if the Board had before it material that satisfied it "as a matter of fact" that the deputy head was wrong then it could reverse the deputy head.

I think there is another criterion for review which the Court of Appeal did not have occasion to mention, namely that of fairness in the deputy head's decision-making to which I will return later.

Applying the above criteria, there was no suggestion before me nor, I think, before the Board that the deputy head had failed to apply properly some specific statutory or other legal direction. Therefore that ground of review was not open to the Appeal Board. With respect to the question of good faith the Appeal Board did address this issue and found that there was no evidence that the employer failed to act in good

tances. Dans l'affaire *Ahmad c. La Commission de la Fonction publique*<sup>14</sup>, la Cour a noté (dans le contexte d'une recommandation fondée sur l'incompétence) que la question de savoir si une personne est incompétente est une question d'opinion que le Comité d'appel ne doit pas trancher, sauf si l'une ou l'autre des situations suivantes se présente:

a pétente est une question d'opinion que le Comité d'appel ne doit pas trancher, sauf si l'une ou l'autre des situations suivantes se présente:

b (1) l'administrateur général a mal appliqué une directive légale ou juridique;

(2) la preuve établit qu'il y a eu mauvaise foi dans la décision prise par l'administrateur général;

c (3) on a soumis au Comité

des documents pertinents, établissant effectivement que le sous-chef a eu tort d'estimer que l'employé en question était «incompétent . . .

d Il me semble que le même critère doit s'appliquer au pouvoir de révision d'un Comité relativement à une décision concernant l'incapacité. Un examen attentif de la décision *Ahmad* révèle que le Comité doit respecter de prime abord l'opinion de l'administrateur général, mais qu'il peut réviser sa décision en ce qui a trait au droit, à la question de la mauvaise foi et aux faits, leur exactitude étant apparemment le facteur à considérer. C'est vraisemblablement ce que la Cour d'appel voulait dire lorsqu'elle a déclaré que le Comité peut aller à l'encontre de la décision de l'administrateur général si on lui a soumis des documents établissant «effectivement» que l'administrateur général a eu tort.

h Je crois qu'il existe un autre critère de révision dont la Cour d'appel n'a pas eu l'occasion de parler, soit le caractère équitable du processus décisionnel suivi par l'administrateur général, dont je reparlerai plus loin.

i Appliquons maintenant les critères énoncés plus haut. On n'a pas suggéré devant moi ni, je le pense, devant le Comité, que l'administrateur général avait mal appliqué une directive légale ou juridique. Par conséquent, le Comité d'appel ne pouvait se fonder sur ce motif de révision. En ce qui a trait à la question de la bonne foi, le Comité d'appel s'est prononcé et a conclu qu'aucune preuve n'établissait que l'em-

<sup>14</sup> [1974] 2 F.C. 644 (C.A.), at pp. 646-647.

<sup>14</sup> [1974] 2 C.F. 644 (C.A.), aux p. 646 et 647.

faith in this case. No such evidence has been suggested to me, though the harshness of the decision taken to dismiss the applicant even after severe disciplinary action would certainly invite consideration of this issue. I do not believe any reviewable error can be found on this ground on the basis of the record before me, however.

With respect to review of the findings of fact upon which the deputy head based his opinion, as contemplated in *Ahmad*, I believe the Board adequately performed its function. The essential facts were not in issue as to what had transpired. There was some dispute as to the depth of the relationship between the applicant and the inmate and, for reasons which I will state below, it appears to me the Board should have been concerned as to the procedure followed by the deputy head in revoking her enhanced reliability status. But the essential facts were that the applicant had had some kind of social contact with the inmate outside of prison and she did not report this to her superiors as the Code of Discipline required. Based on those facts, it was up to the deputy head to assess whether he could any longer trust the applicant with enhanced reliability status and the access which that would give her to documents and property of the institution. That was very much a matter of opinion and the essential facts underlining that opinion were not in dispute. In my view it was not open to the Board to review that opinion as such. While I do not necessarily equate the acquisition or loss of enhanced reliability status with the acquisition or loss of security clearance, the administrative law principles as to the non-reviewability, even on appeal, of matters of opinion, are essentially the same.<sup>15</sup>

In my view the fourth ground for review by an Appeal Board is with respect to the procedure employed by the deputy head in deciding that an employee is incapable of performing her duties. It is

<sup>15</sup> See e.g. *Lee v. Attorney General of Canada*, *supra*, note 13; *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385, at p. 395.

ployeur n'avait pas agi de bonne foi en l'espèce. Aucune preuve à cet égard ne m'a été soumise, bien que la rigueur de la décision de renvoyer la requérante après l'application de mesures disciplinaires sévères puisse certainement donner lieu à l'examen de cette question. Je ne crois toutefois pas que les éléments dont je dispose me permettent de conclure, en me fondant sur ce critère, qu'une erreur susceptible de contrôle a été commise.

b

En ce qui a trait à l'examen des conclusions de fait sur lesquelles l'administrateur général a fondé son opinion, dont parle l'arrêt *Ahmad*, je crois que le Comité a bien exercé ses fonctions. Les faits essentiels n'étaient pas en litige quant aux révélations qui ont été faites. On a contesté l'importance des relations établies par la requérante avec le détenu et, pour les motifs énoncés plus loin, il me semble que le Comité aurait dû s'interroger sur la procédure suivie par l'administrateur général pour révoquer la cote de fiabilité approfondie de la requérante. Voici toutefois les faits essentiels qui ont été établis: la requérante a eu des contacts sociaux quelconques avec le détenu à l'extérieur de la prison et elle n'en a pas averti ses supérieurs comme l'exige le Code de discipline. En se fondant sur ces faits, l'administrateur général était autorisé à décider s'il pouvait toujours avoir assez confiance en la requérante pour qu'elle conserve sa cote de fiabilité approfondie et qu'elle continue, grâce à cette cote, à avoir accès aux documents et aux biens de l'établissement. C'était beaucoup une question d'opinion et les faits essentiels sous-tendant cette opinion n'étaient pas en litige. Selon moi, le Comité ne pouvait pas réviser cette opinion comme telle. Bien que je n'établisse pas nécessairement d'équivalence entre l'acquisition ou la perte de la cote de fiabilité approfondie et l'acquisition ou la perte de l'habilitation au secret, les principes de droit administratif applicables selon lesquels les questions d'opinion ne sont pas susceptibles de révision, même en appel, demeurent essentiellement les mêmes<sup>15</sup>.

c

d

e

f

g

h

i

Selon moi, le quatrième critère applicable à la révision par un comité d'appel concerne la procédure suivie par l'administrateur général pour décider qu'un fonctionnaire est incapable de remplir ses fonctions.

<sup>15</sup> Voir, par exemple, *Lee c. Procureur général du Canada*, *supra*, note 13; *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385, à la p. 395.

not surprising that the Federal Court of Appeal did not refer to this as a ground for review in its decision in *Ahmad* rendered in 1974. That was before the concept of fairness had been generally recognized as a requirement even in the making of administrative decisions.<sup>16</sup> It has been held recently by the Supreme Court of Canada in *Thomson v. Canada*<sup>17</sup> that:

... the Deputy Minister was under a duty to comply with the principles of procedural fairness in the context of security clearance decision-making. Generally speaking, fairness requires that a party must have an adequate opportunity of knowing the case that must be met, of answering it and putting forward the party's own position.

If fairness is required in the taking of security decisions which may involve state security and matters of urgency, then *a fortiori* it should be required in the making of a mere decision concerning ordinary reliability. In the present case, as noted earlier, although the applicant had had a hearing before the disciplinary decision was taken against her, she was not interviewed or consulted or advised prior to the decision by the Deputy Commissioner to revoke her enhanced reliability status. This matter was raised before the Appeal Board. In response to argument by the applicant to the effect that she should have been given an opportunity to be heard before the decision was made the Board stated as follows:

The procedure followed by the deputy head in arriving at a decision to remove an enhanced reliability status is relevant to an inquiry conducted under section 31 of the *Public Service Employment Act* to the extent that it brings into question the accuracy or reliability of the information on which the decision is made.<sup>18</sup>

As the Board found the relevant "information" not to be in dispute, it found it unnecessary to consider the propriety of the procedure. In my view this is wrong in law. In effect the Appeal Board was saying that it can only review the procedure followed by the deputy head if that procedure resulted in a wrong decision. That is not the law with respect to a requirement of fairness in decision-making. Whether the ultimate

Il n'est pas surprenant que la Cour d'appel fédérale n'en ait pas fait mention dans l'arrêt *Ahmad* rendu en 1974. À cette époque, le concept de l'équité n'avait pas encore été reconnu de façon générale comme une exigence à respecter, même dans la prise de décisions à caractère administratif<sup>16</sup>. Dans l'affaire *Thomson c. Canada*<sup>17</sup>, la Cour suprême du Canada a décidé récemment que:

Le sous-ministre était donc tenu de se conformer aux principes de l'équité procédurale dans le contexte des décisions en matière d'octroi des habilitations de sécurité. D'une manière générale, l'équité exige qu'une partie ait une possibilité suffisante de connaître la preuve contre laquelle elle doit se défendre, de la réfuter et de présenter sa propre preuve.

S'il faut respecter l'équité lorsqu'on prend des décisions concernant le secret, qui touchent à la sécurité de l'État et aux situations d'urgence, il faut à plus forte raison la respecter lorsqu'on prend simplement une décision concernant la fiabilité ordinaire. En l'espèce, comme je l'ai dit plus tôt, la requérante a eu droit à une audience avant la prise de mesures disciplinaires contre elle, mais on ne l'a ni interrogée, ni consultée, ni avertie avant que le sous-commissaire décide de révoquer sa cote de fiabilité approfondie. Cette question a été soulevée devant le Comité d'appel. En réponse à la prétention de la requérante selon laquelle on aurait dû lui fournir l'occasion d'être entendue avant que cette décision soit prise, le Comité a déclaré:

[TRADUCTION] La procédure suivie par l'administrateur général pour parvenir à la décision de révoquer la cote de fiabilité approfondie est pertinente à l'enquête menée sous le régime de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* dans la mesure où elle touche à l'exactitude ou à la fiabilité des renseignements sur la foi desquels la décision a été prise<sup>18</sup>.

Étant donné que le Comité a conclu que les «renseignements» pertinents n'étaient pas en litige, il n'a pas jugé nécessaire d'examiner la validité de la procédure suivie. Selon moi, il s'agit là d'une erreur de droit. En effet, le Comité d'appel a affirmé qu'il ne pouvait réviser la procédure suivie par l'administrateur général que si cette procédure avait donné lieu à une décision erronée. Ce n'est pas ce que prévoient les règles

<sup>16</sup> See now e.g. *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643.

<sup>17</sup> *Supra*, note 15, at p. 402.

<sup>18</sup> *Supra*, note 5, at pp. 13-14.

<sup>16</sup> Voir maintenant, par exemple, *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643.

<sup>17</sup> *Supra*, note 15, à la p. 402.

<sup>18</sup> *Supra*, note 5, aux p. 13 et 14.

decision is right or wrong it can be set aside as invalid if there has been a denial of fairness.<sup>19</sup> It was an error of law on the part of the Appeal Board to fail to review the procedure followed by the deputy head. That procedure may well have resulted in a denial of fairness. Whether the procedure was fair is not a decision I can make but it is one which the Appeal Board must make and the matter must be referred back for consideration by the Board on that aspect.

Should the Appeal Board have found a prior warning was required?

The applicant contended before the Appeal Board that the deputy head had a duty to warn an employee of the possible consequences of her actions before making a recommendation to release her. Further, it was argued that the employer had a duty to refer her for counselling to determine whether rehabilitation was possible. The Appeal Board considered this argument and rejected it on the basis that there might be a duty to warn if what concerned the deputy head was a pattern of poor judgment. But what the deputy head was concerned about was one (in his view) serious instance of poor judgment which caused him to exercise his discretion to dismiss. In those circumstances, according to the Board, he was entitled to decide that he could not again trust the judgment of this individual.

The duty to warn has been confirmed and elaborated by the Federal Court of Appeal in cases such as *Dansereau v. Canada (Public Service Appeal Board)*<sup>20</sup> and *Clare v. Canada (Attorney General)*.<sup>21</sup> These cases involved long-term employees who had in each case worked for 22 or 23 years for the federal Government. In *Dansereau* the Court stated:<sup>22</sup>

<sup>19</sup> *Cardinal*, supra note 16, at pp. 660-661.

<sup>20</sup> [1991] 1 F.C. 444 (C.A.).

<sup>21</sup> [1993] 1 F.C. 641 (C.A.).

<sup>22</sup> *Supra*, note 20, at p. 460.

de droit relatives à l'obligation d'agir équitablement dans la prise d'une décision. Que la décision définitive soit juste ou erronée, elle peut être déclarée invalide et annulée s'il y a eu négation du droit à une audition équitable<sup>19</sup>. Le Comité d'appel a commis une erreur de droit en omettant d'examiner la procédure suivie par l'administrateur général. Cette procédure peut très bien avoir donné lieu à la négation du droit de la requérante à une audition équitable. Je ne peux pas me prononcer sur le caractère équitable de la procédure, mais le Comité d'appel doit le faire et le dossier doit lui être renvoyé pour qu'il examine cette question.

Le Comité d'appel aurait-il dû conclure qu'un avertissement préalable était nécessaire?

La requérante a soutenu devant le Comité d'appel que l'administrateur général avait l'obligation d'avertir un fonctionnaire des conséquences éventuelles de ses actes avant de recommander son renvoi. Elle a en outre prétendu que l'employeur avait le devoir de lui offrir des services de counselling pour déterminer si elle pouvait être réhabilitée. Le Comité d'appel a étudié cet argument et l'a rejeté en déclarant que l'administrateur général pouvait avoir l'obligation d'avertir le fonctionnaire lorsqu'il mettait en doute le jugement habituel du fonctionnaire. Par contre, en l'espèce, l'administrateur général a agi à la suite d'une seule occasion à laquelle la requérante a fait preuve d'un grave manque de jugement (selon lui) qui l'a poussé à exercer son pouvoir discrétionnaire de congédiement. Dans les circonstances, le Comité a jugé qu'il était autorisé à décider qu'il ne pouvait dorénavant pas se fier au jugement de cette personne.

L'obligation de donner un avis a été confirmée et précisée par la Cour d'appel fédérale dans les affaires *Dansereau c. Canada (Comité d'appel de la fonction publique)*<sup>20</sup> et *Clare c. Canada (Procureur général)*<sup>21</sup>. Ces causes concernaient des employés à long terme qui travaillaient depuis 22 ou 23 ans au service du gouvernement fédéral. Dans l'affaire *Dansereau*, la Cour a déclaré<sup>22</sup>:

<sup>19</sup> *Cardinal*, supra, note 16, aux p. 660 et 661.

<sup>20</sup> [1991] 1 C.F. 444 (C.A.).

<sup>21</sup> [1993] 1 C.F. 641 (C.A.).

<sup>22</sup> *Supra*, note 20, à la p. 460.

I therefore conclude on this point for the purposes of the case at bar that when an employee who has performed the same duties for several years consistently receives satisfactory performance reports and is not the subject of any serious criticism by his employer, a presumption results that he has the necessary competence to perform the said duties and, in the absence of unusual or urgent circumstances, the employer cannot dismiss him for incompetence without telling him of the mistakes he is alleged to have made, without giving him an opportunity to correct them and without indicating to him the risk of dismissal he runs if they are not corrected. Of course, each case will be decided on its own merits and the type of warning and period for correction will vary depending on the circumstances.

The present case is not on all fours with the facts in those cases. In the present case the applicant had apparently worked at the Kent Institution on a short-term basis in 1988 and perhaps part of 1989. But she was only appointed to the position in question effective December 4, 1989 and had worked there only some thirteen months when the events occurred which gave rise to her dismissal. Therefore the same "presumption" referred to in *Dansereau* probably could not be said to have arisen in this case. Further, I think it was open to the Board in effect to conclude, in the language of *Dansereau*, that these were unusual or urgent circumstances where the deputy head in the exercise of his discretion formed the opinion that he could no longer tolerate the presence of this employee in the institution. While the Appeal Board did not put it in those precise terms, I believe that that is the essence of what the Board decided and it was a decision legally open to it.

### Disposition

The application for judicial review must therefore be dismissed except with respect to the failure of the Board to consider properly the procedure followed by the deputy head in revoking the applicant's enhanced reliability status. The matter will be referred back to the Board for reconsideration of that question in accordance with these reasons.

Aussi, je conclus sur ce point, pour les fins du présent dossier, que lorsqu'un employé qui a exercé les mêmes fonctions pendant plusieurs années reçoit de façon constante des rapports de rendement satisfaisants et n'est l'objet d'aucune critique sérieuse de la part de son employeur, il se dégage une présomption qu'il a la compétence voulue pour exercer lesdites fonctions et l'employeur, sauf circonstances extraordinaires ou pressantes, ne saurait le congédier pour cause d'incompétence à moins qu'il ne l'ait informé des lacunes qui lui sont reprochées, qu'il ne lui ait donné la possibilité de les corriger et qu'il ne lui ait indiqué les dangers de congédiement auxquels il s'exposait s'il ne les corrigeait pas. Chaque cas, bien sûr, en sera un d'espèce et le type d'avertissement ainsi que la période de correction varieront au gré des circonstances.

Les faits de l'espèce ne correspondent pas parfaitement aux faits en cause dans ces instances. Dans le présent dossier, la requérante avait apparemment travaillé à l'établissement Kent à court terme en 1988 et peut-être pendant une partie de l'année 1989. Elle n'a toutefois été nommée au poste en cause que le 4 décembre 1989 et elle exerçait ses fonctions depuis seulement treize mois environ lorsque les événements qui ont donné lieu à son renvoi sont survenus. Par conséquent, la «présomption» mentionnée dans l'arrêt *Dansereau* ne s'appliquait probablement pas en l'espèce. De plus, je pense que le Comité pouvait effectivement conclure que, selon les termes utilisés dans l'arrêt *Dansereau*, des circonstances extraordinaires ou pressantes ont incité l'administrateur général, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, à juger qu'il ne pouvait dorénavant plus tolérer la présence de cette fonctionnaire dans l'établissement. Bien que le Comité d'appel ne se soit pas exprimé précisément en ces termes, je pense que c'est pour l'essentiel la décision prise par le Comité et qu'il pouvait, en droit, prendre cette décision.

### Dispositif

La demande de contrôle judiciaire doit donc être rejetée, sauf en ce qui a trait à l'omission du Comité d'examiner convenablement la procédure suivie par l'administrateur général pour révoquer la cote de fiabilité approfondie de la requérante. L'affaire sera renvoyée au Comité pour qu'il réexamine cette question en conformité avec les présents motifs.