

A-534-80

A-534-80

The Queen (Applicant)

v.

Pierre Marleau (Respondent)

and

Canadian Union of Postal Workers and the Public Service Staff Relations Board (Mis-en-cause)

Court of Appeal, Thurlow C.J., Urie J. and Kerr D.J.—Ottawa, January 19 and 23, 1981.

Judicial review — Public Service — Application to review and set aside the decision of an Adjudicator maintaining in part the respondent's grievance against disciplinary action taken in respect of an incident that occurred on December 18, 1979 when the respondent was abusive to supervisors — Respondent had been disciplined for using abusive language toward a supervisor in July 1979 and for threatening a supervisor in November 1978 — Adjudicator did not consider the November 1978 incident in reaching his decision — Collective agreement provided that all reports concerning an infraction shall be removed from an employee's file after 12 months, except if during that period a report is received about a similar infraction — Whether the Adjudicator erred in law when he failed to consider whether the incidents of November 1978 and July 1979 were "similar" within the meaning of the collective agreement before eliminating the November 1978 incident from consideration — Application allowed and matter referred back for reconsideration — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

APPLICATION for judicial review.

COUNSEL:

M. M. Galipeau for applicant.*T. A. McDougall, Q.C.* and *J. West* for respondent.

No one appearing for mis-en-cause the Public Service Staff Relations Board.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.*Perley-Robertson, Panet, Hill & McDougall*, Ottawa, for respondent and the mis-en-cause Canadian Union of Postal Workers.*Public Service Staff Relations Board*, Ottawa, for itself.**La Reine (Requérante)**

c.

^a **Pierre Marleau (Intimé)**

et

^b **Le Syndicat des postiers du Canada et la Commission des relations de travail dans la Fonction publique (Mis-en-cause)**^c Cour d'appel, le juge en chef Thurlow, le juge Urie et le juge suppléant Kerr—Ottawa, 19 et 23 janvier 1981.

Examen judiciaire — Fonction publique — Demande d'examen et d'annulation de la décision d'un arbitre qui a accueilli en partie le grief déposé par l'intimé contre une sanction disciplinaire prise à la suite d'un incident qui s'est produit le 18 décembre 1979, lorsque l'intimé a fait preuve de grossièreté envers ses surveillants — L'intimé avait été puni pour avoir utilisé, en juillet 1979, un langage grossier avec un surveillant, et pour avoir, en novembre 1978, menacé un surveillant — L'arbitre n'a pas tenu compte dans sa décision de l'incident qui s'était produit en novembre 1978 — La convention collective prévoit que tout rapport concernant une infraction doit être supprimé du dossier d'un employé après 12 mois sauf si, durant ce délai, est versé au dossier un rapport qui concerne une infraction semblable — Il échet de déterminer si l'arbitre a commis une erreur de droit lorsqu'il n'a pas tranché la question de savoir si les incidents de novembre 1978 et de juillet 1979 étaient «semblables» au sens de la convention collective, avant d'écarter de son examen l'incident de novembre 1978 — Requête accueillie et affaire renvoyée à l'arbitre pour qu'il l'étudie à nouveau — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10, art. 28.

DEMANDE d'examen judiciaire.

^g AVOCATS:*M. M. Galipeau* pour la requérante.*T. A. McDougall, c.r.*, et *J. West* pour l'intimé.^h Personne n'a comparu pour la mise-en-cause la Commission des relations de travail dans la Fonction publique.

PROCUREURS:

ⁱ *Le sous-procureur général du Canada* pour la requérante.*Perley-Robertson, Panet, Hill & McDougall*, Ottawa, pour l'intimé et pour le mis-en-cause le Syndicat des postiers du Canada.^j *La Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, Ottawa, pour elle-même.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

THURLOW C.J.: This is an application under section 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, to review and set aside the decision of an Adjudicator under the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1970, c. P-35, maintaining in part the grievance of the respondent, Marleau, against disciplinary action taken by the employer and substituting for his discharge from the Postal Service a period of suspension. The disciplinary action was taken in respect of an incident that occurred on December 18, 1979 when, as found by the Adjudicator, Marleau "was 'abusive to supervisors and insubordinate' as stated in the disciplinary notice" and did not work as required.

In reaching his conclusion that, in the circumstances, Marleau's discharge was not warranted, the Adjudicator took into account an earlier incident appearing from Marleau's personal file, when Marleau was disciplined for having, on July 28, 1979 used "abusive language towards a supervisor". The Adjudicator, however, considered that he was prevented by paragraph 10.02 of the collective agreement from taking into account, and accordingly did not take into account, an incident which had occurred on November 10, 1978 in respect of which Marleau had been disciplined for threatening a supervisor. The paragraph in question is as follows:

10.02 Personal file

(a) The Employer agrees that there shall be only one personal file for each employee and that no report relating to the employee's conduct or performance may be used against him in the grievance procedure nor at adjudication unless such report is part of said file.

(b) No report may be placed in the file or constitute a part thereof unless a copy of the said report is sent to the employee within ten (10) days after the date of the employee's alleged infraction, or of its coming to the attention of the Employer, or of the Employer's alleged source of dissatisfaction with him.

(c) All reports concerning an infraction shall be removed from the file of the employee after a period of twelve (12) months, except if during that period a report is received about a similar infraction; in such a case, the first report shall nevertheless be removed from the file twelve (12) months after the second report. However, any unfavourable

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

LE JUGE EN CHEF THURLOW: La Cour statue sur la demande d'examen et d'annulation formée sur le fondement de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10, contre la décision rendue par un arbitre sous l'empire de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-35, qui a accueilli en partie le grief déposé par l'intimé, Marleau, contre une sanction disciplinaire prise par l'employeur, et qui a remplacé son renvoi du Service des postes par une suspension temporaire. La sanction disciplinaire a été prise à la suite d'un incident qui s'est produit le 18 décembre 1979. Marleau, ainsi qu'il a été constaté par l'arbitre, [TRADUCTION] «a fait preuve de 'grossièreté envers les surveillants et d'insubordination' comme il le rapporte l'avis disciplinaire» et n'a pas effectué le travail exigé.

Pour conclure que, dans les circonstances, le renvoi de Marleau n'était pas justifié, l'arbitre a tenu compte d'un incident antérieur consigné dans le dossier personnel de Marleau. Ce dernier avait en effet été puni pour avoir utilisé, le 28 juillet 1979, un [TRADUCTION] «langage grossier envers un surveillant». Toutefois, l'arbitre a estimé que le paragraphe 10.02 de la convention collective l'empêchait de tenir compte d'un incident qui s'était produit le 10 novembre 1978 et pour lequel Marleau avait été puni pour avoir menacé un surveillant. Ce paragraphe est ainsi conçu:

[TRADUCTION] 10.02 Dossier personnel

a) L'employeur convient qu'il n'y aura qu'un seul dossier personnel par employé et qu'aucun rapport relatif à la conduite ou au travail d'un employé ne pourra être utilisé contre lui dans la procédure de règlement d'un grief ou en arbitrage à moins que ce rapport ne fasse partie dudit dossier.

b) Aucun rapport ne peut être déposé au dossier ou en constituer une partie à moins qu'une copie dudit rapport n'ait été envoyée à l'employé dans les dix (10) jours de la date de l'infraction qu'on lui reproche, ou de la date où cette infraction est découverte par l'employeur, ou que survient un sujet de mécontentement de l'employeur.

c) Tout rapport concernant une infraction devra être supprimé du dossier de l'employé après douze (12) mois sauf si, durant ce délai, est versé au dossier un rapport qui concerne une infraction semblable; en pareil cas, le premier rapport devra quand même être enlevé du dossier douze (12) mois après que le deuxième rapport y aura été versé. Toutefois,

report concerning an employee and any report regarding an infraction shall be removed from the file after a period of twenty-four (24) months from the date of the alleged infraction.

It will be observed that as the incident of November 10, 1978 occurred more than a year before December 18, 1979, under these provisions, it could not properly be taken into account unless the infraction was "similar" to another infraction occurring within a year of November 10, 1978, but that if there had been a similar infraction within that year, both could properly be taken into account in considering appropriate action in respect of a further infraction occurring within twelve months after the infraction of July 28, 1979.

The applicant's attack on the Adjudicator's decision was that he did not address and answer the question whether the incidents or infractions of November 10, 1978 and July 28, 1979, were "similar" within the meaning of the collective agreement and that he erred in law and misdirected himself by failing to determine the question and by eliminating the November 10, 1978 incident from consideration without having answered the question.

In his decision, the Adjudicator said:

As stated above, exhibit E-3 is in connection with an infraction of November 10, 1978.

There is no doubt in my mind that the above paragraph 10.02 (c) refers to a period of 12 months from the date of the infraction and not from the date of a report. As far as the first sentence of paragraph 10.02 (c) is concerned, it could be possible to consider that the 12 month period is 12 months from the date of a report. However, when one reads the balance of the paragraph, particularly the concluding sentence, it becomes obvious that the 12 month period referred to in the opening sentence must mean 12 months from the date of the infraction. The date in this case being November 10, 1978, or more than 12 months before the incident with which I am concerned, it is my opinion that all reports forming part of exhibit E-3 should have been removed from the grievor's file prior to the hearing and I cannot take them into account. For the above reasons, I am maintaining the grievor's counsel's objection with regard to exhibit E-3.

It is unfortunate, I may add, that as an adjudicator, I am deprived of the whole context surrounding the grievor's conduct. It could be for this reason that the present decision will look unfair to one of the parties or even the two of them. I am precluded in view of paragraph 10.02 (c) to look into the period beyond the 12 month period previous to December 18, 1979. It

tout rapport défavorable sur un employé et tout rapport relatif à la commission d'une infraction doit être supprimé du dossier après vingt-quatre (24) mois de la date de l'infraction imputée à l'employé.

On notera qu'en vertu de ces dispositions, l'incident du 10 novembre 1978 s'étant produit plus d'un an avant le 18 décembre 1979, on ne pouvait en tenir compte que si l'infraction considérée était «semblable» à une autre infraction commise dans le délai d'un an après le 10 novembre 1978. Si, toutefois, il y avait eu une infraction semblable au cours de cette période d'une année, les deux infractions pouvaient être prises en compte pour déterminer la sanction à prendre relativement à une nouvelle infraction intervenue dans les douze mois suivant l'infraction du 28 juillet 1979.

La requérante reproche à l'arbitre de n'avoir pas déterminé si les incidents ou les infractions du 10 novembre 1978 et du 28 juillet 1979 étaient «semblables» au sens de la convention collective, et d'avoir fait une erreur de droit en ne tranchant pas cette question et en écartant de son examen l'incident du 10 novembre 1978 sans avoir répondu à cette question.

L'arbitre s'exprime ainsi dans sa décision:

[TRADUCTION] Tel que mentionné plus haut, la pièce E-3 se rapporte à une infraction commise le 10 novembre 1978.

Il ne fait pas de doute, selon moi, que dans le paragraphe 10.02 c) ci-dessus, le délai de 12 mois court de la date de l'infraction et non de la date du rapport. Si on s'en tient à la première phrase du paragraphe 10.02 c), il est possible de soutenir que le délai de 12 mois court de la date du rapport. Toutefois, si on lit le reste du paragraphe, et en particulier la dernière phrase, il devient évident que le délai de 12 mois dont il est question dans la première phrase ne peut s'entendre que d'un délai de 12 mois à partir de la date de l'infraction. Puisque la date de l'infraction dans la présente cause est le 10 novembre 1978, soit plus de 12 mois avant l'incident dont je m'occupe, j'estime que tous les rapports qui constituent la pièce E-3 auraient dû être enlevés, avant l'audience, du dossier de l'employé qui s'estime lésé, et que je ne peux pas en tenir compte. Pour ces motifs, j'accueille l'objection de l'avocat de l'employé qui s'estime lésé, quant à la pièce E-3.

Il est regrettable, dois-je dire, qu'en ma qualité d'arbitre, je ne puisse connaître toutes les circonstances qui entourent la conduite de l'employé qui s'estime lésé. Il se peut que, pour cette raison, ma décision semble injuste pour une des parties sinon pour les deux. Le paragraphe 10.02 c) m'empêche de remonter au-delà des 12 mois précédant le 18 décembre 1979.

means in this case that I cannot give full consideration to the principle of culminating incident or fully explore the work record for the purpose of mitigating the penalty imposed.

Taking into consideration the grievor's admissible record or personal file which consists solely of a reprimand for abusive language towards a supervisor, I consider that the penalty which was imposed is too severe. Under usual circumstances, an employee will probably be discharged if he commits with impunity repeated infractions and has had once a long term suspension (see Brown & Beatty, *Canadian Labour Arbitration*, No. 7:4310, pages 371 et seq.). The present case however is quite unique and I am not justified in applying the doctrine of culminating incident.

In my opinion, having regard to the element of insubordination which is involved both when an employee threatens a supervisor and when he uses abusive language to a supervisor, it would have been open to the Adjudicator to conclude on the material before him that Marleau's infractions of November 10, 1978 and July 28, 1979, were "similar" infractions within the meaning of subparagraph 10.02 (c) of the collective agreement. Had the Adjudicator addressed the question of their similarity and determined that the infractions were similar, it would have been open to him to take the November 10, 1978 infraction into consideration. But unless he concluded that the infractions were not similar within the meaning of the collective agreement, he was not prevented by the agreement from taking the earlier infraction into account in reaching his decision.

In my view, the Adjudicator erred in law when he decided that under the agreement, he could not take the November 10, 1978 infraction into account, when he had not addressed the question of similarity of the infractions within the meaning of the agreement and determined that these were not similar. Without having considered the question and reached a conclusion on it, the further question of whether he was prevented by the agreement from considering the infraction was not ripe for decision.

It was submitted on behalf of Marleau that the Adjudicator impliedly addressed the question and determined that the infractions were not similar but I am unable to find in the reasons anything from which such an implication could be made. Moreover, it seems to me that as the meaning of

Cela implique dans la présente cause que je ne peux pas appliquer le principe de l'incident culminant, et que je ne peux pas fouiller à fond le dossier de travail afin d'atténuer la sévérité de la peine prononcée.

^a En tenant compte de la portion admissible du dossier ou du dossier personnel de l'employé qui s'estime lésé, qui consiste seulement en une réprimande pour avoir utilisé un langage grossier envers un surveillant, j'estime que la pénalité qui a été imposée est trop sévère. Dans des circonstances habituelles, un employé sera probablement renvoyé s'il commet impunément des infractions répétées et s'il a déjà été condamné à une période de suspension de longue durée (voir Brown et Beatty, *Canadian Labour Arbitration*, N° 7:4310, aux pages 371 sqq.). Le présent dossier est cependant assez unique et je ne serais pas justifié d'appliquer la doctrine de l'incident culminant.

^b ^c A mon avis, en tenant compte de l'insubordination qu'implique le fait pour un employé de menacer un surveillant ou d'utiliser avec lui un langage grossier, l'arbitre aurait pu conclure de la preuve que les infractions commises par Marleau le 10 novembre 1978 et le 28 juillet 1979 étaient des infractions «semblables» au sens du paragraphe 10.02 c) de la convention collective. Si l'arbitre s'était posé la question de leur similitude et avait décidé que les infractions étaient semblables, il aurait alors pu tenir compte de l'infraction du 10 novembre 1978. Mais, à moins de conclure que les infractions n'étaient pas semblables au sens de la convention collective, celle-ci ne l'empêchait pas de tenir compte de l'infraction précédente pour rendre sa décision.

^d ^e ^f A mon avis, l'arbitre a commis une erreur de droit en décidant qu'il ne pouvait pas tenir compte de l'infraction du 10 novembre 1978 à cause de la convention collective, alors qu'il ne s'était pas penché sur la question de la similitude des infractions au sens de la convention collective et qu'il n'avait pas décidé qu'elles n'étaient pas semblables. Il ne pouvait, sans avoir examiné et jugé cette question, statuer sur la question de savoir si la convention l'empêchait de tenir compte de l'infraction considérée.

^g ^h ⁱ Il a été allégué au nom de Marleau que l'arbitre s'est implicitement penché sur la question et qu'il a décidé que les infractions n'étaient pas semblables. Mais je ne vois rien dans les motifs sur quoi on puisse fonder une telle prétention. De plus, il me semble que, puisque la signification du paragraphe

^j

the paragraph with respect to dates is discussed in the excerpts I have cited from the decision but no conclusion is expressed anywhere in the decision on the question of similarity of the infractions, which is of equal importance in applying the paragraph, the proper inference to be drawn is that the question was not considered or resolved.

I would set aside the decision and refer the matter back to the Adjudicator for reconsideration after addressing and answering the question whether Marleau's infractions of November 10, 1978 and July 28, 1979, were similar infractions within the meaning of the collective agreement and for redetermination accordingly.

* * *

URIE J.: I agree.

* * *

KERR D.J.: I agree.

quant aux dates est discutée dans les extraits de la décision que j'ai cités, mais qu'aucune conclusion n'est tirée dans la décision sur la question de la similitude des infractions, qui est toute aussi importante pour l'application du paragraphe, la conclusion qui s'impose est que cette question n'a été ni examinée, ni tranchée.

J'estime donc qu'il y a lieu d'annuler la décision et de renvoyer l'affaire à l'arbitre pour qu'il l'apprecie et la juge à nouveau, après avoir déterminé si les infractions commises par Marleau le 10 novembre 1978 et le 28 juillet 1979 sont des infractions semblables au sens de la convention collective.

* * *

LE JUGE URIE: Je souscris.

* * *

LE JUGE SUPPLÉANT KERR: Je souscris.