

**In re Gerald William McKendry (Applicant)**

Court of Appeal, Jackett C.J., Cameron and MacKay D.J.J.—Ottawa, February 15 and 16, 1973.

*Public Service—Dismissal of public servant—Presentation of grievance—Admissibility of evidence at hearing—Misconduct of applicant subsequent to suspension—Duty of hearing officer—Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970, secs. 91(1), 96.*

Applicant, a public servant, was suspended for specified reasons and subsequently discharged. He presented a grievance for adjudication pursuant to section 91(1) of the *Public Service Staff Relations Act*. At the hearing the adjudicator overruled an objection by applicant to the admission of evidence of misconduct that came to the employer's knowledge subsequent to applicant's discharge but which arose out of the same circumstances as the facts relied on in the notice of discharge. Applicant applied for judicial review of that decision under section 28 of the *Federal Court Act*.

*Held*, dismissing the application, in an informal hearing under section 96 of the *Public Service Staff Relations Act* it is the hearing officer's duty to accept evidence that is relevant to any issue of fact that must be determined on a possible view of the substantive law upon which either party relies but without coming to a conclusion as to the applicable law until after all the evidence is in and he has heard argument on it.

JUDICIAL review.

COUNSEL:

*Gordon P. Killeen, Q.C.* for applicant.

*John A. Scollin, Q.C.* for respondent.

SOLICITORS:

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

*Deputy Attorney General of Canada*, Ottawa, for respondent.

JACKETT C.J.—This is a section 28 application to review and set aside a "decision" rendered on December 27, 1972 during the hearing of a reference to adjudication under the *Public Service Staff Relations Act*.

The applicant was employed as Director of Program Analysis in the Department of Region-

**In re Gerald William McKendry (Requérant)**

Cour d'appel, le juge en chef Jackett, les juges suppléants Cameron et MacKay—Ottawa, les 15 et 16 février 1973.

*Fonction publique—Renvoi d'un fonctionnaire—Présentation d'un grief—Admissibilité de la preuve à l'audience—Inconduite du requérant après la suspension—Devoir du fonctionnaire chargé de l'audition—Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, art. 91(1), 96.*

Le requérant, un fonctionnaire, a été suspendu pour des raisons précises, puis congédié. Il a présenté un grief à l'arbitrage conformément à l'article 91(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*. A l'audience, l'arbitre a refusé de recevoir l'objection formulée par le requérant à l'admission de la preuve de l'inconduite dont l'employeur a eu connaissance après l'avoir congédié mais qui se rapportait aux mêmes circonstances que les faits invoqués dans l'avis de congédiement. Le requérant a demandé l'examen judiciaire de cette décision en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

*Arrêt*: la demande est rejetée. Au cours d'une audition sans formalités en vertu de l'article 96 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, le fonctionnaire chargé de l'audition est tenu d'admettre tout élément de preuve relatif aux questions de fait qui doivent être tranchées d'après une analyse défendable du droit applicable, quelle que soit la partie qui l'invoque. Mais il ne doit pas se prononcer sur le droit applicable avant d'avoir entendu en totalité les preuves et les plaidoiries.

EXAMEN judiciaire.

AVOCATS:

*Gordon P. Killeen, c.r.* pour le requérant.

*John A. Scollin, c.r.* pour l'opposant.

PROCUREURS:

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

*Le sous-procureur général du Canada*, Ottawa, pour l'opposant.

LE JUGE EN CHEF JACKETT—Il s'agit d'une demande d'examen et d'annulation présentée en vertu de l'article 28 à l'encontre d'une «décision» rendue le 27 décembre 1972 au cours de l'audition d'un renvoi à l'arbitrage en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*.

Le requérant était directeur de l'évaluation des programmes au ministère de l'Expansion

al Economic Expansion, a department of the Government of Canada created by R.S.C. 1970, c. R-4. By a letter written on behalf of the Deputy Minister of the Department on July 31, 1972, the applicant was "suspended" for reasons indicated therein; and, by a letter dated September 18, 1972, the Deputy Minister formally notified the applicant that, with the authority of Treasury Board, he was being discharged effective September 15, 1972.

In September, 1972, the applicant presented a "grievance" under section 90(1) of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S. 1970, c. P-35, which reads as follows:

90. (1) Where any employee feels himself to be aggrieved (a) by the interpretation or application in respect of him of

(i) a provision of a statute, or of a regulation, by-law, direction or other instrument made or issued by the employer, dealing with terms and conditions of employment, or

(ii) a provision of a collective agreement or an arbitral award; or

(b) as a result of any occurrence or matter affecting his terms and conditions of employment, other than a provision described in subparagraph (a)(i) or (ii),

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

By the document by which the grievance was presented, the applicant described his grievance as follows:

Suspension without pay and benefits as per letter of J.D. Love July 31, 1972 and discharge from public service effective September 15, 1972, as per letter of J.D. Love September 18, 1972.

and the corrective action sought as follows:

Restoration of position with full pay and benefit retroactive to commencement of suspension July 31, 1972, as per letter from G.W. McKendry to Deputy Minister Aug. 11, 1972.

By a "Notice of Reference to Adjudication" dated October 27, 1972, the applicant referred his grievance to adjudication under section 91(1) of the *Public Service Staff Relations Act*, which reads as follows:

économique régionale, ministère du Gouvernement du Canada créé par le c. R-4 des S.R.C. de 1970. A la suite d'une lettre envoyée au nom du sous-ministre du ministère le 31 juillet 1972, le requérant a été «suspendu de ses fonctions» pour les motifs contenus dans cette lettre; et, dans une lettre en date du 18 septembre 1972, le sous-ministre a fait part officiellement au requérant qu'il était démis de ses fonctions à partir du 15 septembre 1972 avec l'approbation du Conseil du Trésor.

En septembre 1972, le requérant a présenté un «grief» conformément à l'article 90(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.R. 1970, c. P-35, qui se lit ainsi:

90. (1) Lorsqu'un employé s'estime lésé

a) par l'interprétation ou l'application à son égard

d (i) de quelque disposition d'une loi, d'un règlement, d'une instruction ou d'un autre instrument établi ou émis par l'employeur, concernant des conditions d'emploi, ou

(ii) d'une disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale; ou

e b) par suite d'un événement ou d'une question qui vise ses conditions d'emploi, sauf une disposition indiquée au sous-alinéa a)(i) ou (ii),

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

Dans le document exposant son grief, le requérant en précise l'objet en ces termes:

g

[TRADUCTION] Suspension sans traitement ni bénéfices marginaux, à la suite de la lettre de J.D. Love du 31 juillet 1972, et renvoi de la fonction publique à partir du 15 septembre 1972, à la suite de la lettre de J.D. Love du 18 septembre 1972.

h et il sollicite le redressement suivant:

[TRADUCTION] Réintégration dans le poste avec plein traitement et bénéfices marginaux, rétroactive au 31 juillet 1972, date de la suspension, conformément à la lettre de G.W. McKendry au sous-ministre datée du 11 août 1972.

Le requérant a renvoyé le grief à l'arbitrage en faisant parvenir un «avis de renvoi à l'arbitrage» conformément à l'article 91(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, qui se lit ainsi:

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

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

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

In due course the applicant's grievance came on for hearing before the Chief Adjudicator pursuant to section 96 of the *Public Service Staff Relations Act*, which reads, in part, as follows:

96. (1) Where a grievance is referred to adjudication, the adjudicator shall give both parties to the grievance an opportunity of being heard.

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

Early in the hearing counsel for the parties asked the Adjudicator to rule on a question that had arisen as to whether certain evidence could properly be adduced by the employer. This was evidence of misconduct that was not within the employer's knowledge when the notice of discharge was given but which the employer

- (a) put forward as being closely inter-connected with the facts relied upon in the suspension letter and in the discharge letter and as arising out of the same set of circumstances, and
- (b) as being additional or alternative justification for the discharge.

The applicant objected to the evidence being admitted on the following grounds:

- (a) the applicant was seeking a statutory remedy under sections 90, 91 and 96 of the *Public Service Staff Relations Act*, which gave him the right to "grieve" against his discharge of August 31 on the grounds then stated, the right to refer that particular grievance to adjudication and the right to have the merits of the particular grievance determined by an adjudicator after a hearing; and
- (b) the common law rule of master and servant is inapplicable in principle to cases taken

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

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

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

L'arbitre en chef a entendu en temps et lieu le grief du requérant, conformément à l'article 96 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, dont voici un extrait:

96. (1) Lorsqu'un grief est renvoyé à l'arbitrage, l'arbitre doit donner aux deux parties au grief l'occasion d'être entendues.

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

Au début de l'audition, les avocats des parties ont demandé à l'arbitre de trancher la question de l'admissibilité de certaines preuves que désirait présenter l'employeur. Il s'agissait de preuves portant sur une inconduite dont l'employeur n'avait pas connaissance lorsqu'il a donné l'avis de congédiement, mais que l'employeur voulait faire valoir

- a) en raison de leur étroite connexité avec les faits invoqués dans la lettre de suspension et la lettre de congédiement et se rapportant aux mêmes circonstances et
- b) à titre de justification supplémentaire ou subsidiaire du congédiement.

Le requérant s'est opposé à l'admission de ces preuves pour les motifs suivants:

- a) le requérant sollicite un redressement d'origine législative en vertu des articles 90, 91 et 96 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, qui lui donnent le droit de «présenter un grief» à l'encontre de son congédiement, le 31 août, pour les motifs invoqués à cette époque, le droit de renvoyer ce grief en particulier à l'arbitrage et le droit de faire statuer au fond sur ce grief en particulier par un arbitre, après audition; et
- b) le droit commun des rapports entre employeur et employé ne s'applique pas en

to arbitration under collective agreements in the private sector.

The Adjudicator heard argument with regard thereto and gave a fully reasoned opinion on the question.

Among other matters, the Adjudicator dealt with the question whether any "injustice" would be done if the employer were allowed to adduce the evidence in question and said that, if the employee finds himself taken by surprise, his counsel has only to apply for an adjournment so that a defence can be prepared and such an application will be sympathetically considered. For this and other reasons, he held that no injustice would be done by permitting the employer to adduce the evidence in question.

With reference to the applicant's argument that the evidence in question should not be admitted because the sole question before the Adjudicator was a grievance about a discharge based on the grounds upon which the decision to discharge was founded, the adjudicator said:

It is my duty to give both parties an opportunity of being heard. The employer is required in practice to go first and attempt to justify the discharge. I am prepared to continue hearing the employer's evidence and argument with respect to all matters which are now of record and known to the other party. I am also prepared to hear evidence and argument in support of the employee's case that his discharge was unjust or that he was not guilty of any misconduct or breach of discipline. I cannot undertake to exclude all evidence which may seem irrelevant to me or to one counsel or the other, because I think that the language of 96(1) requires that considerable latitude be extended to those who have a right to be "heard".

The Adjudicator accordingly directed that the employer would be permitted to adduce the evidence in question.

This section 28 application is to set aside the aforesaid decision of the Chief Adjudicator.

In this Court the applicant contended, as I understood him, that this decision of the Adjudicator should be set aside on the ground that the Chief Adjudicator erred in law in holding that the employer has the right to adduce and to rely upon evidence relating to purported

principe aux affaires portées en arbitrage en vertu d'une convention collective dans le secteur privé.

L'arbitre a entendu les plaidoiries sur ces questions et a rendu une sentence motivée.

L'arbitre a notamment examiné la question de savoir si le fait de permettre à l'employeur de présenter les preuves en question causerait une «injustice» et a déclaré que si l'employé se trouve surpris, il suffirait à son avocat de demander une remise pour préparer une réponse: une telle demande serait examinée avec bienveillance. Pour ce motif entre autres, il a décidé que le fait de permettre à l'employeur de présenter les preuves en question ne causerait aucune injustice.

A propos de l'argument du requérant, selon lequel les preuves en question ne devraient pas être admises car la seule question à trancher par l'arbitre était un grief de renvoi portant sur les motifs invoqués à l'appui de ce renvoi, l'arbitre a déclaré:

[TRADUCTION] Je suis dans l'obligation de donner aux deux parties l'occasion d'être entendues. Habituellement, c'est l'employeur qui a l'initiative des débats et qui tente de justifier le renvoi. Je suis disposé à poursuivre l'audition des témoignages et des arguments de l'employeur concernant les questions qui sont actuellement soulevées au dossier et connues de l'autre partie. Je suis également disposé à entendre des témoignages et des arguments à l'appui de la thèse de l'employé, suivant laquelle son renvoi est injuste, et il n'est coupable ni d'inconduite ni d'indiscipline. Je ne puis m'engager à refuser toutes les preuves qui pourraient m'apparaître, ou apparaître à l'avocat de l'une ou l'autre partie, dénuées d'intérêt, car à mon sens les termes de l'article 96(1) m'astreignent à donner une latitude considérable à ceux qui ont le droit d'être «entendus».

L'arbitre a par conséquent permis à l'employeur de présenter les preuves en question.

La présente requête en vertu de l'article 28 vise l'annulation de cette décision de l'arbitre en chef.

Le requérant soutient à la Cour, si j'ai bien compris, que la décision de l'arbitre doit être annulée au motif qu'est entachée d'une erreur de droit la décision de l'arbitre d'autoriser l'employeur à produire et à invoquer des éléments de preuve portant sur de prétendus motifs sup-

additional grounds for dismissal, which grounds came to the employer's knowledge after the applicant had filed his grievance pursuant to section 90 of the *Public Service Staff Relations Act* and had referred the matter to adjudication pursuant to section 91 of that Act, because

(a) the employer is only able to rely upon those grounds giving rise to the dismissal and not any other purported grounds that may come to his knowledge after the date of the dismissal, and

(b) the jurisdiction of the Chief Adjudicator is limited to the extent that he can only hear evidence relating to the original grounds for dismissal upon which the grievance procedure has been exhausted and the reference to adjudication has been filed.

In my view, what has to be kept in mind in this case is that the question is whether the Adjudicator erred in law in deciding to admit the evidence of after discovered facts.

Whether that evidence should be admitted depends, as I understand the basic requirements of a proper hearing, upon whether it is relevant to any issue of fact that arises in the hearing of the applicant's grievance.

One of the basic difficulties in appreciating what is involved is the difficulty of ascertaining what substantive law is to be applied by the Adjudicator to decide whether the applicant is to succeed on his grievance. The applicant puts forward one submission as to what that law is and the employer puts forward quite a different view as to what it is. If the applicant is correct in his view as to the law to be applied, the Adjudicator has to make a finding of certain facts. If the employer is correct as to the law that applies, certain other issues of fact arise for determination. In my view, in an informal hearing such as one under section 96 of the *Public Service Staff Relations Act*, it is the hearing officer's duty to accept evidence that is relevant to any issue of fact that must be determined on a reasonably arguable view of the case put forward by either of the parties. It is not the Adjudicator's duty to come to a conclusion as to

plémentaires de congédiement, motifs dont l'employeur n'a eu connaissance qu'après la présentation par le requérant d'un grief en vertu de l'article 90 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* et le renvoi de l'affaire à l'arbitrage en vertu de l'article 91 de cette loi; en effet, selon le requérant

a) l'employeur ne peut invoquer que les motifs ayant donné lieu au congédiement et non d'autres prétendus motifs qui ont pu être portés à sa connaissance après la date du congédiement; et

b) la compétence de l'arbitre en chef l'astreint à n'admettre d'éléments de preuve qu'à l'égard des motifs primitivement invoqués à l'appui du congédiement à propos duquel on a épuisé les recours prévus par la procédure de grief et demandé le renvoi à l'arbitrage.

Il faut, me semble-t-il, garder à l'esprit dans cette affaire la question suivante: y a-t-il erreur de droit dans la décision de l'arbitre d'admettre des preuves portant sur des faits découverts après coup?

L'admissibilité de ces preuves dépend, selon ma conception des exigences fondamentales d'une juste audition, de leur pertinence par rapport aux questions de fait soulevées au cours de l'audition du grief présenté par le requérant.

L'un des problèmes essentiels que présente l'analyse de la question réside dans l'incertitude quant aux dispositions de fond applicables par l'arbitre lorsqu'il statue sur le grief du requérant. Le requérant, d'une part, a ses propres prétentions à cet égard, et l'employeur, de l'autre, soutient une opinion tout à fait différente sur le droit applicable à l'espèce. Or, s'il appert que c'est le requérant qui a raison quant au droit applicable, l'arbitre doit se prononcer sur un certain nombre de faits. Si au contraire l'analyse de l'employeur est la bonne, l'arbitre sera appelé à se prononcer sur un certain nombre d'autres questions de fait. J'estime qu'au cours d'une audition sans formalité, comme celle que prévoit l'article 96 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, le fonctionnaire chargé de l'audition est tenu d'admettre tout élément de preuve relatif aux questions de fait que soulève une analyse défendable de l'af-

the law that applies to determine the matter before him until after all the evidence is in and he has heard argument on it. What he has to decide when objection is taken to evidence is whether that evidence is relevant to one of the issues of fact that has to be determined on a possible view of the substantive law upon which one of the parties relies.<sup>1</sup> In this case, as I understand him, this is what the Adjudicator has done and, in my view, his decision was correct.

In coming to that conclusion for the reasons that I have given, it must be apparent that I am expressing no view as to what substantive law has to be applied to the decision of a grievance against a dismissal under section 96 of the *Public Service Staff Relations Act* where there is no collective agreement governing the matter.

In my view, the section 28 application must be dismissed.

\* \* \*

CAMERON D.J.—I concur.

\* \* \*

MACKAY D.J.—I concur.

faire, quelle que soit la partie qui propose cette analyse. L'arbitre n'est pas tenu de se prononcer sur le droit applicable à l'espèce avant d'avoir entendu en totalité les preuves et les plaidoiries. Si l'on s'oppose à l'admission d'une preuve, il doit simplement décider si cette preuve est pertinente à l'une ou l'autre des questions de fait que soulève l'affaire dans une hypothèse raisonnable avancée par l'une ou l'autre des parties quant au droit applicable.<sup>1</sup> Dans cette affaire, si j'ai bien compris sa décision, c'est justement ce que l'arbitre a fait et j'estime que sa décision est juste.

Bien entendu, le fait que je sois parvenu, pour les motifs exposés plus haut, à cette conclusion n'implique de ma part aucune prise de position quant au droit applicable à un grief présenté à l'encontre d'un congédiement en vertu de l'article 96 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, en l'absence de convention collective applicable.

J'estime que la requête présentée en vertu de l'article 28 doit être rejetée.

\* \* \*

LE JUGE SUPPLÉANT CAMERON—Je souscris à l'avis.

\* \* \*

LE JUGE SUPPLÉANT MACKAY—Je souscris à l'avis.

<sup>1</sup> In an ordinary action in the Courts, evidence must be received if it is relevant to an issue of fact raised by the pleadings. As long as a defence is reasonably arguable, for example, it will be left in the pleadings and serve as a basis for evidence, even though, when the case is ultimately decided, it may be found to be without legal basis. Such evidence was, however, legally admissible at the time that it was admitted.

<sup>1</sup> Dans une action ordinaire devant un tribunal, une preuve est admissible si elle est pertinente à une question de fait soulevée par les plaidoiries. Ainsi, tant qu'un argument paraît pouvoir être raisonnablement soutenu, il peut être plaidé et justifier un apport de preuves, même si la décision définitive devait le déclarer mal fondé en droit. Ces preuves n'en auraient pas moins été admissibles en droit au moment où on les a admises.