

A-689-75

A-689-75

**Attorney General of Canada (Applicant)**

v.

**Public Service Staff Relations Board (Respondent)**

Court of Appeal, Heald, Urie and Ryan JJ.—Ottawa, May 11 and 12, 1976.

*Judicial review—Public Service—Employee rejected during probationary period—Commencing grievance, claiming dismissal disciplinary and no reasons given—Employer objecting to jurisdiction of adjudicator under section 91 of Public Service Staff Relations Act, claiming rejection not a disciplinary discharge—Adjudicator allowing grievance—Public Service Staff Relations Board finding adjudicator had not erred in law or exceeded jurisdiction—Applicant seeking judicial review—Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 28—Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970, c. P-35, s. 91.*

One "J", a public servant, was rejected during his probationary period under section 28(3) of the *Public Service Employment Act*. He instituted a grievance, claiming he had been dismissed without reasons and that the dismissal was actually disciplinary. The employer responded at each level of grievance by stating that the discharge was not disciplinary, but was a rejection during probation under section 28. The grievance was finally referred to an adjudicator under section 91 of the *Public Service Staff Relations Act*. The employer objected to the jurisdiction of the adjudicator, arguing that as a rejection during probation, the dismissal was not the proper subject matter of a reference under section 91. The adjudicator held that the rejection constituted a disciplinary discharge, thus giving him jurisdiction, and went on to hear the case on the merits. He allowed the grievance, and ordered reinstatement. The employer then referred the question to the Public Service Staff Relations Board which found that the adjudicator had not erred in law or in jurisdiction. This application resulted, and applicant continued to rely on the argument that since the employer had characterized the dismissal as a rejection for cause, this was sufficient for section 28(3) and (4) of the *Public Service Employment Act* to apply and to oust the jurisdiction of an adjudicator under section 91(1)(b) of the *Public Service Staff Relations Act* and that an adjudicator cannot inquire into a particular case to determine whether the employer's action was a rejection for cause or a disciplinary discharge.

*Held*, allowing the appeal, the decision of the Board is set aside. Applicant's submission is answered by the *Cutter Laboratories* case ([1976] 1 F.C. 446) where, concerning the duty of a tribunal faced with a question as to its jurisdiction, it

**Le procureur général du Canada (Requérant)**

c.

**La Commission des relations de travail dans la Fonction publique (Intimée)**

Cour d'appel, les juges Heald, Urie et Ryan—Ottawa, les 11 et 12 mai 1976.

*Examen judiciaire—Fonction publique—Employé renvoyé en cours de stage—Présentation d'un grief faisant valoir qu'il s'agissait d'un renvoi disciplinaire et qu'aucun motif n'a été donné—L'employeur a contesté la compétence de l'arbitre pour connaître du renvoi en vertu de l'article 91 de la Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, en faisant valoir que le renvoi n'était pas de nature disciplinaire—L'arbitre a accueilli le grief—La Commission des relations de travail dans la Fonction publique a conclu que l'arbitre n'a pas commis d'erreur de droit ni outrepassé sa compétence—Le requérant demande un examen judiciaire—Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, c. P-32, art. 28—Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, c. P-35, art. 91.*

Un certain «J», fonctionnaire, a été renvoyé en cours de stage conformément à l'article 28(3) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Il a présenté un grief en faisant valoir qu'en fait il avait été renvoyé de son emploi sans motif déterminé et que son renvoi était en réalité de nature disciplinaire. A chaque palier, l'employeur a répondu au grief en faisant remarquer que le renvoi de l'employé n'était pas disciplinaire, mais constituait un renvoi pendant la période de stage conformément à l'article 28. Finalement, le grief a été renvoyé à l'arbitre conformément à l'article 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*. L'employeur a contesté la compétence de l'arbitre, en faisant valoir que le congédiement, en tant que renvoi en cours de stage, ne pouvait pas faire l'objet d'un arbitrage conformément à l'article 91. L'arbitre a conclu que le renvoi était de nature disciplinaire, et qu'il était compétent pour examiner le grief au fond. Il a accueilli le grief et ordonné la réintégration de l'employé. L'employeur a alors renvoyé cette question devant la Commission des relations de travail dans la Fonction publique qui a conclu que l'arbitre n'avait pas commis d'erreur de droit ni outrepassé sa compétence. Cette requête en est la conséquence, et le requérant fait toujours valoir la thèse selon laquelle il suffit que l'employeur ait qualifié le congédiement de renvoi pour un motif indéterminé pour que l'article 28(3) et (4) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* s'applique et aussi pour écarter la compétence d'un arbitre en vertu de l'article 91(1)(b) de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* et qu'un arbitre n'a pas le droit d'enquêter sur les faits d'une affaire déterminée pour juger si en réalité la mesure prise par l'employeur constitue un renvoi pour un motif déterminé ou un renvoi disciplinaire.

*Arrêt*: l'appel est accueilli, la décision de la Commission est annulée. L'affaire *Cutter Laboratories* ([1976] 1 C.F. 446) donne une réponse à la prétention du requérant. Dans cette affaire relative aux fonctions d'un tribunal auquel se pose la

was stated that, generally, a tribunal must take a position, even though it cannot make a binding decision, as to whether or not it has jurisdiction. Here, on the evidence, the decision cannot stand. The letters to *J* and the Public Service Commission are clear and unequivocal statements of rejection for cause within the meaning of section 28(3) and (4) of the *Public Service Employment Act*, and the evidence shows that *J* gave his employer cause for complaint. The Board followed the *Fardella* case ([1974] 2 F.C. 465), however, it is distinguishable on its facts which do not clearly point to rejection, as in the present situation. Where there has been a rejection, it cannot be classified as a dismissal in order to create jurisdiction under section 91 of the *Public Service Staff Relations Act*. The conduct here complained of is typical of behaviour which would justify rejection during probation; it might also be grounds for dismissal but clearly, the intention was to reject. Nor was it a disciplinary action camouflaged as a rejection. Such could only be the case where no *bona fide* and valid grounds for rejection existed. As to whether action to separate an employee from his employment that is, in form, under one authority can be treated as having been taken under another authority, for the adjudicator to have jurisdiction under section 91(1)(b) on these facts, it would be necessary for the section to have included words to the effect of "a rejection for cause during the probationary period". The whole intent of section 28 of the *Public Service Employment Act* is to enable the employer to assess an employee's suitability. If, at any time, the employee is found unsuitable, he can be rejected without redress through adjudication. To hold that a probationary employee acquires vested rights to adjudication is to ignore the plain meaning of both sections 28 and 91. While *J* had the right to grieve under section 90 of the *Public Service Staff Relations Act*, the right to section 91 adjudication is restricted to grievors coming within the four corners of section 91(1).

*Cutter Laboratories International v. Anti-dumping Tribunal* [1976] 1 F.C. 446, followed. *Fardella v. The Queen* [1974] 2 F.C. 465, distinguished. *Bell Canada v. Office and Professional Employees' International Union* [1974] S.C.R. 335, applied.

APPLICATION for judicial review.

COUNSEL:

*P. J. Evraire* for applicant.  
*M. W. Wright, Q.C.*, for respondent.

SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.

question de sa propre compétence, il a été déclaré que, d'une façon générale, un tribunal doit se prononcer sur sa compétence, même s'il ne peut rendre une décision ayant force exécutoire. En l'espèce et d'après les éléments de preuve, la décision ne peut être maintenue. Les lettres adressées à *J* et à la Commission de la Fonction publique sont claires et sans équivoque dans la mesure où elles mentionnent le renvoi pour un motif déterminé au sens de l'article 28(3) et (4) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. En outre, les preuves indiquent que l'employeur avait des raisons de se plaindre de *J*. La Commission a suivi la décision rendue dans l'affaire *Fardella* ([1974] 2 C.F. 465); cependant, il faut faire une distinction en ce qui concerne les faits qui n'indiquent pas clairement un renvoi comme dans la présente affaire. Lorsqu'il y a effectivement renvoi, on ne peut le qualifier de congédiement pour rendre applicable l'article 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*. La conduite dont on se plaint en l'espèce est un exemple classique de comportement justifiant le renvoi d'un employé en cours de stage; ce comportement peut également motiver un congédiement mais de toute façon il ne fait aucun doute que l'employeur avait l'intention de renvoyer. Il ne s'agissait pas non plus d'une mesure disciplinaire dissimulée sous forme d'un renvoi. Ce serait le cas uniquement s'il n'existait aucun motif valable ou de bonne foi justifiant le renvoi; en ce qui concerne la question de savoir si l'on peut considérer une mesure visant à démettre un employé de ses fonctions en vertu d'un pouvoir comme ayant été prise en vertu d'un autre pouvoir, il aurait fallu que cet article comprenne l'expression: «un renvoi pour un motif déterminé au cours du stage» pour que l'arbitre soit compétent en l'espèce, en vertu de l'article 91(1)(b). L'article 28 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* vise entièrement à permettre à l'employeur d'apprécier l'aptitude d'un employé à occuper un emploi. Si l'employé ne présente pas les qualités requises, il peut être alors renvoyé sans recours possible à l'arbitrage. Soutenir qu'un employé stagiaire est investi du droit à un arbitrage au cours de son stage équivaut à ignorer complètement le sens évident des articles 28 et 91. Sans aucun doute, *J* avait le droit de présenter un grief en vertu de l'article 90 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, mais le droit de renvoyer le grief à l'arbitrage en vertu de l'article 91 n'est accordé qu'aux employés présentant un grief dont le cas est prévu expressément à l'article 91(1).

Arrêt suivi: *Cutter Laboratories International c. Le Tribunal antidumping* [1976] 1 C.F. 446. Distinction faite avec l'arrêt: *Fardella c. La Reine* [1974] 2 C.F. 465. Arrêt appliqué: *Bell Canada c. Office and Professional Employees' International Union* [1974] R.C.S. 335.

DEMANDE d'examen judiciaire.

AVOCATS:

*P. J. Evraire* pour le requérant.  
*M. W. Wright, c.r.*, pour l'intimée.

PROCUREURS:

*Le procureur général du Canada* pour le requérant.

Soloway, Wright, Houston, Greenberg,  
O'Grady & Morin, Ottawa, for respondent.

Soloway, Wright, Houston, Greenberg,  
O'Grady & Morin, Ottawa, pour l'intimée.

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

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

HEALD J.: This is a section 28 application to review and set aside a decision of the Public Service Staff Relations Board rendered on November 7, 1975, with respect to an adjudication heard by Mr. J. F. W. Weatherhill, concerning an employee, one Roland B. Jacmain.

LE JUGE HEALD: Conformément à l'article 28, on demande l'examen et l'annulation d'une décision rendue le 7 novembre 1975 par la Commission des relations de travail dans la Fonction publique au sujet d'un arbitrage prononcé par J. F. W. Weatherhill concernant l'employé Roland B. Jacmain.

Jacmain had been an employee with the Department of National Revenue, Taxation, prior to entering a competition with the Office of the Commissioner of Official Languages. On May 16, 1973, Jacmain was appointed to the Complaints Branch of the Commissioner of Official Languages as an AS 7.

Jacmain qui travaillait au ministère du Revenu national, Impôt, posa sa candidature à un poste au Bureau du commissaire aux langues officielles. Le 16 mai 1973, Jacmain a été nommé AS 7 à la direction des plaintes du commissaire aux langues officielles.

By letter dated February 25, 1974, the Commissioner of Official Languages notified Jacmain that he was to be rejected during his probationary period pursuant to the provisions of subsection 28(3) of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32<sup>1</sup>. In that letter, the Commissioner said, *inter alia*:

Par lettre du 25 février 1974, le commissaire aux langues officielles a fait savoir à Jacmain qu'il allait être renvoyé en cours de stage conformément aux dispositions du paragraphe 28(3) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-32<sup>1</sup>. Dans cette lettre, le commissaire déclarait, entre autres:

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

f Vous vous souviendrez que le 23 octobre 1973 je vous ai informé verbalement de cette intention.

Said letter made no reference to any other ground for rejecting Jacmain. On the same date, and, to

La lettre en question ne mentionnait aucun autre motif de renvoi. Le même jour, pour se conformer

<sup>1</sup> 28. (1) An employee shall be considered to be on probation from the date of his appointment until the end of such period as the Commission may establish for any employee or class of employees.

g <sup>1</sup> 28. (1) Un employé est considéré comme stagiaire depuis la date de sa nomination jusqu'au terme de la période que la Commission peut fixer pour tout employé ou classe d'employés.

(2) Where an appointment is made from within the Public Service, the deputy head may, if he considers it appropriate in any case, reduce or waive the probationary period.

h (2) Si la personne nommée fait déjà partie de la Fonction publique, le sous-chef peut, s'il le juge opportun, dans un cas quelconque, réduire le stage ou en dispenser l'employé.

(3) The deputy head may, at any time during the probationary period, give notice to the employee and to the Commission that he intends to reject the employee for cause at the end of such notice period as the Commission may establish for any employee or class of employees and, unless the Commission appoints the employee to another position in the Public Service before the end of the notice period applicable in the case of the employee, he ceases to be an employee at the end of that period.

i (3) A tout moment au cours du stage, le sous-chef peut prévenir l'employé qu'il se propose de le renvoyer, et donner à la Commission un avis de ce renvoi projeté, pour un motif déterminé, au terme du délai de préavis que la Commission peut fixer pour tout employé ou classe d'employés. A moins que la Commission ne nomme l'employé à un autre poste dans la Fonction publique avant le terme du délai de préavis qui s'applique dans le cas de cet employé, celui-ci cesse d'être un employé au terme de cette période.

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

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

comply with the provisions of subsection 28(4), the Commissioner wrote to the Public Service Commission as follows:

Re: Roland Jacmain

Pursuant to section 28(3) and (4) of the Public Service Employment Act, I hereby give you notice of my intention to reject the above named employee for cause.

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

I am enclosing a copy of the notice sent to him today.

It is not contested that the notice of rejection of February 25, 1974 was within Jacmain's probationary period.

On February 26, 1974, Jacmain instituted a grievance on the basis that he was, in fact, being dismissed from his position with no reasons having been given and stating that subject action by his employer was "in truth, a disciplinary dismissal". At each level, the employer answered the grievance by saying that Jacmain's discharge was not disciplinary, but was, rather, a rejection during probation pursuant to section 28 of the *Public Service Employment Act* (*supra*). Jacmain's grievance was finally referred to adjudication under section 91 of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1970, c. P-35<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> 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.

(2) Where a grievance that may be presented by an employee to adjudication is a grievance relating to the interpretation or application in respect of him of a provision of a collective agreement or an arbitral award, the employee is not entitled to refer the grievance to adjudication unless the bargaining agent for the bargaining unit to which the collective agreement or arbitral award applies signifies in prescribed manner

(a) its approval of the reference of the grievance to adjudication; and

(b) its willingness to represent the employee in the adjudication proceedings.

aux dispositions du paragraphe 28(4), le commissaire a écrit à la Commission de la Fonction publique la lettre suivante:

[TRADUCTION] Re: Roland Jacmain

Conformément à l'article 28(3) et (4) de la Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, je vous informe par la présente que j'ai l'intention de renvoyer l'employé dénommé ci-dessus.

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

Veillez trouver ci-joint un exemplaire de l'avis qui lui a été envoyé à ce jour.

Il n'est pas contesté que le renvoi du 25 février 1974 a été notifié pendant la période de stage de Jacmain.

Le 26 février 1974, Jacmain a présenté un grief en faisant valoir qu'en fait il avait été renvoyé de son emploi sans motif déterminé et que la mesure prise par son employeur constituait «en réalité, un renvoi disciplinaire». A chaque palier, l'employeur a répondu au grief en faisant valoir que le renvoi de Jacmain n'était pas disciplinaire, mais constituait plutôt un renvoi pendant la période de stage conformément à l'article 28 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* (précitée). Finalement, le grief présenté par Jacmain a été renvoyé à l'arbitrage conformément à l'article 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-35<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> 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.

(2) Lorsqu'un grief qui peut être présenté par un employé à l'arbitrage est un grief relatif à l'interprétation ou l'application, en ce qui le concerne, d'une disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale, l'employé n'a pas le droit de renvoyer le grief à l'arbitrage à moins que l'agent négociateur de l'unité de négociation à laquelle s'applique la convention collective ou la décision arbitrale ne signifie de la manière prescrite

a) son approbation du renvoi du grief à l'arbitrage; et

b) son acceptation de représenter l'employé dans les procédures d'arbitrage.

Before the adjudicator, the employer's counsel objected to the jurisdiction of the adjudicator to hear the reference under said section 91 on the basis that the action taken with respect to Jacmain was not a disciplinary discharge, but merely a rejection of an employee during his probationary period pursuant to section 28 of the *Public Service Employment Act* (*supra*) and thus could not be the subject matter of a reference under said section 91.

After considering the submissions of the parties and after reviewing the evidence before him, the adjudicator, by a decision dated August 1, 1974, concluded that the employer's rejection of Jacmain constituted a disciplinary discharge thus clothing him with jurisdiction under section 91 to hear the grievance on its merits. After holding a hearing on the merits, and by a decision dated January 31, 1975, the adjudicator held that there had been insufficient reason for Jacmain's discharge and accordingly allowed his grievance, and ordered reinstatement in his position and reimbursement for his loss of earnings.

On April 10, 1975, the employer referred to the Public Service Staff Relations Board the question of the jurisdiction of the adjudicator to hear Jacmain's reference under section 91 of the *Public Service Staff Relations Act*. By decision dated November 7, 1975, said Board held, *inter alia*:

a) the Adjudicator had not erred in law or exceeded his jurisdiction by agreeing to hear the case notwithstanding that Mr. Jacmain was on probation at the time his employment was terminated or that he purportedly had been rejected under subsection 28(3) of the *Public Service Employment Act*;

b) the Adjudicator had not erred in law or jurisdiction when, having concluded that the reasons for dismissing Mr. Jacmain were of a disciplinary nature, he heard the case as a grievance under section 91 of the *Public Service Staff Relations Act*;

c) on the basis of the evidence and reasoning in the Adjudicator's decision of January 31, 1975, the Adjudicator had not erred in law in concluding that Mr. Jacmain had not been rejected during his probationary period and had been discharged without sufficient reason.

This section 28 application is to review and set aside that decision.

A l'arbitrage, l'avocat de l'employeur a contesté la compétence de l'arbitre pour connaître du renvoi en vertu de l'article 91, en faisant valoir que la mesure prise à l'encontre de Jacmain ne constituait pas un renvoi disciplinaire, mais un renvoi en cours de stage conformément à l'article 28 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* (précitée) et qu'ainsi cette mesure ne pouvait pas faire l'objet d'un arbitrage en vertu de l'article 91 en question.

Après avoir examiné les prétentions des parties et les preuves soumises, l'arbitre a conclu, par une décision du 1<sup>er</sup> août 1974, que le renvoi de Jacmain par son employeur était de nature disciplinaire et que, par conséquent, il était compétent en vertu de l'article 91 pour examiner le grief au fond. Après avoir tenu une audience sur le fond, et par décision datée du 31 janvier 1975, l'arbitre a décidé que le renvoi de Jacmain était insuffisamment motivé. Il a par conséquent accueilli son grief et ordonné sa réintégration et le remboursement de ses pertes de salaire.

Le 10 avril 1975, l'employeur a renvoyé devant la Commission des relations de travail dans la Fonction publique la question de la compétence de l'arbitre pour connaître du renvoi à l'arbitrage adressé par Jacmain conformément à l'article 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*. Par décision du 7 novembre 1975, ladite commission a jugé entre autres que

a) l'arbitre n'a pas commis d'erreur de droit et n'a pas outrepassé sa compétence en acceptant d'entendre l'affaire même si M. Jacmain était en stage au moment de la cessation de son emploi ou que la cessation de son emploi constituait en apparence un renvoi en vertu du paragraphe 28(3) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*;

b) l'arbitre n'a pas commis d'erreur de droit et n'a pas outrepassé sa compétence lorsque, ayant conclu que les motifs du renvoi de M. Jacmain étaient d'ordre disciplinaire, il a entendu l'affaire en vertu de l'article 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*;

c) en se fondant sur la preuve et le raisonnement suivi dans sa décision du 31 janvier 1975, l'arbitre n'a pas commis d'erreur de droit en concluant que M. Jacmain n'avait pas été renvoyé en cours de stage mais qu'il avait été congédié sans motif suffisant.

Cette demande présentée en vertu de l'article 28 concerne l'examen et l'annulation de cette décision.

The principal submission of applicant's counsel before this Court was also the principal argument relied on in the three hearings before the adjudicator, namely, that since the employer had characterized the action here taken as rejection for cause, this was sufficient for section 28(3) and (4) of the *Public Service Employment Act* to apply and was also sufficient to oust the jurisdiction of an adjudicator under section 91(1)(b) of the *Public Service Staff Relations Act*, and that an adjudicator was not entitled to inquire into the facts of a particular case to determine whether, in fact, the action taken by an employer in that case, was a rejection for cause or a disciplinary discharge. As indicated at the hearing, this submission is, in my opinion, fully answered by the decision of this Court in the case of *Cutter Laboratories International v. Anti-dumping Tribunal*<sup>3</sup> and more particularly by the comments of the Chief Justice at page 453 under the heading Appendix A which reads as follows:

At the risk of increasing, rather than decreasing, the confusion that my reasons herein may create, I consider it worthwhile to comment, by way of an appendix, on the duty of a Tribunal faced with a question as to whether it has jurisdiction when it has no authority to make a binding determination on that question. In my view, speaking very generally, when such a question arises, a Tribunal must take a position, even though it cannot make a binding decision, on the question whether what it is being asked to decide is something that Parliament has given it authority to decide. It should not waste public monies, and put interested parties to incurring expenses, on an inquiry that it is satisfied is outside its jurisdiction. In order to reach a conclusion on such a question, it may, depending on the circumstances, have to hear evidence with regard thereto. If it concludes that it has no jurisdiction and consequently refuses to proceed, a person who feels aggrieved by that conclusion has his remedy in *mandamus*. If it concludes that there is a sufficient probability that it has jurisdiction to warrant it proceeding and announces that it proposes to proceed, a person who feels aggrieved by that conclusion has his remedy in prohibition or a section 28 application in respect of the Tribunal's ultimate decision depending on the circumstances. Compare the Appendix to the Reasons given in the *Danmor Shoe Co.* case [1974] 1 F.C. 22.

Turning now to the evidence adduced before the adjudicator, after a careful review thereof, I have concluded that the Board's decision cannot be allowed to stand and that this section 28 application must be granted. The letters of February 25, 1974 to Jacmain and to the Commission are clear and unequivocal in that they reject Jacmain for

<sup>3</sup> [1976] 1 F.C. 446.

La prétention essentielle soutenue par l'avocat du requérant devant cette cour constituait également la thèse avancée aux trois audiences tenues devant l'arbitre, à savoir qu'il suffisait que l'employeur ait qualifié la mesure prise de renvoi pour un motif déterminé, pour que l'article 28(3) et (4) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* s'applique et aussi pour écarter la compétence d'un arbitre en vertu de l'article 91(1)(b) de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, et qu'un arbitre n'avait pas le droit d'enquêter sur les faits d'une affaire déterminée pour juger si en réalité la mesure prise par un employeur dans cette affaire constituait un renvoi pour un motif déterminé ou un renvoi disciplinaire. Comme je l'ai indiqué à l'audience, une réponse complète a été donnée à cette prétention, à mon avis, par la décision de cette cour dans l'affaire *Cutter Laboratories International c. Le Tribunal anti-dumping*<sup>3</sup> et plus précisément par les commentaires du juge en chef de l'annexe A (page 453) dont voici le texte:

Au risque d'accentuer plutôt que diminuer la confusion que mes motifs ont pu créer, j'estime utile d'étudier, dans cette annexe, les fonctions d'un tribunal auquel se pose la question de sa propre compétence alors qu'il n'a pas le pouvoir de rendre une décision ayant force exécutoire à cet égard. D'une façon très générale, lorsqu'une telle question se pose, je suis d'avis qu'un tribunal, même s'il ne peut rendre une décision ayant force exécutoire, doit se prononcer sur la question de savoir si une telle décision relève des pouvoirs que lui a conférés le législateur. Il ne doit pas gaspiller les fonds publics ni occasionner aux parties intéressées des frais supplémentaires sur une question qu'il estime ne pas relever de sa compétence. Pour conclure sur cette question, il se peut, compte tenu des circonstances, qu'il doive entendre des témoignages à cet égard. S'il conclut qu'il n'a pas compétence et refuse donc de continuer les procédures, une personne se croyant lésée par cette conclusion peut demander un bref de *mandamus*. S'il conclut qu'il a probablement compétence pour agir et annonce son intention de le faire, une personne se croyant lésée par cette conclusion peut, selon les circonstances, demander un bref de prohibition à l'égard de la décision finale du tribunal, ou faire une demande en vertu de l'article 28. Comparer avec l'annexe aux motifs prononcés dans l'affaire *Danmor Shoe Co.* [1974] 1 C.F. 22.

J'en viens maintenant aux preuves soumises à l'arbitre. Après les avoir examinées attentivement, j'ai conclu que la décision de la Commission ne pouvait être maintenue et que la demande présentée en vertu de l'article 28 devait être accordée. Les lettres du 25 février 1974 adressées à Jacmain et à la Commission sont claires et sans équivoque

<sup>3</sup> [1976] 1 C.F. 446.

cause within the meaning of subsections 28(3) and (4) of the *Public Service Employment Act* (*supra*).

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

The Board, after observing that the representations made by the parties in this case were basically the same as those placed before the Board in the *Fardella* case, purported to follow their decision in that and earlier cases and sustained the adjudicator's view that, having found, in fact that the dismissal was a disciplinary discharge, the adjudicator had jurisdiction to deal with the grievance under section 91 of the *Public Service Staff Relations Act* (*supra*). The Board further observed that the *Fardella* case had been the subject of a section 28 application to the Federal Court of Appeal and referred to the judgment of Chief Justice Jockett in that case<sup>4</sup>. In that case, in discussing the question as to whether the applicant was dismissed or rejected, the Chief Justice stated at page 480:

While the question is not free from doubt on the material in this case, I am not prepared to disagree with the conclusion of the Adjudicator and of the Board that there was a dismissal. In coming to that conclusion, I do not wish to be taken as expressing an opinion that, where there has been, in fact, a rejection under section 5 or under section 28 of the *Public Service Employment Act*, it can be classified as a dismissal in order to create jurisdiction under section 91 of the *Public Service Employment Act*\*. Insubordination during a probationary period might well be "cause" for rejection, either of itself or taken with other matters, just as it might be ground for disciplinary action even during a probationary period. There should, however, be no room for doubt, if the matter is handled as it should be handled, as to which action has been taken. In this case, while there are references to rejection, I cannot find fault with the Adjudicator's finding that, on balance, the

<sup>4</sup> [1974] 2 F.C. 465.

dans la mesure où elles mentionnent le renvoi de Jacmain pour un motif déterminé au sens des paragraphes 28(3) et (4) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* (précitée).

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

<sup>c</sup> La Commission, après avoir remarqué que les observations des parties dans la présente affaire étaient fondamentalement semblables à celles présentées à la Commission dans l'affaire *Fardella*, a voulu suivre la décision rendue dans cette affaire et dans des affaires antérieures. Elle a donc confirmé le point de vue de l'arbitre selon lequel il était compétent pour examiner le grief en vertu de <sup>d</sup> l'article 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* (précitée) puisque le renvoi constituait un congédiement disciplinaire. En outre, la Commission faisait remarquer que l'affaire *Fardella* avait fait l'objet d'une demande présentée en vertu de l'article 28 devant la Cour d'appel fédérale et renvoyait au jugement du juge en chef Jockett<sup>4</sup>. En examinant dans cette affaire la question de savoir si le demandeur était congédié ou renvoyé, le juge en chef déclarait, page 480:

<sup>e</sup> Bien que la question ne soit pas claire vu la preuve en l'espèce, je suis disposé à souscrire aux conclusions de l'arbitre et de la Commission portant qu'il s'agissait d'un congédiement. En concluant de la sorte, je ne veux pas qu'on me fasse dire que, lorsqu'il y a effectivement renvoi en vertu de l'article 5 ou en <sup>f</sup> vertu de l'article 28 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, on peut le qualifier de congédiement pour rendre applicable l'article 91 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*\*. Il se peut que l'insubordination au cours d'un stage, seule ou liée à d'autres problèmes, soit «cause» de renvoi, tout comme elle pourrait donner lieu à une action disciplinaire, même au cours d'un stage. Si le problème est traité de la façon appropriée, il ne devrait cependant pas y avoir l'ombre d'un <sup>g</sup> doute quant à la nature de la mesure qui a été prise. En l'espèce, bien qu'il soit fait mention de renvoi, j'estime que l'arbitre n'a commis aucune faute en concluant que, tout bien

<sup>4</sup> [1974] 2 C.F. 465.

applicant was really dismissed for insubordination.

\* [This is evidently a reference to the *Public Service Staff Relations Act*—Ed.]

In my opinion, the factual situation in the *Fardella* case (*supra*) was quite different from the factual situation in the case at bar. In *Fardella* (*supra*), the facts as found by the adjudicator are set out on pages 468-472 of the judgment of the Chief Justice. In my view, the facts in that case are not clear and unequivocal as they are in the case at bar. In *Fardella* (*supra*), it was far from clear that the applicant was being "rejected" rather than being discharged for disciplinary reasons. While there was some indication originally that steps would be taken to reject Fardella on probation, subsequent events took place which were more consistent with a disciplinary discharge. That is not the situation in the case at bar where the two letters of February 25, 1974 clearly establish rejection during the probation period. I agree with the Chief Justice as quoted *supra*, that where, as in this case, there has been, in fact, a rejection under section 28 of the *Public Service Employment Act*, it cannot be classified as a dismissal in order to create jurisdiction under section 91 of the *Public Service Staff Relations Act*. I have no hesitation in expressing the view that the conduct complained of in this case is a classic example of behaviour which would justify rejection of an employee during a probation period (and this was conceded by the adjudicator—see Appeal Case, pages 70 and 73). It might also be ground for disciplinary action even during a probationary period. However, on the facts here present, it is clear that the employer intended to reject and did in fact reject during probation and was, in my view, quite entitled so to do. That being so, the adjudicator was without jurisdiction to consider the grievance under section 91 and erred in law in so doing.

Likewise, the Public Service Staff Relations Board erred in law in approving of the adjudicator's decision.

It is clear from the various reasons for decision of the adjudicator that he considered the action here taken by the employer to be disciplinary action camouflaged as rejection. However, the facts established before him make it quite clear that the employer had ample cause for rejection.

considéré, le requérant fut en réalité congédié pour insubordination.

\*[Il s'agit de toute évidence d'un renvoi à la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*—Éd.]

A mon avis, les faits de l'affaire *Fardella* (précitée), constatés par l'arbitre et exposés aux pages 468-472 du jugement du juge en chef, étaient très différents de ceux de l'espèce. J'estime que, dans cette affaire, les faits n'étaient pas clairs et sans ambiguë comme c'est le cas en l'espèce. Dans l'affaire *Fardella* (précitée), il n'était pas du tout évident que le demandeur était «renvoyé» plutôt que congédié pour des motifs disciplinaires. Alors qu'il semblait à l'origine, que des mesures seraient prises pour renvoyer Fardella en cours de stage, les événements postérieurs indiquent plutôt qu'il s'agissait d'un congédiement disciplinaire. Ce n'est pas le cas en l'espèce puisque les deux lettres datées du 25 février 1974 montrent clairement qu'il s'agit d'un renvoi en cours de stage. Je souscris à la déclaration précitée du juge en chef selon laquelle, lorsqu'il y a effectivement renvoi, en vertu de l'article 28 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, comme dans la présente affaire, on ne peut le qualifier de congédiement pour rendre applicable l'article 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*. Je n'hésite aucunement à dire que la conduite dont on se plaint en l'espèce est un exemple classique de comportement justifiant le renvoi d'un employé en cours de stage (comme l'arbitre l'a d'ailleurs reconnu—voir l'appel aux pages 70 et 73). Ce comportement peut également motiver une mesure disciplinaire même en cours de stage. Cependant il ne fait aucun doute en l'espèce que l'employeur avait l'intention de renvoyer le demandeur en cours de stage, ce qu'il a fait, et qu'il en avait tout à fait le droit. Ceci étant, l'arbitre n'était pas compétent pour examiner le grief en vertu de l'article 91 et a commis une erreur de droit en se déclarant compétent.

De même, la Commission des relations de travail dans la Fonction publique a commis une erreur de droit en approuvant la décision de l'arbitre.

Il ressort clairement des différents motifs de sa décision, que l'arbitre considérait la mesure prise par l'employeur comme une mesure disciplinaire ayant l'apparence d'un renvoi. Cependant, les faits établis en sa présence prouvent clairement que l'employeur avait un motif réel de renvoi. Il ne

There could only be disciplinary action camouflaged as rejection in a case where no valid or *bona fide* grounds existed for rejection. By the adjudicator's own admissions, that is not the factual situation in this case.

In considering whether action taken to separate an employee from his employment that is, in form, under one authority can be treated as having been taken under another authority, consideration must be given to the decision of the Supreme Court of Canada in *Bell Canada v. Office and Professional Employees' International Union*<sup>5</sup>. In that case, Bell Canada instituted a unilateral pension plan under which employees with 20 or more years of service and who had reached the age of 60 years "may, at the discretion of the Committee, be retired from active service (on a service pension)." One employee was retired from service pursuant to that plan and he submitted a grievance alleging that he had been "dismissed" without sufficient and reasonable cause contrary to the collective agreement which made no mention of the pension plan. The collective agreement provided for arbitration in the event of "dismissal or suspension for sufficient and reasonable cause". The majority of the Supreme Court of Canada agreed with the position of the employer that since the action taken by the employer was not "dismissal" but "retirement", the grievance was not arbitrable. In delivering the majority judgment of the Court, Mr. Justice Judson said at page 340:

Article 8 of the collective agreement reading: "The Company may dismiss or suspend an employee for sufficient and reasonable cause," cannot possibly be read as "dismiss, or suspend, or retire on pension." Until the words "retire on pension" appear in article 8 of the collective agreement, there can be no basis for the arbitrator's decision. Dismissal, suspension and retirement on pension are three different and distinct concepts.

The result is that the arbitrator exceeded his powers.

In my opinion, the above rationale applies to the instant case. For the adjudicator to have jurisdiction under section 91(1)(b) on the facts of this case, it would be necessary for that section to have included in it, the words: "a rejection for cause

pourrait y avoir de mesure disciplinaire dissimulée sous forme d'un renvoi que s'il n'existait aucun motif valable ou de bonne foi justifiant le renvoi. L'arbitre lui-même a admis que ce n'était pas le cas dans la présente affaire.

En examinant la question de savoir si l'on peut considérer une mesure visant à démettre un employé de ses fonctions en vertu d'une autorisation comme ayant été prise en vertu d'une autre autorisation, il faut tenir compte de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Bell Canada c. Office and Professional Employees' International Union*<sup>5</sup>. Dans cette affaire, Bell Canada avait institué unilatéralement un plan de retraite en vertu duquel les employés qui avaient 20 ans de service ou plus et avaient atteint l'âge de 60 ans «pouvaient, à la discrétion du comité, être retirés du service actif» (avec pension). Conformément à ce plan, un employé a été mis à la retraite. Il a présenté un grief au motif qu'il avait été «congedié» sans motif suffisant et raisonnable contrairement à la convention collective qui ne mentionnait pas le plan de retraite. Cette convention collective prévoyait un arbitrage dans l'hypothèse d'un «congediement ou suspension pour un motif suffisant et raisonnable». La majorité de la Cour suprême du Canada, a partagé l'opinion de l'employeur selon laquelle le grief ne pouvait faire l'objet d'un arbitrage puisque les mesures prises par l'employeur ne constituaient pas un «congediement» mais une «mise à la retraite». En prononçant le jugement de la majorité de la Cour, le juge Judson a déclaré à la page 340:

L'article 8 de la convention collective selon lequel «La compagnie peut congédier ou suspendre un employé pour un motif suffisant et raisonnable», ne peut être interprété comme signifiant [TRADUCTION] «congédier, suspendre ou mettre à la retraite avec pension.» La décision de l'arbitre est sans fondement tant que l'expression [TRADUCTION] «mettre à la retraite avec pension» ne figure pas à l'art. 8 de la convention collective. Le congédiement, la suspension et la mise à la retraite avec pension sont trois concepts différents et distincts.

Il en résulte que l'arbitre a outrepassé ses pouvoirs.

A mon avis, ce raisonnement s'applique en l'espèce. Pour que l'arbitre soit compétent en vertu de l'article 91(1)(b) dans la présente affaire, cet article devrait comprendre l'expression: «un renvoi pour un motif déterminé au cours du stage» ou une

<sup>5</sup> [1974] S.C.R. 335.

<sup>5</sup> [1974] R.C.S. 335.

during the probationary period” or words of like intent. Without words of that nature, the adjudicator is without jurisdiction.

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

Accordingly, the section 28 application is allowed and the decision of the Public Service Staff Relations Board dated November 7, 1975 is set aside.

\* \* \*

URIE J. concurred.

\* \* \*

RYAN J. concurred.

expression d'une portée semblable, sinon, l'arbitre est incompétent.

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

Par conséquent, la demande présentée en vertu de l'article 28 est accueillie et la décision rendue le 7 novembre 1975 par la Commission des relations de travail dans la Fonction publique est annulée.

\* \* \*

LE JUGE URIE y a souscrit.

\* \* \*

LE JUGE RYAN y a souscrit.