

A-856-88

A-856-88

Attorney General of Canada (Applicant)

v.

Judith L. Penner (Respondent)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. PENNER (C.A.)

Court of Appeal, Pratte, Marceau and MacGuigan J.J.A.—Ottawa, April 25 and May 30, 1989.

Public service — Termination of employment — Probation — Misconduct during probation — Employee rejected, employer stating dissatisfaction as to suitability — Whether case of disciplinary discharge arbitrable by adjudicator under P.S.S.R.A. or rejection on probation under P.S.E.A. — Relationship between two Acts uncertain in view of different interpretations of Jacmain — Adjudicator without jurisdiction as to rejection on probation where employer shown to have acted in good faith in finding employee unsuitable, even where dissatisfaction with suitability arising from misconduct.

After seven months on probation as a secretary with the Department of Transport, the respondent's employment was terminated. The employer notified the respondent that she had failed to perform her duties to the standard required. The decision was taken after a discussion of her performance appraisal with her supervisor during which the respondent became abusive and disrespectful and demonstrated a negative attitude towards her fellow workers. The respondent's grievance, that her release was unjustified, came before an adjudicator. After confirming his jurisdiction, the adjudicator came to the conclusion that what had been presented as a rejection on probation had in fact been a disciplinary discharge. He also decided that her misconduct at most warranted a fifteen-day suspension. This was a section 28 application to review and set aside that decision. The issue was whether this was a case of disciplinary discharge arbitrable under section 92 of the *Public Service Staff Relations Act* (the Act applying to employees, even those on probation, having worked for more than six months), or one of rejection on probation pursuant to section 28 of the *Public Service Employment Act*.

Held, the application should be allowed.

Per Marceau J.A.: The Supreme Court of Canada decision in *Jacmain*, which deals with this issue, has been interpreted by some adjudicators as meaning that if the reason for rejection on probation could be regarded as disciplinary, they might inquire into the termination and, where appropriate, provide a remedy. Other adjudicators have interpreted it as meaning that as soon as they could satisfy themselves that the decision was founded on a *bona fide* dissatisfaction as to suitability, they had no

Procureur général du Canada (requérant)

c.

a Judith L. Penner (intimée)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. PENNER (C.A.)

b Cour d'appel, juges Pratte, Marceau et MacGuigan, J.C.A.—Ottawa, 25 avril et 30 mai 1989.

Fonction publique — Fin d'emploi — Stage — Inconduite au cours d'un stage — L'employeur a renvoyé l'employée, en déclarant qu'il considérait non satisfaisante l'aptitude de cette dernière à exercer les fonctions du poste en cause — S'agit-il d'un congédiement pour motifs disciplinaires qui ressortirait à la compétence détenue par un arbitre sous le régime de la L.R.T.F.P., ou s'agit-il d'un renvoi en cours de stage effectué sous le régime de la L.E.F.P.? — Le rapport entre ces deux lois est incertain, considérant les interprétations différentes auxquelles se prête l'arrêt Jacmain — L'arbitre est sans compétence à l'égard d'un renvoi en cours de stage lorsqu'il est établi que l'employeur a conclu de bonne foi que l'employé ne possédait pas les aptitudes requises, même si l'insatisfaction éprouvée par l'employeur à l'égard de l'aptitude de l'employé résulte de l'inconduite de ce dernier.

e Après avoir complété sept mois d'un stage dans un poste de secrétaire au ministère des Transports, l'intimée a été remerciée de ses services. L'employeur a avisé l'intimée qu'elle avait manqué de satisfaire aux normes applicables à l'exercice de ses fonctions. Cette décision a été prise à la suite d'une discussion relative à une appréciation de rendement au cours de laquelle f l'intimée s'est comportée de façon abusive et irrespectueuse et a manifesté une attitude négative à l'égard de ses collègues. Le grief de l'intimée, qui voulait que son renvoi fût injustifié, a été soumis à un arbitre. Après avoir confirmé sa compétence, l'arbitre est venu à la conclusion que la mesure présentée comme un renvoi en cours de stage était en fait un congédiement fondé sur des motifs disciplinaires. Il a également décidé que son inconduite ne justifiait au plus qu'une suspension de quinze jours. La demande en l'espèce, fondée sur l'article 28, sollicite la révision et l'annulation de cette décision. La question en litige est de savoir s'il y a eu un congédiement fondé sur des motifs disciplinaires qui serait arbitrable sous le régime de h l'article 92 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (cette Loi étant applicable aux personnes— en stage ou non—employées depuis plus de six mois), ou s'il y a eu renvoi en cours de stage sous le régime de l'article 28 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*.

i Arrêt: la demande devrait être accueillie.

Le juge Marceau, J.C.A.: La décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Jacmain*, qui traite de la présente question, a été interprétée par certains arbitres comme signifiant que, dès que le motif ayant conduit au renvoi en cours de stage pouvait être considéré comme disciplinaire, ils pouvaient examiner les circonstances ayant donné lieu à la cessation d'emploi et accorder un redressement à l'employé lorsqu'une telle mesure était appropriée. D'autres arbitres l'ont interprétée comme

jurisdiction to inquire into the adequacy and the merit of the decision to reject. The latter is the correct view as to what the *Jacmain* decision stands for.

The intent of section 28 of the *Public Service Employment Act* is to give the employer an opportunity to assess an employee's suitability for a position. During that period, the employer can reject the employee for unsuitability without the employee having the adjudication avenue of redress. Neither the function of a probationary period nor the structure of the legislation can be reconciled with the proposition that disciplinary discharge and rejection are not mutually exclusive concepts. One is the ultimate sanction imposed by management for serious misbehaviour, the other is a termination of employment based on a *bona fide* dissatisfaction with suitability. It may be that this dissatisfaction with suitability arose from misconduct or misbehaviour by the employee, but that does not render the dissatisfaction any less real and legitimate nor does it allow the rejection to be confused with a disciplinary sanction.

In this case, there was no doubt that the decision was made in good faith and on the basis that the employee appeared unsuitable, partly because of shortcomings in her technical skills but mainly because of some perceived character defects. In these circumstances the adjudicator had no jurisdiction to deal with the matter.

Per Pratte J.A.: The phrase "disciplinary action resulting in discharge" in subsection 92(1) of the P.S.S.R.A. refers to disciplinary action taken by the employer in the exercise of powers conferred pursuant to paragraph 11(2)(f) of the *Financial Administration Act*; these words do not refer to any termination of employment that may be attributable to the violation by the employee of disciplinary rules. The grievance of an employee against the termination of his employment otherwise than by discharge cannot be referred to adjudication even if the employee's employment was terminated for disciplinary reasons. In certain cases, the employer may have the power either to reject or discharge a probationary employee. Misconduct justifies both rejection and discharge. In such cases, the employer has the choice of either discharging or rejecting the employee.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.
Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 11(2)(f).
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 28, 29, 31.
Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970, c. P-35, s. 91(1).

signifiant que, dès le moment où ils sont convaincus que la décision contestée procédait d'une insatisfaction éprouvée de bonne foi à l'égard de l'aptitude de l'employé, ils n'ont pas compétence pour examiner la question de savoir si la décision de renvoyer l'employé était appropriée ou était bien fondée.
 a Cette dernière thèse est celle qui exprime correctement le principe mis de l'avant dans l'arrêt *Jacmain*.

L'article 28 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* vise à permettre à l'employeur d'apprécier l'aptitude d'un employé à occuper un emploi. Au cours de cette période, l'employeur peut renvoyer l'employé au motif qu'il ne présente pas les qualités requises sans que celui-ci ait la possibilité de recourir à l'arbitrage. Ni l'objet d'une période de stage, ni les dispositions légales en cause ne sont conciliables avec la proposition qu'un congédiement pour des motifs disciplinaires et un renvoi motivé ne sont pas des concepts mutuellement exclusifs. Le premier est la sanction ultime imposé par l'administration à la suite d'un grave écart de conduite, tandis que l'autre est une termination d'emploi faisant suite à une insatisfaction éprouvée de bonne foi quant aux aptitudes de l'employé. S'il est possible que cette appréciation négative de l'aptitude de l'employé ait été faite à la suite d'une inconduite ou d'un écart de comportement, cette circonstance n'atténue en rien la réalité ou la légitimité de l'insatisfaction éprouvée, et elle ne justifie pas la Cour de confondre le renvoi en cause avec une sanction disciplinaire.

En l'espèce, il ne fait aucun doute que la décision visée a été prise de bonne foi et avait pour motif que l'employée ne semblait pas posséder les qualités requises pour occuper l'emploi en question, en partie en raison des carences constatées dans ses habiletés techniques, et principalement en raison des carences de sa personnalité. Dans ces circonstances, l'arbitre n'avait pas la compétence voulue pour juger l'affaire.

Le juge Pratte, J.C.A.: Le membre de phrase «une mesure disciplinaire entraînant le congédiement» du paragraphe 92(1) de la L.R.T.F.P. vise des mesures disciplinaires prises par l'employeur dans l'exercice des pouvoirs conférés en vertu de l'alinéa 11(2)f) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*; ces mots ne renvoient point à une cessation d'emploi attribuable à une violation des règles disciplinaires par l'employé. Le grief pris par un employé à l'encontre de la terminaison de son emploi autrement que par congédiement ne peut être renvoyé à l'arbitrage même si on a mis fin à son emploi pour des motifs disciplinaires. Dans certaines circonstances, l'employeur peut avoir le droit soit de renvoyer, soit de congédier l'employé stagiaire. L'inconduite de l'employé peut aussi bien constituer un motif de renvoi que justifier un congédiement. Dans de telles circonstances, l'employeur peut choisir soit de congédier, soit de renvoyer l'employé.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), chap. F-11, art. 11(2)f).
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-33, art. 28, 29, 31.
Loi sur les relations de travail dans la Fonction publi-

Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 2, 91(1), 92(1).

que, S.R.C. 1970, chap. P-35, art. 91(1).
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-35, art. 2, 91(1), 92(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

EXPLAINED AND APPLIED:

Jacmain v. Attorney General (Can.) et al., [1978] 2 S.C.R. 15; aff'g. [1977] 1 F.C. 91 (C.A.), *sub. nom. Attorney General of Canada v. Public Service Staff Relations Board*.

REFERRED TO:

Gloin v. Attorney General of Canada, [1978] 2 F.C. 307 (C.A.); *Attorney General of Canada v. Brent*, [1980] 1 F.C. 833 (C.A.); *Vachon v. R.*, [1982] 2 F.C. 455 (C.A.); *Wright v. Public Service Staff Relations Board*, [1973] F.C. 765 (C.A.); *R. v. Ouimet*, [1979] 1 F.C. 55 (C.A.).

COUNSEL:

Harvey A. Newman for applicant.
Andrew J. Raven for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady, Morin, Ottawa, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PRATTE J.A.: I have had the privilege of reading the reasons for judgment prepared by my brother Marceau. I agree with him and wish to add only a few observations to show that the solution he proposes is the only one that can be reconciled with the applicable statutory provisions.

In *Wright v. Public Service Staff Relations Board*¹ and *R. v. Ouimet*,² Chief Justice Jockett quoted the various statutory provisions pursuant to which an employment with the Civil Service may be terminated. It is interesting to note that those provisions do not only provide that the employment of a civil servant may come to an end in various ways, for diverse reasons and, often, with different results but they also give to each one of

¹ [1973] F.C. 765 (C.A.).

² [1979] 1 F.C. 55 (C.A.).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXPLIQUÉES ET APPLIQUÉES:

Jacmain c. Procureur général (Can.) et autre, [1978] 2 R.C.S. 15, confirmant [1977] 1 C.F. 91 (C.A.), intitulée *Procureur général du Canada c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*.

DÉCISIONS CITÉES:

Gloin c. Procureur général du Canada, [1978] 2 C.F. 307 (C.A.); *Procureur général du Canada c. Brent*, [1980] 1 C.F. 833 (C.A.); *Vachon c. R.*, [1982] 2 C.F. 455 (C.A.); *Wright c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1973] C.F. 765 (C.A.); *R. c. Ouimet*, [1979] 1 C.F. 55 (C.A.).

AVOCATS:

Harvey A. Newman pour le requérant.
Andrew J. Raven pour l'intimé.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.
Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady, Morin, Ottawa, pour l'intimée.

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

LE JUGE PRATTE, J.C.A.: J'ai eu le privilège de lire les motifs de jugement rédigés par mon collègue le juge Marceau. Je souscris à son opinion et désire seulement ajouter quelques observations visant à montrer que la solution qu'il propose est la seule qui soit conciliable avec les dispositions applicables des lois concernées.

Dans les arrêts *Wright c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*¹ et *R. c. Ouimet*², le juge en chef Jockett a cité les différentes dispositions statutaires en vertu desquelles il peut être mis fin à un emploi dans la fonction publique. Il est intéressant de noter que ces dispositions ne prévoient pas seulement que l'emploi d'un fonctionnaire peut prendre fin de diverses façons, pour des raisons variées et, souvent, avec

¹ [1973] C.F. 765 (C.A.).

² [1979] 1 C.F. 55 (C.A.).

these forms of termination a special name. Thus, for example,

—under section 28 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, a probationary employee may be “rejected”;

—under section 29 of the same Act, the deputy head may “lay off” an employee;

—under section 31, an incompetent or incapable employee may be “released”;

—finally, pursuant to paragraph 11(2)(f) of the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, an employee may be “discharged” for breaches of discipline or misconduct.

When subsection 92(1) of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, is read in that statutory context, it is clear, in my view, that the phrase “disciplinary action resulting in discharge” refers to disciplinary action taken by the employer in the exercise of powers conferred pursuant to paragraph 11(2)(f) of the *Financial Administration Act*; these words do not refer to any termination of employment that may be attributable to the violation by the employee of disciplinary rules. It follows that the grievance of an employee against the termination of his employment otherwise than by discharge cannot be referred to adjudication even if the employee’s employment was terminated for disciplinary reasons.

Does that interpretation give the employer the means of depriving the employee of his right to adjudication? Certainly not. In order for the employer to validly terminate an employment for breach of discipline otherwise than by discharge, the statutory requirements relating to the form of termination that he chooses to use must be met.

des conséquences différentes: dans leur version anglaise, elles confèrent également un nom particulier à chacune des formes revêtues par cette cessation. Ainsi, par exemple:

^a —en vertu de l’article 28 de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), chap. P-33, un stagiaire peut être «*rejected*» [dans la version française: «renvoyé»];

^b —aux termes de l’article 29 de cette même Loi, l’administrateur peut «*lay off*» [dans la version française: «mettre en disponibilité»] un employé;

^c —selon l’article 31, un employé incompetent ou incapable de remplir ses fonctions peut être «*released*» [dans la version française: «renvoyé»];

^d —finalement, en vertu de l’alinéa 11(2)(f) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), chap. F-11, un employé peut être «*discharged*» [dans la version française: «congédié»] pour manquement à la discipline ou inconduite.

^e Lorsque le paragraphe 92(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), chap. P-35 est interprété dans le contexte de telles dispositions législatives, il est clair, à mon avis, que le membre de phrase «une mesure disciplinaire entraînant le congédiement» vise des mesures disciplinaires prises par l’employeur dans l’exercice de pouvoirs conférés en vertu de l’alinéa 11(2)(f) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*; ces mots ne renvoient point à une cessation d’emploi attribuable à une violation des règles disciplinaires par l’employé. Il s’ensuit que le grief pris par un employé à l’encontre de la terminaison de son emploi autrement que par congédiement ne peut être renvoyé à l’arbitrage même si on a mis fin à son emploi pour des motifs disciplinaires.

ⁱ Cette interprétation confère-t-elle à l’employeur un moyen de priver l’employé de son droit à l’arbitrage? Certainement pas. Pour que l’employeur mette valablement fin à un emploi pour manquement à la discipline autrement que par congédiement, il lui faut observer les exigences statutaires ayant trait à la forme de la terminaison d’emploi qu’il a choisie. Par exemple, un employeur ne peut

For instance, an employer cannot reject an employee after the expiry of the probationary period; if he does, the rejection is a nullity (see *Wright v. Public Service Staff Relations Board*, *supra*).

In certain cases, the employer may have the power either to reject or discharge a probationary employee. This is so because, as noted by my brother Marceau, a lack of discipline or misbehaviour on the part of the employee is a reason for the employer to reject him; it may also be a reason warranting a discharge. In these cases, the employer has the choice of either discharging or rejecting the employee. Both the power to reject and the power to discharge are conferred on the deputy head; in each case he may, therefore, choose which one of those two powers he wants to use.

In agreement with my brother Marceau, I would set aside the decision under attack.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MARCEAU J.A.: The special interest of this application under section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] comes from the fact that it puts into sharp focus the relationship between the two Acts which, together with the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, fulfill the design of Parliament for the establishment, organization and management of the federal public service namely the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35 (P.S.S.R. Act) and the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33 (P.S.E. Act). Indeed it involves a reference to adjudication pursuant to the P.S.S.R. Act, of a rejection on probation made under the P.S.E. Act. The problem such a reference poses is far from being new. There is even a well known decision of the Supreme Court dealing with it. But this decision has given rise to difficulties of interpretation and, to my knowledge, it is the first time that this Court is called upon to

renvoyer* un employé après l'expiration de la période de stage; s'il le fait, le renvoi ainsi effectué est nul (voir l'arrêt *Wright c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, *supra*).

Dans certaines circonstances, l'employeur peut avoir le droit soit de renvoyer, soit de congédier l'employé stagiaire. Cette possibilité, ainsi que le note mon collègue le juge Marceau, est due au fait qu'un manquement à la discipline ou une inconduite de l'employé peut constituer un motif de renvoi aussi bien que justifier un congédiement. Dans de telles conditions, l'employeur a le choix de congédier ou de renvoyer l'employé. L'administrateur général est habilité à la fois à renvoyer et à congédier l'employé; suivant les circonstances de chaque cas, donc, il peut choisir d'exercer l'un ou l'autre de ces deux pouvoirs.

Comme mon collègue le juge Marceau, j'annulerais la décision attaquée.

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus en français par

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: L'intérêt particulier de la présente demande fondée sur l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7] tient à ce qu'elle fait ressortir nettement le lien existant entre la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), chap. P-35 (que nous appellerons L.R.T.F.P.) et la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), chap. P-33, (que nous appellerons L.E.F.P.), deux lois qui, avec la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), chap. F-11, assurent la mise sur pied, l'organisation et la gestion de l'administration publique fédérale. L'espèce concerne en effet un renvoi à l'arbitrage effectué conformément à la L.R.T.F.P. relativement à un renvoi en cours de stage qui a eu lieu sous le régime de la L.E.F.P. Le problème soulevé par ce dernier type de renvoi est loin d'être nouveau. Il fait même l'objet d'une décision bien connue de la Cour suprême. L'inter-

* Note du traducteur: dans la version anglaise, le terme «reject» est utilisé. Au paragraphe 2 des présents motifs, il est souligné que ce terme est particulier à la cessation d'emploi fondée sur l'article 28 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*.

consider the controversy that has developed since its pronouncement.³ What it is all about will become clear when the facts are set forth, the applicable legislation recalled and the impugned decision of the Public Service Staff Relations Board adjudicator briefly reviewed.

The respondent was first employed, as a secretary, with the Air Traffic Services Division of the Department of Transport, in Winnipeg, on August 1, 1986. It was a term employment, with the employee on probation, the term being initially established until January 6, 1987 but then extended to July 3, 1987. On March 11, 1987, the employer decided to put an end to the employment. The respondent was advised by letter that she was rejected on probation for "failure to perform the duties of Secretary to the standard required".

The respondent immediately reacted by presenting a grievance under subsection 91(1) of the P.S.S.R. Act claiming that her release from her position was unjustified. At each level of the grievance procedure, the authorized employer's representative reiterated, in effect, that it was a case of rejection on probation for failure to perform the duties of secretary to the standard of performance required and that the decision was justified. The respondent then asked that her grievance be referred to adjudication pursuant to subsection 92(1) (formerly subsection 91(1) [R.S.C. 1970, c. P-35]) of the P.S.S.R. Act, the text of which should at this point be recalled:

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

³ This Supreme Court decision is that of *Jacmain v. Attorney General (Can.) et al.*, [1978] 2 S.C.R. 15, rendered in 1977. I am aware of three decisions of this Court where reference to it has been made, but none of them dealt with the controversy we have to contend with here, see: *Gloin v. Attorney General of Canada*, [1978] 2 F.C. 307 (C.A.); *Attorney General of Canada v. Brent*, [1980] 1 F.C. 833 (C.A.); and *Vachon v. R.*, [1982] 2 F.C. 455 (C.A.).

prétation de cet arrêt a cependant donné lieu à des difficultés et, à ma connaissance, la présente espèce est la première dans laquelle notre Cour est appelée à examiner la controverse qui s'est développée depuis son prononcé³. Le sujet de cette controverse ressortira clairement une fois que nous aurons exposé les faits, rappelé les dispositions légales applicables et examiné brièvement la décision contestée de l'arbitre de la Commission des relations de travail dans la fonction publique.

L'intimée a été embauchée comme secrétaire au sein de la division du Service de la circulation aérienne du ministère des Transports à Winnipeg, le 1^{er} août 1986. Cet engagement était à l'essai et avait une durée déterminée, qui devait initialement prendre fin le 6 janvier 1987 mais a alors été prorogée au 3 juillet 1987. Le 11 mars 1987, l'employeur de l'intimée a décidé de mettre fin à son emploi. L'intimée a été avisée par lettre qu'elle était renvoyée en cours de stage pour avoir [TRA-
DUCTION] «manqué de satisfaire aux normes applicables à l'exercice des fonctions de secrétaire».

Réagissant immédiatement, l'intimée a déposé, conformément au paragraphe 91(1) de la L.R.T.F.P., un grief dans lequel elle prétendait que son renvoi était injustifié. À chacun des paliers de la procédure de griefs, le représentant autorisé de l'employeur a effectivement réitéré son affirmation que l'espèce concerne un renvoi en cours de stage pour défaut de la stagiaire d'exécuter les fonctions de secrétaire en respectant les critères qui leur étaient applicables, et il a affirmé que la décision de l'employeur était justifiée. L'intimée a alors demandé que son grief soit renvoyé à l'arbitrage conformément au paragraphe 92(1) (antérieurement le paragraphe 91(1) [S.R.C. 1970, chap. P-35]) de la L.R.T.F.P., une disposition qu'il convient de citer à ce point-ci:

92. (1) Après l'avoir porté jusqu'au dernier palier de la procédure applicable sans avoir obtenu satisfaction, un fonctionnaire peut renvoyer à l'arbitrage tout grief portant sur:

³ Cette décision de la Cour suprême est l'arrêt *Jacmain c. Procureur général (Can.) et autre*, [1978] 2 R.C.S. 15, qui a été prononcé en 1977. Je connais trois décisions de notre Cour faisant référence à cet arrêt, mais aucune ne traite de la controverse qui fait l'objet de la présente espèce; ces décisions sont les suivantes: *Gloin c. Procureur général du Canada*, [1978] 2 C.F. 307 (C.A.); *Procureur général du Canada c. Brent*, [1980] 1 C.F. 833 (C.A.); et *Vachon c. R.*, [1982] 2 C.F. 455 (C.A.).

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

(b) disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty,

and the grievance has not been dealt with to the satisfaction of the employee, the employee may, subject to subsection (2), refer the grievance to adjudication.

At the outset of the hearing before the adjudicator, counsel for the employer objected to the proceeding on the basis that the case was not one of disciplinary discharge arbitrable under the P.S.S.R. Act and its subsection 92(1), but rather one of rejection on probation pursuant to section 28 of the P.S.E. Act which reads thus:

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.

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

(3) The deputy head may, at any time during the probationary period of an employee, 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 to the employee, the employee ceases to be an employee at the end of that period.

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

(5) Notwithstanding anything in this Act, a person who ceases to be an employee pursuant to subsection (3) shall, if the appointment held by the person was made from within the Public Service, and may, in any other case, be placed by the Commission on such eligibility list and in such place thereon as in the opinion of the Commission is commensurate with the qualifications of the person.

As it was alleged in reply to the employer's contention that it would become clear on the evidence that a disciplinary discharge had in reality taken place via a rejection on probation, the adjudicator decided to take the objection to his jurisdiction under reserve and to hear the grievance on its merits.

On the evidence submitted to him, the adjudicator came to the conclusion that even if the grie-

a) l'interprétation ou l'application, à son endroit, d'une disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale;

b) une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une sanction pécuniaire.

Au commencement de l'audition tenue devant l'arbitre, l'avocat de l'employeur s'est opposé à l'application d'une telle procédure en prétendant que l'espèce ne mettait pas en jeu un congédiement pour des motifs disciplinaires pouvant faire l'objet d'un arbitrage conformément à la L.R.T.F.P. et à son paragraphe 92(1); selon cet avocat, la présente affaire concernait un renvoi en cours de stage effectué sous le régime de l'article 28 de la L.E.F.P., qui est ainsi libellé:

28. (1) À partir de la date de sa nomination, le fonctionnaire est considéré comme stagiaire durant la période fixée par la Commission pour lui ou la catégorie dont il relève.

(2) Dans le cas d'une nomination interne, l'administrateur général peut, s'il le juge opportun, réduire la durée du stage ou en dispenser le fonctionnaire.

(3) À tout moment au cours du stage, l'administrateur général peut aviser le fonctionnaire de son intention de le renvoyer, pour un motif déterminé, au terme du délai de préavis fixé par la Commission pour ce fonctionnaire ou la catégorie dont il relève; il en avise également la Commission. Sauf nomination par celle-ci dans un autre poste de la fonction publique avant l'expiration de ce délai, le fonctionnaire perd sa qualité de fonctionnaire au terme de cette période.

(4) Toute décision prise par l'administrateur général aux termes du paragraphe (3) doit être motivée auprès de la Commission.

(5) Le fonctionnaire qui perd sa qualité de fonctionnaire en application du paragraphe (3) est inscrit d'office, dans le cas d'une nomination interne, sur la liste d'admissibilité — et au rang — que la Commission juge correspondre à ses qualifications; dans le cas contraire, il peut l'être, mais à l'appréciation de la Commission.

Comme, en réponse à la prétention de l'employeur, il était allégué que la preuve révélerait clairement qu'en fait un congédiement à caractère disciplinaire avait été effectué au moyen d'un renvoi en cours de stage, l'arbitre a décidé de prendre cette opposition à sa compétence en délibéré et d'entendre le grief au fond.

Considérant la preuve qui lui avait été présentée, l'arbitre est arrivé à la conclusion que, même

vor's superiors had some reasons to be unsatisfied with her work, there decision to put an end to the employment was in fact due to incidents of a disciplinary nature which ensued in the course of discussing a performance appraisal prepared by her supervisor. The adjudicator recounts the incidents as follows (at page 12):

The evidence adduced before me showed that what Mr. Cottrell really wanted from Ms. Penner up to the incident in his office on March 5, was that she improve her weak areas. He never told her that if she did not do it to his full satisfaction by a certain date, she would be rejected on probation.

Why then was Ms. Penner rejected on probation on March 11, 1987? It was solely for incidents which occurred in Mr. Cottrell's office on March 4 and 5, 1987. These incidents, of a disciplinary matter, were not cause for rejection on probation. Ms. Penner first met with Mr. Cottrell on March 4. A heated discussion, with respect to the grievor's work performance, went on between Ms. Penner and her supervisor. At one point, the grievor decided to leave Mr. Cottrell's office. As she did, she slammed the door. The next day, March 5, Ms. Penner met again with her supervisor twice. The first time, the previous day's heated discussion resumed. Ms. Penner decided, at one time, she could no longer continue to discuss things with her supervisor. As she left his office, she again slammed the door. Ms. Penner came back later to Mr. Cottrell's office. She was told she would be rejected on probation. Ms. Penner became upset. She used profanity towards her supervisor. She threw appraisal papers in a waste basket. When Ms. Penner was cross-examined, she said that she told her supervisor on March 5, 1987 that he was a "fucking bastard". This was the forementioned profanity used by the grievor towards her supervisor.

Following the above incidents, Mr. Cottrell wrote the following, as dated March 5, 1987, in Ms. Penner's appraisal:

Not available for signature: employee became argumentative and refused to accept objective criticism of weak areas in performance or identified need for correction. She commenced accusing all support staff of having a personal grudge against her. She then flew into a rage slamming doors, tearing up appraisal documents and throwing current material to be filed in the waste basket (she subsequently retrieved these).

Nowhere did I see in Ms. Penner's appraisal that she should be rejected on probation.

On that view of the facts, the adjudicator saw no difficulty in confirming his jurisdiction and defining the issue before him as being whether "the way Ms. Penner acted on March 4 and 5 warranted disciplinary measure against her and, if so, did these disciplinary measures warrant a discharge or a lesser penalty?". His final decision was that,

si les supérieurs hiérarchiques de l'employée s'estimant lésée avaient des motifs d'être insatisfaits de son travail, leur décision de mettre fin à son emploi était due en réalité à certains incidents disciplinaires qui s'étaient déroulés lors d'une discussion relative à une appréciation de rendement préparée par le supérieur hiérarchique de l'intimée. L'arbitre relate ces incidents de la manière suivante (aux pages 14 et 15):

La preuve montre que ce que M. Cottrell souhaitait réellement de M^{me} Penner jusqu'à l'incident qui s'est produit dans son bureau le 5 mars, c'était qu'elle améliore ses points faibles. Il ne lui a jamais dit que si elle n'y parvenait pas à son entière satisfaction avant telle date, elle serait renvoyée en cours de stage.

Pourquoi alors M^{me} Penner a-t-elle été renvoyée en cours de stage le 11 mars 1987? C'était uniquement en raison des incidents qui s'étaient produits dans le bureau de M. Cottrell les 4 et 5 mars 1987. Ces incidents, de nature disciplinaire, ne constituaient pas un motif valable de renvoi en cours de stage. M^{me} Penner a d'abord rencontré M. Cottrell le 4 mars. Ils ont échangé des propos vifs concernant le rendement de l'employée s'estimant lésée. À un moment donné, cette dernière a décidé de quitter le bureau de M. Cottrell. Elle l'a fait en claquant la porte. Le lendemain, le 5 mars, M^{me} Penner a de nouveau rencontré son superviseur à deux reprises. La première fois, ils ont repris leur discussion animée de la veille. M^{me} Penner a fini par décider qu'elle ne pouvait plus continuer de discuter avec son superviseur. En sortant, elle a une fois de plus claqué la porte. M^{me} Penner est revenue plus tard au bureau de M. Cottrell, qui lui a dit qu'elle serait renvoyée au cours de stage. Elle s'est fâchée et a adressé des paroles injurieuses à son superviseur, après quoi elle a jeté son évaluation à la poubelle. En contre-interrogatoire, M^{me} Penner a déclaré qu'elle avait dit à son superviseur, le 5 mars 1987, qu'il était un «maudit écoeurant» («fucking bastard»). Ce sont là les paroles injurieuses dont il est fait mention plus haut.

À la suite des incidents susmentionnés, M. Cottrell a écrit ce qui suit, le 5 mars 1987, dans l'évaluation de M^{me} Penner:

[TRADUCTION] Non disponible pour signature: l'employée s'est mise à argumenter et a refusé d'accepter des critiques objectives à l'égard de ses points faibles et des domaines où elle devait se corriger. Elle a commencé à accuser tout le personnel de soutien de lui en vouloir. Elle s'est ensuite mise en colère, claquant les portes, déchirant son évaluation et jetant à la poubelle la documentation courante à classer (elle a plus tard ramassé ces documents).

Il n'est mentionné nulle part dans l'évaluation de M^{me} Penner qu'elle devrait être renvoyée en cours de stage.

Envisageant ainsi les faits, l'arbitre n'a vu aucune difficulté à confirmer sa compétence et à définir la question qui lui était soumise comme étant celle de savoir si «la façon dont M^{me} Penner s'est conduite les 4 et 5 mars justifiait qu'une mesure disciplinaire soit prise contre elle et, dans l'affirmative, si la mesure en question doit être le

although a disciplinary measure was no doubt warranted, discharge was too much, and a fifteen-day suspension was sufficient.

That the interdependence between the two Acts dealing with the management of the Public Service is directly put in question, as I mentioned at the outset, will now be clear. It is in the P.S.E. Act that probation is dealt with and the rejection for cause of a probationary employee is governed by that Act where it is left, in appearance at least, to the entire discretion of the employer, no supervision by an outside authority being provided for. On the other hand, a person employed in the Public Service for a period of six months or more is an employee covered by the P.S.S.R. Act even when he is on probation (see paragraph (g) of the definition of "employee" in section 2), and an employee subject to disciplinary measure may always resort to the protection afforded by that Act including the right to adjudication. How is this dichotomy to be managed? Here the adjudicator, without in any way suggesting bad faith on the part of the employer, saw as being disciplinary in nature the motives for which the employment was terminated, thus transforming a *bona fide* rejection on probation, in principle not arbitrable, into a disciplinary discharge fully subject to his review. Is that possibility part of the scheme intended by Parliament?

In *Jacmain v. Attorney General (Can.) et al.*, [1978] 2 S.C.R. 15, the Supreme court addressed the issue, but none of the three sets of reasons was endorsed by a majority of judges, with the result that difficulties of interpretation have arisen in the wake of its pronouncement. As I have been able to follow the jurisprudence of the Public Service Staff Relations Board, two schools of thought exist today, both looking for support to the *Jacmain* decision. Some adjudicators have taken the view that as soon as the reason that led to the rejection on probation could be regarded as disciplinary, that is to say could be linked to sanctionable misbehaviour or misconduct, they could inquire

congédiement ou une sanction moins sévère». Sa décision finale fut que, s'il ne faisait aucun doute qu'une mesure disciplinaire s'imposait, le congédiement était excessif et une suspension de 15 jours eût été suffisante.

Il est maintenant clair que, comme je l'ai mentionné au commencement des présents motifs, l'espèce met directement en question l'interdépendance des deux lois traitant de la gestion de la fonction publique. C'est dans la L.E.F.P. qu'il est traité du stage, et le renvoi motivé d'un stagiaire est régi par cette Loi, qui, du moins en apparence, laisse une telle question à la discrétion de l'employeur en ne prévoyant l'intervention d'aucune instance extérieure. D'autre part, une personne employée au sein de la fonction publique durant une période de six mois ou plus est un employé auquel s'applique la L.R.T.F.P. alors même qu'elle est en stage (voir l'alinéa g) de la définition du terme «employé» à l'article 2), et un employé visé par des mesures disciplinaires peut toujours avoir recours à la protection prévue par cette Loi, y compris le droit à l'arbitrage. Comment les dispositions prévoyant cette dichotomie doivent-elles être appliquées? En l'espèce, l'arbitre, sans aucunement suggérer que l'employeur ait pu être de mauvaise foi, a considéré que les motifs pour lesquels il avait été mis fin à l'emploi avaient un caractère disciplinaire, en sorte de transformer un renvoi en cours de stage effectué de bonne foi, une mesure qui en principe ne donne pas lieu à l'arbitrage, en un congédiement à caractère disciplinaire entièrement assujéti à sa révision. Cette possibilité est-elle prévue par le système que le Parlement a voulu instaurer?

Si la Cour suprême a traité de cette question dans l'arrêt *Jacmain c. Procureur général (Can.) et autre*, [1978] 2 R.C.S. 15, aucune des trois séries de motifs qui y ont été énoncées n'a emporté l'adhésion de la majorité des juges, de sorte que cette décision a donné lieu à des difficultés d'interprétation. Si j'ai bien suivi la jurisprudence de la Commission des relations de travail dans la fonction publique, deux écoles de pensée ont cours aujourd'hui, qui toutes deux veulent prendre appui sur l'arrêt *Jacmain*. Certains arbitres ont adopté le point de vue que, dès le moment où le motif ayant conduit au renvoi en cours de stage pouvait être considéré comme disciplinaire, c'est-à-dire pouvait

into the termination and, where appropriate, provide a remedy to the employee. The position of this group of adjudicators, among whom is, of course, the author of the decision here under review, has been championed especially by Mr. Bendel in many of his decisions, particularly in *Tighe* (Board File 166-2-15122) where we find the following passage:

Disciplinary action and rejection for cause of an employee on probation are not mutually exclusive concepts. Section 91 of the Act permits any employee who feels he has been the object of disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty to refer his grievance to adjudication. Parliament intended, in my view, that whatever form the disciplinary action might take and whatever label might be attached to it, a grievance relating thereto is referable to adjudication if it results in termination of employment. I do not regard it as improper for a probationary employee to be rejected for a cause that is related to his misconduct. The employer has an option, I would suggest, of processing such a termination as a discharge or as a rejection on probation. To describe a rejection on probation as "disguised disciplinary action", as if the employer had resorted to a subterfuge by rejecting the wayward employee rather than discharging him, reveals, in my view, a misapprehension of the relationship between section 91 of the Act and section 28 of the Public Service Employment Act. If the reason that led to the rejection on probation can be regarded as disciplinary, an adjudicator can inquire into the termination and, where appropriate, provide a remedy to the employee.

Other adjudicators have adopted quite a different attitude and accepted that they had no jurisdiction to inquire into the adequacy and the merit of the decision to reject, as soon as they could satisfy themselves that indeed the decision was founded on a real cause for rejection, that is to say a *bona fide* dissatisfaction as to suitability. In *Smith* (Board file 166-2-3017), adjudicator Norman is straightforward:

In effect, once credible evidence is tendered by the Employer to the adjudicator pointing to some cause for rejection, valid on its face, the discharge hearing on the merits comes shuddering to a halt. The adjudicator, at that moment, loses any authority to order the grievor reinstated on the footing that just cause for discharge has not been established by the Employer.

être relié à un écart de comportement ou à une inconduite susceptible de faire l'objet d'une sanction, ils pouvaient examiner les circonstances ayant donné lieu à la cessation d'emploi et accorder un redressement à l'employé lorsqu'une telle mesure était appropriée. Le point de vue de ce groupe d'arbitres — auquel appartient évidemment l'auteur de la décision assujettie au présent examen — a été défendu de façon particulière par M. Bendel dans de nombreuses décisions, et tout spécialement dans l'affaire *Tighe* (dossier N° 166-2-15122 de la Commission), où il dit:

La mesure disciplinaire et le renvoi pour un motif déterminé ne sont pas des concepts qui s'excluent mutuellement. L'article 91 de la Loi permet à l'employé qui estime avoir fait l'objet d'une mesure disciplinaire ayant entraîné le congédiement, la suspension ou une peine pécuniaire de renvoyer son grief à l'arbitrage. À mon avis, en adoptant cet article, le législateur voulait que, quelle que soit la forme que prenne la mesure disciplinaire et quelle que soit la formule employée pour la décrire, un grief s'y rapportant soit renvoyé à l'arbitrage si cette mesure entraînait le congédiement. Selon moi, il n'est pas incorrect qu'un employé en stage soit renvoyé pour un motif qui a trait à son inconduite. J'estime que l'employeur peut choisir de traiter une telle cessation d'emploi comme un congédiement ou comme un renvoi en cours de stage. Si l'on qualifie un renvoi en cours de stage de «mesure disciplinaire camouflée», comme si l'employeur avait eu recours à un subterfuge en renvoyant l'employé indiscipliné plutôt que de le congédier, c'est qu'on se méprend, à mon avis, sur le rapport qui existe entre l'article 91 de la LRTFP et l'article 28 de la Loi sur l'emploi dans la Fonction publique. Si le motif du renvoi en cours de stage peut être considéré comme un motif de nature disciplinaire, un arbitre peut alors enquêter sur la cessation d'emploi et, le cas échéant, accorder un redressement à l'employé.

D'autres arbitres ont adopté une attitude assez différente de celle qui précède: ils ont accepté la thèse selon laquelle, dès le moment où ils sont convaincus que la décision contestée était effectivement fondée sur un motif réel de renvoi, c'est-à-dire procédait d'une insatisfaction éprouvée de bonne foi à l'égard de l'aptitude de l'employé, les arbitres n'ont pas compétence pour examiner la question de savoir si la décision de renvoyer l'employé était appropriée ou était bien fondée. Dans l'affaire *Smith* (dossier N° 166-2-3017 de la Commission), l'arbitre Norman exprime sans détours sa pensée à ce sujet:

En effet, une fois que l'employeur a présenté à l'arbitre une preuve concluante indiquant un motif de renvoi valable à première vue, l'audition sur le fond dans l'affaire de congédiement ne peut alors aboutir qu'à une impasse soudaine. L'arbitre perd ainsi tout pouvoir pour ordonner que l'employé s'estimant lésé soit réintégré dans ses fonctions en faisant valoir à cet égard que l'employeur n'a pas donné de motif valable pour le congédiement.

In my opinion, the latter view is the only one that the *Jacmain* judgment authorizes and the only one that the legislation really supports.

Let us look again at the *Jacmain* judgment first. What does it stand for in that respect? In so far as Mr. Justice de Grandpré and the three judges who concurred with him are concerned, there can be no doubt as shown by these basic statements in his reasons (at pages 36-37):

The Court of Appeal held, when the case came before it, that the adjudicator did not have jurisdiction to weigh the cause of rejection, once it was established that this cause was not frivolous and that the rejection was not for reasons based on anything other than good faith

I concur with these views of the Court of Appeal:

The employer's right to reject an employee during a probationary period is very broad. To use the words of s. 28 of the *Public Service Employment Act*, mentioned above, it is necessary only that there be a reason.

The reasons of the two other judges forming the majority, written by Mr. Justice Pigeon, are not so straightforward, but, as I read them, they do not set out conflicting principles. Pigeon J. shows no reticence to answer in the affirmative the question left open by de Grandpré J., namely "whether the adjudicator has jurisdiction when the rejection is clearly a disciplinary action". But this to him is not the real issue, and on the real issue his basic thought does not differ from that of de Grandpré J. He writes (at page 42):

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

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

Réexaminons tout d'abord l'arrêt *Jacmain*. Comment se situe-t-il à cet égard? En ce qui concerne M. le juge de Grandpré et les trois juges ayant souscrit à son opinion, la réponse ne fait aucun doute, ainsi qu'il ressort des déclarations de base suivantes (aux pages 36 et 37):

Saisie de l'affaire, la Cour d'appel a jugé que l'arbitre n'avait pas la compétence de peser la valeur de la cause du renvoi, une fois établi que cette cause n'était pas frivole et que le renvoi n'avait pas été décidé pour des motifs fondés sur autre chose que la bonne foi

Je partage ces vues de la Cour d'appel:

Le droit appartenant à l'employeur de renvoyer un employé au cours du stage est très large. Pour employer les mots de l'art. 28 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* précité, il suffit qu'il y ait un motif, une raison.

Les motifs des deux autres juges de la majorité, qui ont été rédigés par M. le juge Pigeon, ne sont pas aussi directs; cependant, les principes qu'ils établissent n'entrent pas, selon moi, en conflit avec les principes susmentionnés. Le juge Pigeon n'hésite pas à répondre par l'affirmative à la question laissée ouverte par le juge de Grandpré, qui consiste à savoir «si l'arbitre a compétence lorsque le renvoi est clairement une mesure disciplinaire». Mais là n'est pas pour lui la véritable question soulevée, et, en ce qui concerne cette dernière, sa pensée ne diffère pas fondamentalement de celle du juge de Grandpré. Il écrit (à la page 42):

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

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

employee of the benefit of the grievance procedure by labelling a disciplinary discharge a rejection, I cannot agree that an adjudicator may proceed to revise a rejection on the basis that if he does not consider it adequately motivated, it must be found a disciplinary discharge.

Even the reasons of the three dissenting judges do not appear to me to go counter to what is basic in the position of the majority. Mr. Justice Dickson's [as he then was] approach is different as it focuses on the power of the Court of Appeal to substitute its appreciation for that of the Board as to the presence of a cause for rejection. I quote here the final and most telling part of his reasons (at pages 32-33):

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

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

The reasoning, with respect, contains fundamental fallacies. First, it approaches the matter from the wrong end. Two questions must be distinguished: (i) was the termination of employment disciplinary discharge, or rejection for cause? (ii) was termination justified? The first is a jurisdictional question; the second goes to the merits. Mr. Justice Heald answered the second question and used the answer to resolve the first question. The proper approach is to answer the first question and then, depending upon the answer, to proceed to the second question. Second, it does not inexorably follow that, simply because there lurked in the background some cause which might justify rejection, the termination must, of necessity, be rejection and not disciplinary discharge.

It is clear that five of the nine judges who rendered this *Jacmain* judgment expressed the opinion that an adjudicator seized of a grievance by an employee rejected on probation is entitled to look into the matter to ascertain whether the case is really what it appears to be. That would be an application of the principle that form should not take precedence over substance. A camouflage to deprive a person of a protection given by statute is hardly tolerable. In fact, we there approach the most fundamental legal requirement for any form of activity to be defended at law, which is good faith. But I simply do not see how this *Jacmain* judgment can be interpreted as lending support to the proposition that an adjudicator acting under section 92 of the P.S.S.R. Act would have jurisdic-

grief en baptisant un congédiement disciplinaire de renvoi, je ne peux admettre qu'un arbitre puisse réviser un renvoi au motif que s'il ne le trouve pas adéquatement motivé, il doit être considéré comme un congédiement disciplinaire.

^a Même les motifs des trois juges dissidents ne m'apparaissent pas contredire les aspects fondamentaux de l'opinion de la majorité. M. le juge Dickson [tel était alors son titre] aborde la question de façon ^b différente puisqu'il met l'accent sur le pouvoir de la Cour d'appel de substituer son appréciation à celle de la Commission en ce qui concerne la présence d'une cause de renvoi. Le passage suivant, qui est situé à la fin de ses motifs, est le plus ^c révélateur à cet égard (aux pages 32 et 33):

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

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

^e Avec égards, le raisonnement est fondé sur un sophisme. Premièrement, il inverse l'ordre de deux questions qu'il faut bien distinguer: (i) y avait-il congédiement disciplinaire ou renvoi pour un motif déterminé? (ii) la cessation de l'emploi était-elle justifiée? La première question est d'ordre juridictionnel; la seconde touche au fond. Le juge Heald a répondu à la seconde question, puis il a utilisé la réponse pour résoudre la première. La façon convenable de procéder était de répondre à la première question et ensuite, selon la réponse, d'aborder la seconde. Deuxièmement, ce n'est pas parce que se cache à l'arrière-plan une cause possible de renvoi que la cessation d'emploi doit nécessairement être un renvoi et non un congédiement disciplinaire.

Il est clair que cinq des neuf juges ayant rendu le jugement dans l'affaire *Jacmain* ont exprimé l'opinion qu'un arbitre saisi d'un grief déposé par un employé renvoyé en cours de stage a le droit ^h d'examiner les circonstances de l'affaire pour s'assurer qu'elle soit réellement ce qu'elle semble être. Cet examen serait effectué en application du principe selon lequel la forme ne devrait pas l'emporter sur le fond. L'on ne peut tolérer que, par l'effet ⁱ d'un camouflage, une personne soit privée de la protection que lui accorde une loi. En fait, la question qui entre alors en jeu est celle de la bonne foi, l'exigence légale qui est la plus fondamentale lorsqu'il s'agit de défendre la validité juridique de toute forme d'activité. Mais je ne vois pas du tout comment l'arrêt *Jacmain* s'interpréterait comme

tion to intervene against a rejection on probation pursuant to section 28 of the P.S.E. Act, on the sole basis that the motives behind the employer's decision were somehow linked to the misconduct or misbehaviour of the employee and could therefore have given rise to disciplinary measures. Even Mr. Justice Dickson, as I read his dissenting judgment, clearly disagrees with such a view, since, to the adjudicator called upon to verify the real meaning of the employer's decision, his sole admonition is, as we have seen: "it does not inexorably follow that, simply because there lurked in the background some cause which might justify rejection, the termination must, of necessity, be rejection and not disciplinary discharge".

The basic conclusion of the *Jacmain* judgment, as I read it, is that an adjudicator appointed under the P.S.S.R. Act is not concerned with a rejection on probation, as soon as there is evidence satisfactory to him that the employer's representatives have acted, in good faith, on the ground that they were dissatisfied with the suitability of the employee for the position. And, to me, this conclusion follows inexorably from the legislation as it is.

Indeed the legislation as a whole could hardly be interpreted as supporting any other view. As was said by Heald J. [[1977] 1 F.C. 91 (C.A.), *sub. nom. Attorney General of Canada v. Public Service Staff Relations Board*, at page 100], and approved by de Grandpré J. in his reasons in *Jacmain* (at page 37) "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*". Neither the func-

appuyant la proposition qu'un arbitre agissant sous le régime de l'article 92 de la L.R.T.F.P. est compétent à intervenir à l'encontre d'un renvoi en cours de stage sous le régime de l'article 28 de la L.E.F.P. pour la seule raison que les motifs sous-jacents à la décision de l'employeur étaient liés de quelque manière à une inconduite ou à un écart de comportement de l'employé, et qu'ils auraient pu, en conséquence, donner ouverture à des mesures disciplinaires. Même M. le juge Dickson, selon mon interprétation de son opinion dissidente, rejette clairement un tel point de vue; en effet, le seul avertissement qu'il donne à l'arbitre appelé à vérifier la signification réelle de la décision de l'employeur est, ainsi que nous l'avons vu, le suivant: «ce n'est pas parce que se cache à l'arrière-plan une cause possible de renvoi que la cessation d'emploi doit nécessairement être un renvoi et non un congédiement disciplinaire».

La conclusion fondamentale de l'arrêt *Jacmain* est, à mon avis, qu'un arbitre nommé sous le régime de la L.R.T.F.P. est sans compétence à l'égard d'un renvoi en cours de stage lorsque la preuve présentée le convainc que les représentants de l'employeur ont agi de bonne foi au motif qu'ils ne considéraient pas que l'employé possédait les aptitudes requises pour occuper le poste visé. Et cette conclusion, selon moi, découle inexorablement des dispositions législatives actuellement en vigueur.

En fait, la législation dans son ensemble pourrait difficilement s'interpréter comme appuyant une autre façon de voir. Comme l'a dit le juge Heald [1977] 1 C.F. 91 (C.A.), sous l'intitulé *Procureur général du Canada c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, à la page 100], dont les propos ont été approuvés par le juge de Grandpré dans ses motifs de l'arrêt *Jacmain* (à la page 37), «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

tion of a probationary period nor the structure of the legislation can be reconciled with the proposition that disciplinary discharge and rejection for cause are not mutually exclusive concepts. One is the ultimate sanction imposed by management for serious misbehaviour, the other is a termination of employment based on a *bona fide* dissatisfaction with suitability. It may be that this dissatisfaction with suitability arose from misconduct or misbehaviour by the employee, but that does not render the dissatisfaction any less real and legitimate nor does it permit us to confuse the rejection with a disciplinary sanction.

It was said that "to describe management's decision as not being disciplinary because it was based on perceived character defects would be to undermine much of the scheme of grievance adjudication in the Public Service." With respect, such a reaction appears to me to reflect a somewhat truncated view of the whole of the legislation governing the organization and management of the Public Service. It seems to me that while Parliament has seen fit to set up a scheme of grievance adjudication so as to submit the disciplinary powers of management to the control and supervision of an independent authority, it has not wanted such a scheme to interfere with the discretion and authority of management in selecting employees who will appear fully suitable for the positions to be occupied in its permanent staff, a discretion and authority which would be seriously and unrealistically impaired if cause for rejection were limited to strict technical qualification.

My disagreement with the decision of the adjudicator in the circumstances of the case before the Court will now be clear. While it is true that the incidents of March 4 and 5 have triggered management's decision to terminate the employment, there was no doubt that the decision was made in good faith and on the basis that the

de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique.*» Ni l'objet d'une période de stage, ni l'économie des dispositions légales en cause ne sont conciliables avec la proposition qu'un congédiement pour des motifs disciplinaires et un renvoi motivé ne sont pas des concepts mutuellement exclusifs. Le premier est la sanction ultime imposée par l'administration à la suite d'un grave écart de conduite, tandis que l'autre est une terminaison d'emploi faisant suite à une insatisfaction éprouvée de bonne foi quant aux aptitudes de l'employé. S'il est possible que cette appréciation négative de l'aptitude de l'employé ait été faite à la suite d'une inconduite ou d'un écart de comportement, cette circonstance n'atténue en rien la réalité ou la légitimité de l'insatisfaction éprouvée, et elle ne nous justifie pas de confondre le renvoi en cause avec une sanction disciplinaire.

L'on a prétendu que [TRADUCTION] «l'assertion selon laquelle la décision de l'administration n'a pas un caractère disciplinaire parce qu'elle est fondée sur ce qui serait des carences de la personnalité de l'employée a pour conséquence de saper en grande partie le régime prévu pour l'arbitrage des griefs de la fonction publique». Avec déférence, une telle réaction me semble procéder d'une conception quelque peu tronquée de l'ensemble de la législation régissant l'organisation et la gestion de la fonction publique. Je suis d'avis que si le Parlement a considéré qu'il convenait de mettre sur pied un système d'arbitrage des griefs pour soumettre les pouvoirs détenus par l'administration en matière de discipline au contrôle et à la supervision d'une autorité indépendante, il n'a pas eu l'intention que le régime ainsi instauré limite l'exercice par l'administration de son pouvoir discrétionnaire de choisir les employés lui apparaissant posséder toutes les qualités requises pour occuper les postes dévolus à son personnel permanent, un pouvoir discrétionnaire qui serait diminué de façon grave et irréaliste si le seul motif de renvoi admissible était la qualification technique au sens strict.

Mon désaccord avec la décision rendue par l'arbitre dans les circonstances de l'espèce ressortira à présent de façon claire. Bien qu'il soit vrai que les incidents du 4 et du 5 mars ont déclenché la décision de l'administration de mettre fin à l'emploi de l'intimée, il ne fait aucun doute que cette décision a été prise de bonne foi et avait pour motif

employee appeared unsuitable, partly because of shortcomings in her technical skills and mainly because of some perceived character defects. In those conditions the adjudicator had no jurisdiction to deal with the matter.

I would set aside the impugned decision.

MACGUIGAN J.A.: I concur.

que l'employée ne semblait pas posséder les qualités requises pour occuper l'emploi visé, en partie en raison des carences constatées dans ses habiletés techniques, et principalement en raison des carences de sa personnalité. Dans ces circonstances, l'arbitre n'avait pas la compétence voulue pour juger l'affaire.

a

b LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.