

A-466-91

A-466-91

**Michael W. Clare** (*Applicant*)**Michael W. Clare** (*requérant*)

v.

c.

**The Attorney General of Canada** (*Respondent*)<sup>a</sup> **Le procureur général du Canada** (*intimé*)*INDEXED AS: CLARE v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (C.A.)**RÉPERTORIÉ: CLARE c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.)*Court of Appeal, Heald, Linden and Robertson J.J.A.  
—Ottawa, November 17, 1992 and January 18, 1993.<sup>b</sup> Cour d'appel, juges Heald, Linden et Robertson,  
J.C.A.—Ottawa, 17 novembre 1992 et 18 janvier  
1993.

*Public Service — Termination of employment — Dismissal for cause — S. 28 application to set aside PSC Appeal Board decision dismissing appeal against release for incompetence under PSEA, s. 31 — Employee's unsatisfactory performance due to family problems, work-related stress — Request for medical assistance under Employee Assistance Program (EAP) refused by employer without reasons — Incompetence, temporary incapacity distinguished — Purpose of Act, s. 31 explained — Case law on temporary incapacity reviewed — Applicant's incapacity not temporary — Whether "duty to refer" recognized by s. 31 — Duty conditional upon pre-existing "duty to warn", in case of long-term employee — Respondent failing to discharge duty to refer — Not deemed to have acted in bad faith — Failure vitiating dismissal recommendation.*

<sup>c</sup> *Fonction publique — Fin d'emploi — Renvoi justifié — Demande fondée sur l'art. 28 en vue d'annuler la décision d'un comité d'appel de la CFP rejetant l'appel à l'égard d'un congédiement pour cause d'incompétence en application de l'art. 31 de la LEFP — Le rendement insatisfaisant de l'employé était attribuable à des problèmes familiaux et au stress lié à son travail — L'employeur a refusé sans motif une demande d'aide médicale dans le cadre du Programme d'aide aux employés (PAE) — Distinction faite entre l'incompétence et l'incapacité temporaire — Explication du but de l'art. 31 de la Loi — Examen de la jurisprudence sur l'incapacité temporaire — L'incapacité du requérant n'était pas temporaire —*

<sup>d</sup> *L'«obligation d'envoyer en consultation» est-elle reconnue par l'art. 31? — Dans le cas d'un employé justifiant de longs états de service, cette obligation existe s'il y a déjà une «obligation d'avertir» — L'intimé a manqué à son obligation d'envoyer en consultation — Il n'est pas réputé avoir agi de mauvaise foi — Le manquement vicie la recommandation de renvoi.*

This was a section 28 application to set aside a decision of the Public Service Commission Appeal Board upholding a departmental recommendation that the applicant be released under section 31 of the *Public Service Employment Act* on the basis of incompetence. The applicant, who was a long-term employee with the federal government, was transferred from Transport Canada to the Department of Supply and Services in December of 1984. He received "satisfactory" performance appraisals for the period December 1985 - December 1, 1987 but his rating fell to "unsatisfactory" for the period December 1, 1987 to March 31, 1989 and again from April 1, 1989 to January 8, 1991. He explained his poor job performance by saying that, during the relevant periods, he was temporarily incapacitated due to family problems and work-related stress. Moreover, his employer had failed to respond to repeated requests for assistance under the Employee Assistance Program (EAP) and, in his opinion, this failure to comply with a "duty to refer" constituted bad faith. The issues were 1) whether the Appeal Board erred in law in affirming the finding of incompetence made against the applicant and 2) whether the respondent was under a "duty to refer" and if so, whether such duty had been discharged.

<sup>e</sup> *Il s'agit d'une demande fondée sur l'article 28 en vue de faire annuler une décision d'un comité d'appel de la Commission de la fonction publique, lequel a maintenu une recommandation ministérielle portant que le requérant soit congédié pour cause d'incompétence en application de l'article 31 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique. Le requérant, qui justifiait de longs états de service auprès du gouvernement fédéral, a été muté de Transports Canada au ministère des Approvisionnements et Services en décembre 1984. Son rendement a été jugé «satisfaisant» du mois de décembre 1985 au 1<sup>er</sup> décembre 1987, mais a été jugé «insatisfaisant» du 1<sup>er</sup> décembre 1987 au 31 mars 1989, et de nouveau, du 1<sup>er</sup> avril 1989 au 8 janvier 1991. Pour expliquer son piètre rendement au travail, le requérant a affirmé que pendant les périodes en cause, il souffrait d'une incapacité temporaire attribuable au stress que lui causaient des problèmes familiaux et professionnels. En outre, son employeur n'avait pas donné suite à ses demandes répétées d'aide conformément au Programme d'aide aux employés (PAE) et, à son avis, ce défaut d'avoir rempli l'«obligation d'envoyer en consultation» équivalait à de la mauvaise foi. Les questions en litige étaient de savoir 1) si le Comité d'appel avait commis une erreur de droit en entérinant la conclusion selon laquelle le requérant était incompétent et 2) si l'intimé avait une «obligation d'envoyer en consultation» et, dans l'affirmative, si cette obligation avait été remplie.*

*Held*, the application should be allowed.

1) A finding of just cause for dismissal on the ground of incompetence is exceedingly rare. More often than not, poor job performance is the result of several contributing factors, including poor health and personality clashes with management. Moreover, it is often difficult to determine whether a dismissal is warranted because of incompetence or breaches of discipline. Although a valid distinction can be drawn between the terms "incompetent" and "incapable", it is misleading to suggest that section 31 of the Act is directed at classifying employees as either incompetent or incapacitated. The purpose of this provision is to determine whether an employee has failed to meet the required level of job performance and not to find out the reasons underlying the failure to meet the expected standard. The word "incapable" is meant to cover situations where employees are unable to perform their duties and hence it is impossible to evaluate their performance in terms of incompetence, that is a failure to meet an objective standard. The applicant has demonstrated that he was capable of performing the duties of his position. Nothing turns on whether the terms "incompetent" and "incapacity" are synonymous, the only issue of importance to the applicant's case being the matter of "temporariness", whether it relates to incompetence or incapacity. Section 31 was not intended to allow a department to release employees whose immunity system is unable to protect them against temporal afflictions. Temporary incapacity is a factor to be reckoned with when a recommendation for dismissal is made under section 31. In the instant case, there was no basis on which the applicant's so-called incapacity could have been characterized as temporary at the time the recommendation to release was made.

2) To answer the question whether a "duty to refer" should be recognized under section 31 of the Act, it is necessary to outline the precise scope of that duty. Once an employer has established an EAP and the employee seeks assistance, a "duty to refer" should arise, if the circumstances are such that the employer is under a pre-existing obligation to comply with the "duty to warn" as outlined in the case of *Dansereau v. Canada (Public Service Appeal Board)*. The "duty to refer", which should be recognized as a concomitant obligation of the "duty to warn", is but a logical extension of the law applied in *Dansereau* and one which is in accordance with the dictates of fairness and modern labour relations. These implied duties to "accommodate", "warn" or "refer" are for the benefit of long-term employees whose tenure is of itself a direct challenge to a finding of incompetence or incapability. The "duty to refer" neither transforms government policy as reflected in the EAP into law, nor invites consideration of a host of legal issues generated by the establishment and implementation of such programs. The failure of the respondent to take reasonable steps to ensure that the applicant took advantage of whatever the EAP had to offer did work an injustice in that it prevented the employee from making an informed decision with respect to his available options, one of them being a temporary leave of absence. The "duty to refer", as it is presently cast, does not unduly intrude upon an employer's rights. It serves another equally valid purpose, namely, to ensure that an employer who

*Arrêt*: la demande doit être accueillie.

1) Il est extrêmement rare que l'incompétence soit considérée comme un motif suffisant de renvoi. Dans la plupart des cas, le mauvais rendement au travail résulte de plusieurs facteurs contributifs, y compris les problèmes de santé et les conflits de personnalité avec l'employeur. En outre, il est souvent difficile de savoir si un renvoi est justifié pour motif d'incompétence ou d'indiscipline. Bien qu'une distinction valable puisse être faite entre l'employé «incompétent» et l'employé «incapable», il est trompeur de suggérer que l'article 31 de la Loi vise à classer les employés en deux catégories, c'est-à-dire les incompetents et ceux qui souffrent d'une incapacité. Aux fins de cette disposition, il faut se demander si un employé a fait défaut de remplir les normes de rendement voulues au travail et non se demander pourquoi il ne les a pas remplies. Le mot «incapable» s'entend de l'employé qui est empêché de remplir ses fonctions, si bien qu'il est impossible, aux fins d'évaluer son rendement, de parler d'incompétence, c'est-à-dire le défaut de remplir une norme objective. Le requérant a démontré qu'il était capable de remplir les fonctions de son poste. Il n'importe pas que les termes «incompétent» et «incapable» soient synonymes ou non. La seule question importante pour le requérant est de savoir si l'incompétence ou l'incapacité est «temporaire». L'article 31 ne vise pas à permettre à un ministère de renvoyer un employé dont le système immunitaire est incapable de le protéger contre un mal temporaire. L'incapacité temporaire est un facteur dont il faut tenir compte lorsqu'il s'agit de faire une recommandation de renvoi conformément à l'article 31. En l'espèce, rien ne permettait de qualifier de temporaire la prétendue incapacité du requérant au moment où la recommandation de renvoi a été faite.

2) Pour répondre à la question de savoir s'il y a lieu de reconnaître une «obligation d'envoyer en consultation» conformément à l'article 31 de la Loi, il faut circonscrire la portée exacte de cette obligation. Dès que l'employeur établit un PAE et que l'employé demande de l'aide, il y a une «obligation d'envoyer en consultation» si l'employeur, vu les circonstances, est déjà assujéti à une «obligation d'avertir» d'après les critères énoncés dans l'arrêt *Dansereau c. Canada (Comité d'appel de la fonction publique)*. L'«obligation d'envoyer en consultation», qu'il faut reconnaître comme obligation concomitante à l'«obligation d'avertir», n'est qu'un prolongement logique de la règle de droit appliquée dans l'arrêt *Dansereau*, règle conforme aux exigences de l'équité et des relations du travail modernes. Ces obligations implicites d'«accommoder», d'«avertir» ou d'«envoyer en consultation» sont à l'avantage des employés justifiant de longs états de service, dont l'ancienneté est elle-même un obstacle direct à un verdict d'incompétence ou d'incapacité. L'«obligation d'envoyer en consultation» ne donne pas force de loi à la politique du gouvernement énoncée dans le PAE et ne nous amène pas à examiner une foule de questions juridiques soulevées par l'établissement et la mise en œuvre de tels programmes. Le défaut de l'intimé d'avoir pris des mesures raisonnables pour veiller à ce que le requérant se prévale du PAE a causé une injustice puisqu'il a empêché l'employé de prendre une décision éclairée face aux possibilités qui lui étaient offertes, notamment la possibilité de

is truly acting in good faith arrives at a decision which is in the best interests of both parties.

The applicant, on his own initiative, sought professional assistance to which the respondent replied by a letter of "indifference", being under the impression that the applicant was already receiving professional counselling. Had the respondent communicated directly with the applicant, any misunderstanding might have been avoided. The respondent's mistaken notion as to the true facts cannot have the legal effect of negating the "duty to refer". This duty having not been discharged, it is necessary to prescribe the legal consequences of the breach. There is no factual or legal basis on which the respondent can be deemed to have acted in bad faith. The burden of proof is on the party alleging bad faith; such burden is not easily discharged and in fact, a finding of bad faith, such as that made in *Dansereau*, is the exception and not the rule. The applicant failed to meet the required standard of work performance and although his work environment may have contributed to the stress he was experiencing because of his family situation, it cannot be said that the actions or omission of the respondent were the *causa causans* of the applicant's "unsatisfactory" performance. The respondent's breach must be regarded as a failure to meet a condition precedent which vitiates the dismissal recommendation. If that were not the effect of a breach, no purpose would be served in recognizing a "duty to refer" or for that matter a "duty to warn".

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 61.5.

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8).

*Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 27, 31.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Dansereau v. Canada (Public Service Appeal Board)*, [1991] 1 F.C. 444; (1990), 91 CLLC 14,010; 122 N.R. 122 (C.A.); *Bell Canada v. Hallé* (1989), 29 C.C.E.L. 213; 89 CLLC 14,052; 99 N.R. 149 (F.C.A.).

##### CONSIDERED:

*Homstel v. Canada (Public Service Commission Appeal Board)*, A-303-89, Heald J.A., judgment dated 14/2/90, F.C.A., not reported; *Perras v. R.*, [1982] 2 F.C. 589 (T.D.); *Drummond v. Department of Fisheries and Oceans*, [1986] ABD [7-1] 3.1 (a)-12 (P.S.C.A.B.); *Ahmad v. Public Service Commission*, [1974] 2 F.C. 644; (1974), 51 D.L.R. (3d) 470; 6 N.R. 287 (C.A.); *Dickinson v. Department of National Revenue (Taxation)*, [1987]

prendre un congé temporaire. L'«obligation d'envoyer en consultation» dont il est question en l'espèce n'empiète pas indûment sur les droits de l'employeur. Elle permet d'atteindre un autre objectif, également valable, c'est-à-dire veiller à ce qu'un employeur qui agit véritablement de bonne foi prenne une décision qui soit dans le meilleur intérêt des deux parties.

Le requérant, de sa propre initiative, a demandé de l'aide professionnelle et l'intimé a répondu à la demande par une lettre qui témoignait de son «indifférence», parce qu'il croyait que le requérant était déjà suivi par un professionnel. Si l'intimé avait communiqué directement avec le requérant, tout malentendu aurait pu être évité. Que l'intimé ait mal apprécié les faits ne saurait avoir pour effet juridique de le dispenser de l'«obligation d'envoyer en consultation». Puisque cette obligation n'a pas été remplie, il faut prescrire les conséquences juridiques du manquement. Ni les faits, ni le droit ne nous permettent de conclure que l'intimé a agi de mauvaise foi. Il appartient à celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver; il n'est pas facile de s'acquitter de ce fardeau et, de ce fait, un verdict de mauvaise foi, comme celui dans l'arrêt *Dansereau*, est l'exception, et non la règle. Le rendement au travail du requérant ne remplissait pas la norme requise et, même si le milieu de travail de ce dernier a pu contribuer au stress qu'il vivait à cause de sa situation familiale, l'on ne peut pas dire que les actes ou les omissions de l'intimé étaient à l'origine du rendement «insatisfaisant» du requérant. Le manquement de l'intimé doit être considéré comme un défaut d'avoir rempli une condition préalable, ce qui a pour effet de vicier la recommandation de renvoi. Telle doit être la conséquence du manquement car autrement, il serait inutile de reconnaître l'existence d'une «obligation d'envoyer en consultation», voire une «obligation d'avertir».

#### f LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, art. 61.5.

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8).

*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 27, 31.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Dansereau c. Canada (Comité d'appel de la fonction publique)*, [1991] 1 C.F. 444; (1990), 91 CLLC 14,010; 122 N.R. 122 (C.A.); *Bell Canada c. Hallé* (1989), 29 C.C.E.L. 213; 89 CLLC 14,052; 99 N.R. 149 (C.A.F.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Homstel c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la fonction publique)*, A-303-89, le juge Heald, J.C.A., jugement en date du 14-2-90, C.A.F., non publié; *Perras c. R.*, [1982] 2 C.F. 589 (1<sup>re</sup> inst.); *Drummond c. ministère des Pêches et des Océans*, [1986] DCA [7-1] 3.1 (a)-12 (C.A.C.F.P.); *Ahmad c. La Commission de la Fonction publique*, [1974] 2 C.F. 644; (1974), 51 D.L.R. (3d) 470; 6 N.R. 287 (C.A.); *Dickinson c. ministère du Revenu*

ABD [8-1] 162 (P.S.C.A.B.); *Casey v. General Inc. Ltd.* (1988), 73 Nfld. & P.E.I.R. 103 (S.C.T.D.); *Yeager v. R.J. Hastings Agencies Ltd.*, [1985] 1 W.W.R. 218; (1984), 5 C.C.E.L. 266 (B.C.S.C.); *Rivest v. Canfarge Ltd.* (1977), 4 A.R. 164; [1977] 4 W.W.R. 515; 1 B.L.R. 316 (S.C.T.D.); *Claver v. Canada*, A-1892-83, Pratte J.A., judgment dated 21/2/91, F.C.A., not reported.

REFERRED TO:

*Snaauw v. Public Service Commission Appeal Board*, [1980] 1 F.C. 78; (1979), 30 N.R. 581 (C.A.); *Nelson v. Attorney General of Canada*, [1980] 2 F.C. 38 (C.A.); *Schechter v. Canada* (1986), 8 F.T.R. 144 (F.C.T.D.); *Canadian National Railway Company v. Niles*, A-481-91, Heald J.A., judgment dated 2/7/92, F.C.A., not yet reported; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689.

AUTHORS CITED

Finkelman, Jacob. *Employer-Employee Relations in the Public Service of Canada; Proposals for Legislative Change*, Part I, March 1974, Ottawa: Information Canada, 1974.

Lehr, Richard I. & David J. Middlebrooks, "Legal Implications of Employee Assistance Programs" (1986), 12 *Employee Relations Law Journal* 262.

Loomis, Lloyd. "Employee Assistance Programs: Their Impact on Arbitration and Litigation of Termination Cases" (1986), 12 *Employee Relations Law Journal* 275.

Sproat, John R. *Employment Law Manual*, Toronto: Carswell, 1990.

APPLICATION to set aside a decision of the Public Service Commission Appeal Board affirming a departmental recommendation that the applicant be released under section 31 of the *Public Service Employment Act* on the basis of incompetence. Application allowed.

COUNSEL:

*Andrew J. Raven* for applicant.  
*Dogan D. Akman* for respondent.

SOLICITORS:

*Raven, Jewitt & Allen*, Ottawa, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

*national (Impôt)*, [1987] DCA [8-1] 162 (C.A.C.F.P.); *Casey v. General Inc. Ltd.* (1988), 73 Nfld. & P.E.I.R. 103 (C.S. 1<sup>re</sup> inst.); *Yeager v. R.J. Hastings Agencies Ltd.*, [1985] 1 W.W.R. 218; (1984), 5 C.C.E.L. 266 (C.S.C.-B.); *Rivest v. Canfarge Ltd.* (1977), 4 A.R. 164; [1977] 4 W.W.R. 515; 1 B.L.R. 316 (C.S. 1<sup>re</sup> inst.); *Claver c. Canada*, A-1892-83, le juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 21-2-91, C.A.F., non publié.

DÉCISIONS CITÉES:

*Snaauw c. Le Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*, [1980] 1 C.F. 78; (1979), 30 N.R. 581 (C.A.); *Nelson c. Le procureur général du Canada*, [1980] 2 C.F. 38 (C.A.); *Schechter c. Canada* (1986), 8 F.T.R. 144 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Niles*, A-481-91, le juge Heald, J.C.A., jugement en date du 2-7-92, C.A.F., encore inédit; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689.

DOCTRINE

Finkelman, Jacob. *Employeur-employés—Relations de travail dans la Fonction publique du Canada; Propositions de modification législative*, Partie I, mars 1974, Information Canada, 1974.

Lehr, Richard I. & David J. Middlebrooks, «Legal Implications of Employee Assistance Programs» (1986), 12 *Employee Relations Law Journal* 262.

Loomis, Lloyd. «Employee Assistance Programs: Their Impact on Arbitration and Litigation of Termination Cases» (1986), 12 *Employee Relations Law Journal* 275.

Sproat, John R. *Employment Law Manual*, Toronto: Carswell, 1990.

DEMANDE en vue d'annuler une décision d'un comité d'appel de la Commission de la fonction publique entérinant une recommandation ministérielle pour que le requérant soit congédié pour cause d'incompétence conformément à l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. Demande accueillie.

AVOCATS:

*Andrew J. Raven* pour le requérant.  
*Dogan D. Akman* pour l'intimé.

PROCUREURS:

*Raven, Jewitt & Allen*, Ottawa, pour le requérant.

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

ROBERTSON J.A.: This application, under section 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8], is concerned with the rights and obligations of an employer confronted with a long-term employee whose performance is now deficient when measured against an objective standard. As is often the case, the employee seeks to negate the employer's right to dismiss for cause by asserting the latter's failure to fulfil an obligation. The nub of this case is whether we are prepared, as a matter of first impression, to recognize and impose an obligation which in the context of the applicable legislation must be characterized as an implied term of the employment contract.

The application is to set aside a decision of the Public Service Commission Appeal Board (hereinafter the "Board") established by the Public Service Commission (hereinafter the "Commission") in response to an appeal initiated by the applicant against a departmental recommendation that he be released under section 31 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, (hereinafter the "Act") on the basis of incompetence. The Board having dismissed the applicant's appeal, the Commission was obligated to "release" this employee after twenty-three years in the federal Public Service.

The applicant submits that the Board erred when it affirmed the Department's finding of incompetence when in fact and law he was temporarily incapacitated due to family and work-related stress. Correlatively, it is maintained that the Department in question was under a duty to respond to the applicant's repeated requests for assistance (professional counselling) having regard to the Employee Assistance Program (hereinafter the "EAP") established by the employer. The failure to comply with, what I shall term, the "duty to refer" is said to constitute bad faith and hence the Board's decision must be set aside.

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: La présente demande, fondée sur l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [mod. par S.C. 1990, ch. 8, art. 8] intéresse les droits et obligations d'un employeur dont un des employés justifiant de longs états de service ne fournit plus un rendement satisfaisant au travail, par rapport à une norme objective. Comme c'est souvent le cas, l'employé en cause prétend que son employeur n'a pas le droit de le renvoyer, même pour un motif déterminé, vu qu'il n'a pas rempli une certaine obligation. En l'espèce, il s'agit essentiellement de décider s'il y a lieu, à première vue, de reconnaître et de sanctionner l'existence d'une obligation qui, dans le contexte de la législation applicable, doit être caractérisée comme une condition implicite du contrat de travail.

La demande vise à faire annuler une décision du Comité d'appel de la Commission de la fonction publique (ci-après appelé le «Comité»), établi par la Commission de la fonction publique (ci-après appelée la «Commission»). Le Comité était saisi d'un appel, interjeté par le requérant, à l'encontre d'une recommandation ministérielle portant que le requérant soit congédié pour cause d'incompétence, en application de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33 (ci-après appelée la «Loi»). Vu le rejet de l'appel du requérant par le Comité, la Commission a dû le renvoyer après vingt-trois années de service à la fonction publique fédérale.

Le requérant prétend que le Comité a eu tort d'entériner la conclusion du Ministère selon laquelle il était incompetent, alors qu'en fait et en droit, il souffrait plutôt d'une incapacité temporaire, attribuable au stress que lui causaient des problèmes familiaux et professionnels. De façon corrélatrice, le requérant soutient que le ministère en cause avait l'obligation de donner suite à ses demandes répétées d'aide (sous forme de counselling professionnel), eu égard au Programme d'aide aux employés (ci-après appelé le «PAE»), établi par l'employeur. Selon le requérant, le défaut d'avoir rempli cette obligation, que je qualifierais d'«obligation d'envoyer en consultation», équivaut à de la mauvaise foi, si bien que la décision du Comité doit être annulée.

The respondent maintains that: (1) there is no basis on which to interfere with the Department's assessment that the applicant was incompetent; (2) there is no "duty to refer"; and (3) the respondent's officials did not act in bad faith.

## FACTS

The facts relevant to this application touch on three distinct matters: (1) the applicant's performance appraisals during his tenure with the Department in question; (2) the reasons offered to explain his "unsatisfactory performance"; and (3) the circumstances surrounding his requests for assistance.

In December of 1984, the applicant was given a probationary appointment to the position of Contracting Officer with the Department of Supply and Services (hereinafter the "Department") on a lateral transfer from Transport Canada. On expiration of the twelve-month probationary period the applicant's appointment became permanent. From that date until December 1, 1987, the applicant received "satisfactory" performance appraisals.<sup>1</sup> That is to say, he fulfilled all of the basic requirements of the position while needing improvement in some areas.

The applicant's performance rating fell to "unsatisfactory" for the period December 1, 1987, to March 31, 1989.<sup>2</sup> During that period he failed to meet one or more of the basic requirements of the position such that significant improvement in job performance was needed. Moreover, the situation did not improve.

From April 1, 1989 to January 8, 1991, the applicant continued to perform at the "unsatisfactory" level, save for a brief period of four months (November, 1989—February, 1990) when he was, at his own request, working under close supervision.<sup>3</sup> In summary, the performance reviews reveal that the applicant performed at the "satisfactory" level for the first three years and at the "unsatisfactory" level for the remaining three.

<sup>1</sup> See A.B., Vol. II, Exhibit D-43, at p. 163.

<sup>2</sup> See A.B., Vol II, Exhibit D-39, at p. 143.

<sup>3</sup> See A.B., Vol. II, Exhibit D-39, at p. 143, covering the period December 1, 1987, to March 31, 1989, and Vol. I, Exhibit D-29, at p. 113, for the period October 1, 1989, to March 31, 1990, and Vol. I, Exhibit D-13, at p. 52, for the period April 1, 1990, to October 31, 1990.

Selon l'intimé: (1) rien ne permet d'infirmar la conclusion du Ministère selon laquelle le requérant était incompetent; (2) il n'existe aucune «obligation d'envoyer en consultation»; (3) les fonctionnaires de l'intimé n'ont pas agi de mauvaise foi.

## LES FAITS

Les faits pertinents en l'espèce intéressent trois questions distinctes: (1) les appréciations de rendement du requérant pendant qu'il était à l'emploi du ministère en cause; (2) les motifs invoqués pour expliquer son «rendement insatisfaisant»; (3) les circonstances dans lesquelles il a demandé de l'aide.

En décembre 1984, le requérant a été nommé comme stagiaire au poste d'agent de négociation des contrats au ministère des Approvisionnements et des Services (ci-après appelé le «Ministère»), à la suite d'une mutation latérale de Transports Canada. À l'expiration de son stage de douze mois, le requérant a été titularisé. Puis, jusqu'au 1<sup>er</sup> décembre 1987, le rendement du requérant a toujours été jugé «satisfaisant»<sup>1</sup>. Autrement dit, il remplissait toutes les exigences fondamentales du poste, bien que son travail laissât à désirer sous certains rapports.

Du 1<sup>er</sup> décembre 1987 au 31 mars 1989, le rendement du requérant a été jugé «insatisfaisant»<sup>2</sup>. Au cours de cette période, il ne remplissait pas une ou plusieurs des exigences fondamentales du poste, de sorte qu'il devait améliorer sensiblement son rendement au travail. Qui plus est, la situation ne s'est pas améliorée.

Du 1<sup>er</sup> avril 1989 au 8 janvier 1991, le rendement du requérant a continué d'être «insatisfaisant», sauf pour une courte période de quatre mois (de novembre 1989 à février 1990), quand il travaillait, à sa propre demande, sous étroite supervision<sup>3</sup>. En somme, les évaluations révèlent que le rendement du requérant était «satisfaisant» pendant les trois premières années et «insatisfaisant» pendant les trois années subséquentes.

<sup>1</sup> Voir D.A., vol. II, pièce D-43, à la p. 163.

<sup>2</sup> Voir D.A., vol. II, pièce D-39, à la p. 143.

<sup>3</sup> Voir D.A., vol. II, pièce D-39, à la p. 143, pour la période du 1<sup>er</sup> décembre 1987 au 31 mars 1989; vol. I, pièce D-29, à la p. 113, pour la période du 1<sup>er</sup> octobre 1989 au 31 mars 1990; vol. I, pièce D-13, à la p. 52, pour la période du 1<sup>er</sup> avril 1990 au 31 octobre 1990.

Of immediate relevance are the reasons proffered by the applicant to explain his unsatisfactory performance over a period of three years. In this regard, attention must focus initially on matters arising outside the work environment. From the appeal record, it is apparent that the circumstances surrounding the ill health of the applicant's wife and the sexual abuse experienced by his son might very well have had a profound impact on this employee and one which intruded into his professional life.

In 1985, Mr. Clare's wife became extremely ill and nearly died a year later. She had been diagnosed with Crohn's disease and underwent major surgery. In 1990, she was admitted to hospital because of complications from the disease and the earlier surgery. In June of 1990, she underwent testing for what was thought to be bone cancer but which later proved to be symptomatic of the treatment being administered for Crohn's disease.

Sometime in 1987, the applicant's son attended a course organized by a local educational institution.<sup>4</sup> Befriended by an instructor and sexually assaulted over an extended time period, the matter was not fully disclosed until sometime in 1990.<sup>5</sup> During this time frame, the behaviour of the applicant's son led to physical confrontations with his parents. Consequently, police intervention was required.

The accepted evidence of Dr. Wayne, a psychologist who testified on behalf of the applicant, was that the latter was under substantial stress both at work and at home over a two-year period.<sup>6</sup> With respect to work-related stress, Dr. Wayne and the Board referred specifically to the "personality conflict" between the

<sup>4</sup> The date 1987 is deduced from the Psychology Report of Dr. Wayne (see A.B., Vol. II, Exhibit A-2, at p. 198).

<sup>5</sup> See A.B., Vol. II, Exhibit A-2, at pp. 198-199, Psychology Report of Dr. Michael Wayne.

<sup>6</sup> See A.B., Vol. II, at p. 200.

Il faut tout d'abord énoncer les motifs donnés par le requérant pour expliquer son rendement insatisfaisant pendant trois ans. À cet égard, il convient d'abord de relater des événements survenus en dehors du milieu de travail. Il ressort du dossier d'appel que les problèmes de santé qu'a connus l'épouse du requérant et les abus sexuels dont son fils a été victime ont très bien pu avoir une incidence profonde sur cet employé, ce qui a eu des répercussions sur sa vie professionnelle.

En 1985, l'épouse de M. Clare est tombée gravement malade et elle a failli mourir un an plus tard. Les médecins avaient diagnostiqué qu'elle souffrait de la maladie de Crohn, ce qui a nécessité une importante intervention chirurgicale. En 1990, elle a été hospitalisée à cause de complications de la maladie et de l'intervention chirurgicale. En juin 1990, ses médecins lui ont fait subir des tests, croyant qu'elle souffrait du cancer des os; cependant, ils ont découvert plus tard que son mal était symptomatique du traitement qui lui était administré pour la maladie de Crohn.

En 1987, le fils du requérant suivait un cours donné par une école près de chez lui<sup>4</sup>. Un moniteur a gagné l'amitié de l'enfant et l'a agressé sexuellement sur une longue période. Ce n'est qu'en 1990 que toute l'affaire a été mise au jour<sup>5</sup>. Pendant cette période, l'enfant et ses parents en sont venus aux coups, ce qui a nécessité l'intervention de la police.

Selon le témoignage accepté du docteur Wayne, un psychologue qui a témoigné pour le requérant, ce dernier avait souffert d'un stress important au travail et à la maison pendant deux ans<sup>6</sup>. En ce qui a trait au stress lié au travail, le docteur Wayne et le Comité ont expressément mentionné le [TRADUCTION] «conflit de

<sup>4</sup> On peut déduire qu'il s'agissait de 1987 d'après le rapport d'analyse psychologique du docteur Wayne (voir D.A., vol. II, pièce A-2, à la p. 198).

<sup>5</sup> Voir D.A., vol. II, pièce A-2, aux p. 198 et 199, rapport d'analyse psychologique du docteur Michael Wayne.

<sup>6</sup> Voir D.A., vol. II, à la p. 200.

applicant and his supervisor which resulted in frequent audits of the applicant's work.<sup>7</sup>

Before the Board, much of the argument was directed at whether the applicant's requests for assistance went unanswered and, equally as important, whether the Department was obligated to refer the applicant to the EAP. A review of the relevant correspondence leading up to the dismissal recommendation of January 8, 1991, provides the necessary background.

It was not until receipt of the unsatisfactory performance review of June 7, 1990, that the applicant formally advised the Department in writing of the family problems which he believed had a profound and negative impact on his ability to fulfil his job responsibilities. The applicant wrote a memorandum to this effect, as well as asking for personal assistance and a temporary reassignment. He also informed the Department that he was "currently seeking and obtaining assistance from [his] family physician, The Young Offenders Section of Alberta Social Services, a psychiatrist and several other agencies in relieving [his] family problems."<sup>8</sup>

It appears, however, that it was the applicant's family that was receiving counselling and not the applicant. The only medical assistance he sought was in regard to recurring insomnia and indigestion for which his family physician had prescribed medication.<sup>9</sup> Hence, as I understand it, the applicant was not receiving any counselling in so far as his familial situation impacted upon his ability to function effectively at work.

With respect to the applicant's requests for assistance, he was advised on July 23, 1990, that he should see the government's Public Health Nurse. She advised that there was no government program which provided such counselling, but if he wished his supervisor could request a special medical from the

<sup>7</sup> See A.B., Vol. II, Board's decision, at p. 219. The significance of the so-called "personality conflict" is examined later.

<sup>8</sup> See A.B., Vol. I, at p. 121.

<sup>9</sup> See A.B., Vol. II, Board's decision, at p. 222.

personnalité» entre le requérant et son superviseur, conflit qui a donné lieu à de fréquentes vérifications du travail du requérant<sup>7</sup>.

Devant le Comité, le débat a porté en grande partie sur la question de savoir si les demandes d'aide du requérant étaient demeurées sans réponse et, ce qui est aussi important, si le Ministère était tenu d'envoyer le requérant au PAE. Un examen de la correspondance pertinente qui a mené à la recommandation de renvoi du 8 janvier 1991 nous renseigne sur les faits.

Le 7 juin 1990, le requérant a été avisé que son rendement avait été jugé insatisfaisant. Ce n'est qu'à cette date qu'il a officiellement informé le Ministère par écrit des problèmes familiaux qui, à son avis, l'empêchaient sérieusement de remplir ses fonctions. Le requérant a rédigé une note de service à cet effet, en plus de demander de l'aide personnelle et une réaffectation temporaire. Il a également informé le Ministère qu'il [TRADUCTION] «obtenai[t] actuellement de l'aide—ou cherchai[t] à en obtenir—de [son] médecin de famille, de la section des jeunes contrevenants des services sociaux de l'Alberta, d'un psychiatre et de plusieurs autres organismes pour régler [ses] problèmes familiaux»<sup>8</sup>.

Cependant, c'était apparemment la famille du requérant qui recevait de l'aide sous forme de counselling, et non pas le requérant. Celui-ci s'est contenté de consulter un médecin parce qu'il souffrait régulièrement d'insomnie et d'indigestion pour lesquelles son médecin de famille lui avait prescrit des médicaments<sup>9</sup>. Par conséquent, si je comprends bien, le requérant ne consultait personne relativement aux conséquences que sa situation familiale pouvait avoir sur sa capacité de fonctionner efficacement au travail.

En ce qui a trait aux demandes d'aide du requérant, on lui a conseillé, le 23 juillet 1990, de consulter l'infirmière de la santé publique du gouvernement. Cette dernière a informé le requérant qu'il n'existait aucun programme gouvernemental qui fournissait un tel service de counselling, mais que s'il le voulait, son

<sup>7</sup> Voir D.A., vol. II, décision du Comité, à la p. 219. L'importance de ce «conflit de personnalité» est examinée plus loin.

<sup>8</sup> Voir D.A., vol. I, à la p. 121.

<sup>9</sup> Voir D.A., vol. II, décision du Comité, à la p. 222.



Public Health System. The applicant's request of August 6, 1990, for such a medical was refused on August 10, 1990. No reasons were offered.

Following that exchange of correspondence, the applicant received a performance appraisal on October 3, 1990, in which he was informed that if his work did not improve within the next thirty days he would be "transferred, reassigned to other duties, demoted to a lower position or have [his] employment terminated."<sup>10</sup> In effect, the respondent was complying with his "duty to warn" which in circumstances such as those under consideration is, in my opinion, a condition precedent to a dismissal recommendation under section 31.

On November 28, 1990, the applicant again sought a temporary reassignment noting that his family problems had not been resolved.<sup>11</sup> Finally, on January 8, 1991, the applicant received a letter notifying him of the decision to recommend his release under section 31 of the Act. On the following day, during a meeting with departmental officials, the applicant was extended a verbal offer of a position as a "Self-Service Storeperson". (In all fairness to the applicant, I do not think he can be faulted for rejecting the offer outright given the circumstances in which it was conveyed.)

In addition to the foregoing facts, counsel for the respondent drew specific attention to two. One is a matter of record. The other is, in effect, additional evidence. First, it was emphasized that the applicant had come to the Department by lateral transfer from another because of "family problems". The nature of those problems has yet to be revealed. Second, we were informed that in the federal Public Service a performance rating of "satisfactory", which the applicant had received in his first three years with the Department, would invariably be viewed unfavourably by those in the civil service. Even the

superviseur pouvait demander au régime de santé publique de lui administrer un examen médical spécial. La demande du requérant du 6 août 1990, en vue de subir un tel examen, a été refusée le 10 août 1990.

<sup>a</sup> Ce refus n'a pas été motivé.

Après cet échange de lettres, le requérant a reçu, le 3 octobre 1990, une évaluation de son rendement dans laquelle on l'informait que, si son travail ne s'améliorait pas dans les trente jours, il serait [TRANSDUCTION] «muté, réaffecté à d'autres fonctions, rétrogradé ou renvoyé»<sup>10</sup>. En fait, l'intimé remplissait son «obligation d'avertir» qui, dans un cas comme celui dont nous sommes saisis, est, à mon avis, une condition préalable à une recommandation de renvoi en application de l'article 31.

<sup>d</sup>

Le 28 novembre 1990, le requérant a encore une fois demandé une réaffectation temporaire, signalant que ses problèmes familiaux n'avaient pas été réglés<sup>11</sup>. Enfin, le 8 janvier 1991, le requérant a reçu une lettre l'avisant de la décision de recommander son renvoi en application de l'article 31 de la Loi. Le lendemain, pendant une réunion avec des responsables du Ministère, le requérant s'est vu offrir verbalement un poste comme «magasinier libre-service». (Pour être tout à fait juste envers le requérant, je ne crois pas que l'on puisse lui reprocher d'avoir rejeté l'offre sur-le-champ, vu les circonstances dans lesquelles elle avait été faite.)

<sup>g</sup>

L'avocat de l'intimé a porté deux autres faits à notre attention. L'un d'entre eux est consigné au dossier. L'autre constitue, en fait, une preuve supplémentaire. Premièrement, il a signalé que le requérant était arrivé au Ministère à la suite d'une mutation latérale d'un autre ministère à cause de «problèmes familiaux». La nature de ces problèmes n'a toujours pas été révélée. Deuxièmement, il nous a informés qu'à la fonction publique fédérale, une évaluation du rendement «satisfaisante», comme celle qu'avait obtenue le requérant pendant ses trois premières années au Ministère, était invariablement mal vue.

<sup>10</sup> See A.B., Vol. I, at p. 86.

<sup>11</sup> See A.B., Vol. I, Exhibit D-12, at p. 50.

<sup>10</sup> Voir D.A., vol. I, à la p. 86.

<sup>11</sup> Voir D.A., vol. I, pièce D-12, à la p. 50.

Board commented on the fact that the applicant had never achieved a “fully satisfactory” rating.<sup>12</sup>

I take it that we are to draw the inference that the applicant has a chronic history of family problems and that in effect his transfer to the Department in 1984 was motivated by a desire to accommodate a “problem” or “troubled” employee. Moreover, the fact that he had never performed at the “fully satisfactory” level supposedly speaks to the incompetence of this employee.

There is a legal response to each of the negative inferences suggested. First, the reasons underlying the applicant’s transfer in 1984 were not pursued before the Board and therefore cannot be made a matter of speculation (see *Dansereau v. Canada (Public Service Appeal Board)*, [1991] 1 F.C. 444 (C.A.) at pages 460-462, as to what evidence can be relied on when justifying a dismissal). Second, the fact that the applicant never attained a “fully satisfactory” rating remains an irrelevancy in light of the government’s established performance ratings.

I think it is important to recognize the potential folly of either counsel or the Court drawing inferences, invariably negative, with respect to facts not directly in issue. From counsel’s perspective, it must be remembered that such an exercise can be double edged. In the instant case, many inferences adverse to the respondent’s position might be drawn from facts which neither counsel nor the Board wished to pursue for reasons I am unable to appreciate. I propose to elaborate on those facts if only to dispel counsel for the respondent’s apparent concern that the decision of this Court might be nourished more by misguided sentiment than legal acumen.

I was puzzled how it could come to pass that an employee could retain his position after having received “unsatisfactory” performance appraisals over such a protracted period—three years. It could be rationalized in terms of condonation on the part of

Même le Comité a commenté sur le fait que le requérant n’avait jamais obtenu d’évaluation «entièrement satisfaisante»<sup>12</sup>.

Je suppose que l’intimé voudrait nous amener à conclure que le requérant a des problèmes familiaux depuis longtemps et qu’en fait, si on l’a muté au Ministère en 1984, c’était pour se montrer complaisant envers un employé «difficile» ou «troublé». En outre, le fait que son rendement n’ait jamais été jugé «entièrement satisfaisant» voudrait censément dire que cet employé était incompetent.

Chacune des conclusions négatives suggérées peut être réfutée, au plan juridique. Premièrement, les motifs pour lesquels le requérant a été muté en 1984 n’ont pas été allégués devant le Comité, si bien qu’ils ne peuvent faire l’objet de conjectures (voir l’arrêt *Dansereau c. Canada (Comité d’appel de la fonction publique)*, [1991] 1 C.F. 444 (C.A.), aux pages 460 à 462, en ce qui a trait à la preuve sur laquelle on peut s’appuyer pour justifier un renvoi). Deuxièmement, le fait que le requérant n’ait jamais obtenu une évaluation «entièrement satisfaisante» est sans importance, vu les normes de rendement établies par le gouvernement.

Je crois qu’il est important de reconnaître qu’il serait téméraire pour l’avocat de l’intimé ou pour la Cour de tirer des conclusions, invariablement négatives, à l’égard de faits qui ne sont pas directement en cause. L’avocat de l’intimé doit se rappeler qu’un tel exercice peut être une arme à double tranchant. En l’espèce, on pourrait tirer plusieurs conclusions, défavorables à la thèse de l’intimé, à partir de faits que l’avocat ou le Comité n’ont pas voulu aborder pour des motifs que je ne suis pas en mesure d’apprécier. Je vais examiner ces faits, ne serait-ce que pour dissiper les doutes de l’avocat de l’intimé, qui semble craindre que la Cour ne rende sa décision en se fondant sur des sentiments mal placés plutôt que sur des motifs juridiques.

Je me suis demandé comment un employé pouvait garder son poste alors que son rendement avait été jugé «insatisfaisant» pendant si longtemps, soit trois ans. Serait-ce parce que l’employeur avait toléré cette situation? Par ailleurs, le dossier d’appel révèle que,

<sup>12</sup> See A.B., Vol. II, at p. 208.

<sup>12</sup> Voir D.A., vol. II, à la p. 208.

the employer. On the other hand, the appeal record reveals that two weeks before the applicant's performance review for the period December 1, 1987, to March 31, 1989, was completed on May 17, 1989, by the respondent's officials, the applicant and his supervisor had a serious disagreement.<sup>13</sup> This explains why the appeal record contains several references to a "personality conflict" between these two workers.

The most conspicuous reference is found in the reasons of the Board: "Dr. Wayne stated that the high demands of the appellant's work, a personality conflict between the appellant and his supervisor, and the serious family problems added up to an extremely stressful situation."<sup>14</sup> In a memo prepared by the applicant in response to the performance review for the period December 1, 1987, to March 31, 1989, the extent of the personality clash is clearly revealed:<sup>15</sup>

At this time I would like to state that over the past 18 months there has been a situation present which could be called in its simplicity "An Armed Camp", between [the supervisor] and Myself. There has been a lack of trust, faith and confidence due to a number of situations that have arisen over the past year. This I feel has clouded [the supervisor's] judgment in being able to do a fair and just evaluation, even though this report is supposed to be a report on performance only and not have any personal bias.

The foregoing facts might propel one to draw one or more inferences. For example, I might wish to speculate that although the applicant's work record speaks of "incompetence" the true reasons underlying his dismissal touch on matters of "discipline". I am fully cognizant of the fact that a finding of just cause on the ground of incompetence is exceedingly rare and more often than not, poor job performance is the result of several contributing factors, including poor health and personality clashes with management (see Sproat, *Employment Law Manual*, at pages 4-11 to 4-15). Moreover, it cannot be denied that it is often

<sup>13</sup> See A.B., Vol. II, Exhibit D-41, at p. 159, which discloses the request of the District Manager that the applicant and his supervisor meet to discuss derogatory and unprofessional remarks attributable to the applicant. These remarks are also noted in the A.B., Vol. II, at p. 211.

<sup>14</sup> See A.B., Vol. II, at p. 219.

<sup>15</sup> See A.B., Vol. II, at p. 149.

deux semaines avant que les fonctionnaires de l'intimé aient évalué, le 17 mai 1989, le rendement du requérant pour la période du 1<sup>er</sup> décembre 1987 au 31 mars 1989, le requérant et son superviseur avaient eu un grave désaccord<sup>13</sup>. Cela explique pourquoi il est souvent question, dans le dossier d'appel, d'un «conflit de personnalité» entre ces deux employés.

La mention la plus explicite de ce conflit se trouve dans les motifs du Comité: [TRADUCTION] «Selon le docteur Wayne, les exigences élevées du travail de l'appelant, un conflit de personnalité entre l'appelant et son superviseur, et les graves problèmes familiaux ont tous contribué à créer une situation extrêmement stressante»<sup>14</sup>. Une note de service rédigée par le requérant, en réponse à l'évaluation de son rendement pour la période du 1<sup>er</sup> décembre 1987 au 31 mars 1989, révèle clairement l'étendue du conflit de personnalité<sup>15</sup>:

[TRADUCTION] Je voudrais maintenant affirmer que depuis dix-huit mois, le climat qui règne entre [le superviseur] et moi-même s'apparente ni plus ni moins à celui d'un camp militaire. Il y a entre nous un sentiment de méfiance attribuable à un certain nombre de situations qui ont eu lieu depuis un an. À mon sens, [le superviseur] n'est donc pas en mesure de faire une évaluation juste et équitable, même si ce rapport doit porter uniquement sur le rendement et être dépourvu de partialité.

Les faits susmentionnés peuvent amener à tirer certaines conclusions. Par exemple, je pourrais être porté à croire que, même s'il est question d'«incompétence» dans le dossier de travail du requérant, celui-ci avait été renvoyé, en réalité, pour des raisons de «discipline». Je sais fort bien qu'il est extrêmement rare que l'incompétence soit considérée comme un motif suffisant de renvoi et que, dans la plupart des cas, le mauvais rendement au travail résulte de plusieurs facteurs contributaires, y compris les problèmes de santé et les conflits de personnalité avec l'employeur (voir Sproat, *Employment Law Manual*,

<sup>13</sup> Voir D.A., vol. II, pièce D-41, à la p. 159, où il est mentionné que le gestionnaire de district avait demandé que le requérant et son superviseur se réunissent pour discuter des propos désobligeants et déplacés qu'aurait tenus le requérant. Ces propos sont également notés dans le D.A., vol. II, à la p. 211.

<sup>14</sup> Voir D.A., vol. II, à la p. 219.

<sup>15</sup> Voir D.A., vol. II, à la p. 149.

difficult to determine whether a dismissal is warranted because of incompetence or discipline:

No amount of litigation is likely to clarify the distinction between incompetence or incapacity, on the one hand, and misconduct or breaches of discipline, on the other, and it is scarcely likely that there can be any clear-cut statutory definitions of the two concepts. [J. Finkelman, *Employer-Employee Relations in the Public Service of Canada; Proposals for Legislative Change*, Part I, March 1974, at page 193.]

Certainly, the performance review prepared in May of 1989 might lead one to that conclusion. In that document there is a section headed "Overall Performance Rating" which describes the applicant's work performance as follows:<sup>16</sup>

Mike is a punctual employee who is interested only in the workload in his station. He reluctantly assists the [supervisor] only when directly requested to do so. Even after a verbal reprimand by the [supervisor] Mike continues to confront and challenge him in a manner that disrupts the office environment.

As well, one cannot ignore the comments of the Review Committee scribbled on the performance appraisal:<sup>17</sup>

The Review Committee has discussed the appraisal with the supervisor and the reviewing officer and recognizes the complexities of this situation. Although there are some incongruencies, we agree with the rating. [Emphasis is mine.]

Neither the complexities nor the incongruencies of the situation are disclosed by the appeal record.

In the end, I am obligated to accept that the applicant's poor work history and his confrontational attitude toward his supervisor are manifestations of familial stress. That inference is consistent with the applicant's testimony before the Board: "The family crisis came to a head in April, 1989, just prior to his signing authority being withdrawn by the department."<sup>18</sup> And, of course, it is common ground that the applicant's work performance was unacceptable and therefore it would be improper at this stage to

aux pages 4-11 à 4-15). En outre, on ne peut pas nier qu'il est souvent difficile de savoir si un renvoi est justifié pour motif d'incompétence ou de discipline:

<sup>a</sup> Il est peu probable qu'on parvienne à faire une nette distinction entre l'incompétence ou l'incapacité d'une part et la mauvaise conduite ou les manquements à la discipline d'autre part; il est très peu probable, de plus, qu'on puisse arriver à définir clairement les deux concepts en termes juridiques. [J. Finkelman, *Employeur-employés—Relations de travail dans la Fonction publique du Canada; Propositions de modification législative*, Partie I, mars 1974, à la page 247.]

<sup>c</sup> L'évaluation du rendement rédigée en mai 1989 pourrait assurément nous amener à cette conclusion. Dans ce document, il y a une section intitulée [TRADUCTION] «Évaluation globale du rendement» qui décrit en ces termes le rendement du requérant au travail<sup>16</sup>:

<sup>d</sup> [TRADUCTION] Mike est un employé ponctuel qui ne s'intéresse qu'à la charge de travail de son poste. Il aide le [superviseur] à contre-cœur et seulement s'il est directement prié de le faire. Même après une réprimande verbale du [superviseur], Mike continue à le défier et à contester son autorité d'une manière qui perturbe le climat de travail.

<sup>e</sup> On ne peut pas non plus faire abstraction des commentaires du Comité de révision, griffonnés sur l'évaluation du rendement<sup>17</sup>:

<sup>f</sup> [TRADUCTION] Le Comité de révision a discuté de l'évaluation avec le superviseur et l'agent de révision et reconnaît la complexité de la présente situation. Bien qu'il y ait des incohérences, nous souscrivons à l'évaluation. [C'est moi qui souligne.]

<sup>g</sup> Le dossier d'appel ne révèle ni la complexité de la situation, ni ses incohérences.

<sup>h</sup> En définitive, je dois accepter que le piètre rendement du requérant au travail et sa tendance à affronter son superviseur sont des manifestations du stress que lui causait sa situation familiale. Cette déduction est conforme au témoignage du requérant devant le Comité: [TRADUCTION] «La crise familiale a atteint son paroxysme en avril 1989, juste avant que le Ministère ne lui retire son habilité à signer<sup>18</sup>». Bien entendu, il est avéré que le rendement du requérant au travail était inacceptable. Il serait donc inoppo-

<sup>16</sup> See A.B., Vol. II, Exhibit D-39, at p. 146.

<sup>17</sup> *Ibid.*, at p. 143.

<sup>18</sup> See A.B., Vol. II, Board's decision, at p. 221.

<sup>16</sup> Voir D.A., vol. II, pièce D-39, à la p. 146.

<sup>17</sup> *Ibid.*, à la p. 143.

<sup>18</sup> Voir D.A., vol. II, décision du Comité, à la p. 221.

infer that the debilitating effects of stress had more to do with his work environment.

Rather than speculating on the merits of this case, I prefer to approach the issues under consideration by thinking in terms of the paradigmatic employee. That is, the long-term employee who is admired and respected by his or her co-workers and supervisors and whose loyalty and ability has, until recently, never been the subject of criticism, let alone disciplinary or dismissive action. My reasoning is straightforward. The obligations which the law imposes upon employers are for the benefit of all employees, even those who fail to obtain a “fully satisfactory” rating.

#### INCOMPETENCE v. TEMPORARY INCAPACITY

The applicant maintains that the Board erred when it concluded that he “was, for reasons beyond his control, not carrying out the duties of his position in a competent manner.”<sup>19</sup> The general thrust of the applicant’s submission is that the Board misinterpreted and misapplied section 31 of the Act when it failed to appreciate that he was temporarily incapacitated due to family and work-related stress. In other words, the terms “incompetence” and “incapacity” are not synonymous and constitute distinct bases for an employee’s failure to meet a performance standard. Subsection 31(1) reads:

31. (1) Where an employee, in the opinion of the deputy head, is incompetent in performing the duties of the position the employee occupies or is incapable of performing those duties and should be appointed to a position at a lower maximum rate of pay, or released, the deputy head may recommend to the Commission that the employee be so appointed or released, in which case the deputy head shall give notice in writing to the employee of the recommendation.

It is argued that an employee is incompetent within the meaning of the section if he or she lacks the requisite skill and training to perform the assigned responsibilities. On the other hand, an employee should be deemed incapable in circumstances where that employee possesses the requisite skills but, nonetheless, is unable to perform at the required level

tun, à cette étape, de déduire que les effets débilissants du stress étaient davantage liés à son milieu de travail.

Plutôt que de m’interroger sur le bien-fondé de l’espèce, je préfère analyser les questions en cause en étudiant la situation de l’employé-type, c’est-à-dire l’employé justifiant de longs états de service qui jouissait de l’estime et du respect de ses collègues et de ses superviseurs et dont la loyauté et les capacités n’avaient jamais, jusqu’à récemment, fait l’objet de critiques et encore moins de mesures disciplinaires ou de renvoi. Mon raisonnement est simple: les obligations que la loi impose aux employeurs profitent à tous les employés, même ceux dont le rendement n’est pas jugé «entièrement satisfaisant».

#### L’INCOMPÉTENCE PAR OPPOSITION À L’INCAPACITÉ TEMPORAIRE

Le requérant soutient que le Comité a eu tort de conclure qu’il [TRADUCTION] «ne remplissait pas les fonctions de son poste de manière compétente pour des motifs indépendants de sa volonté<sup>19</sup>». Il plaide en gros que le Comité a mal interprété et mal appliqué l’article 31 de la Loi en ne reconnaissant pas qu’il souffrait d’une incapacité temporaire attribuable au stress causé par des problèmes familiaux et professionnels. Autrement dit, les termes «incompétence» et «incapacité» ne seraient pas synonymes et constitueraient des motifs distincts qui empêcheraient un employé d’atteindre une norme de rendement. Le paragraphe 31(1) dispose:

31. (1) L’administrateur général qui juge un fonctionnaire incompetent dans l’exercice des fonctions de son poste ou incapable de remplir ces fonctions peut recommander à la Commission soit le renvoi de ce fonctionnaire, soit sa rétrogradation à un poste situé dans une échelle de traitement comportant un plafond inférieur. Dans les deux cas, il en avise par écrit le fonctionnaire.

L’avocat du requérant plaide qu’un employé est incompetent au sens de cet article s’il n’a pas les aptitudes et la formation voulues pour remplir les fonctions dont il est chargé. Par ailleurs, un employé devrait être réputé incapable dans les cas où il possède les aptitudes voulues, mais où il est néanmoins incapable de donner le rendement nécessaire à cause

<sup>19</sup> See A.B., Vol. II, Board’s decision, at p. 228.

<sup>19</sup> Voir D.A., vol. II, décision du Comité, à la p. 228.

because of circumstances beyond his or her control. It is common ground that the applicant has demonstrated that he is capable of performing the duties of the position.<sup>20</sup>

The manner in which the applicant has chosen to define each of the terms is unexceptional if only because of their simplicity. Furthermore, I suspect that the non-lawyer would have difficulty in understanding the basis on which an employee could be deemed “incompetent” after having worked for the same employer for twenty-three years. Accordingly, a finding of “incapacity” seems eminently reasonable. However, in my view, it is misleading to suggest that section 31 is directed at classifying employees as either incompetent or incapacitated.

Section 31 speaks of a person who is “incompetent in performing the duties of the position” or, alternatively, one who is “incapable of performing those duties” (see *Snaauw v. Public Service Commission Appeal Board*, [1980] 1 F.C. 78 (C.A.), at pages 82-83, where the distinction is raised). It does not speak necessarily in terms of a person who is incompetent or incapacitated in the sense attributed by the applicant. In my view, section 31 is directed at determining whether an employee has failed to meet the required level of job performance and not the reasons underlying the failure to meet the expected standard, as argued by the applicant. A brief explanation is in order.

A variety of reasons or excuses could be advanced to explain unsatisfactory work performance by employees. For example, they may lack the required skills. Alternatively, they may have simply lost interest in their job or been distracted by other pressing concerns. In both scenarios, they will have demonstrated incompetence in performing their duties. The underlying reasons, in my opinion, remain irrelevant and therefore it is unnecessary, for example, to determine whether an employee has the requisite skills, etc.

More problematic, however, is the meaning to be attributed to an employee who is “incapable of performing his or her duties”. In this regard, I believe a

de circonstances indépendantes de sa volonté. Il est avéré que le requérant a démontré qu’il était capable de remplir les fonctions du poste<sup>20</sup>.

<sup>a</sup> La manière dont le requérant a choisi de définir chacun de ces termes n’a rien d’exceptionnel, ne serait-ce qu’à cause de leur simplicité. En outre, je soupçonne que le non-juriste aurait de la difficulté à comprendre en quoi un employé pourrait être réputé «incompétent» après avoir travaillé pour le même employeur pendant vingt-trois ans. Par conséquent, un verdict d’«incapacité» semble tout à fait raisonnable. Cependant, à mon avis, il est trompeur de suggérer que l’article 31 vise à classer les employés en deux catégories, c’est-à-dire les incompetents et ceux qui souffrent d’une incapacité.

<sup>d</sup> À l’article 31, il est question d’une personne qui est soit «incompétent[e] dans l’exercice des fonctions de son poste», soit «incapable de remplir ces fonctions» (voir l’arrêt *Snaauw c. Le Comité d’appel de la Commission de la Fonction publique*, [1980] 1 C.F. 78 (C.A.), aux pages 82 et 83, où cette distinction est soulevée). Dans cet article, les mots «incompétent» et «incapable» n’ont pas nécessairement le même sens que celui que leur donne le requérant. À mon avis, aux fins de l’article 31, il faut se demander si un employé a fait défaut de remplir les normes de rendement voulues au travail, et non pas se demander pourquoi il ne les a pas remplies, comme le voudrait le requérant. Une brève explication s’impose.

<sup>g</sup> On pourrait invoquer toutes sortes de raisons ou d’excuses pour expliquer le rendement insatisfaisant d’un employé, le manque d’aptitudes, par exemple. Par ailleurs, il a peut-être simplement cessé de s’intéresser à son travail ou a été distrait par d’autres préoccupations pressantes. Dans un cas comme dans l’autre, il aura fait preuve d’incompétence dans l’exercice de ses fonctions. À mon avis, les motifs sous-jacents demeurent sans importance, si bien qu’il est inutile, par exemple, de décider si l’employé avait les aptitudes voulues, et ainsi de suite.

<sup>j</sup> Cependant, il est plus difficile de définir la notion d’employé «incapable de remplir ses fonctions». À cet égard, je crois qu’une distinction valable peut être

<sup>20</sup> See A.B., Vol. II, Board’s decision, at p. 223.

<sup>20</sup> Voir D.A., vol. II, décision du Comité, à la p. 223.

valid distinction can be drawn between the terms “incompetent” and “incapable” without attempting to give the impression that either is to be regarded as a term of art. In my view, “incapable” is meant to cover situations where employees are unable to perform their duties and hence it is impossible to evaluate their performance in terms of incompetence, that is, a failure to meet an objective standard. The notion of “incapability” would be relevant in the case of an employee who is no longer physically able to perform his or her job functions. But irrespective of the reasons for the failure to perform, an employer would be entitled to release the employee. Admittedly, the harsh reality which awaits one who becomes “physically challenged” can be softened by long-term disability insurance schemes, collective agreements and the possibility of the employer accommodating the afflicted employee by finding a job compatible with his or her present capabilities (see *Nelson v. Attorney General of Canada*, [1980] 2 F.C. 38 (C.A.)).

Applying the above analysis to the facts under review, it is apparent that nothing turns on whether the terms “incompetent” and “incapacity” are synonymous. Hence, the only issue of importance to the applicant’s case is the matter of “temporariness”, whether it relates to incompetence or incapacity. In that regard it can be safely conceded that section 31 was not intended to allow a department to release employees whose immunity system is unable to protect them against temporal afflictions. That concession may explain why the jurisprudence on this point is limited.

In *Homstel v. Canada (Public Service Commission Appeal Board)*, A-303-89, Heald J.A., February 14, 1990, not reported, the Appeal Board was faced with an employee who lost his driver’s licence for fifteen months and had been released under section 31 because a substantial part of his duties involved the operation of motor vehicles. The department’s position was that the loss of driving privileges rendered that appellant incapable of performing an integral part of his duties and that the incapacity was not of a temporary nature. The Board held (at page 17):

faite entre l’employé «incompétent» et l’employé «incapable», sans donner à l’une ou l’autre de ces expressions un sens technique. À mon avis, l’employé «incapable» s’entend de l’employé qui est empêché de remplir ses fonctions, si bien qu’il est impossible, aux fins d’évaluer son rendement, de parler d’incompétence, c’est-à-dire le défaut de remplir une norme objective. La notion d’«incapacité» conviendrait dans le cas d’un employé qui n’est plus physiquement apte à remplir ses fonctions de travail. Cependant, indépendamment des motifs pour lesquels l’employé ne remplit pas ses fonctions, un employeur aurait le droit de le renvoyer. Il est vrai que la dure réalité qui attend l’employé frappé d’incapacité physique peut être atténuée par les régimes d’assurance invalidité à long terme, les conventions collectives et la possibilité que l’employeur vienne en aide à l’employé touché en lui trouvant un emploi compatible avec ses capacités actuelles (voir l’arrêt *Nelson c. Le procureur général du Canada*, [1980] 2 C.F. 38 (C.A.)).

Si nous appliquons l’analyse précédente aux faits en l’espèce, nous voyons qu’il n’importe pas que les termes «incompétent» et «incapable» soient synonymes ou non. Par conséquent, la seule question importante pour le requérant est de savoir si l’incompétence ou l’incapacité est «temporaire». À cet égard, nous pouvons admettre, sans risquer de nous tromper, que l’article 31 ne vise pas à permettre à un ministère de renvoyer un employé dont le système immunitaire est incapable de le protéger contre un mal temporaire. Cette concession explique peut-être pourquoi la jurisprudence sur cette question est rare.

Dans l’affaire *Homstel c. Canada (Comité d’appel de la Commission de la fonction publique)*, A-303-89, le juge Heald, J.C.A., le 14 février 1990, non publiée, le Comité d’appel devait statuer sur le cas d’un employé qui avait perdu son permis de conduire pendant quinze mois et qui avait été renvoyé en application de l’article 31 parce que plusieurs de ses fonctions l’obligeaient à conduire des véhicules automobiles. Le ministère était d’avis que la perte du droit de conduire rendait l’appelant incapable de remplir une partie essentielle de ses fonctions et que l’incapacité n’était pas temporaire. Le Comité a statué en ces termes (à la page 17):

Before a department may proceed with a recommendation under section 31 based on an incapacity that incapacity should be seen as one that, at the time the recommendation was made, could be expected to continue into the reasonably foreseeable future and is not of a purely temporary nature.

Thus, the Board concluded that the incapacity was not purely temporary and that in the circumstances the department acted reasonably. The section 28 application to this Court was dismissed on the basis that the Board was reasonably entitled to make a finding of incapacity on the evidence before it.

In some respects, *Homstel* is more analogous to *Perras v. R.*, [1982] 2 F.C. 589 (T.D.), where the employee was deemed to have abandoned his position, under section 27<sup>21</sup> of the Act, after having been convicted of certain offences and sentenced to fifteen months in jail. Originally, the employer dismissed the employee pursuant to section 31 of the Act on the ground that he was incapable of performing his duties. The employee's appeal before the Board was successful and rather than seeking judicial review of that decision the employer turned to section 27 and released the employee. The dismissal was upheld by this Court.

While the facts of *Homstel* bear little resemblance to those under consideration, it does lend support to the notion that temporary incapacity is a factor to be reckoned with when making a recommendation for dismissal pursuant to section 31. If it can be demonstrated that at the time the decision to release was made the incapacity was purely temporary, then it appears that the employer may not have an unfettered right to invoke section 31. Could it be said that incapacity or incompetence resulting from stress is of a purely temporary nature? The issue was raised in the following case.

<sup>21</sup> S. 27 of the Act reads:

27. An employee who is absent from duty for a period of one week or more, otherwise than for reasons over which, in the opinion of the deputy head, the employee has no control or otherwise than as authorized or provided for by or under the authority of an Act of Parliament, may by an appropriate instrument in writing to the Commission be declared by the deputy head to have abandoned the position occupied by the employee, and thereupon the employee ceases to be an employee.

[TRADUCTION] Avant qu'un ministère ne puisse faire une recommandation en application de l'article 31 pour motif d'incapacité, il faut estimer, au moment de faire la recommandation, que cette incapacité durera aussi longtemps qu'il est raisonnablement possible de le prévoir et qu'elle n'est pas purement temporaire.

Le Comité a donc conclu que l'incapacité n'était pas purement temporaire et que, dans ce cas-là, le Ministère avait agi raisonnablement. Cette Cour a rejeté la demande fondée sur l'article 28 au motif que le Comité était raisonnablement en droit de conclure à l'incapacité, vu la preuve qui lui avait été soumise.

À certains égards, l'affaire *Homstel* ressemble davantage à l'affaire *Perras c. R.*, [1982] 2 C.F. 589 (1<sup>re</sup> inst.), où l'employé était réputé avoir abandonné son poste, conformément à l'article 27<sup>21</sup> de la Loi, après avoir été reconnu coupable de certaines infractions et condamné à quinze mois d'emprisonnement. À l'origine, l'employeur avait renvoyé l'employé, conformément à l'article 31 de la Loi, au motif qu'il était incapable de remplir ses fonctions. L'employé a eu gain de cause en appel devant le Comité et, plutôt que de demander le contrôle judiciaire de cette décision, l'employeur a renvoyé l'employé en application de l'article 27. Cette Cour a maintenu le renvoi.

Bien que l'affaire *Homstel* ressemble peu à l'es-  
pèce dans les faits, elle confirme néanmoins que l'incapacité temporaire est un facteur dont il faut tenir compte lorsqu'il s'agit de faire une recommandation de renvoi conformément à l'article 31. S'il est possible de démontrer qu'au moment où la décision de renvoi a été prise, l'incapacité était purement temporaire, l'employeur n'aurait apparemment pas le droit absolu d'invoquer l'article 31. Peut-on dire que l'incapacité ou l'incompétence causée par le stress est de nature purement temporaire? Cette question a été soulevée dans l'affaire suivante.

<sup>21</sup> L'art. 27 de la Loi dispose:

27. L'administrateur général peut conclure à l'abandon de poste par un fonctionnaire lorsque celui-ci s'absente pendant au moins une semaine sans pouvoir lui faire valoir des raisons indépendantes de sa volonté ou sans qu'il s'agisse d'un cas autorisé ou prévu par une loi fédérale ou sous son régime. Il notifie l'abandon de poste à la Commission et le fonctionnaire perd dès lors sa qualité de fonctionnaire.



In *Drummond v. Department of Fisheries and Oceans*, [1986] ABD [7-1] 3.1 (a)-12 (P.S.C.A.B.), an employee with seven years of service had been dismissed for incompetence. While admitting that her job performance was unsatisfactory, she informed the department that she was suffering from stress whereupon she was referred to a physician with the Department of Health and Welfare. In time, the physician reported that the employee was receiving treatment but that it was not certain that her job performance would necessarily improve. The Appeal Board dismissed her appeal. The employee was found to be incompetent in performing her duties at the time the recommendation to release was made. With respect to the defence of temporary incapacity, the Board commented (at pages 8-9):

In short, I am unable to conclude that the prognosis for Mrs. Drummond's unconditional return to work is entirely favorable. Therefore, I find that the department has no obligation in the circumstances of this case to allow Mrs. Drummond a further opportunity to demonstrate that she can perform her duties in a fully satisfactory manner.

In my view, the most significant aspect of *Re Drummond* is that the referral by the employer enabled a disinterested professional to adjudicate on the temporary aspects of the incompetence.

In the instant case, there was no basis on which either the applicant or the respondent could have characterized the former's so-called incapacity as temporary at the time the recommendation to release was made. Indeed, it was only at the hearing before the Board that the applicant stated that he felt he had time to "get things together" and is now able to fulfil his duties.<sup>22</sup> Consequently, if the applicant is to be successful it is because the Department failed in its duty to respond to his requests for assistance.

Before turning to that issue, I should like to state that even if temporary incapacity or incompetence were proven, prior to a recommendation being formulated under section 31 of the Act, I fail to see how that fact should detract from the employer's right to demand a minimum standard of performance. Respondent's counsel argued that if stress did give rise to "temporary incapacity" then the applicant

<sup>22</sup> See A.B., Vol. II, Board's decision, at p. 221.

Dans l'affaire *Drummond c. ministère des Pêches et des Océans*, [1986] DCA [7-1] 3.1 (a)-12 (C.A.C.F.P.), une employée ayant sept ans de service avait été renvoyée pour incompetence. Reconnaisant que son rendement au travail n'était pas satisfaisant, l'employée a toutefois informé le Ministère qu'elle souffrait de stress, après quoi elle a été envoyée en consultation auprès d'un médecin du ministère de la Santé et du Bien-être social. Par la suite, le médecin a déclaré que l'employée recevait des traitements, mais que son rendement au travail ne s'améliorerait pas nécessairement. Le Comité d'appel a rejeté son appel. Il a jugé que l'employée était incompétente dans l'exercice de ses fonctions au moment où la recommandation de renvoi avait été faite. En ce qui a trait à la défense d'incapacité temporaire, le Comité a commenté en ces termes (aux pages 8 et 9):

Bref, je ne peux conclure que le pronostic [sic] d'un retour inconditionnel de M<sup>me</sup> Drummond au travail est entièrement favorable. Par conséquent, je crois que le ministère n'a pas l'obligation en l'espèce d'accorder à M<sup>me</sup> Drummond une chance supplémentaire de démontrer qu'elle peut remplir ses fonctions d'une manière entièrement satisfaisante.

À mon avis, l'aspect le plus important de l'affaire *Re Drummond* est que l'envoi en consultation par l'employeur a permis à un professionnel désintéressé de se prononcer sur le caractère temporaire de l'incompétence.

En l'espèce, rien ne permettait au requérant ou à l'intimé de qualifier de temporaire la prétendue incapacité du requérant au moment où la recommandation de renvoi a été faite. En effet, ce n'est qu'à l'audience devant le Comité que le requérant a affirmé avoir eu le temps de [TRADUCTION] «régler ses problèmes» et être maintenant en mesure de remplir ses fonctions<sup>22</sup>. Par conséquent, si le requérant doit avoir gain de cause, c'est parce que le Ministère n'a pas rempli son obligation de répondre à ses demandes d'aide.

Avant d'aborder cette question, je voudrais affirmer que, même si l'incapacité ou l'incompétence temporaire était prouvée, avant qu'une recommandation ne soit formulée en application de l'article 31 de la Loi, je ne vois pas en quoi cela pourrait porter atteinte au droit de l'employeur d'exiger une norme minimale de rendement. L'avocat de l'intimé a plaidé que si le stress avait causé une «incapacité tempo-

<sup>22</sup> Voir D.A., vol. II, décision du Comité, à la p. 221.

should have sought, for example, a leave of absence on medical grounds. I agree. Other than in trivial circumstances, temporary incompetence or incapacity does not entitle the employee to remain on the job. Other avenues must be pursued such as that envisaged by section 27 of the Act. An employee cannot continue to perform below the required standard by raising as a defence “temporary incapacity” thereby precluding the employer from invoking section 31. This is not to suggest that temporary incapacity is irrelevant for all purposes. Attention must focus on the extent to which the employer is under an obligation to assist the employee who is incapable of making such a prognosis. Hence it is the “duty to refer” which is of true significance and not the notion of “temporary incapacity”.

#### RECOGNIZING A DUTY TO REFER

I think it is relatively clear that, as a matter of *stare decisis*, it is open to this Court to superimpose on the employment contract the type of duty advanced by the applicant. In *Ahmad v. Public Service Commission*, [1974] 2 F.C. 644 (C.A.), Chief Justice Jackett held, *inter alia*, that an appeal board may not interfere with a department’s finding of incompetence unless there has been [at page 647] “some failure to apply properly some specific statutory or other legal direction”. [Emphasis is mine.]

Recently, this Court had imposed a duty on employers to forewarn employees of the possibility of dismissal if their unsatisfactory performance did not improve within a stipulated time frame (see *Dansereau*, *supra*). The majority of the Court in *Dansereau* adopted the approach set out in an earlier board case (see *Dickinson v. Department of National Revenue (Taxation)*, [1987] ABD [8-1] 162 (P.S.C.A.B.)). The reasoning of the Board in that case reflects the reality of how issues are perceived and resolved by those more familiar with the work place (at pages 173 and 176-177):

Of critical importance, however, is the question of notice or warning which is in the realm of fundamental fairness . . . the concept of warning an employee of the consequences of continued unacceptable performance is more than a formality or a

raire», le requérant aurait dû demander, par exemple, un congé médical. Je suis d’accord. Sauf si elle est sans conséquence, l’incompétence ou l’incapacité temporaire n’autorise pas l’employé à demeurer au travail. D’autres solutions s’imposent, comme celle que mentionne l’article 27 de la Loi. Un employé ne peut pas continuer à fournir un rendement inférieur à la norme requise en arguant l’«incapacité temporaire», de sorte que l’employeur soit empêché d’invoquer l’article 31. Cela ne veut pas dire que l’incapacité temporaire n’a jamais d’importance. Il faut se demander dans quelle mesure l’employeur est tenu d’aider l’employé qui est incapable de faire un tel pronostic. Par conséquent, ce qui importe vraiment, c’est l’«obligation d’envoyer en consultation», et non pas la notion d’«incapacité temporaire».

#### LA RECONNAISSANCE D’UNE OBLIGATION D’ENVOYER EN CONSULTATION

À mon avis, il est relativement clair que la jurisprudence permet à cette Cour d’ajouter au contrat de travail le type d’obligation dont le requérant fait état. Dans l’arrêt *Ahmad c. La Commission de la Fonction publique*, [1974] 2 C.F. 644 (C.A.), le juge en chef Jackett a notamment statué qu’un comité d’appel ne pouvait pas infirmer le verdict d’incompétence du ministère en l’absence [à la page 647] «de mauvaise application d’une directive légale ou juridique». [C’est moi qui souligne.]

Récemment, cette Cour a imposé aux employeurs l’obligation d’avertir les employés dont ils n’étaient pas satisfaits qu’ils risquaient le renvoi si leur rendement ne s’améliorait pas dans un délai stipulé (voir l’arrêt *Dansereau*, précité). Les juges majoritaires dans l’arrêt *Dansereau* ont adopté l’approche énoncée dans une affaire antérieure, entendue devant un comité (voir *Dickinson c. ministère du Revenu national (Impôt)*, [1987] DCA [8-1] 162 (C.A.C.F.P.)). Dans cette décision, le raisonnement du Comité montre comment certaines questions sont véritablement perçues et résolues par ceux qui connaissent davantage le milieu de travail (aux pages 173, 176 et 177):

Le point crucial, cependant, concerne l’avertissement qui touche le cœur même du principe de la justice élémentaire . . . le fait d’avertir un employé des conséquences qu’il encourt s’il continue à agir de façon inacceptable représente plus qu’une

courtesy to be extended only to employees who are otherwise well-liked; it is elementary fairness.

As can be seen from the foregoing, an unequivocal warning is a primary requirement prior to taking action in the nature of a demotion or dismissal in the field of labour relations as it equally is, in my experience, a universal practice in the federal Public Service. [Emphasis is mine.]

Writing for the majority in *Dansereau*, Mr. Justice Décaré carefully crafted the parameters of the “duty to warn” with respect to the “established” or “long-term” employee whose job tenure is at risk (at page 460):

... when an employee who has performed the same duties for several years consistently receives satisfactory performance reports and is not the subject of any serious criticism by his employer, a presumption results that he has the necessary competence to perform the said duties and, in the absence of unusual or urgent circumstances, the employer cannot dismiss him for incompetence without telling him of the mistakes he is alleged to have made, without giving him an opportunity to correct them and without indicating to him the risk of dismissal he runs if they are not corrected. Of course, each case will be decided on its own merits and the type of warning and period for correction will vary depending on the circumstances. [Footnote omitted.] In the case at bar the applicant, having to his credit satisfactory performance reports and a career which until then had been without serious reproach in duties he had performed for over ten years, should in the absence of unusual or urgent circumstances have been given a warning before being dismissed, and the Appeal Board erred in law in not finding this lack of a warning to be relevant and not considering whether unusual or urgent circumstances could justify it.

The question we must answer is whether a “duty to refer” should be recognized within the context of section 31 of the Act. Although there appears to be no common law cases in which a “duty to refer” has been argued, there are a few decisions in which “stress” has proven to be a relevant factor in wrongful dismissal actions. Together they reflect a judicial predisposition to tip the scales of justice in favour of long-term employees.

In *Casey v. General Inc. Ltd.* (1988), 73 Nfld. & P.E.I.R. 103 (S.C.T.D.), the Court held that an employee’s neglect of duty following repeated warnings by the employer would normally constitute just

formalité ou qu’une politesse dont on en fait [sic] profiter que les employés appréciés par ailleurs; c’est un principe de justice élémentaire.

a Comme on peut le voir dans ce qui précède, il est essentiel, dans le champs [sic] des relations de travail, de donner un avertissement sans équivoque avant de prendre des mesures comme la rétrogradation ou la destitution; il s’agit également, d’après mon expérience, d’une pratique universelle dans la Fonction publique fédérale. [C’est moi qui souligne.]

b Dans ses motifs rédigés au nom des juges majoritaires dans l’arrêt *Dansereau*, M. le juge Décaré a soigneusement établi les conditions auxquelles l’«obligation d’avertir» s’applique aux employés «établis» ou «justifiant de longs états de service» dont l’emploi est en jeu (à la page 460):

c ... lorsqu’un employé qui a exercé les mêmes fonctions pendant plusieurs années reçoit de façon constante des rapports de rendement satisfaisants et n’est l’objet d’aucune critique sérieuse de la part de son employeur, il se dégage une présomption qu’il a la compétence voulue pour exercer lesdites fonctions et l’employeur, sauf circonstances extraordinaires ou pressantes, ne saurait le congédier pour cause d’incompétence à moins qu’il ne l’ait informé des lacunes qui lui sont reprochées, qu’il ne lui ait donné la possibilité de les corriger et qu’il ne lui ait indiqué les dangers de congédiement auxquels il s’exposait s’il ne les corrigeait pas. Chaque cas, bien sûr, en sera un d’espèce et le type d’avertissement ainsi que la période de correction varieront au gré des circonstances. Dans le cas présent, le requérant, fort de rapports de rendement satisfaisants et d’une carrière jusque-là sans reproches sérieux dans des fonctions qu’il occupait depuis plus de dix ans, aurait dû, à moins de circonstances extraordinaires ou pressantes, recevoir un avertissement avant d’être congédié, et le Comité d’appel a erré en droit en ne jugeant pas pertinent ce défaut d’avertissement ou en ne se demandant pas si des circonstances extraordinaires ou pressantes pouvaient le justifier. [Renvoi omis]

d Nous devons donc décider s’il existe une «obligation d’envoyer en consultation» dans le contexte de l’article 31 de la Loi. Bien qu’une telle obligation ne semble jamais avoir été invoquée devant les tribunaux de common law, il a parfois été jugé que le «stress» pouvait être un facteur pertinent dans les actions pour congédiement injustifié. Cette jurisprudence montre que les tribunaux sont enclins à statuer en faveur des employés justifiant de longs états de service.

e Dans la décision *Casey v. General Inc. Ltd.* (1988), 73 Nfld. & P.E.I.R. 103 (C.S. 1<sup>re</sup> inst.), le tribunal a jugé que le défaut d’un employé de remplir ses fonctions malgré les avertissements répétés de l’em-

cause for dismissal without notice. However, when the employee suffered from acute stress-related illness brought about by the pressures of his job, the employer was held not to be entitled to terminate without notice even though both parties were unaware of the illness as of the date of dismissal. The facts reveal that the employee had worked for this employer for twenty-two years.

In *Yeager v. R.J. Hastings Agencies Ltd.*, [1985] 1 W.W.R. 218 (B.C.S.C.), the plaintiff employee (a buyer for a manufacturers' agent) was dismissed after thirty years of service. During the two years preceding the plaintiff's dismissal in April of 1982, his performance had been deteriorating steadily. In 1979, the president of the defendant advised the plaintiff to seek professional help for his emotional problems thought to stem from marriage difficulties but later found to be work-related. Ultimately it was determined that the plaintiff suffered from a "mild organic impairment" which manifested itself in low temper, frustration control and poor memory function. In view of the defendant's knowledge of the plaintiff's problems, the failure of the former to warn the plaintiff that his performance on the job was inadequate was fatal to the defence of dismissal for cause. The reasoning of the Trial Judge is instructive (at page 246):

...the remarks quoted establish a standard that this court expects of an employer when an employee demonstrates an unsatisfactory level of job performance which is inconsistent with either the expectations of the employer or the past performance of the employee. The fact that, in this case, the employer had some knowledge of the cause of the plaintiff's problems made the standard expected of it all the more exacting. Had [the employer] reacted to the information he had in accordance with that standard, the effect might well have been to assist the plaintiff in appreciating the fact that there was a serious problem associated with his performance at work. [Emphasis is mine.]

It would be misleading to suggest that the foregoing cases reflect a liberalization of the tenets underlying common law doctrine. There are only isolated instances where the courts have recognized that an employment contract involves more than a barter of wages for services. Though in theory employment law, as a species of contract law, remains unconcerned with the reasons underlying non-performance,

ployeur constituait normalement un motif valable de renvoi sans préavis. Cependant, lorsque l'employé souffrait d'une maladie aiguë liée au stress causé par son travail, le tribunal a jugé que l'employeur n'avait pas le droit de le renvoyer sans préavis, même si les deux parties ignoraient la maladie à la date du renvoi. Les faits révèlent que l'employé avait été au service de cet employeur pendant vingt-deux ans.

Dans l'affaire *Yeager v. R.J. Hastings Agencies Ltd.*, [1985] 1 W.W.R. 218 (C.S.C.-B.), l'employé-demandeur (un acheteur pour un agent de fabricants) avait été renvoyé après trente ans de service. Au cours des deux années qui ont précédé le renvoi du demandeur, en avril 1982, son rendement s'était progressivement détérioré. En 1979, le président de la défenderesse a conseillé au demandeur de consulter un spécialiste pour ses problèmes émotifs, problèmes que l'on croyait d'abord liés à des difficultés matrimoniales, mais qui se sont révélés liés au travail. En fin de compte, on a déterminé que le demandeur souffrait d'un [TRADUCTION] «léger désordre organique» qui se manifestait par des sautes d'humeur, des difficultés à maîtriser ses frustrations et des problèmes de mémoire. Vu que la défenderesse connaissait les problèmes du demandeur, son défaut d'avertir le demandeur que son rendement au travail était inadéquat rendait irrecevable sa défense de renvoi justifié. Le raisonnement du juge qui présidait l'instruction est instructif (à la page 246):

[TRADUCTION] ... les remarques citées énoncent une norme que cette Cour impose à l'employeur lorsqu'un employé fait preuve d'un rendement professionnel insatisfaisant qui ne répond pas aux attentes de l'employeur ou qui ne correspond pas au rendement antérieur de l'employé. En l'espèce, le fait que l'employeur connaissait en partie la cause des problèmes du demandeur rendait la norme à laquelle il était assujéti d'autant plus exigeante. Si [l'employeur] avait donné suite aux renseignements qu'il avait conformément à cette norme, il aurait probablement aidé le demandeur à prendre conscience du fait que son rendement au travail était nettement insuffisant. [C'est moi qui souligne.]

Il serait faux de prétendre que les jugements précités témoignent d'une libéralisation des principes qui sous-tendent la common law en la matière. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que les tribunaux ont reconnu qu'un contrat de travail signifiait plus qu'un échange de services contre salaire. Si, en théorie, le droit du travail, en tant que branche du droit des contrats, ne s'intéresse toujours pas aux motifs de la non-

it is not unexpected that in certain marketplaces employees who have asserted their “blamelessness” have managed to achieve a modicum of protection from an employer’s exercise of its common law rights.<sup>23</sup>

In this regard, this case is no different. In effect, a defence of temporary incapacity is being advanced to support the notion that an innocent failure to meet one’s contractual obligations should fetter an employer’s right to dismiss for cause. In order to reach that result it is necessary to recognize that the latter failed to fulfil an obligation which must be regarded as a condition precedent to a dismissal recommendation or as constituting *mala fides*.

As important as it is to determine whether such a duty should be recognized, it is still necessary to outline the precise scope of the duty that is to be imposed. The applicant argues that once an employer has established an EAP and the employee seeks assistance then, in effect, a “duty to refer” should arise. I agree, subject to one indispensable qualification. The circumstances must be such that the employer is under a pre-existing obligation to comply with the “duty to warn”.

Should the “duty to warn” arise, as per the criteria outlined by this Court in *Dansereau*, so too should a “duty to refer” be recognized as a concomitant obligation. That duty is but a logical extension of the law applied in *Dansereau* and one which is in accordance with the dictates of fairness and modern labour relations. In my opinion, what is of critical significance when determining whether to recognize or impose an implied duty to “accommodate”, “warn” or “refer” is the fact that one is dealing with long-term employees. Normally, their employment tenure is of itself a direct challenge to a finding of incompetence or incapability. For example, in the instant case the applicant’s twenty-three years of service measures against the twenty-two in *Dansereau*. The inescapable reality

<sup>23</sup> In making this statement I am aware of the supposed differences between the duties owed by the Crown as an employer as opposed to those in the private sector (see *Schecter v. Canada* (1986), 8 F.T.R. 144 (F.C.T.D.)).

exécution, il n’est pas surprenant par ailleurs que, dans certains marchés, les employés qui ont invoqué leur «innocence» ont réussi à obtenir un minimum de protection contre l’exercice, par l’employeur, de ses droits reconnus en common law<sup>23</sup>.

Il en va de même, à cet égard, en l’espèce. En fait, le requérant plaide l’incapacité temporaire au soutien de la thèse voulant qu’un employeur ne devrait pas pouvoir exercer son droit de renvoyer un employé, même pour un motif déterminé, lorsque celui-ci n’est pas responsable de l’inexécution de ses obligations contractuelles. Pour arriver à ce résultat, encore faut-il reconnaître que l’employeur n’a pas rempli une obligation qui doit être considérée comme une condition préalable à une recommandation de renvoi, ou considérer que ce manquement constitue de la mauvaise foi.

Même s’il est important de décider s’il y a lieu de reconnaître une telle obligation, il faut néanmoins circonscrire la portée exacte de l’obligation qui doit être imposée. Selon le requérant, dès que l’employeur établit un PAE et que l’employé demande de l’aide, il y a, en fait, une «obligation d’envoyer en consultation». Je suis d’accord, sous réserve d’une condition indispensable. En effet, il faut que l’employeur, vu les circonstances, soit déjà assujéti à une «obligation d’avertir».

S’il y a «obligation d’avertir» d’après les critères énoncés par cette Cour dans l’arrêt *Dansereau*, on devrait également reconnaître l’«obligation d’envoyer en consultation» comme obligation concomitante. Cette obligation n’est qu’un prolongement logique des règles de droit appliquées dans l’arrêt *Dansereau*. En outre, elle est conforme aux exigences de l’équité et des relations de travail modernes. À mon avis, le critère essentiel qui permet de décider s’il y a lieu de reconnaître ou d’imposer une obligation implicite d’«accommoder», d’«avertir» ou d’«envoyer en consultation», tient au fait que les personnes en cause sont des employés justifiant de longs états de service. Normalement, leur ancienneté est elle-même un obstacle direct à un verdict d’incompé-

<sup>23</sup> En faisant cette affirmation, je suis conscient des différences qui sont censées exister entre les obligations qui incombent à l’État-employeur par opposition à celles d’un employeur du secteur privé (voir *Schecter c. Canada* (1986), 8 F.T.R. 144 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)).

is that today an employer owes much more to its long-term employees than it did a century ago. But there are other compelling reasons for acknowledging a “duty to refer”.

Would not a prudent manager recognize the mutual benefits to be derived from open and frank communications when an employee’s job performance and behavioural patterns become noticeably uncharacteristic of that person? Indeed, I would be greatly surprised to learn that managers in the federal Public Service are not schooled to respond accordingly. If, as stated in *Dickinson, supra*, it is a “universal practice” in the federal Public Service to comply with the “duty to warn”, I cannot fathom the bases on which the “duty to refer” would be rejected. This is particularly so once it is acknowledged that the policy decision to implement an Employee Assistance Program was made in the 1970s.

The objectives of that program are set out in the Personnel Management Manual:<sup>24</sup>

This program is intended generally to provide confidential health assistance or advice to employees who may seek such help, or to those who may require it where work performance is adversely affected due to a health problem. However, due to the predominance of health/behavioural problems related to the misuse of alcohol and the specific techniques required for the identification and treatment of alcoholism, the principles and procedures outlined herein for application by departments, are directed mainly toward that illness.

The responsibility of management is stated to be:<sup>25</sup>

... the supervisor or manager is responsible, in the accepted role of work evaluator, not for diagnosis of a suspected health problem, but solely for the identification of the employee whose work performance is consistently impaired (Refer to paragraph 16). This is the most effective method of identifying and reaching an employee who may need assistance due to a personal health problem.

<sup>24</sup> See A.B., Appendix I, at p. 2.

<sup>25</sup> See A.B., Appendix I, at pp. 2 and 10.

tence ou d’incapacité. Par exemple, en l’espèce, le requérant a vingt-trois années de service alors que l’employé dans l’affaire *Dansereau* en avait vingt-deux. La réalité inéluctable est qu’aujourd’hui, l’employeur doit beaucoup plus à ses employés justifiant de longs états de service qu’il ne leur devait il y a un siècle. Cependant, d’autres motifs convaincants militent en faveur de la reconnaissance d’une «obligation d’envoyer en consultation».

Le gestionnaire prudent ne verrait-il pas les avantages réciproques qui découlent d’un dialogue ouvert et franc lorsque le rendement et le comportement d’un employé au travail diffèrent manifestement de l’habitude? En effet, je serais très surpris d’apprendre que les gestionnaires de la fonction publique fédérale ne sont pas formés pour réagir ainsi. D’après la décision *Dickinson*, précitée, se conformer à l’«obligation d’avertir» est une «pratique universelle» à la fonction publique fédérale. Dans ce cas, je ne vois vraiment pas pourquoi on rejeterait l’«obligation d’envoyer en consultation», surtout quand l’on reconnaît que la décision de principe de mettre en œuvre un Programme d’aide aux employés a été prise dans les années 1970.

Les objectifs de ce programme sont exposés dans le Manuel de gestion du personnel:<sup>24</sup>

D’une manière générale, ce programme doit permettre de fournir une aide ou des conseils, à titre confidentiel, aux employés qui en demandent ou à ceux qui peuvent en avoir besoin quand leur état de santé a des répercussions défavorables sur leur performance. Cependant, étant donné la gravité particulière des problèmes de santé et de comportement causés par une consommation abusive d’alcool, et vu la nécessité de méthodes spéciales permettant de déceler l’alcoolisme, c’est à cette maladie surtout que nous songeons en proposant aux ministères les principes et les procédures énoncés ici.

La responsabilité de l’employeur est énoncée en ces termes:<sup>25</sup>

... le surveillant ou l’administrateur chargé d’évaluer la performance, n’est pas appelé à diagnostiquer la maladie dont il soupçonne l’existence, mais simplement à dépister les employés dont la performance baisse constamment (Voir paragraphe 16). Cette méthode constitue le moyen le plus efficace pour reconnaître et aborder l’employé qui peut avoir besoin d’aide à cause d’un problème de santé.

<sup>24</sup> Voir D.A., appendice I, à la p. 2.

<sup>25</sup> Voir D.A., appendice I, aux p. 2 et 10.

21. The success of the program is highly dependent on the early identification of potential health/behavioural problems among employees, through recognition of continuously impaired work performance, or consistently poor or declining interpersonal work relationships.

22. The program requires the active involvement of all supervisory and managerial levels and the exercise of good judgment in the identification and documentation of impaired employee job performance which may be caused by a health/behavioural problem, and in motivating employees to cooperate in arrangements for referral for counselling, and where necessary, treatment.

23. Departments should encourage employees to voluntarily seek assistance for a health problem, and without prejudice to job security. However, where impaired or defective work performance has been documented by a supervisor/manager over a reasonable period of time, a mandatory referral will be arranged for counselling and if necessary, for a health assessment by a health professional, designated by Health and Welfare Canada.

I wish to stress that the “duty to refer” does not transform government policy as reflected in the EAP into law, nor invite consideration of a host of legal issues generated by the establishment and implementation of such programs (see *Canadian National Railway Company v. Niles*, A-481-91, Heald J.A., July 2, 1992, not yet reported; and generally R. Lehr & D. Middlebrooks “Legal Implications of Employee Assistance Programs” (1986), 12 *Employee Relations Law Journal* 262, and L. Loomis “Employee Assistance Programs: Their Impact on Arbitration and Litigation of Termination Cases” (1986), 12 *Employee Relations Law Journal* 275).

The decision in *Bell Canada v. Hallé* (1989), 29 C.C.E.L. 213 (F.C.A.), serves as persuasive authority that government policy, by itself, cannot be elevated to the status of legal imperative. There the employee challenged her dismissal pursuant to section 61.5 of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, because her employer had failed to follow to the “letter” the “duty to warn” procedures prescribed by the company in its internal policy directives. Company policy was to give six months in which to allow the employee’s performance to improve, while the employee in *Hallé* was supposedly given three months. Mr. Justice Pratte held that the adjudicator was under a duty to make two determinations: (1) whether her performance was unsatisfactory and

21. La réussite du programme dépend pour beaucoup du dépistage précoce des problèmes éventuels de comportement et de santé chez les employés, lequel s’appuie sur la constatation de la détérioration continue de la performance ou sur l’affaiblissement constant des relations de travail interpersonnelles.

<sup>a</sup> 22. Le programme exige des gestionnaires et des surveillants une participation active et des qualités de jugement pour dépister et étayer les cas de baisse de performance attribuable à un problème de comportement ou de santé, et pour inciter les employés à accepter de bonne grâce les arrangements que l’on fait pour eux à des fins de consultation et de traitement.

<sup>b</sup> 23. Les ministères doivent inciter les employés à faire eux-mêmes une demande d’aide au sujet de tout problème de santé, sans risque pour la sécurité de leur emploi. Toutefois, lorsque le surveillant ou le gestionnaire aura étayé un cas de baisse de performance pendant une période raisonnable, il prendra, au nom de l’employé, un rendez-vous obligatoire chez un conseiller professionnel en matière d’hygiène, désigné par Santé et Bien-être social Canada, à des fins d’examen médical.

<sup>c</sup> Je tiens à souligner que l’«obligation d’envoyer en consultation» ne donne pas force de loi à la politique du gouvernement énoncée dans le PAE et qu’elle ne nous amène pas à examiner une foule de questions juridiques soulevées par l’établissement et la mise en œuvre de tels programmes (voir *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Niles*, A-481-91, le juge Heald, J.C.A., le 2 juillet 1992, encore inédit, et, généralement, R. Lehr et D. Middlebrooks «Legal Implications of Employee Assistance Programs» (1986), 12 *Employee Relations Law Journal* 262, et L. Loomis, «Employee Assistance Programs: Their Impact on Arbitration and Litigation of Termination Cases» (1986), 12 *Employee Relations Law Journal* 275).

<sup>d</sup> L’arrêt *Bell Canada c. Hallé* (1989), 29 C.C.E.L. 213 (C.A.F.), nous permet d’affirmer que la politique du gouvernement elle-même ne peut être élevée au rang de règle juridique. Dans cette affaire, l’employée avait contesté son renvoi conformément à l’article 61.5 du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, parce que son employeur n’avait pas suivi «à la lettre» la procédure relative à l’«obligation d’avertir», prescrite par la compagnie dans ses directives internes. La compagnie avait pour politique de donner six mois à un employé pour lui permettre d’améliorer son rendement, alors que l’employée en cause dans l’affaire *Hallé* n’avait censément bénéficié que de trois mois seulement. M. le juge Pratte a statué que l’arbitre était tenu de trancher deux ques-

therefore there was just cause for her dismissal; and (2) whether the dismissal procedure used by the employer, taken by itself, was fair or unfair regardless of other policy directives adopted by the employer. In regard to the company's failure to follow its own policy, Mr. Justice Pratte concluded (at page 217):

To begin with, I would say that the respondent's dismissal, assuming it to be otherwise justified, cannot be regarded as unjust solely because the applicant did not follow the dismissal procedure described in its internal directives to the letter. So far as I am aware, this procedure is not a condition of the employment contracts of Bell Canada employees. The applicant can therefore depart from it without giving rise to any objection, unless the departure causes an injustice.

In my opinion, the failure of the respondent to take reasonable steps to ensure that the applicant took advantage of whatever the EAP had to offer does work an injustice in the following sense. The "duty to refer" serves a practical and valid purpose in that it enables the employee to make an informed decision with respect to his or her available options. For example, in the instant case the applicant might have been advised to seek a temporary leave of absence. Such were the facts in *Rivest v. Canfarge Ltd.* (1977), 4 A.R. 164 (S.C.T.D.), where Mr. Justice Bowen observed (at page 171):

The Plaintiff had given 19 years of exemplary service to the company. As a result of things beyond his control in the spring of 1974 he was placed in a position of strain and tension that occasioned an illness on his part. If his superiors had taken the time in June of 1974 to assess the situation from a reasonable and understanding point of view undoubtedly he would have been placed on a leave of absence for sickness until he was able to return to work.

It is far better that such possibilities be pursued prior to the formulation of a dismissal recommendation as opposed to engaging in costly and time-consuming proceedings which vindicate neither employee nor employer.

In my opinion, the "duty to refer" as it is presently cast does not unduly intrude upon an employer's rights. The duty is conditioned on there being a pre-existing "duty to warn", which in turn is restricted to longer term employees (see *Claver v. Canada*, A-1892-83, Pratte J.A., February 21, 1991, not reported, where the duty to warn did not arise in cir-

tions, savoir: (1) si le rendement de l'employée était insatisfaisant, auquel cas son renvoi était justifié; et (2) si la procédure de renvoi suivie par l'employeur était, en soi, juste ou injuste indépendamment des autres directives adoptées par l'employeur. En ce qui a trait au défaut de la compagnie d'avoir suivi sa propre politique, M. le juge Pratte a conclu en ces termes (à la page 217):

En premier lieu, je dirai que le congédiement de l'intimé, si on le suppose par ailleurs justifié, ne pouvait être jugé injuste pour le seul motif que la requérante n'avait pas suivi à la lettre la procédure de congédiement décrite dans ses directives internes. À ce que je sache, cette procédure n'est pas une condition des contrats de travail des employés de Bell Canada. La requérante peut donc y déroger sans que l'on puisse s'en plaindre sauf dans les cas où la dérogation serait source d'injustice.

À mon avis, le défaut de l'intimé d'avoir pris des mesures raisonnables pour veiller à ce que le requérant se prévale du PAE cause une injustice. En effet, l'«obligation d'envoyer en consultation» sert à une fin pratique et valide puisqu'elle permet à l'employé de prendre une décision éclairée face aux possibilités qui lui sont offertes. Par exemple, en l'espèce, on aurait pu conseiller au requérant de prendre un congé temporaire. C'était le cas dans l'affaire *Rivest v. Canfarge Ltd.* (1977), 4 A.R. 164 (C.S. 1<sup>er</sup> inst.), où M. le juge Bowen a observé ce qui suit (à la page 171):

[TRADUCTION] Le demandeur avait fourni dix-neuf ans de service exemplaire à la compagnie. À la suite d'événements indépendants de sa volonté, au printemps 1974, il s'est trouvé dans une situation d'angoisse et de tension qui l'a rendu malade. Si ses supérieurs avaient pris le temps, en juin 1974, d'évaluer la situation d'un point de vue raisonnable et compréhensif, il aurait assurément été envoyé en congé de maladie jusqu'à ce qu'il puisse retourner au travail.

Il est bien plus souhaitable d'entreprendre de telles démarches avant de faire une recommandation de renvoi, plutôt que d'intenter des procédures longues et coûteuses qui ne donnent gain de cause ni à l'employé, ni à l'employeur.

À mon avis, l'«obligation d'envoyer en consultation» dont il est question en l'espèce n'empiète pas indûment sur les droits de l'employeur. Cette obligation existe dans la mesure où il y a déjà une «obligation d'avertir», laquelle existe seulement envers les employés justifiant de longs états de service (voir l'arrêt *Claver c. Canada*, A-1892-83, le juge Pratte,



cumstances where the employee had been hired on a one-year contract, was seriously deficient in meeting his obligations and there was no condonation on the part of the employer). In fact, I believe the more difficult cases will involve employees who have not made a request to their employer and the employer with knowledge of the employee's situation fails to refer the employee to an EAP or its equivalent. A more difficult case arises where there has been no request by the employee, the employer has not established an EAP but is aware of the employee's problems as manifested in the work place. As is evident, the duty under consideration is at some distance from those factual contexts.

#### DISCHARGE OF DUTY

Having established that the respondent was under a "duty to refer", it remains to be determined whether that obligation was discharged. In this regard, this case presents an additional difficulty. The applicant, on his own initiative, sought professional assistance of the respondent by letter of June 7, 1990. On July 23, 1990, the respondent replied to the applicant's request in what may be described as a letter of "indifference". Counsel for the respondent argued that the failure to respond to the applicant's requests for assistance was premised on the understanding that the applicant was already receiving professional counselling. My response to that submission is short. Had the respondent communicated directly with the applicant, any misunderstanding might have been avoided. The respondent's mistaken notion as to the true facts cannot have the legal effect of negating the "duty to refer".

#### LEGAL EFFECT OF BREACH

Having found that the respondent failed in his duty to refer, it is necessary to prescribe the legal consequences of the breach. Does it vitiate the decision recommending release, is it simply evidence of bad faith or, as argued by the applicant, does the breach constitute bad faith *simpliciter*?

We can dispense with the applicant's position summarily. There is no factual or legal basis on which the

J.C.A., le 21 février 1991, non publié, où la Cour a statué qu'il n'y avait pas d'obligation d'avertir dans un cas où l'employé avait été embauché pour une période d'un an, avait gravement manqué à ses obligations et où l'employeur n'avait pas toléré ces manquements). En fait, je crois que les cas plus difficiles seront ceux où les employés n'auront pas demandé l'aide de leur employeur et où l'employeur, tout en connaissant la situation de l'employé, aura omis d'inviter ce dernier à s'inscrire à un PAE ou son équivalent. Un cas plus difficile serait celui où l'employé n'a fait aucune demande d'aide, et où l'employeur n'a pas établi de PAE mais connaît les problèmes de l'employé qui se manifestent dans le milieu de travail. Il est évident que l'obligation en l'espèce est passablement différente de celle qui pourrait exister dans de telles situations.

#### d L'EXÉCUTION DE L'OBLIGATION

Ayant établi que l'intimé avait l'«obligation d'envoyer en consultation», nous devons maintenant voir si cette obligation a été remplie. À cet égard, l'espèce comporte une difficulté supplémentaire. Dans une lettre du 7 juin 1990, le requérant, de sa propre initiative, a demandé à l'intimé de lui fournir de l'aide professionnelle. Le 23 juillet 1990, l'intimé a répondu à la demande du requérant par une lettre qui témoignait de ce que l'on pourrait qualifier d'«indifférence». Selon l'avocat de l'intimé, si ce dernier n'a pas répondu aux demandes d'aide du requérant, c'était parce qu'il croyait que celui-ci était déjà suivi par un professionnel. Je réponds à cet argument en peu de mots: si l'intimé avait communiqué directement avec le requérant, tout malentendu aurait pu être évité. Que l'intimé ait mal apprécié les faits ne saurait avoir pour effet juridique de le dispenser de l'«obligation d'envoyer en consultation».

#### EFFETS JURIDIQUES DU MANQUEMENT

Ayant conclu que l'intimé a manqué à son obligation d'envoyer en consultation, il faut prescrire les conséquences juridiques du manquement. Vicie-t-il la recommandation de renvoi? Est-ce simplement un indice de mauvaise foi? Constitue-t-il de la mauvaise foi, en soi, comme le prétend le requérant?

Nous pouvons régler sommairement la thèse du requérant. Ni les faits, ni le droit ne nous permettent

respondent can be deemed to have acted in bad faith. At best the respondent's failure to fulfil his obligation arose from a genuine misunderstanding and at worst from the belief that the applicant was seeking to forestall the inevitable by sheltering behind the need for counselling. My understanding of the good faith requirement, as discussed below, does not embrace either of these possibilities. Hence, breach of the duty either vitiates the recommendation or should be treated as evidence leading toward a finding of bad faith.

In *Dansereau*, the proper legal effect of the failure of an employer to fulfil its "duty to refer" was raised but not resolved (at pages 458-459). A determination was unnecessary as the Court found that the cumulative actions of the employer constituted bad faith. There the failure to warn combined with other evidence served to demonstrate that the employer had not acted in good faith.

In my opinion, the respondent's breach must be regarded as a failure to meet a condition precedent which vitiates the dismissal recommendation. If that were not the effect of a breach no purpose would be served in recognizing a "duty to refer" or for that matter a "duty to warn". In reaching this conclusion, I have taken into account the fact that the good faith doctrine is of limited application and hence unresponsive to the legitimate interests of employees.

It is trite law that the burden of proof is on the party alleging bad faith. Moreover, it is well recognized that the burden is not easily discharged and in fact the law reports reveal that a finding of bad faith, such as that made in *Dansereau*, is the exception and not the rule. In part, the explanation for this phenomenon can be traced to the legal requirement that, in order to establish bad faith, it must be shown that the decision maker was motivated by a desire to effect an improper purpose or objective (see *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, per Rand J., at page 143). In the employment field, an employer who wishes to rid itself of a competent, but unwanted

de conclure que l'intimé a agi de mauvaise foi. Si l'intimé n'a pas rempli son obligation, c'était, au mieux, parce qu'il s'était véritablement trompé ou, au pire, parce qu'il croyait que le requérant tentait de retarder l'inévitable en demandant de l'aide pour se protéger. À mon sens, ni l'une ni l'autre de ces hypothèses n'équivaut à de la mauvaise foi, d'après les principes exposés plus loin. Par conséquent, le manquement à l'obligation peut, soit vicier la recommandation, soit être traité comme un indice de mauvaise foi.

Dans l'arrêt *Dansereau*, il a été question de l'effet juridique que devait entraîner le défaut d'un employeur de remplir son «obligation d'envoyer en consultation», mais ce point n'a pas été résolu (aux pages 458 et 459). La Cour n'a pas eu à statuer sur cette question puisqu'elle a jugé que les actes de l'employeur, pris ensemble, constituaient de la mauvaise foi. Dans cette affaire, le défaut d'avertir, combiné à d'autres éléments de preuve, ont permis de démontrer que l'employeur n'avait pas agi de bonne foi.

À mon avis, le manquement de l'intimé doit être considéré comme un défaut d'avoir rempli une condition préalable, ce qui a pour effet de vicier la recommandation de renvoi. Telle doit être la conséquence du manquement car autrement, il serait inutile de reconnaître l'existence d'une «obligation d'envoyer en consultation», voire une «obligation d'avertir». En arrivant à cette conclusion, j'ai tenu compte du fait que la théorie de la bonne foi est d'application limitée, si bien qu'elle ne répond pas aux intérêts légitimes des employés.

Selon une règle de droit bien établie, il appartient à celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver. En outre, il est bien reconnu qu'il n'est pas facile de s'acquitter de ce fardeau et, de ce fait, les recueils de jurisprudence révèlent qu'un verdict de mauvaise foi, comme celui dans l'arrêt *Dansereau*, est l'exception, et non la règle. Ce phénomène peut s'expliquer, en partie, par la règle juridique voulant que, pour pouvoir établir la mauvaise foi, il faut prouver que l'auteur de la décision voulait parvenir à une fin ou à un objectif illicite (voir l'arrêt *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, motifs du juge Rand, à la page 143). Dans le domaine des relations du travail, l'em-

employee, may resort to tactics (e.g. “build a file”) which masks the true reasons for dismissal. The good faith doctrine seeks to expose employers unwilling to abide by the legal rules. On the other hand, the “duty to refer” (or the “duty to warn”) serves another

a  
b  
c  
d  
e  
f  
g  
h  
i  
j  
k  
l  
m  
n  
o  
p  
q  
r  
s  
t  
u  
v  
w  
x  
y  
z  
employeur qui souhaite se débarrasser d’un employé compétent par ailleurs, peut employer des tactiques (par exemple, «monter un dossier») qui camouflent les véritables motifs du renvoi. La théorie de la bonne foi vise à dénoncer les employeurs qui ne veulent pas respecter les règles juridiques. Par ailleurs, l’«obligation d’envoyer en consultation» (ou l’«obligation d’avertir») permet d’atteindre un autre objectif, également valable, c’est-à-dire faire en sorte qu’un employeur qui agit véritablement de bonne foi prenne une décision qui soit dans le meilleur intérêt des deux parties.

Though it is unnecessary for the purposes of this application to pursue fully the issue of bad faith, I believe a few remarks are in order.

Bien qu’il soit inutile, aux fins de la présente demande, d’analyser en profondeur la question de la mauvaise foi, il me semble opportun de faire quelques commentaires.

The fact that the respondent failed in his “duty to refer” and to consider seriously the possibility of the applicant being temporarily reassigned (which the applicant requested on at least two occasions) or demoted might lead some to the conclusion that the former acted in bad faith. I would not agree. It must be remembered that the applicant was permitted to remain in his position for at least a year and a half, during which time his performance did not improve. The indisputable fact is that the applicant failed to meet the required standard of work performance and although his work environment may have contributed to the stress he was experiencing because of his family situation, it cannot be said that the actions or omission of the respondent were the *causa causans* of the applicant’s “unsatisfactory” performance. A finding of bad faith is not to be made lightly. As Mr. Justice Décary stated in *Dansereau* (at page 463):

Le fait que l’intimé ait manqué à son «obligation d’envoyer en consultation» et qu’il n’ait pas envisagé sérieusement la possibilité de réaffecter temporairement le requérant (ce que le requérant a demandé à au moins deux reprises), ou de le rétrograder, pourrait amener certains à croire que l’intimé a agi de mauvaise foi. Je ne serais pas de cet avis. Il faut se rappeler que l’intimé a permis au requérant de demeurer à son poste pendant au moins un an et demi et, pendant cette période, son rendement ne s’est pas amélioré. Il est incontestable que le rendement au travail du requérant ne remplissait pas la norme requise et que, même si le milieu de travail de ce dernier a pu contribuer au stress qu’il vivait à cause de sa situation familiale, l’on ne peut pas dire que les actes ou les omissions de l’intimé étaient à l’origine du rendement «insatisfaisant» du requérant. Un verdict de mauvaise foi ne doit pas être rendu à la légère. Comme l’a affirmé M. le juge Décary dans l’arrêt *Dansereau* (à la page 463):

... the record [must be] shot through with instances of bad faith so numerous and so apparent that the Appeal Board could not have concluded that there was no bad faith, as it did, without making a gross error.

... le dossier [doit être] tissé d’éléments de mauvaise foi si nombreux et si manifestes que le Comité d’appel ne pouvait sans commettre une lourde erreur conclure, comme il l’a fait, à l’absence de mauvaise foi.

## CONCLUSION

In my opinion, the Board erred in law when it found that there was no obligation on the respondent to refer the applicant to the Employee Assistance Program. Additionally, it is evident that that duty was not discharged in the circumstances. Accordingly,

## CONCLUSION

À mon avis, le Comité a commis une erreur de droit lorsqu’il a jugé que l’intimé n’avait aucune obligation de renvoyer le requérant au Programme d’aide aux employés. En outre, il est évident que cette obligation n’a pas été remplie en l’espèce. Par consé-

this section 28 application should be allowed and the decision of the Public Service Commission Appeal Board set aside. In accordance with the suggestion of the parties, made during the hearing of the application, the matter should be referred back to a differently constituted panel of the Board for reconsideration and redetermination on the basis of the existing record in this Court and in a manner not inconsistent with these reasons.

HEALD J.A.: I concur.

LINDEN J.A.: I agree.

quent, la présente demande fondée sur l'article 28 devrait être accueillie et la décision du Comité d'appel de la Commission de la fonction publique devrait être annulée. D'après les suggestions des parties pendant l'audition de la demande, l'affaire devrait être renvoyée devant une autre formation du Comité pour qu'elle l'examine de nouveau et rende une autre décision en s'appuyant sur le dossier actuel de cette Cour, conformément aux présents motifs.

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

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