

T-1688-96

T-1688-96

Christopher C. Hutton (*Applicant*)**Christopher C. Hutton** (*requérant*)

v.

c.

The Chief of Defence Staff (*Respondent*)**Le chef d'état-major de la défense** (*intimé*)**INDEXED AS: HUTTON v. CANADA (CHIEF OF DEFENCE STAFF) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: HUTTON c. CANADA (CHEF D'ÉTAT-MAJOR DE LA DÉFENSE) (1^{re} INST.)**

Trial Division, Rothstein J.—Ottawa, May 20 and July 31, 1997.

Section de première instance, juge Rothstein—Ottawa, 20 mai et 31 juillet 1997.

Armed Forces — Judicial review of denial of applicant's grievances by Chief of Defence Staff (CDS) — Career Medical Review Board (CRB(M)) recommending applicant's release from Armed Forces as unable to meet physical requirements for infantry — Applicant filing grievance — Superiors disagreeing as to whether applicant could be transferred to another occupation — Second CRB(M) convened, decision recommending release rendered within 24 hours — Applicant not notified — Subsequently denied promotion; application to join militia refused because of low medical release suitability — Application not premature — Recourse to Minister provided under Queen's Regulations & Orders for the Canadian Forces (QR&O) not adequate alternative remedy since QR&O precluding Minister from acting on complaint because outstanding complaint under Canadian Human Rights Act — Failure to notify applicant of second CRB(M), give opportunity to make submissions, breaching natural justice principles — Second CRB(M) not rendering independent recommendation; device of officers opposed to applicant's retention to force CDS to conclude had to be released — CDS explicitly referring to second CRB(M), holding no impropriety in process — Since breaches of natural justice, mistaken about validity of process — Court unable to say CDS not relying on CRB(M) in making decision to release — CDS not considering promotion in context of any other occupation — Decisions to release, not promote related — Court would not speculate as to CDS's conclusions if disregarded second CRB(M).

Forces armées — Contrôle judiciaire du rejet des griefs du requérant par le chef d'état-major de la défense (CEMD) — Le comité de révision des carrières (raisons médicales) (CRC(RM)) recommandait la libération du requérant des Forces armées étant donné qu'il n'était pas en mesure de respecter les conditions physiques pour faire partie de l'infanterie — Le requérant a déposé un grief — Ses supérieurs n'étaient pas d'accord quant à savoir si le requérant pouvait être transféré à un autre groupe professionnel — Un deuxième CRC(RM) a été convoqué et a rendu sa décision, dans un délai de 24 heures, recommandant la libération — Le requérant n'en a pas été informé — Par la suite, on lui a refusé une promotion; une demande présentée pour se joindre à la milice lui a été refusée à cause de la faible cote qui lui avait été attribuée au niveau de la possibilité qu'il soit libéré pour des raisons de santé — La demande n'est pas prématurée — Le recours au ministre prévu dans les Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC) n'est pas une autre voie de recours appropriée étant donné que les ORFC empêchent le ministre de prendre des mesures relativement à la plainte parce qu'une autre plainte a été déposée en vertu de la Loi canadienne sur les droits de la personne — L'omission d'informer le requérant de la convocation du deuxième CRC(RM) et de lui donner la possibilité de présenter ses observations constitue un manquement aux principes de justice naturelle — Le deuxième CRC(RM) n'a pas présenté de recommandation indépendante; il s'agit d'un plan concocté par les officiers opposés au maintien de l'emploi du requérant afin d'obliger le CEMD à conclure qu'il devait être libéré — Le CEMD a fait explicitement référence à la décision du deuxième CRC(RM), et a statué qu'aucune erreur n'avait été commise dans le processus — Étant donné qu'il y a eu des manquements aux principes de justice naturelle, le CEMD s'est trompé sur la validité du processus — La Cour est incapable de dire que le CEMD ne s'est pas appuyé sur la décision du CRC(RM) pour prendre sa décision concernant la libération du requérant — Le CEMD n'a pas examiné la question de la promotion dans le contexte d'un autre groupe professionnel — Les décisions de libérer le requérant et de ne pas lui accorder de promotion sont liées — La Cour ne peut spéculer quant

Administrative law — Judicial Review — Certiorari — Denial of applicant's grievances by Chief of Defence Staff (CDS) — Application not premature — Applicant using internal grievance procedure under National Defence Act, s. 29 — Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (QR&O), art. 19.26 permitting complaint to Minister if not satisfied with redress — Although normally recourse to Minister adequate alternative remedy, applicant also filing complaint with Canadian Human Rights Commission — QR&O, art. 19.26(16), (17) providing as long as complaint under Canadian Human Rights Act outstanding Minister precluded from acting on complaint — Recourse to Minister not adequate alternative remedy since precluded from acting — Respondent's decision invalid — Explicitly referring to second career medical review board (CRB(M)) decision — CRB(M) breaching natural justice principles as applicant given neither notice of hearing, nor opportunity to make submissions — Not rendering independent recommendation but device of officers opposed to applicant's retention to force CDS to conclude must be released — Respondent stating no impropriety — Clearly mistaken — Court unable to say respondent not relying on CRB(M) decision in making decision to release applicant — Decision to release, not promote applicant related.

This was an application for judicial review of the respondent's denial of the applicant's grievances. The applicant was in the infantry in the Canadian Armed Forces. When he was unable to meet the physical requirements of the job, his situation was referred to a career medical review board (CRB(M)), which recommended that he be released from the Forces because he was unable to meet the *bona fide* occupational requirements of his occupation. The applicant grieved, following which conflicting positions were taken by various officers as to whether he could or should be transferred to another occupation in logistics. Instructions were issued for a second CRB(M), which was convened on less than 24 hours' notice and a decision recommending release rendered the same day. The applicant was not informed that the second CRB(M) was being convened, and therefore made no submissions to it. Subsequently the applicant was informed by the Director Personnel Careers Administration (DPCA)

à savoir quelles auraient été les conclusions du CEMD s'il n'avait pas tenu compte de la décision du deuxième CRC(RM).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Rejet des griefs du requérant par le chef d'état-major de la défense (CEMD) — La demande n'est pas prématurée — Le requérant a eu recours à la procédure interne de règlement des griefs prévue à l'art. 29 de la Loi sur la défense nationale — L'art. 19.26 des Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC) autorise la présentation d'une plainte auprès du ministre si le requérant n'est pas satisfait du redressement qui lui est accordé — Habituellement, le recours au ministre est une autre voie de recours appropriée, mais le requérant a également déposé une plainte devant la Commission canadienne des droits de la personne — Les art. 19.26(16) et (17) des ORFC disposent que, tant et aussi longtemps qu'une plainte fondée sur la Loi canadienne sur les droits de la personne n'est pas réglée, le ministre ne peut prendre aucune mesure relativement à cette plainte — La plainte adressée au ministre n'est donc pas une autre voie de recours appropriée étant donné que le ministre ne pouvait agir — La décision de l'intimé est invalide — On y fait explicitement référence à la décision du deuxième comité de révision des carrières (raisons médicales) (CRC(RM)) — Le CRC(RM) a manqué aux principes de justice naturelle étant donné que le requérant n'a ni été avisé de la tenue de l'audience ni eu la possibilité de présenter des observations — Le CRC(RM) n'a pas présenté de recommandation indépendante, mais constitue un plan concocté par les officiers qui s'opposaient au maintien de l'emploi du requérant afin d'obliger le CEMD à conclure qu'il devait être libéré des Forces armées — L'intimé prétend qu'aucune erreur n'a été commise — Il s'est manifestement trompé à ce sujet — La Cour est incapable de dire que l'intimé ne s'est pas appuyé sur la décision du CRC(RM) pour prendre sa décision concernant la libération du requérant — Les décisions de libérer le requérant et de ne pas lui accorder de promotion sont liées.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire du refus de l'intimé d'accueillir les griefs du requérant. Le requérant était fantassin dans les Forces armées canadiennes. Quand le requérant a eu de la difficulté à respecter les exigences physiques de l'emploi, son cas a été transmis à un comité de révision des carrières (raisons médicales) (CRC(RM)), qui a recommandé que le requérant soit libéré des Forces canadiennes parce qu'il était incapable de respecter les exigences professionnelles normales de son poste. Le requérant a déposé un grief et, par la suite, il semble que différents officiers aient adopté des positions contradictoires quant à savoir si le requérant pouvait ou devait changer de groupe professionnel afin d'être affecté en logistique. Des instructions ont été données pour convoquer un deuxième CRC(RM), ce qui a été fait à moins de 24 heures de préavis, et celui-ci a rendu sa décision recommandant la libération le même jour. Le requérant n'a pas été informé de la convoca-

that he would be promoted. At a later meeting between the DPCA, Directorate Personnel Careers Officers (DPCO) staffs and Director Law/Personnel, a military lawyer, it was decided that the applicant should not be promoted and commissioned. The applicant grieved this decision, alleging that the denial of his promotion was unjust because DPCA was the competent authority to promote and commission him, and rescinding the direction to promote and commission him constituted a violation of fairness and equity, and of a legitimate expectation of process. After the applicant's release, he was advised that he had been assigned a medical release suitability classification which barred him from militia service. He was informed that the restriction would stand on the basis that he could not meet the requirement of the universality of service principle, as was determined by the second CRB(M). The applicant filed his final grievance, submitting that the medical release suitability classification assigned to him was wrong, the universality principle applied only with respect to the Regular Force and not to service in the militia, and that the second CRB(M) was convened without proper authority and misapplied the universality of service principle. The respondent denied all three grievances.

The respondent made a preliminary motion to dismiss the application on the ground that it was premature. The applicant brought his complaints under *National Defence Act*, section 29, which permits grievances to be dealt with by superior authorities. The *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (QR&O), article 19.26(9), provides that if the decision of the Chief of Defence Staff (CDS) does not afford the redress that the applicant thinks is warranted, the applicant may submit a complaint to the Minister.

The issues were (1) whether the application was premature because the applicant had an adequate alternative remedy which had not been exhausted; and (2) whether the CDS's decision was invalid because of its reliance on the second CRB(M) which, it was conceded, offended the principles of natural justice.

Held, the application should be allowed.

Recourse to the Minister of National Defence would have been an adequate alternative remedy for the applicant, except that he had filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission with respect to the decision of the CDS. QR&O, articles 19.26(16) and (17) provide that as long as the applicant's complaint under the *Canadian Human Rights Act* is outstanding, the Minister is precluded

tion du deuxième CRC(RM) et n'a donc pas formulé d'observations. Par la suite, le requérant a été informé par le directeur, Administration des carrières des officiers (DACO), qu'il serait promu. Au cours d'une réunion subséquente entre le DACO et le personnel de la Direction des carrières militaires (officiers) (DCMO) et le Directeur juridique/Personnel, avocat militaire, il a été décidé que le requérant ne serait ni promu ni commissionné. Le requérant a déposé un grief contre cette décision, alléguant que le refus de lui accorder sa promotion était injuste parce que le DACO était l'autorité compétente pour lui accorder la promotion et la commission, et que l'annulation de l'ordre de promotion et de commission violait les principes d'équité et le privait de son droit de bénéficier de l'application régulière de la loi. Après sa libération, le requérant a été informé que la faible cote qui lui avait été attribuée au niveau de la possibilité qu'il soit libéré pour des raisons de santé l'empêchait de s'enrôler dans la milice. On l'a de plus avisé que la restriction serait maintenue étant donné qu'il ne pouvait respecter le principe de l'universalité du service, comme l'avait conclu le deuxième CRC(RM). Le requérant a donc déposé sa dernière demande de redressement de grief dans laquelle il faisait valoir que la cote qui lui avait été assignée était erronée, que le principe de l'universalité ne s'appliquait qu'au niveau de la Force régulière et non pas pour le service dans la milice, et que le deuxième CRC(RM) avait été convoqué sans les autorisations nécessaires et avait mal appliqué le principe de l'universalité du service. L'intimé a refusé les trois griefs.

L'intimé a présenté une requête interlocutoire pour faire rejeter la demande de contrôle judiciaire au motif qu'elle était prématurée. Le requérant a déposé ses plaintes en vertu de l'article 29 de la *Loi sur la défense nationale* qui dispose que l'auteur d'un grief peut demander réparation aux autorités supérieures. L'alinéa 19.26(9) des *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (ORFC) dispose que, si la décision du chef d'état-major de la défense (CEMD) ne lui accorde pas le redressement qui, de l'avis du requérant, semble justifié, celui-ci peut présenter une plainte au ministre.

Les questions en litige sont les suivantes: (1) la demande de contrôle judiciaire est-elle prématurée parce qu'il existe une autre voie de recours appropriée qui n'a pas été exercée; et (2) la décision du CEMD est-elle invalide parce qu'elle s'appuie sur la décision du deuxième CRC(RM) qui, comme l'a reconnu l'intimé, viole les principes de justice naturelle.

Jugement: la demande doit être accueillie.

Le recours au ministre de la Défense nationale aurait constitué une autre voie de recours appropriée pour le requérant, s'il n'avait pas déposé une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne concernant la décision du CEMD. Les alinéas 19.26(16) et (17) des ORFC disposent que, tant et aussi longtemps que la plainte du requérant fondée sur la *Loi canadienne sur les droits de*

from taking any action on a complaint filed with him by the applicant. Notwithstanding concerns about the applicant being able to manipulate the process so as to circumvent the principle that where an expansive internal resolution mechanism such as the grievance process herein already exists, the plaintiff may not turn to the civil courts for relief until he has exhausted that process, if the Minister may not take action on the applicant's complaint but the Court on judicial review is not so precluded, as between the Federal Court and the Minister, the Minister cannot be considered an adequate alternative remedy.

The second CRB(M) was not an inadvertent breach of principles of natural justice. It was clearly an attempt to circumvent the arguments of certain officers that the applicant should be considered for occupational transfer to logistics. The second CRB(M) relied on the "universality of service" principle derived from subsection 33(1) of the *National Defence Act*, to hold that the applicant could not be considered for occupational transfer. This was a matter of interpretation and its application was not obvious. In this context, the haste with which the second CRB(M) was convened and the speed with which it rendered its decision created a number of concerns. In addition to the failure to notify the applicant of the proceedings and give him an opportunity to make submissions, it was questionable whether the second CRB(M) was rendering an independent recommendation, or merely a device of officers opposed to applicant's retention to prevent the CDS from considering the issue of vacancies in logistics, and to force him to conclude that the applicant must be released on account of the universality of service principle.

The CDS explicitly referred to the second CRB(M). If no reliance was placed on information obtained in breach of the natural justice principles, there would be no possibility that the result was affected and the decision should not be set aside. The decision of the CDS was brief and, in this respect, obscure. In it the CDS concurred "with the statement of DPCA . . . in his memo . . . with respect to the second CRB(M) and his finding that no impropriety took place in the process". Since there were breaches of natural justice, the CDS was mistaken about the validity of the process of the second CRB(M). It could not be said that the CDS did not rely upon the reasons or decision of the second CRB(M) in making his decision respecting the applicant's release. With respect to promotion, the decision of the CDS indicates that the applicant did not meet the medical conditions for promotion. The decision not to promote and commission was based on the applicant's occupation in the infantry only, because the decision to release was based in

la personne n'est pas réglée, le ministre ne peut prendre aucune mesure concernant une plainte qui lui a été présentée par le requérant. Malgré l'appréhension que le requérant puisse manipuler la procédure de façon à contourner le principe selon lequel, lorsqu'il existe un mécanisme interne de règlement très souple, comme le processus de règlement des griefs, le requérant ne peut s'adresser aux tribunaux civils pour obtenir réparation avant d'avoir épuisé les recours internes, si le ministre ne peut prendre aucune mesure concernant la plainte du requérant et que la Cour, saisie d'une demande de contrôle judiciaire, n'en est pas empêchée, alors le ministre de la Défense ne peut être considéré comme une autre voie de recours appropriée par rapport à la Cour fédérale.

La procédure de convocation du deuxième CRC(RM) n'est pas un cas de violation par inadvertance des principes de justice naturelle. Il s'agit manifestement d'une tentative de contourner les arguments présentés par certains officiers pour qu'on envisage la possibilité de changer le requérant de groupe professionnel afin qu'il soit affecté en logistique. Le deuxième CRC(RM) s'est appuyé sur le fait qu'en raison du principe de «l'universalité du service», découlant du paragraphe 33(1) de la *Loi sur la défense nationale*, la possibilité de changer le requérant de groupe professionnel ne pouvait être envisagée. C'est une question d'interprétation dont l'application n'est pas évidente. Dans le contexte, la hâte avec laquelle le deuxième CRC(RM) a été convoqué et la rapidité avec laquelle il a rendu sa décision soulèvent un certain nombre de questions. Outre le fait qu'on a omis d'informer le requérant de cette procédure et de lui donner la possibilité de présenter des observations, il y a lieu de se demander si le deuxième CRC(RM) a présenté une recommandation indépendante, ou s'il s'agit tout simplement d'un plan concocté par certains officiers, opposés au maintien de l'emploi du requérant, en vue d'empêcher le CEMD d'examiner la question des postes vacants en logistique et de l'obliger à conclure que le requérant devait être libéré en raison du principe de l'universalité du service.

Le CEMD a explicitement fait référence à la décision du deuxième CRC(RM). Si le CEMD ne s'est pas appuyé sur des renseignements obtenus en violation des principes de justice naturelle, il n'y a pas de possibilité que le résultat en soit modifié et la décision ne doit pas être annulée. La décision du CEMD est brève et, à cet égard, nébuleuse. Dans sa décision, le CEMD est d'accord «avec l'affirmation du DACO . . . dans sa note de service . . . ayant trait à la convocation du deuxième CRC(RM) et avec sa conclusion qu'aucune erreur n'a été commise dans ce processus». Étant donné qu'il y a eu des manquements aux principes de justice naturelle, le CEMD s'est trompé sur la validité du processus suivi par le deuxième CRC(RM). On ne peut dire que le CEMD ne s'est pas appuyé sur la décision du deuxième CRC(RM) pour prendre sa décision concernant la libération du requérant. Pour ce qui a trait à la promotion, la décision du CEMD indique que le requérant ne respectait pas les conditions médicales. La décision de ne pas accorder de

part on the CDS's conclusion that he could not be transferred to another occupation. Obviously, the CDS did not consider the question of promotion in the context of any other occupation. The decision to release and not to promote were related. The Court would not speculate as to what conclusions the CDS might have formed with respect to the issues of release and promotion if he had not been mistaken and had clearly disregarded the second CRB(M). The decision of the CDS was quashed and the matters of release and promotion were remitted for reconsideration by the CDS.

As the basis of the human rights complaint may now have disappeared, the Canadian Human Rights Commission must decide whether the substance of the applicant's complaint is sufficiently certain to enable it to proceed and render a decision on that complaint. One way of dealing with the matter would be for the Commission to dismiss the complaint without prejudice to the right of the applicant to reapply if necessary. This would enable the CDS to reconsider the matter expeditiously, and only if the applicant was of the view after a new decision that a human rights complaint was necessary and warranted would he have to proceed with that alternative.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15.
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6.
National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 29 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 43), 33 (as am. *idem*, s. 60), 34 (as am. *idem*).
Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (1968 Revision), art. 19.26(9),(16),(17).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Cardinal et al. v. Director of Kent Institution, [1985] 2 S.C.R. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353.

DISTINGUISHED:

Anderson v. Canada (Armed Forces), [1997] 1 F.C. 273; (1996), 141 D.L.R. (4th) 54; 205 N.R. 350 (C.A.);

promotion et de commission se fonde uniquement sur le poste qu'occupait le requérant dans l'infanterie, parce que la décision de le libérer était fondée en partie sur la conclusion du CEMD qu'il ne pouvait être changé de groupe professionnel. De toute évidence, le CEMD n'a pas examiné la question de la promotion dans le contexte d'un autre groupe professionnel. Les décisions de libérer le requérant et de ne pas lui accorder de promotion sont liées. La Cour ne peut spéculer quant à savoir quelles auraient été les conclusions du CEMD concernant la libération et la promotion s'il n'avait pas été induit en erreur et s'il avait complètement ignoré la décision du deuxième CRC(RM). La décision du CEMD est annulée et les questions de la libération et de la promotion sont renvoyées pour réexamen par le CEMD.

Étant donné que le fondement de la plainte déposée devant la Commission canadienne des droits de la personne a peut-être disparu, la Commission devra décider si la plainte du requérant est suffisamment fondée pour lui permettre de poursuivre l'instance et de rendre une décision sur cette plainte. L'une des façons dont la Commission pourrait régler cette question serait de rejeter la plainte sous réserve des droits du requérant de la présenter de nouveau au besoin. Cela permettrait au CEMD de réexaminer rapidement l'affaire, et ce n'est que si le requérant est d'avis, après qu'une nouvelle décision aura été rendue, que sa plainte relative aux droits de la personne était nécessaire et justifiée, qu'il pourra se prévaloir de cette solution.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 15.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6.
Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 29 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 43), 33 (mod., *idem*, art. 60), 34 (mod., *idem*).
Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (Révision de 1968), art. 19.26(9), (16),(17).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Cardinal et autre. c. Directeur de l'établissement Kent, [1985] 2 R.C.S. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Anderson c. Canada (Forces armées), [1997] 1 C.F. 273; (1996), 141 D.L.R. (4th) 54; 205 N.R. 350 (C.A.);

Canadian Cable Television Assn v. American College Sports Collective of Canada, Inc., [1991] 3 F.C. 626; (1991), 81 D.L.R. (4th) 376; 4 Admin. L.R. (2d) 61; 36 C.P.R. (3d) 455; 129 N.R. 296; 4 T.C.T. 6177 (C.A.).

CONSIDERED:

Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada—Newfoundland Offshore Petroleum Board, [1994] 1 S.C.R. 202; (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 334; 111 D.L.R. (4th) 1; 360 A.P.R. 334; 21 Admin. L.R. (2d) 248; 163 N.R. 27.

REFERRED TO:

Villeneuve v. Canada, [1997] F.C.J. No. 634 (T.D.) (QL); *Pereira v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 126 F.T.R. 308 (F.C.T.D.); *Kulyk v. Toronto Board of Education* (1996), 139 D.L.R. (4th) 114; 24 C.C.E.L. (2d) 63; 11 O.T.C. 161 (Ont. Gen. Div.); *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; (1996), 136 D.L.R. (4th) 129; 96 CLLC 230-034; 36 C.R.R. (2d) 189; 198 N.R. 1; [1996] R.R.A. 537.

APPLICATION for judicial review of the respondent's denial of the applicant's grievances concerning his release from the Canadian Armed Forces, the denial of a promotion, and the assignment of a low medical release suitability which precluded his acceptance into the militia. Application allowed.

COUNSEL:

Ronald D. Lunau and Tara Erskine for applicant.

Yvonne Milosevic for respondent.

SOLICITORS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] ROTHSTEIN J.: The applicant seeks judicial review of a June 10, 1996 decision of General John

Assoc. canadienne de télévision par câble c. American College Sports Collective of Canada, Inc., [1991] 3 C.F. 626; (1991), 81 D.L.R. (4th) 376; 4 Admin. L.R. (2d) 61; 36 C.P.R. (3d) 455; 129 N.R. 296; 4 T.C.T. 6177 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada—Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers, [1994] 1 R.C.S. 202; (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 334; 111 D.L.R. (4th) 1; 360 A.P.R. 334; 21 Admin. L.R. (2d) 248; 163 N.R. 27.

DÉCISIONS CITÉES:

Villeneuve c. Canada, [1997] F.C.J. n° 634 (1^{re} inst.) (QL); *Pereira c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 126 F.T.R. 308 (C.F. 1^{re} inst.); *Kulyk c. Toronto Board of Education* (1996), 139 D.L.R. (4th) 114; 24 C.C.E.L. (2d) 63; 11 O.T.C. 161 (Div. gén. Ont.); *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; (1996), 136 D.L.R. (4th) 129; 96 CLLC 230-034; 36 C.R.R. (2d) 189; 198 N.R. 1; [1996] R.R.A. 537.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de l'intimé de rejeter les griefs du requérant concernant sa libération des Forces armées canadiennes, de lui refuser une promotion, et de lui attribuer une faible cote au niveau de la possibilité qu'il soit libéré pour des raisons de santé, ce qui l'a empêché d'être accepté dans la milice. Demande accueillie.

AVOCATS:

Ronald D. Lunau et Tara Erskine pour le requérant.

Yvonne Milosevic pour l'intimé.

PROCUREURS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour le requérant.

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

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN: Le requérant demande le contrôle judiciaire d'une décision du 10 juin 1996

Boyle, then Chief of the Defence Staff (CDS), denying the applicant's claim for redress of grievance. The applicant's request for redress of grievance arises out of the applicant's release from the Canadian Forces, a refusal to promote him, and the assignment of a low Medical Release suitability rating.

PRELIMINARY MOTION

[2] At the outset of the hearing on the merits of the judicial review application, the respondent made a preliminary motion to dismiss the application on the ground that it was premature. The applicant brought his complaints under section 29 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 43].¹ As such, his grievance has been dealt with thus far by various members of the Canadian Forces within the internal grievance process of the Canadian Forces. Under the relevant regulations, *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (1968 Revision) (QR&O) article 19.26(9), if the decision of the CDS does not afford the redress that the applicant thinks is warranted, the applicant may submit a complaint to the Minister of National Defence. Article 19.26(9) provides:

Where an officer or a non-commissioned member has submitted a complaint in writing to the Chief of the Defence Staff and the decision of the Chief of the Defence Staff does not afford the redress that, in the opinion of the member, is warranted, the member may submit a complaint in writing to the Minister.

The respondent says that a complaint to the Minister of National Defence is an adequate alternative remedy for the applicant and that the Court should not grant judicial review when such remedy has not been exhausted.

[3] In *Anderson v. Canada (Armed Forces)*, [1997] 1 F.C. 273 (C.A.), Stone J.A. considered the issue of adequate alternative remedy in lieu of judicial review in the context of the Canadian Forces. See also the decision of McKeown J. in *Villeneuve v. Canada*, [1997] F.C.J. No. 634 (T.D.) (Q.L.).

prise le général John Boyle, qui était alors chef d'état-major de la défense (CEMD), dans laquelle il a refusé la demande de redressement du requérant présentée par voie de grief. Cette demande fait suite à la libération du requérant des Forces canadiennes, au refus de lui accorder une promotion, et à la faible cote qui lui a été attribuée au niveau de la possibilité qu'il soit libéré pour des raisons de santé.

REQUÊTE INTERLOCUTOIRE

[2] Au début de l'audience sur le fond de la demande de contrôle judiciaire, l'intimé a présenté une requête interlocutoire pour la faire rejeter au motif qu'elle était prématurée. Le requérant a déposé ses plaintes en vertu de l'article 29 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 43]¹. Jusqu'ici, différents membres des Forces canadiennes ont été saisis de son grief aux termes de la procédure interne de règlement des griefs des Forces canadiennes. En vertu des dispositions réglementaires pertinentes, soit l'alinéa 19.26(9) des *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (ORFC), si la décision du CEMD ne lui accorde pas le redressement qui, de l'avis du requérant, semble justifié, celui-ci peut présenter une plainte au ministre de la Défense nationale. L'alinéa 19.26(9) est rédigé dans les termes suivants:

Si un officier ou militaire du rang qui a présenté une plainte écrite au chef d'état-major de la défense est d'avis que la décision de ce dernier ne lui accorde pas le redressement qui, de l'avis du militaire, semble justifié, il peut présenter une plainte écrite au ministre.

L'intimé prétend qu'une plainte au ministre de la Défense nationale est une autre voie de recours appropriée pour le requérant et que la Cour ne devrait pas entendre la demande de contrôle judiciaire tant que ce recours n'a pas été exercé.

[3] Dans l'arrêt *Anderson c. Canada (Forces armées)*, [1997] 1 C.F. 273 (C.A.), le juge Stone, J.C.A., a examiné, dans le contexte des Forces canadiennes, la question d'une autre voie de recours appropriée à exercer au lieu de présenter une demande de contrôle judiciaire. Voir également la décision du juge

[4] With the exception of one fact which distinguishes this case from *Anderson*, I have little doubt, having regard to the *dicta* of Stone J.A. in that case, that the Minister of National Defence is an adequate alternative remedy for the applicant in this case. *Anderson* directs that if it is possible, it is preferable that a complaint be dealt with within the Canadian Forces. The grievance process provided for under section 29 of the *National Defence Act* is seen to be an expansive resolution mechanism. Where such an expansive mechanism already exists, it is only when the plaintiff is not satisfied with the final outcome of the process that he or she may turn to the civil courts for relief. Considerations of cost and expediency also favour internal resolution. One of the important concerns in this regard is that if the applicant is successful on judicial review, the matter must be remitted for redetermination. Costs may be minimized and a result obtained earlier if internal procedures are exhausted first.²

[5] However, this case is distinguished from *Anderson* by the fact that here the applicant has filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission (Commission) with respect to the decision of the CDS. After one day of argument on the preliminary motion, the Court asked the parties to address QR&O articles 19.26(16) and (17) which had not previously been raised by either of them. Articles 19.26(16) and (17) provide:

(16) A redress authority in receipt of a complaint of an officer or a non-commissioned member under this article shall suspend any action in respect of the complaint where a member initiates an action, claim or complaint under an act of Parliament, other than the *National Defence Act*, in respect of the matter giving rise to the member's complaint under this article.

(17) A redress authority who has suspended action in respect of a complaint pursuant to paragraph (16) shall resume action under this article in respect of that complaint where

McKeown dans *Villeneuve c. Canada*, [1997] F.C.J. n° 634 (1^{re} inst.) (QL).

[4] À l'exception d'un fait qui distingue l'espèce de l'arrêt *Anderson*, il ne fait guère de doute, compte tenu des opinions du juge Stone, J.C.A. dans cette affaire, que le ministre de la Défense nationale est une voie de recours appropriée que le requérant aurait pu exercer dans cette affaire. L'arrêt *Anderson* indique que, lorsque cela est possible, il est préférable qu'une plainte soit réglée à l'intérieur des Forces canadiennes. Le processus de règlement des griefs prévu à l'article 29 de la *Loi sur la défense nationale* est considéré comme un mécanisme de règlement très souple. Lorsqu'un tel mécanisme existe déjà, ce n'est que lorsque le plaignant n'est pas satisfait du résultat final de ce processus qu'il peut s'adresser aux tribunaux civils pour obtenir réparation. Des considérations de coût et de rapidité favorisent également un règlement interne. Il convient aussi de souligner que, si le requérant a gain de cause dans sa demande de contrôle judiciaire, l'affaire doit être renvoyée pour réexamen. Les coûts peuvent être minimisés et un règlement peut intervenir plus rapidement si les recours internes sont épuisés en premier lieu².

[5] Toutefois, l'espèce peut être distinguée de l'arrêt *Anderson* du fait que, dans le cas qui nous occupe, le requérant a déjà déposé une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) concernant la décision du CEMD. Après avoir entendu les arguments concernant la requête interlocutoire pendant une journée, la Cour a demandé aux parties de traiter des alinéas 19.26(16) et (17) des ORFC, qu'aucune d'elles n'avait soulevé jusque là. Les alinéas 19.26(16) et (17) sont rédigés dans les termes suivants:

(16) Une autorité de redressement qui a reçu une plainte d'un officier ou militaire du rang en vertu du présent article est tenue de suspendre toute mesure prise à l'égard de la plainte dès que le militaire prend un recours, présente une réclamation ou une plainte en vertu d'une loi fédérale, autre que la *Loi sur la défense nationale*, relativement à une question qui a donné naissance à la plainte du militaire en vertu du présent article.

(17) Une autorité de redressement qui a suspendu les mesures prises à l'égard d'une plainte visée par l'alinéa (16) doit reprendre toute mesure aux termes du présent article

the other action, claim or complaint has been resolved.

[6] By reason of these provisions, as long as the applicant's complaint under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 is outstanding, the Minister of National Defence is precluded from taking any action on a complaint filed with him by the applicant. Accordingly, counsel for the respondent conceded that the Minister of National Defence is not an adequate alternative remedy for the applicant in the present circumstances. Here, however, the applicant himself filed the human rights complaint which precludes the Minister of National Defence from dealing with the matter. I have some concern that the applicant should be able to manipulate the process so as to circumvent the principle enunciated in *Anderson*. Nonetheless, if the Minister of National Defence may not take action on the applicant's complaint but the Court on judicial review is not so precluded, as between the Federal Court and the Minister of National Defence, the Minister of National Defence cannot be considered an adequate alternative remedy to judicial review. The preliminary application to dismiss on the grounds of prematurity must therefore be dismissed.

[7] This, however, does not automatically mean that the Court should proceed with the judicial review. The outstanding complaint to the Commission under the *Canadian Human Rights Act* poses procedural complications. For example, if the applicant is successful on judicial review, the Court will quash the decision of the CDS and remit the matter for redetermination. However, articles 19.26(16) and (17) preclude the CDS from redetermining the matter until the Commission disposes of the human rights complaint. A quashing of the decision of the CDS will, at the least, create some confusion before the Commission as proceedings before the Commission must relate, at least in part, if not entirely, to the quashed decision of the CDS.

[8] On the other hand, in the judicial review application, the applicant alleges breaches of natural justice

concernant cette plainte dès que l'autre recours, réclamation ou plainte a été résolu.

[6] Du fait de ces dispositions, tant et aussi longtemps que la plainte du requérant fondée sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 n'est pas réglée, le ministre de la Défense nationale ne peut prendre aucune mesure concernant une plainte qui lui a été présentée par le requérant. Par conséquent, l'avocate de l'intimé a reconnu que le ministre de la Défense nationale n'était pas une autre voie de recours appropriée dans les circonstances de l'espèce. Toutefois, c'est le requérant lui-même qui a déposé la plainte relative aux droits de la personne qui empêche le ministre de la Défense nationale de régler cette affaire. Le fait que le requérant puisse manipuler la procédure de façon à contourner le principe énoncé dans l'arrêt *Anderson* me pose quelques problèmes. Néanmoins, si le ministre de la Défense nationale ne peut prendre de mesures concernant la plainte du requérant et que la Cour, saisie d'une demande de contrôle judiciaire, n'en est pas empêchée, alors le ministre de la Défense nationale ne peut être considéré comme un autre voie de recours appropriée par rapport à la Cour fédérale. La demande interlocutoire visant à rejeter l'action au motif qu'elle est prématurée doit donc être rejetée.

[7] Toutefois, cela ne signifie pas automatiquement que la Cour doit entendre la procédure de contrôle judiciaire. La plainte dont est saisie la Commission en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* pose des complications d'ordre procédural. Par exemple, si le requérant a gain de cause dans la présente procédure de contrôle judiciaire, la Cour annulera la décision du CEMD et renverra la question pour réexamen. Toutefois, les alinéas 19.26(16) et (17) empêchent le CEMD de réexaminer l'affaire tant que la Commission ne s'est pas prononcée sur la plainte relative aux droits de la personne. L'annulation de la décision du CEMD créera à tout le moins une certaine confusion devant la Commission étant donné que la procédure devant celle-ci doit se rapporter en partie, sinon en totalité, à la décision annulée du CEMD.

[8] Par ailleurs, dans la demande de contrôle judiciaire, le requérant allègue des manquements aux

which are proper issues to bring before this Court.³ Counsel for the respondent made no application to stay proceedings in this Court pending a decision of the Commission. Had such an application been made, I think the preferable course of action would have been to stay these proceedings as a decision favourable to the applicant would likely result in the matter being remitted to the CDS for redetermination, which, by virtue of articles 19.26(16) and (17), he is precluded from doing as long as the human rights complaint is outstanding. At the hearing of this matter, I ruled that I would proceed to deal with the natural justice issues raised by the applicant and proceed to do so now.

THE DECISION OF THE CDS AND THE PROCESS LEADING TO THE DECISION

[9] The decision of the CDS states:

Mr. C.C. Hutton

APPLICATION FOR REDRESS OF GRIEVANCE

As requested, I have considered your Application for redress of grievance of 24 February 1995 concerning your release from the Canadian Forces on medical grounds.

Disclosure of comments has been provided to you pursuant to Canadian Forces Administrative Order 19-32. In my review, I have considered your initial complaint and your other comments which followed, as well as those from your former superiors at the various levels in the chain of command, and of senior staff at this Headquarters with responsibility for such matters.

Unfortunately, your medical condition has placed restrictions upon your employment in the Infantry occupation, and severely restricts employment in any other occupation. Your request to have your Medical Release suitability classification changed from Suitability "C" can not be supported as the application of Universality of Service applies equally to the Regular Force as well as the Reserve Force. As well, I concur with the statement of DPCA as he explains in his memo of 16 Jan 96 with respect to the second CRB(M) and his finding that no impropriety took place in the process.

principes de justice naturelle, qui sont des questions pouvant être soulevées à bon droit devant la présente Cour³. L'avocate de l'intimé n'a pas demandé la suspension de la procédure devant la présente Cour en attendant la décision de la Commission. Si une telle demande avait été présentée, je pense que la meilleure façon d'agir aurait été de suspendre la procédure étant donné qu'une décision favorable au requérant aurait vraisemblablement signifié que l'affaire devait être renvoyée au CEMD pour réexamen, ce que le CEMD, du fait des alinéas 19.26(16) et (17), est empêché de faire tant et aussi longtemps que la plainte relative aux droits de la personne n'est pas réglée. À l'audition de cette affaire, j'ai décidé d'entendre les questions concernant les principes de justice naturelle soulevées par le requérant et c'est ce que je m'appête à faire.

LA DÉCISION DU CEMD ET LE PROCESSUS SUIVI POUR Y PARVENIR

[9] La décision du CEMD est la suivante:

[TRADUCTION] M. C.C. Hutton

DEMANDE DE REDRESSEMENT DE GRIEF

Comme vous me l'avez demandé, j'ai examiné votre demande de redressement de grief en date du 24 février 1995, concernant votre libération des Forces canadiennes pour des raisons de santé.

Des observations vous ont été communiquées aux termes de l'Ordre administratif 19-32 des Forces canadiennes. Dans mon examen, j'ai pris en considération votre plainte initiale et les autres observations que vous avez formulées, de même que les observations de vos anciens supérieurs à différents niveaux de la chaîne de commandement, ainsi que celles des membres de la haute direction du Quartier général qui sont responsables de ces questions.

Malheureusement, en raison de votre état de santé, vous ne pouvez exercer sans restrictions votre emploi dans l'Infanterie et votre employabilité dans tout autre groupe professionnel est gravement compromise. Votre demande visant à faire modifier la cote «C» qui vous a été attribuée au niveau de la possibilité de libération pour raisons de santé ne peut être appuyée étant donné que le principe de l'universalité du service s'applique autant à la Force régulière qu'à la Force de réserve. De même, je suis d'accord avec l'affirmation du DACO qui explique dans sa note de service du 16 janvier 1996 ayant trait à la convocation du deuxième CRC(RM) et dans sa conclusion qu'aucune erreur n'a été commise dans ce processus.

Notwithstanding the fact that the Director Personnel Career Administration (DPCA) informed you of his intention to have you promoted and commissioned, and the fact that DPCA was an approving authority in this matter, you did not meet the medical conditions for promotion. In these circumstances, DPCA had no jurisdiction to commission you and, as such, his decision was made without proper authority.

Nevertheless, I am directing that the Obligatory Service associated with your initial academic subsidization be cancelled upon your release on medical grounds.

Based on my review, I am satisfied that you have been treated in a fair and equitable manner. Therefore, I deny further redress.

While that is so, I want to thank you for your service in the Canadian Forces, and wish you well in your future endeavours

J.E.J. Boyle
General

Même si le directeur, Administration des carrières (DACO) vous a informé de son intention de vous accorder une promotion et une commission, et qu'il était au nombre des autorités pouvant approuver ces deux mesures, vous n'avez pas respecté les conditions médicales qui vous permettraient d'obtenir une promotion. Dans les circonstances, le DACO n'avait pas compétence pour vous accorder une commission et il a donc pris sa décision sans en avoir le pouvoir.

Néanmoins, j'ordonne que votre période de service obligatoire, se rapportant au financement de vos études, soit annulé dès votre libération pour des raisons de santé.

M'appuyant sur l'examen que j'ai effectué, je suis convaincu que vous avez été traité de façon juste et équitable. Je refuse donc tout autre redressement.

Bien que je ne puisse faire droit à votre demande, je tiens à vous remercier d'avoir servi dans les Forces canadiennes, et je vous souhaite bonne chance dans vos entreprises futures.

J.E.J. Boyle
Général

[10] The facts leading to the decision of the CDS are these: In February, 1990, the applicant sought to enroll in the officer training program of the Canadian Forces. In a pre-enrolment medical examination he was diagnosed as having a cancerous tumour in his chest. He had surgery in April 1990. In October 1990, the applicant enrolled as a Private in the Canadian Forces as an infantryman with the Cameron Highlanders of Ottawa, a Reserve Force militia regiment. The applicant had further surgery in December 1990. In 1991, he applied for and was transferred to the Regular Force. On becoming a member of the Regular Force, the applicant was accepted in the Regular Officer Training Program (ROTP). His occupation was "infantry". The applicant experienced difficulty with the physical requirements of the job. By January 1994, the applicant's occupational medical category was determined to be permanent G2 O3 (geographical limitation G2 and occupational limitation O3) which was below the minimum infantry standard of G2 O2. The applicant was withdrawn from further infantry training and his situation was referred to a career medical review board (CRB)(M). By decision approved September 1, 1994, the CRB(M) recommended that the applicant be released from the Canadian Forces:

[10] Les faits qui ont mené à la décision du CEMD sont les suivants: en février 1990, le requérant a demandé à s'inscrire au programme de formation des officiers des Forces canadiennes. Au cours d'un examen médical préalable à son enrôlement, on a diagnostiqué une tumeur cancéreuse à la poitrine. Il a subi une intervention chirurgicale en avril 1990. En octobre 1990, le requérant s'est enrôlé comme simple soldat dans les Forces canadiennes, à titre de fantassin, dans le Cameron Highlanders of Ottawa, régiment de la Force de réserve. Le requérant a subi une nouvelle intervention chirurgicale en décembre 1990. En 1991, il a été muté à la Force régulière, après en avoir fait la demande. En devenant membre de la Force régulière, le requérant a été accepté au Programme de formation des officiers de la Force régulière (PFOFR). Sous la rubrique profession, on avait indiqué «infanterie». Le requérant a eu de la difficulté à respecter les exigences physiques de cet emploi. En janvier 1994, le requérant a été classé de façon permanente dans la catégorie médico-professionnelle G2 O3 (limite géographique G2 et limite professionnelle O3), ce qui était inférieur à la norme minimale de l'infanterie établie à G2 O2. Le requérant a donc cessé sa formation dans l'infanterie et son cas a été transmis à un comité de révision des carrières (raisons médicales) (CRC(RM)). Dans une décision approuvée le 1^{er} septembre 1994, le

. . . as he is unable to meet the following Bonafide Occupational Requirements (BFORs) required for retention of his present occupation: . . . and is fit 0% of position for rank. He is fit 5% of positions for next higher rank/MOC. LOG [logistics], INT [intelligence] and PAFF [public affairs] [other occupational classifications considered for the applicant] are closed to occupational transfer of ROTP candidates.

An initial release instruction for the applicant was issued September 8, 1994 with a release date of June 1, 1995, was subsequently extended to January 22, 1996.

[11] The applicant commenced redress of grievance procedures under the QR&O's on February 24, 1995. Following the filing of the grievance, it appears that conflicting positions were taken by different officers in the Canadian Forces as to whether the applicant could or should be transferred to another occupation. While there was a strong view that the recommendation of the CRB(M) should stand, there were also views expressed that the applicant had been treated unfairly and that contrary to the CRB(M) finding, there was a requirement for junior logistics officers in the Navy.⁴

[12] By memo dated November 14, 1995, Lieutenant Colonel P. Pellicano, Director of Human Rights and Anti-Harassment Complaints (DHRAHC) wrote to Colonel L. G. Pestell, Director Personnel Careers Administration (DPCA) advising that another officer cadet (Logan) had been re-enrolled in the logistics occupation and recommended that it would be preferable to retain the applicant, transferring him to logistics in the Navy. On November 15, 1995, Colonel Pestell wrote Lieutenant Colonel Pellicano advising there were no vacancies in logistics, that the applicant's case had been thoroughly reviewed and that the matter should be placed before the CDS for a decision without further delay.

[13] Notwithstanding Colonel Pestell's letter to Lieutenant Colonel Pellicano, the matter did not go

CRC(RM) a recommandé que le requérant soit libéré des Forces canadiennes:

[TRADUCTION] . . . étant donné qu'il est incapable de respecter les exigences professionnelles normales (EPN) suivantes pour conserver son poste actuel: . . . et il n'est apte à occuper aucun autre poste de son rang. Il est apte à occuper 5 % des postes du rang immédiatement supérieur/CGPM. Les groupes professionnels militaires LOG [logistique], RENS [renseignement] et Aff P [affaires publiques] [les autres classifications professionnelles examinées pour le requérant] ne sont pas accessibles aux participants du PFOFR.

Un premier ordre de libération concernant le requérant a été donné le 8 septembre 1994, établissant la date de sa libération au 1^{er} juin 1995, mais une prorogation a par la suite été accordée jusqu'au 22 janvier 1996.

[11] Le requérant a entamé la procédure de redressement des griefs prévue dans les ORFC le 24 février 1995. Après le dépôt du grief, il semble que différents officiers des Forces canadiennes aient adopté des positions contradictoires quant à savoir si le requérant pouvait ou devait changer de groupe professionnel. Certains soutenaient fermement que la recommandation du CRC(RM) devait être maintenue, mais d'autres étaient d'avis que le requérant avait été traité injustement et que, contrairement à la conclusion du CRC(RM), la Marine avait besoin de jeunes officiers en logistique⁴.

[12] Dans une note de service datée du 14 novembre 1995, le lieutenant-colonel P. Pellicano, directeur, Droits de la personne et lutte contre le harcèlement (DDPLCH), a écrit au colonel L. G. Pestell, directeur, Administration des carrières des officiers (DACO), l'informant qu'un autre élève-officier (Logan) s'était enrôlé en logistique et lui recommandant de maintenir l'emploi du requérant, en le mutant au service de logistique de la Marine. Le 15 novembre 1995, le colonel Pestell a informé le lieutenant-colonel Pellicano qu'il n'y avait pas de poste vacant en logistique, que le cas du requérant avait fait l'objet d'un examen complet et que la question devait être transmise au CEMD pour qu'une décision soit prise sans autre retard.

[13] Malgré la lettre du colonel Pestell au lieutenant-colonel Pellicano, l'affaire n'a pas été transmise au

forward to the CDS. Instead, on November 16, 1995, Lieutenant Commander J. D. Lemieux, a DPCA officer subordinate to Colonel Pestell, issued instructions for a second CRB(M):

1. In preparation of a submission to the CDS, a review of this file indicates that some information germane to the request may not be current, which in turn could impact on the decision. Specifically, it would appear that OCdt Hutton does not meet the "universality of service" principle now applied during CRB(M) board deliberations.

2. Accordingly, to assist in determining a valid career disposition for OCdt Hutton, it is requested that a new CRB(M) be convened. CRB(M) results will be used to form the basis for recommendations to the adjudicating authority.

The second CRB(M) was convened on November 16, 1995. The decision of the second CRB(M) rendered on the same date states:

PROTECTED B

CAREER REVIEW BOARD (MEDICAL)—NCM

1. General Information

a.	B42 220 889	OCdt	Hutton	23U
	(SN) (RANK)	(SURNAME&INIT)	(OCCUPATION)	
b.	3027		Op Ren	
	(UIC-SUFFIX-ELI)		(PRESENT UNIT)	

2. Reason for submission/recommendation follows:

- a. OCdt Hutton was assigned a med cat of G2: no geographical limitation; and 03: no heavy physical work for more than two (2) hrs without rest. OCdt Hutton's case was reviewed by the CRB (M) held 1 Sep 94. Its decision was to release OCdt Hutton with a retirement leave to commence 1 jun [sic] 95. The date to commence retirement leave was amended to 18 Dec 95 as result of extensions granted to OCdt Hutton in order to partly solve the manning situation in the Op Ren cell;
- b. OCdt Hutton has grieved the CRB (M) decision to release him from the CF. As a result of this grievance, DPCA 4 has expressed concerns wrt [sic] the application of the universality of service principle. This CRB (M) is generated solely to assist the

CEMD. Le 16 novembre 1995, le lieutenant-commander J. D. Lemieux, officier de la DACO sous l'autorité du colonel Pestell, a donné instruction de convoquer un deuxième CRC(RM):

[TRADUCTION] 1. Un examen préalable à la transmission de ce dossier au CEMD révèle que certains renseignements ayant trait à cette demande ne sont peut-être pas à jour, ce qui pourrait influencer sur la décision. Plus précisément, il semblerait que l'élof Hutton ne respecte pas le principe de «l'universalité du service» qui est maintenant appliqué pendant les délibérations du CRC(RM).

2. Par conséquent, pour faciliter la prise d'une décision valable concernant la carrière de l'élof Hutton, il est demandé qu'un nouveau CRC(RM) soit convoqué. Les résultats de ce CRC(RM) serviront de fondement aux recommandations faites à l'autorité qui prendra la décision finale.

Le deuxième CRC(RM) a été convoqué le 16 novembre 1995. La décision que ce comité a rendue le même jour indique ce qui suit:

[TRADUCTION] RENSEIGNEMENTS PROTÉGÉS B

COMITÉ DE RÉVISION DES
CARRIÈRES (RAISONS MÉDICALES)—MR

1. Renseignements généraux

a.	B42 220 889	élof	Hutton	23 U
	(NM) (RANG)	(NOM ET INITIALES)	(GR PROF)	
b.	3027		Op Ren	
	(CIU-SUFFIXE-ILTE)		(UNITÉ ACTUELLE)	

2. Raison de la demande/recommandation:

- a. La cote médicale suivante a été assignée à l'élof Hutton: G2, aucune limite géographique; et 03: pas de travail physique pendant plus de deux (2) heures sans pause. Le cas de l'élof Hutton a été examiné par le CRC(RM) qui a été convoqué le 1^{er} septembre 1994. La décision de ce comité était de libérer l'élof Hutton en date du 1^{er} juin 1995. La date de sa libération a été reportée jusqu'au 18 décembre 1995, par suite de prolongations accordées à l'élof Hutton afin de régler en partie les problèmes d'effectif de la cellule Op Ren.
- b. L'élof Hutton a contesté par voie de grief la décision du CRC(RM) de le libérer des FC. Par suite de ce grief, le DACO 4 a exprimé ses préoccupations concernant l'application du principe de l'universalité du service. Le présent CRC(RM) a été convoqué

- adjudicating authority in determining a valid career action for OCdt Hutton;
- c. OCdt Hutton is fit for 0% of the posns for his present occupation and rank;
- d. the subject 33 (1) of the NDA requires all CF members to perform any lawful duties. The employment limitation "no heavy physical work for more than two (2) hrs without rest" drastically restricts the member's capacity to perform the full spectrum of the GMDs;
- e. the CF has a BFOR for all its officers requiring them to perform physical demands ranging from normal to extremely high depending on the duties. The CF has a BFOR for Inf offr to be able to perform heavy physical duties for prolonged periods; and
- f. the member cannot be considered for an occupation transfer since his assigned employment limitation is in breach of the universality of service. This essential criterion was not given proper consideration in the deliberations of the original Board. [Emphasis added.]
- uniquement pour aider l'autorité responsable de la décision à se prononcer sur les mesures qui doivent être prises concernant la carrière de l'élof Hutton.
- c. L'élof Hutton est inapte à occuper tous les postes de son groupe et de son rang actuels.
- d. Le paragraphe 33(1) de la LDN dispose que tous les membres des FC sont soumis à l'obligation de service légitime. La limite «pas de travail physique pendant plus de deux (2) heures sans pause» restreint considérablement la capacité du membre à remplir toutes ses fonctions d'ordre militaire.
- e. Les FC ont établi une EPN pour l'ensemble des officiers, les obligeant à se soumettre à des exigences physiques allant de normales à extrêmement difficiles, selon leurs fonctions. Les FC ont une EPN pour les officiers d'infanterie, c'est-à-dire que ceux-ci doivent être en mesure de s'acquitter de tâches physiques lourdes pendant des périodes prolongées.
- f. Il n'est pas possible d'envisager de changer le membre de groupe professionnel étant donné que les restrictions applicables à sa capacité de travail contreviennent à l'universalité du service. Ce critère essentiel n'a pas été examiné de façon appropriée au cours des délibérations du premier comité. [Non souligné dans l'original.]

CAREER REVIEW BOARD (MEDICAL)

DECISION SLIP

1. The circumstances concerning the above named member of the Canadian Forces have been reviewed by the Career Review Board members listed hereunder. The Board recommends that:

Based on this information, the Board would have no other option but to recommend release. Since the outcome of this review still leads to a recommendation for release, we recommend that the previous findings of the CRB(M) held 1 Sep 94 be maintained.

[14] The applicant was not informed that the second CRB(M) was being convened and therefore made no submissions to it. He found out about the second CRB(M) subsequently.

[15] After the decision of the second CRB(M), the applicant's promotion and release classification issues arose. He filed additional grievances in respect to each matter.

COMITÉ DE RÉVISION DES CARRIÈRES (RAISONS MÉDICALES)

DÉCISION

1. Les circonstances concernant le membre susmentionné des Forces canadiennes ont été examinées par les membres du comité de révision des carrières dont le nom figure ci-après. Le comité recommande ce qui suit:

D'après ces renseignements, le comité n'a d'autre choix que de recommander la libération. Étant donné que les résultats de cette révision mènent encore une fois à une recommandation de libération, nous recommandons le maintien des conclusions du CRC(RM) qui a été convoqué le 1^{er} septembre 1994.

[14] Le requérant n'a pas été informé de la convocation du deuxième CRC(RM) et n'a donc pas formulé d'observations. Il a été mis au courant par la suite.

[15] Après la décision du deuxième CRC(RM), les questions concernant la promotion du requérant et sa classification concernant ses possibilités de libération se sont posées. Il a déposé d'autres griefs au sujet de chacune de ces questions.

[16] The first additional grievance concerned the applicant's promotion and commission. On December 14, 1995, he was informed personally by Colonel Pestell (DPCA) in a meeting that he would be promoted from Officer Cadet to Second Lieutenant. Subsequently, the Directorate of Personnel Careers Officers (DPCO) staff objected to Colonel Pestell's view. A meeting was held on January 18, 1996 between DPCA, DPCO staffs and DLaw Per [Director Law/Personnel], a military lawyer. The result of the meeting was that the applicant should not be promoted and commissioned. The applicant learned of this decision and filed an intention to grieve on January 22, 1996.

[17] On February 21, 1996, the applicant received a letter from Lt.-Col. Moffatt, DPCA 3, which refers both to Colonel Pestell's direction to promote the applicant, and the meeting of January 18, 1996:

Capt Pachett's opinion was that you did meet promotability criteria and that was subsequently briefed to DPCA, Col Pestell, who, based on that advice, directed that you be promoted to 2Lt.

Subsequent to that direction, DPCA 2 and DPCO 7 questioned this decision. That prompted a meeting involving all of the aforementioned personnel, and an interpretation by DLaw Per which advised that you should not be promoted.

That, as you know, was relayed to SO Op Ren. We are still conducting a search to determine what happened to the file in which the above decisions were discussed. Should we find that file, the applicable documentation will be provided to you.

[18] In his redress of grievance filed on February 26, 1996, the applicant alleged that the denial of his promotion was unjust because DPCA was the competent authority to promote and commission him, and rescinding the direction to promote and commission him constituted a violation of fairness and equity, and of a legitimate expectation of process.

[19] The applicant's final grievance arose with respect to the Medical Release suitability classification. This classification pertains to whether, if the

[16] Le premier grief supplémentaire concernait la promotion et la commission promises au requérant. Le 14 décembre 1995, le colonel Pestell (DACO) l'avait informé personnellement au cours d'une réunion qu'il serait promu d'élève-officier à sous-lieutenant. Par la suite, le personnel de la Direction des carrières militaires (officiers) (DCMO) s'est opposé à l'opinion du colonel Pestell. Une réunion a eu lieu le 18 janvier 1996 entre le DACO, des représentants de la DCMO et le DJ/Per [Directeur juridique/Personnel], avocat militaire. À l'issue de cette réunion, il a été décidé que le requérant ne serait ni promu ni commissionné. En apprenant cette décision, le requérant a indiqué son intention de déposer un grief le 22 janvier 1996.

[17] Le 21 février 1996, le requérant a reçu une lettre du lieutenant-colonel Moffatt, DACO 3, qui faisait référence à l'ordre donné par le colonel Pestell d'accorder une promotion au requérant et à la réunion du 18 janvier 1996:

[TRADUCTION] Le capitaine Pachett était d'avis que vous respectiez les critères applicables aux promotions et a transmis ces renseignements au colonel Pestell, DACO, qui, s'appuyant sur ses conseils, a ordonné que vous soyez promu au grade de st.

Par la suite, le DACO 2 et le DACO 7 ont contesté cette décision. Une réunion a été convoquée à laquelle ont assisté toutes les personnes susmentionnées, et au cours de laquelle l'interprétation donnée par DJ Per a mené à la conclusion que vous ne deviez pas être promu.

Comme vous le savez, ces renseignements ont été transmis à l'OEM Op Ren. Nous poursuivons nos recherches pour retrouver le dossier dans lequel les décisions précitées ont été discutées. Si nous le retrouvons, les documents pertinents vous seront transmis.

[18] Dans sa demande de règlement de grief déposée le 26 février 1996, le requérant allègue que le refus de lui accorder sa promotion est injuste parce que le DACO était l'autorité compétente pour lui accorder la promotion et la commission, et que l'annulation de l'ordre de promotion et de commission viole les principes d'équité et le prive de son droit de bénéficier de l'application régulière de la loi.

[19] Le dernier grief du requérant concerne la cote qui lui a été attribuée au niveau de la possibilité qu'il soit libéré pour des raisons de santé. Ce classement a

applicant is released, he can engage in further service with the Canadian Forces either with the Regular Force or the Reserve Force. According to the evidence of Captain Burton William Matthews, an officer in the Directorate of Military Careers at National Defence headquarters, Ottawa:

When a CF member is released, regardless of the reason for the outgoing member's release, his suitability for re-enrolment in the event of an emergency situation must be assessed according to the following factors:

- Suitability "A" employable in a military occupation classification without restrictions;
- Suitability "B" employable in a military occupational classification with restrictions; or
- Suitability "C" not employable.

[20] After the applicant's release on January 22, 1996, he made inquiries as to the possibility of joining a Militia unit. He was advised that he had been assigned a Medical Release suitability classification of "C", which barred him from Militia service. He made further inquiries whether the requirement could be waived, and was informed by the Directorate of Recruiting and Educational Training (DRET) on March 3, 1996 that the restriction would stand on the basis that he could not meet the requirement of the universality of service principle, as was determined by the second CRB(M).

[21] This decision caused the applicant to file his final redress for grievance on March 13, 1996, in which he submitted that the Medical Release suitability classification assigned to him was wrong, the universality principle applied only with respect to the Regular Force and not to service in the Militia, and that the second CRB(M) was convened without proper authority and misapplied the universality of service principle. He asked that his suitability classification be changed from "C" to "A" or "B", that he be permitted to enrol in the Militia, and that all DRET documents referring to the second CRB(M) be purged.

[22] The grievances came before the CDS who denied all three in his decision of June 10, 1996.

pour but d'établir si, en cas de libération du requérant, celui-ci peut effectuer d'autres périodes de service dans les Forces canadiennes soit dans la Force régulière, soit dans la Force de réserve. Selon le témoignage du capitaine Burton William Matthews, officier de la Direction des carrières militaires au Quartier général de la Défense nationale à Ottawa:

[TRADUCTION] Quand un membre des FC est libéré, pour quelque raison que ce soit, la possibilité qu'il puisse servir de nouveau dans les Forces en cas d'urgence doit être évaluée en fonction des facteurs suivants:

- cote «A»: employable sans restriction dans toute catégorie d'emploi militaire;
- cote «B»: employable avec restrictions dans toute catégorie d'emploi militaire;
- cote «C»: non employable.

[20] Après sa libération le 22 janvier 1996, le requérant s'est informé de la possibilité de s'enrôler dans une milice. On l'a informé que la cote «C» relative à la possibilité de libération pour des raisons de santé l'empêchait de s'enrôler dans la milice. Il s'est renseigné plus avant pour savoir si cette exigence pouvait être contournée et la Direction du recrutement, de l'enseignement et de l'instruction (DREI) l'a informé le 3 mars 1996 que la restriction serait maintenue étant donné qu'il ne pouvait respecter le principe de l'universalité du service, comme l'avait conclu le deuxième CRC(RM).

[21] Cette décision a amené le requérant à déposer sa dernière demande de redressement de grief le 13 mars 1996, dans laquelle il faisait valoir que la cote qui lui avait été assignée était erronée, que le principe de l'universalité ne s'appliquait qu'au niveau de la Force régulière et non pas pour le service dans la milice, et que le deuxième CRC(RM) avait été convoqué sans les autorisations nécessaires et avait mal appliqué le principe de l'universalité du service. Il a demandé que sa cote soit augmentée à «A» ou «B», à être autorisé à s'enrôler dans la milice, et à ce que tous les documents de la DREI ayant trait à la décision de ce deuxième CRC(RM) soient retirés de son dossier.

[22] Les griefs ont été entendus par le CEMD qui les a refusés tous les trois dans sa décision du 10 juin 1996.

THE SUITABILITY "C" ISSUE

[23] At the hearing before this Court, counsel for the CDS informed the Court that the CDS did not wish to defend the suitability "C" decision. She advised that the CDS has undertaken that he would, outside of the grievance process, upgrade the applicant's medical release suitability classification from "C" to "B" as soon as possible.⁵ In view of the CDS's position, that portion of his decision of June 10, 1996, not to change the applicant's suitability classification from "C" to "B" is quashed. The matter is not remitted for reconsideration in view of the undertaking of the CDS to voluntarily upgrade the applicant's classification from "C" to "B".

THE RELEASE AND PROMOTION ISSUES

[24] I next consider those portions of the decision of the CDS denying the applicant redress respecting his release and for the refusal to promote him. At the judicial review hearing the respondent conceded that the second CRB(M) convened on November 16, 1995 was flawed on the basis that it offended the principles of natural justice. Therefore, the question to be decided is whether the decision of the CDS is in turn invalid because of its reliance on the flawed second CRB(M). Although the flaws of the second CRB(M) were conceded, the circumstances surrounding its convening, timing and process are set out for the purpose of context.

[25] In his November 15, 1995 memo to Lieutenant Colonel Pellicano, Colonel Pestell expresses frustration at the amount of time and resources that have been devoted to the applicant's grievance. In that memorandum, he indicates that the matter should be referred without delay to the CDS. I find no fault to this point. However, for some reason, Lieutenant Commander Lemieux then instructed that a second CRB(M) be convened to assist in determining a valid career determination for the applicant, the results of which were to form the basis of a recommendation to the CDS.

LA QUESTION DE LA COTE «C»

[23] À l'audience, l'avocate du CEMD a informé la Cour que le CEMD ne souhaitait pas défendre sa décision concernant cette cote «C». Le CEMD s'est engagé à faire passer la cote du requérant, relativement à sa possibilité de libération pour des raisons de santé, de «C» à «B» dès que possible, en-dehors du processus du règlement des griefs⁵. Au vu de la position du CEMD, cette partie de la décision du 10 juin 1996 de ne pas augmenter la cote du requérant de «C» à «B» est infirmée. La question n'est pas renvoyée pour réexamen en raison de l'engagement volontaire du CEMD à augmenter ce classement de «C» à «B».

LES QUESTIONS DE LIBÉRATION ET DE PROMOTION

[24] J'examine maintenant ces parties de la décision du CEMD refusant au requérant le redressement recherché concernant sa libération et le refus de lui accorder une promotion. Au cours de l'audition de la demande de contrôle judiciaire, l'intimé a reconnu que le deuxième CRC(RM) convoqué le 16 novembre 1995 avait contrevenu aux principes de justice naturelle. La question est donc de savoir si la décision du CEMD est à son tour invalide parce qu'elle s'appuie sur la décision viciée du deuxième CRC(RM). Bien que les lacunes de la décision du deuxième CRC(RM) aient été reconnues, les circonstances qui entourent la convocation de ce comité, la rapidité des délibérations et le processus suivi sont énoncés pour replacer les choses dans leur contexte.

[25] Dans sa note de service du 15 novembre 1995 adressée au lieutenant-colonel Pellicano, le colonel Pestell se disait frustré du temps et des ressources qui avaient été consacrés au grief du requérant. Il indiquait que la question devrait être transmise sans délai au CEMD. Je ne vois rien à redire là-dessus. Toutefois, pour une raison quelconque, le lieutenant-commander Lemieux a ensuite donné ordre de convoquer un deuxième CRC(RM) afin d'aider à prendre une décision valable sur la carrière du requérant, dont les résultats devaient constituer le fondement de la recommandation au CEMD.

[26] This rather elaborate procedure which involved six senior officers of the Canadian Forces, including an officer with the rank of Brigadier General, appears to have been convened on less than 24 hours' notice with a decision being reached and approval given by the Brigadier General on the same day. This compares to the first CRB(M) which was initiated in or about April 1994 and concluded its deliberations and recommendation in September of 1994, an elapsed time of over four months.

[27] The second CRB(M) procedure is not a case of an inadvertent breach of principles of natural justice. It was clearly an attempt to circumvent the arguments made by Lieutenant Colonel Pellicano and others, that the applicant should be considered for occupational transfer to logistics. The basis relied on in the second CRB(M) is that because of the "universality of service" principle derived from subsection 33(1) of the *National Defence Act*,⁶ the applicant cannot be considered for occupational transfer. This is a matter of interpretation and its application is not obvious. In this context, the haste with which the second CRB(M) was convened and the speed with which it rendered its decision create a number of concerns. In addition to the failure to notify the applicant of the proceedings and give him an opportunity to make submissions, I question whether the second CRB(M) was rendering an independent recommendation. Rather, it seems it was a device of some officers opposed to retaining and transferring the applicant to prevent the CDS from considering the issue of vacancies in logistics, about which there seemed to be some doubt, and which might have resulted in the CDS redressing the grievance of the applicant, and to force him to conclude that the applicant must be released on account of the universality of service principle.

[28] I return to the decision of the CDS. There is no question that the CDS considered the second CRB(M).

[26] Cette procédure plutôt élaborée, c'est-à-dire la convocation du comité, qui a fait intervenir six officiers supérieurs des Forces canadiennes, dont un officier ayant le grade de brigadier-général, semble avoir eu lieu à moins de 24 heures de préavis et avoir donné lieu à une décision qui a été approuvée par le brigadier-général le même jour. Par comparaison, le premier CRC(RM) a entamé sa procédure en avril 1994, a conclu ses délibérations et a fait sa recommandation en septembre 1994, c'est-à-dire qu'il lui a fallu plus de quatre mois.

[27] La procédure de convocation du deuxième CRC(RM) n'est pas un cas de violation par inadvertance des principes de justice naturelle. Il s'agissait manifestement d'une tentative de contourner les arguments présentés par le lieutenant-colonel Pellicano et d'autres pour qu'on envisage la possibilité de changer le requérant de groupe professionnel afin qu'il soit affecté en logistique. Le deuxième CRC(RM) s'est appuyé sur le fait qu'en raison du principe de «l'universalité du service», découlant du paragraphe 33(1) de la *Loi sur la défense nationale*⁶, la possibilité de changer le requérant de groupe professionnel ne pouvait être envisagée. C'est une question d'interprétation dont l'application n'est pas évidente. Dans le contexte, la hâte avec laquelle le deuxième CRC(RM) a été convoqué et la rapidité avec laquelle il a rendu sa décision soulèvent un certain nombre de questions. Outre le fait qu'on a omis d'informer le requérant de cette procédure et de lui donner la possibilité de présenter des observations, je me demande si le deuxième CRC(RM) a présenté une recommandation indépendante. Il me semble plutôt qu'il s'agit là d'un plan concocté par certains officiers, opposés au maintien de l'emploi du requérant et au changement de groupe professionnel, en vue d'empêcher le CEMD d'examiner la question des postes vacants en logistique, qui n'est pas sans soulever elle-même quelques doutes, ce qui aurait pu amener le CEMD à accorder le redressement recherché par le requérant dans son grief, et à l'obliger à conclure que le requérant devait être libéré en raison du principe de l'universalité du service.

[28] Je reviens à la décision du CEMD. Il ne fait pas de doute que le CEMD a examiné la décision du

He makes explicit reference to it. However, the respondent argues that in order to determine the validity of the CDS's findings, each component of his decision must be considered separately as to whether reliance was placed on the second CRB(M) in each case. The respondent's position is that, although the portions of the decision which mention the validity of the second CRB(M) and the Medical Release suitability classification may be tainted, the CDS did not rely on the second CRB(M) in making the decision to deny the applicant further redress with respect to his release and promotion.

[29] The respondent relies on *Canadian Cable Television Assn v. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 F.C. 626 (C.A.) in which MacGuigan J.A. held that the Copyright Board denied no principle of natural justice, in spite of the fact that one member had obtained outside information (indeed, had met privately with officials from the CRTC for this purpose) and made use of some of the material in his dissenting reasons. MacGuigan J.A. observed at page 639 that the member had made a "serious mistake of judgment which could certainly have had the effect of invalidating the Board's decision for lack of fairness." However, he then turned to consider whether the conduct of the one member vitiated the entire decision of the Board. He stated at pages 651-652:

... I believe the [*Canadian Pacific Ltd. v. British Columbia Forest Products, Ltd.*, [1981] 2 F.C. 745 case in this Court stands for the proposition that an applicant must show that the Board "placed at least some reliance on the information" in question (at page 757). Here there is no evidence at all of such reliance. Indeed, quite the contrary.

If a final word needs to be said, let it be that an inconsequential error of law, or even a number of them, which could have no effect on the outcome do not require this Court to set aside a decision under paragraph 28(1)(b) of the *Federal Court Act*. In *Schaaf v. Minister of Employment and Immigration*, [1984] 2 F.C. 334, at page 342, Hugessen J.A.,

deuxième CRC(RM). Il y fait explicitement référence. Toutefois, l'intimé fait valoir que pour déterminer la validité des conclusions du CEMD, chaque composante de sa décision doit être analysée séparément au regard de l'importance qu'il a accordée chaque fois à la décision du deuxième CRC(RM). Selon la position de l'intimé, bien que les parties de la décision qui traitent de la validité du processus du deuxième CRC(RM) et du classement concernant la possibilité d'être libéré pour des raisons de santé puissent être entachées d'erreur, le CEMD ne s'est pas appuyé sur la recommandation du deuxième CRC(RM) pour décider de refuser au requérant tout autre redressement concernant sa libération et sa promotion.

[29] L'intimé s'appuie sur l'arrêt *Assoc. canadienne de télévision par câble c. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 C.F. 626 (C.A.), dans lequel le juge MacGuigan, J.C.A., a statué que la Commission du droit d'auteur n'avait pas refusé d'appliquer un principe de justice naturelle, malgré le fait qu'un membre avait obtenu des renseignements extérieurs (en fait, il avait rencontré en privé des représentants du CRTC à cette fin) et avait fait usage de certains de ces renseignements dans ses motifs dissidents. Le juge MacGuigan, J.C.A., fait observer à la page 639 que le commissaire avait «commis une grave erreur de jugement en cherchant à obtenir ces renseignements en dehors du cadre des audiences, et cette erreur aurait certainement pu entraîner la nullité de la décision prise par la Commission à cause d'un manquement à l'équité». Toutefois, il s'est ensuite demandé si la conduite d'un seul commissaire entachait de nullité toute la décision de la Commission. Il indique ceci aux pages 651-652:

... je pense que [l'arrêt *Canadien Pacifique Limitée c. British Columbia Forest Products, Ltd.*, [1981] 2 C.F. 745] appuie la thèse selon laquelle une partie requérante doit établir que la Commission «s'est fiée au moins dans une certaine mesure à l'information» en question (à la page 757). En l'occurrence, rien ne permet de tirer cette conclusion, bien au contraire.

Une dernière précision mérite peut-être d'être donnée: l'existence d'une ou même de plusieurs erreurs de droit sans conséquence, qui pourraient ne rien changer au résultat, n'oblige pas la Cour à annuler une décision aux termes de l'alinéa 28(1)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Dans l'arrêt *Schaaf c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1984]

after setting out the text of subsection 28(1), commented as follows:

In my view, nothing in the words used makes them other than attributive of jurisdiction. They create the power in the Court to set aside decisions which offend in one of the stated ways but do not impose a duty to do so in every case.

...

In my view, the Board made no error of law by infringing the principle of *audi alteram partem* in this case, but if, hypothetically, the actions of Latraverse could somehow be attached to the whole of the Board, I think any error attributable to the Board would be inconsequential, a mere technical breach, and should not be a basis for judicial reversal. The authorities have all required a real possibility that the result was affected.

[30] From this, the respondent asserts the proposition that where there is a “mere technical breach” of a principle of natural justice by one member of a tribunal, the whole decision is not vitiated unless it is shown that there was a “real possibility that the result was affected” by the breach. The respondent’s position, therefore, is that in considering whether the decision of the CDS should be set aside on the basis of a mere technical breach of natural justice, this Court must ask whether there was a real possibility that the CDS relied on the second CRB(M) in deciding the issues of the applicant’s release and promotion, and thus dealt with the applicant unfairly.

[31] In *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada—Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202, at page 228 Iacobucci J. held that a breach of natural justice may be ignored by the courts only in exceptional cases; when the decision is inevitable. However, I interpret the respondent’s argument to be that the general principle in *Mobil Oil* that natural justice may not be ignored need not be applied where there is no reliance on the information obtained in breach of natural justice principles. The respondent’s position is that if there is no reliance on the information obtained in breach of natural justice principles, there is no possibility that the result was

2 C.F. 334, à la page 342, le juge Hugessen de la Cour d’appel, après avoir cité le paragraphe 28(1), a fait le commentaire suivant:

À mon avis, il s’agit là de rien d’autre qu’une disposition attributive de compétence. Elle confère à la Cour le pouvoir d’annuler les décisions entachées de l’un des vices mentionnés, sans pour autant lui imposer l’obligation de le faire dans chaque cas.

...

Selon moi, la Commission n’a commis aucune erreur de droit en contrevenant à la règle *audi alteram partem* en l’espèce, mais dans l’hypothèse où les actes de M. Latraverse pourraient, pour une raison ou pour une autre, être imputés à la Commission dans son ensemble, je pense qu’une erreur attribuable à la Commission serait sans conséquence, constituerait un simple manquement à la procédure, et ne devrait pas justifier l’annulation de la décision. Dans toutes les causes citées, il fallait qu’il y ait une réelle possibilité que le résultat soit modifié.

[30] À partir de cet extrait, l’intimé affirme qu’en cas de «simple manquement» à un principe de justice naturelle par un membre du tribunal, la décision complète n’est pas viciée à moins qu’il soit démontré qu’il y ait «une réelle possibilité que le résultat soit modifié» à cause de ce manquement. Par conséquent, l’intimé est d’avis qu’en examinant la question de savoir si la décision du CEMD devrait être annulée en raison d’un simple manquement à un principe de justice naturelle, la présente Cour doit se demander s’il y a une réelle possibilité que le CEMD se soit appuyé sur la recommandation du deuxième CRC(RM) pour décider des questions de libération et de promotion concernant le requérant, et par conséquent qu’il ait traité injustement le requérant.

[31] Dans l’arrêt *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada—Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202, à la page 228, le juge Iacobucci a statué que les tribunaux ne devraient ignorer un manquement aux principes de justice naturelle que dans des cas exceptionnels, c’est-à-dire quand la décision est inévitable. Toutefois, j’interprète l’argument de l’intimé comme signifiant que le principe général énoncé dans *Mobil Oil*, selon lequel on ne peut ignorer un principe de justice naturelle, ne s’applique pas nécessairement lorsqu’on ne s’appuie pas sur les renseignements qui ont été obtenus en violation des principes de justice naturelle. L’intimé

affected and *Canadian Cable Television* applies.

[32] Assuming this to be a correct expression of the law, to what extent did the CDS rely on the decision of the second CRB(M) in deciding the applicant's grievances respecting release and promotion? The decision of the CDS is brief and in this respect obscure. The record, on the other hand, is extremely complicated. Counsel for the CDS made submissions to the effect that the Court was entitled to look at the record where the decision is unclear to reconstruct how he must have come to his decision and what he relied on. However, such a task would give the CDS the benefit of his obscurity, and would require the Court to engage in speculation as to what was in the mind of the CDS in forming his conclusions. Whereas the Court in *Canadian Cable Television* was able to clearly determine that the majority members of the Board made their decision without reliance upon the information considered by the dissenting member and the flawed information received only slight mention by the member in dissent, in this case the CDS as the sole decision maker made explicit reference to the second CRB(M).

[33] In his decision, the CDS concurred "with the statement of DPCA . . . in his memo of 16 Jan 96 with respect to the second CRB(M) and his finding that no impropriety took place in the process." Since there were breaches of natural justice, the CDS was mistaken about the validity of the process of the second CRB(M). Certainly, the reason for the second CRB(M) was, in the words of Lieutenant Commander Lemieux, "to assist in determining a valid career disposition for OCdt Hutton", and the decision of the second CRB(M) provides: "the Board would have no other option but to recommend release." The reasons of the second CRB(M) deal with occupational transfer,

fait valoir que, si le CEMD ne s'est pas appuyé sur des renseignements obtenus en violation des principes de justice naturelle, il n'y a pas de possibilité que le résultat en soit modifié et que c'est donc l'arrêt *Assoc. canadienne de télévision par câble* qui s'applique.

[32] Si l'on suppose qu'il s'agit là d'une interprétation correcte du droit en vigueur, dans quelle mesure le CEMD s'est-il appuyé sur la décision du deuxième CRC(RM) pour trancher les griefs du requérant concernant sa libération et sa promotion? La décision du CEMD est brève et, à cet égard, nébuleuse. Par ailleurs, le dossier est extrêmement compliqué. L'avocate du CEMD a présenté des observations indiquant que la Cour était en droit d'examiner le dossier lorsque la décision n'est pas claire afin de refaire le cheminement suivi par le CEMD pour en arriver à sa décision et déterminer sur quels renseignements il s'est appuyé. Toutefois, un tel exercice donnerait au CEMD l'avantage de s'être exprimé de façon nébuleuse, et obligerait la Cour à faire des spéculations sur ce que le CEMD avait à l'esprit quand il a formulé ses conclusions. Alors que la Cour dans l'arrêt *Assoc. canadienne de télévision par câble* a été en mesure de déterminer clairement que la majorité des membres de la Commission avaient pris leur décision sans s'appuyer sur les renseignements qui avaient été examinés par le commissaire dissident et que ces renseignements viciés n'avaient été mentionnés que très brièvement par le membre dissident, en l'espèce, le CEMD, qui a été le seul décideur, a fait explicitement référence à la décision du deuxième CRC(RM).

[33] Dans sa décision, le CEMD est d'accord [TRADUCTION] «avec l'affirmation du DACO . . . dans sa note de service du 16 janvier 1996 ayant trait à la convocation du deuxième CRC(RM) et dans sa conclusion qu'aucune erreur n'a été commise dans ce processus». Étant donné qu'il y a eu des manquements aux principes de justice naturelle, le CEMD s'est trompé sur la validité du processus suivi par le deuxième CRC(RM). Certainement, la raison de la convocation du deuxième CRC(RM) était, selon les mots du lieutenant-commander Lemieux, [TRADUCTION] «pour faciliter la prise d'une décision valable concernant la carrière de l'élof Hutton», et la décision du deuxième

finding that the applicant could not be considered for transfer in view of the universality of service principle. I therefore cannot say that the CDS did not rely on the reasons or decision of the second CRB(M) in making his decision respecting the applicant's release.

[34] With respect to promotion, the decision of the CDS indicates that the applicant did not meet the medical conditions for promotion. According to the evidence of Captain Matthews, eligibility for promotion for the commissioned rank of second lieutenant is contingent on the officer cadet being medically fit and able to meet the medical standards for his or her minimum occupational classification (MOC). While the MOC for infantry is G202, for logistics it is G303. It is obvious that the decision not to promote and commission is based on the applicant's occupation in the infantry only, because the decision to release was based in part on the CDS's conclusion that he could not be transferred to another occupation. Obviously, the CDS did not consider the question of promotion in the context of any other occupation. I am not satisfied that the decision to release and not to promote are unrelated.

[35] The Court cannot now speculate as to what conclusions the CDS might have formed with respect to the issues of release and promotion if he had not been mistaken and had clearly disregarded the second CRB(M). Such speculation would constitute a significant departure from the principle laid out by Le Dain J. in *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at page 661.

The right to a fair hearing must be regarded as an independent, unqualified right which finds its essential justification in the sense of procedural justice which any person affected by an administrative decision is entitled to have. It is not for a court to deny that right and sense of justice on the basis of speculation as to what the result might have been had there been a hearing.

CRC(RM) indique ceci: [TRADUCTION] «le comité n'a d'autre choix que de recommander la libération». Les raisons indiquées par le deuxième CRC(RM) ont trait à un changement de groupe professionnel, et le comité a conclu qu'il n'y avait pas de possibilité que ce changement se produise à cause du principe de l'universalité du service. Je ne peux donc dire que le CEMD ne s'est pas appuyé sur la décision du deuxième CRC(RM) pour prendre sa décision concernant la libération du requérant.

[34] Pour ce qui a trait à la promotion, la décision du CEMD indique que le requérant ne respectait pas les conditions médicales. Selon la déposition du capitaine Matthews, l'admissibilité à une promotion au grade de sous-lieutenant dépend de l'aptitude de l'élève-officier sur le plan médical, c'est-à-dire qu'il soit apte et qu'il respecte les normes médicales applicables à sa classification professionnelle minimale (CPM). La CPM pour l'infanterie est G202, et G303 pour la logistique. Il est évident que la décision de ne pas accorder de promotion et de commission se fonde uniquement sur le poste qu'occupait le requérant dans l'infanterie, parce que la décision de le libérer était fondée en partie sur la conclusion du CEMD qu'il ne pouvait être changé de groupe professionnel. De toute évidence, le CEMD n'a pas examiné la question de la promotion dans le contexte d'un autre groupe professionnel. Je ne suis pas convaincu que les décisions de le libérer et ne pas lui accorder de promotion n'ont aucun lien entre elles.

[35] La Cour ne peut spéculer à l'heure actuelle quant à savoir quelles auraient été les conclusions du CEMD concernant la libération et la promotion s'il n'avait pas été induit en erreur et s'il avait complètement ignoré la décision du deuxième CRC(RM). Ce genre de spéculation s'éloigne considérablement du principe énoncé par le juge Le Dain dans l'arrêt *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la page 661.

Il faut considérer le droit à une audition équitable comme un droit distinct et absolu qui trouve sa justification essentielle dans le sens de la justice en matière de procédure à laquelle toute personne touchée par une décision administrative a droit. Il n'appartient pas aux tribunaux de refuser ce droit et ce sens de la justice en fonction d'hypothèses sur ce qu'aurait pu être le résultat de l'audition.

[36] In *Canadian Cable Television*, the exercise of determining what the result might have been without reliance upon the information obtained in breach of natural justice was not speculative. MacGuigan J.A. had before him the Board's majority decision, which was not tainted by any mention of the flawed information or by any reliance upon it. I do not have such an untainted decision before me. Perhaps if the CDS had been more specific as to the precise information upon which he relied for the release and promotion decisions, the respondent's argument might have more weight. In the circumstances of this case, I cannot accede to it.

CONCLUSION

[37] I would allow the judicial review. The decision of the CDS is quashed and the matters of release and promotion are remitted for reconsideration by the CDS presently occupying that position.

[38] I return to the procedural difficulties in this case. There is presently a complaint before the Canadian Human Rights Commission. The CDS may not reconsider the matter by virtue of QR&O paragraph 19.26(16). This decision may result in the basis of the human rights complaint now having disappeared. It will be for the Commission to decide whether the substance of the applicant's complaint is sufficiently certain to enable it to proceed and render a decision on that complaint. One way of dealing with the matter would be for the Commission to dismiss the complaint without prejudice to the right of the applicant to reapply if necessary. This would enable the CDS to reconsider the matter expeditiously, and only if the applicant was of the view after a new decision that a human rights complaint was necessary and warranted would he have to proceed with that alternative. These will be decisions for the applicant and the Commission to make.

[39] Finally, the Charter arguments made on the judicial review were not pursued by the applicant for

[36] Dans l'arrêt *Assoc. canadienne de télévision par câble*, l'exercice auquel on s'est livré pour déterminer quel aurait pu être le résultat si on ne s'était pas appuyé sur les renseignements obtenus en violation des principes de justice naturelle n'était pas spéculatif. Le juge MacGuigan, J.C.A. avait devant lui la décision majoritaire de la Commission, qui ne faisait aucune mention des renseignements viciés et qui ne reposait nullement sur ces renseignements. La décision que j'ai devant moi n'est pas aussi claire. Peut-être que si le CEMD avait été plus précis quant aux renseignements exacts sur lesquels il s'est fié pour prendre ses décisions relatives à la libération et à la promotion, l'argument de l'intimé aurait pu avoir plus de poids. Cependant, dans les circonstances de l'espèce, je ne peux l'accepter.

CONCLUSION

[37] Je suis d'avis d'accueillir la demande de contrôle judiciaire. La décision du CEMD est annulée. Les questions de la libération et de la promotion sont renvoyées pour réexamen par le CEMD qui occupe à l'heure actuelle ce poste.

[38] Je reviens aux difficultés de procédure qui se posent en l'espèce. Il y a à l'heure actuelle une plainte devant la Commission canadienne des droits de la personne. Le CEMD ne peut réexaminer la question en raison de l'application de l'alinéa 19.26(16) des ORFC. Cette décision pourra entraîner la disparition de la plainte relative aux droits de la personne. Il appartiendra à la Commission de décider si la plainte du requérant est suffisamment fondée pour lui permettre de poursuivre l'instance et de rendre une décision sur cette plainte. L'une des façons dont la Commission pourrait régler cette situation serait de rejeter la plainte sous réserve des droits du requérant de la présenter de nouveau au besoin. Cela permettrait au CEMD de réexaminer rapidement l'affaire, et ce n'est que si le requérant est d'avis, après qu'une nouvelle décision aura été rendue, que sa plainte relative aux droits de la personne était nécessaire et justifiée, qu'il pourra se prévaloir de cette solution. Ce sont là des décisions que le requérant et la Commission devront prendre eux-mêmes.

[39] Finalement, les arguments relatifs à la Charte soulevés dans le contrôle judiciaire n'ont pas été repris

the reasons explained in note 2. In view of the resolution of the natural justice issue in favour of the applicant, it is unnecessary to deal with the Charter arguments.

¹ S. 29 of the *National Defence Act* provides:

29. Except in respect of a matter that would properly be the subject of an appeal or petition under Part IX or an application or appeal under Part IX.1, an officer or non-commissioned member who considers that he has suffered any personal oppression, injustice or other ill-treatment or that he has any other cause for grievance may as a matter of right seek redress from such superior authorities in such manner and under such conditions as shall be prescribed in regulations made by the Governor in Council.

² While the applicant was out of time to file a complaint with the Minister of National Defence, counsel for the respondent assured the Court that the necessary extension would be granted if her argument was successful on the issue of prematurity.

³ The judicial review application also includes allegations that s. 33 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60] and 34 [as am. *idem*] of the *National Defence Act* violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and that the exercise of discretion by the CDS in this case breaches s. 15 of the Charter which protects against discrimination on account of physical disability as an enumerated ground. To the extent there is any basis for these Charter arguments in this case, it is clear they are similar if not the same as complaints made to the Commission under the *Canadian Human Rights Act*. The parties were not prepared to deal with whether the Court should consider a Charter challenge under s. 15 while a complaint concerning the same matter is before the Commission. This issue has been the subject of some recent jurisprudence (see *Pereira v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 126 F.T.R. 308, a February 24, 1997 decision of Cullen J. of this Court; *Kulyk v. Toronto Board of Education* (1996), 139 D.L.R. (4th) 114, a decision of the Ontario Court General Division; and *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services public inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345). In the circumstances, the Court was not prepared to proceed with the Charter arguments before resolving this issue. In view of the disposition in respect of the natural justice issues, the Charter arguments need not be addressed.

⁴ Generally, amongst others, views favourable to the applicant were expressed by Rear Admiral Summers,

par le requérant pour les motifs expliqués dans la note 2. Au vu du règlement de la question concernant les principes de justice naturelle en faveur du requérant, il n'est pas nécessaire de traiter de ces arguments.

¹ L'art. 29 de la *Loi sur la défense nationale* dispose comme suit:

29. Sauf dans le cas d'une affaire pouvant régulièrement faire l'objet d'un appel ou d'une demande en révision aux termes de la partie IX, ou d'une demande ou d'un appel aux termes de la partie IX.1, l'officier ou le militaire du rang qui s'estime lésé d'une manière ou d'une autre peut, de droit, en demander réparation auprès des autorités supérieures désignées par règlement du gouverneur en conseil, selon les modalités qui y sont fixées.

² Bien que le requérant n'ait pas respecté le délai pour présenter une plainte au ministre de la Défense nationale, l'avocate de l'intimé a assuré la Cour que la prolongation nécessaire serait accordée si la Cour lui donne raison sur le caractère prématuré de la demande.

³ La demande de contrôle judiciaire renferme également des allégations selon lesquelles les art. 33 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 60] et 34 [mod., *idem*] de la *Loi sur la défense nationale* enfreignent la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 44]] et que l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le CEMD en l'espèce contrevient à l'art. 15 de la Charte qui protège le requérant contre la discrimination du fait d'une déficience physique, qui figure parmi les motifs énumérés. Dans la mesure où ces arguments relatifs à la Charte sont fondés en l'espèce, il est clair qu'ils sont semblables, sinon identiques, à des plaintes déposées devant la Commission en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Les parties n'étaient pas disposées à débattre de la question de savoir si la Cour devrait se pencher sur une contestation de l'art. 15 de la Charte pendant qu'une plainte portant sur la même question est devant la Commission. Cette question a fait l'objet de quelques décisions récentes (voir *Pereira c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 126 F.T.R. 308, une décision du 24 février 1997 du juge Cullen de la présente Cour; *Kulyk v. Toronto Board of Education* (1996), 139 D.L.R. (4th) 114, une décision de la Division générale de la Cour de l'Ontario, et *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345). Dans les circonstances, la Cour n'était pas disposée à entendre les arguments fondés sur la Charte avant de régler cette question. Au vu de la décision concernant les questions de justice naturelle, il n'a pas été nécessaire d'examiner les arguments relatifs à la Charte.

⁴ De façon générale, les opinions favorables au requérant ont été exprimées par le contre-amiral Summers, le

Lieutenant Colonel Pellicano, Lieutenant Colonel LaPierre; and views unfavourable by Major General Armstrong, Colonel Pestell and Lieutenant Commander Lemieux. Doubts about the universality of service principle were expressed by Lieutenant Colonel Rivard and Colonel Holt.

⁵ Notwithstanding the complaint under the *Canadian Human Rights Act*, art. 19.26(16) and (17) do not preclude the CDS from upgrading the medical release classification of the applicant outside the grievance process as he has undertaken to do.

⁶ S. 33(1) of the *National Defence Act* states:

33. (1) The regular force, all units and other elements thereof and all officers and non-commissioned members thereof are at all times liable to perform any lawful duty.

lieutenant-colonel Pellicano, le lieutenant-colonel LaPierre; et les opinions défavorables par le major général Armstrong, le colonel Pestell et le lieutenant-commander Lemieux. Des doutes concernant le principe de l'universalité du service ont été exprimés par le lieutenant-colonel Rivard et le colonel Holt.

⁵ Malgré la plainte fondée sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, les art. 19.26(16) et (17) n'empêchent pas le CEMD de modifier le classement du requérant relatif à la possibilité de libération pour des raisons de santé en dehors de la procédure de règlement des griefs, comme il s'est engagé à le faire.

⁶ L'art. 33(1) de la *Loi sur la défense nationale* dispose comme suit:

33. (1) La force régulière, ses unités et autres éléments, ainsi que tous ses officiers et militaires du rang, sont en permanence soumis à l'obligation de service légitime.