

A-144-90

A-144-90

Maurice Dansereau, firefighter (*Applicant*)

v.

Guy Saint-Hilaire, in his capacity as President of an Appeal Board created pursuant to subsection 31(2) of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, Public Service Commission, a legal entity duly established in accordance with the provisions of the *Public Service Employment Act*, General Administrator, Department of Transport, for the purposes of application of the *Public Service Employment Act*, Montréal International Airports Systems Corporate Group (*Respondents*)

INDEXED AS: *DANSEREAU v. CANADA (PUBLIC SERVICE APPEAL BOARD) (C.A.)*

Court of Appeal, Marceau, MacGuigan and Décary J.J.A.—Montréal, October 4 and 5; Ottawa, October 24, 1990.

Public Service — Termination of employment — Incompetence — Public Service Appeal Board approving departmental recommendation to release longtime employee for incompetence — No warning given work unsatisfactory — Board erred in not finding lack of warning relevant — Private sector rule requiring warning of possibility of dismissal applicable to Public Service in absence of unusual or urgent circumstances — Employer's silence as to incidents occurring before date on which applicant's performance first questioned waiver of right to present evidence of earlier conduct although favourable performance appraisals not absolving employee of past conduct not specifically criticized — Record so replete with instances of bad faith, finding of no bad faith gross error.

Judicial review — Applications to review — Public Service Appeal Board approving departmental recommendation to dismiss longtime employee for incompetence although no warning given — Failure to warn vitiating decision to dismiss for incompetence — Lack of warning not proof of bad faith, but combined with other evidence may demonstrate bad faith.

This was an application to set aside the Public Service Appeal Board's approval of a departmental recommendation to dismiss the applicant for incompetence pursuant to *Public Service Employment Act*, section 31. The applicant worked as a firefighter at the Dorval airport station from 1966 to 1975 when he was promoted to crew chief. Performance appraisals

Maurice Dansereau, pompier (*requérant*)

c.

^a Guy Saint-Hilaire, en qualité de président d'un comité d'appel institué aux termes du paragraphe 31(2) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), chap. P-33, Commission de la fonction publique, corps politique dûment constitué aux termes des dispositions de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, l'administrateur général du ministère des Transports, aux fins de l'application de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, Réseau des aéroports internationaux de Montréal/Corporatif (*intimés*)

RÉPERTORIÉ: *DANSEREAU c. CANADA (COMITÉ D'APPEL DE LA FONCTION PUBLIQUE) (C.A.)*

^d Cour d'appel, juges Marceau, MacGuigan et Décary, J.C.A.—Montréal, 4 et 5 octobre; Ottawa, 24 octobre 1990.

^e *Fonction publique — Fin d'emploi — Incompétence — Un comité d'appel de la fonction publique a entériné une recommandation ministérielle portant renvoi d'un employé de longue date pour incompétence — Aucun avertissement ne lui a été donné disant que son travail était insatisfaisant — Le comité a commis une erreur en ne concluant pas que l'absence d'un avertissement était pertinente — La règle du secteur privé selon laquelle il faut avertir un employé avant qu'il ne puisse être congédié s'applique à la fonction publique en l'absence de circonstances extraordinaires ou pressantes — Le silence de l'employeur relativement à des incidents survenus avant la date à laquelle le rendement du requérant a été remis en question pour la première fois constitue une renonciation à son droit de faire la preuve de la conduite antérieure de ce dernier, même si des évaluations du rendement favorables n'absolvaient pas l'employé d'une conduite antérieure qui n'a fait l'objet d'aucun reproche particulier — Le dossier contient tant d'éléments de mauvaise foi que la conclusion d'absence de mauvaise foi constitue une erreur grossière.*

ⁱ *Contrôle judiciaire — Demandes d'examen — Un comité d'appel de la fonction publique a entériné une recommandation ministérielle visant à congédier un employé de longue date pour incompétence même si celui-ci n'a reçu aucun avertissement — Cette omission viciait la décision de congédier l'employé pour incompétence — L'absence d'avertissement n'est pas une preuve de mauvaise foi mais elle peut l'être si on la considère avec d'autres éléments de preuve.*

^j Il s'agit d'une demande visant à faire annuler l'entérinement par un comité d'appel de la fonction publique d'une recommandation ministérielle proposant le renvoi du requérant pour incompétence en vertu de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. Le requérant a travaillé à titre de pompier à la caserne de l'aéroport de Dorval de 1966 à 1975

indicated that applicant had met all requirements until September 1985. In 1986, there was a tragic death in applicant's family. He was absent from work from February 1, 1987 to March 24, 1988 due to a criminal charge upon which he was acquitted. When he returned to work in March 1988, he was assigned non-supervisory responsibilities. In May he resumed his duties as captain and was not warned that his performance was inadequate. In June 1988, however, he received three unsatisfactory performance reports for the period beginning September 1985. Two of these were prepared by the applicant's superior officer who had hoped that the applicant would never return to work. The Department notified the applicant that it was recommending his demotion to firefighter for incompetence in performing supervisory duties. The applicant appealed this decision. In November, 1988 the appraisal report indicated that the applicant met the standard required for firefighter. Six days before the appeal was to be heard, the Department replaced the demotion recommendation with a dismissal recommendation. The Appeal Board disallowed the amendment. The Department sent a new notice informing applicant of the decision to recommend his dismissal for incompetence. The applicant appealed but the Appeal Board upheld the dismissal recommendation, holding that mere failure to warn of the possibility of dismissal was not a basis for vacating a decision to dismiss for incompetence which is otherwise valid. The Board declined to follow another Appeal Board's decision in *Dickinson v. Department of National Revenue (Taxation)* wherein it was held that an unequivocal warning is required before dismissing an employee for incompetence and that failure to warn is proof of bad faith. The applicant argued that the lack of warning alone was sufficient to vitiate the decision and also that it showed bad faith. The issues were (1) whether the lack of warning vitiated the dismissal recommendation (2) whether the Board was limited to considering events occurring after September 1985, the date when the applicant's performance was first questioned and (3) whether the Board's decision was based on erroneous findings of fact and made without considering the evidence.

Held (Marceau J.A. dissenting), the application should be allowed.

Per Décary J.A. (MacGuigan J.A. concurring): (1) The applicant was entitled to a warning before being dismissed for incompetence and the Board erred in not finding the lack of warning relevant and in not considering whether unusual or urgent circumstances could justify it. The approach in *Dickinson* should have been followed. The general rule followed in the private sector, that in the absence of unusual or urgent circumstances an employee should be given a warning before being dismissed for incompetence, particularly when he has been performing his duties for a number of years, is applicable to the Public Service. The type of warning and period for correction will vary depending on the circumstances.

To leave open the issue of whether the lack of warning itself vitiated the decision or simply established the employer's bad

alors qu'il a accédé au poste de surveillant d'équipe. Les rapports d'appréciation indiquaient que le requérant répondait à toutes les exigences depuis septembre 1985. En 1986, il y eut une mort tragique dans sa famille. Il s'est absenté du travail du 1^{er} février 1987 au 24 mars 1988 en raison d'une accusation criminelle dont il a été blanchi. Lorsqu'il est retourné au travail en mars 1988, il a été affecté à des fonctions sans responsabilité de surveillance. Il a repris ses fonctions de capitaine au mois de mai sans qu'on l'avertisse que son rendement était inadéquat. Il a toutefois reçu, en juin 1988, trois rapports de rendement insatisfaisants pour la période commençant en septembre 1985. Deux de ces rapports avaient été préparés par le supérieur du requérant qui espérait que ce dernier ne revienne jamais au travail. Le Ministère a avisé le requérant qu'il recommandait sa rétrogradation au poste de pompier en raison de son incompetence dans l'exercice de ses fonctions de surveillance. Le requérant a interjeté appel de cette décision. En novembre 1988, le rapport d'appréciation indiquait que le requérant satisfaisait aux critères requis pour la fonction de pompier. Six jours avant l'audition de l'appel, le Ministère a substitué à la recommandation de rétrogradation celle de renvoi. Le Comité d'appel a refusé l'amendement. Le Ministère a envoyé un nouvel avis informant le requérant de la décision de recommander son renvoi pour incompetence. Celui-ci a interjeté appel mais le Comité d'appel a confirmé la recommandation de renvoi, statuant que la simple omission d'avertir le requérant de la possibilité de son renvoi ne justifiait pas l'annulation d'une décision de renvoi pour incompetence qui est autrement valide. Le Comité a refusé de suivre une autre décision d'un comité d'appel dans l'affaire *Dickinson c. ministère du Revenu national (Impôt)* où il a été jugé qu'il faut donner un avertissement sans équivoque avant de renvoyer un employé pour incompetence et que le défaut d'avertissement est une preuve de mauvaise foi. Le requérant a soutenu que l'absence d'avertissement suffisait à elle seule à annuler la décision et qu'elle était en outre une preuve de mauvaise foi. Il s'agissait de savoir (1) si l'absence d'avertissement viciait la recommandation de renvoi (2) si le Comité devait uniquement tenir compte des événements survenus après le mois de septembre 1985, époque à laquelle le rendement du requérant a été remis en question pour la première fois et (3) si le Comité a rendu sa décision en se fondant sur des conclusions de fait erronées et sans tenir compte de la preuve.

Arrêt (le juge Marceau, J.C.A. étant dissident): la demande devrait être accueillie.

Le juge Décary, J.C.A. (aux motifs duquel a souscrit le juge MacGuigan, J.C.A.): (1) Le requérant avait droit à un avertissement avant d'être congédié pour incompetence et le Comité a commis une erreur en ne concluant pas que l'absence d'avertissement était pertinente et en ne se demandant pas si des circonstances extraordinaires ou pressantes pouvaient justifier un tel congédiement. L'approche adoptée dans l'affaire *Dickinson* aurait dû être suivie. La règle générale suivie dans le secteur privé selon laquelle, en l'absence de circonstances extraordinaires ou pressantes, un avertissement doit être donné à un employé avant qu'il ne puisse être congédié pour cause d'incompétence, surtout lorsqu'il exerce ses fonctions depuis nombres d'années, s'applique à la fonction publique. Le type d'avertissement et la période de correction varieront au gré des circonstances.

Ne pas trancher la question de savoir si l'absence d'avertissement suffit en elle-même à vicier la décision ou si elle établit

faith which vitiated the decision, would be unhealthy for the administration of justice. The applicant argued it both ways, although the two approaches are difficult to reconcile with each other within the same administrative tribunal. Lack of warning itself is not proof of bad faith, but combined with other evidence may demonstrate that the employer was not acting in good faith, if such demonstration is necessary when the absence of warning itself vitiates a decision to dismiss for incompetence.

(2) The Board erred in allowing the employer to present evidence of incidents occurring before September 1985. The employer in the dismissal recommendation limited its allegations of incompetence to those appearing in the performance reports for the period since September 1985. By its silence as to incidents occurring prior to that date, the employer waived the right to unearth justification for its dismissal in the earlier conduct of its employee. Although a favourable performance report does not absolve all actions by an employee which were not made the subject of specific complaint, an employer can by his own actions at the time of the dismissal waive any reference to a more distant past and set up an estoppel against himself.

(3) The Appeal Board based its conclusion that there was no bad faith on erroneous findings of fact and without considering the evidence before it. The record was rife with instances of bad faith so apparent that the Board could not have concluded that there was no bad faith without gross error. The Board also erred in basing its refusal to arrive at a conclusion of bad faith on *R. v. Larsen* and *Attorney General of Canada v. Loiselle*. It was not interfering in the way in which the Department intended to dispose of the ousted employee to consider whether the Department had demonstrated bad faith in the manner of dismissing the applicant.

Per Marceau J.A. (dissenting): (1) The Board did not err in finding that the lack of warning did not automatically invalidate a dismissal recommendation. A warning is required only if it can serve some useful purpose. Dismissal for incompetence, under section 31 of the Act, is usually due to some intrinsic defect in the incumbent which does not allow him to provide the expected level of service. A warning may be useful in determining whether a performance problem is one of discipline or incapacity, but a valid judgment can be made as to incompetence without resorting to a warning.

(2) Nor did the Board err in considering incidents that occurred before September 1985. The Board was not restricted to a specific and limited period of time in determining whether the employer was justified in alleging incompetence, especially as it had to ensure that the allegations were not based entirely on a reaction prompted by recent events. The general observations contained in annual performance reports do not have binding evidentiary force. The letter sent to the Public Service Commission in support of the dismissal recommendation was not an undertaking not to go beyond the facts it expressly mentions as that would be giving it a binding force which even written pleadings in a court of law do not have. The type of

simplement la mauvaise foi de l'employeur qui a vicié la décision, n'est pas des plus sain pour l'administration de la justice. Le requérant a misé sur les deux tableaux, même si les deux approches sont difficilement conciliables au sein d'un même tribunal administratif. L'absence d'avertissement n'est pas en soi une preuve de mauvaise foi mais combinée à d'autres éléments de preuve, elle peut démontrer que l'employeur n'était pas de bonne foi, si cette démonstration doit être faite lorsque le défaut d'avertissement vicie en lui-même une décision de congédier pour cause d'incompétence.

(2) Le Comité a commis une erreur en permettant à l'employeur de faire la preuve d'incidents survenus avant septembre 1985. Dans sa recommandation de renvoi, celui-ci a limité ses allégations d'incompétence à celles figurant dans les rapports d'évaluation pour la période commençant en septembre 1985. Par son silence sur les incidents survenus avant cette date, l'employeur a renoncé à son droit de déterrer dans la conduite antérieure de son employé des éléments justificatifs de sa décision de renvoi. Bien qu'un rapport de rendement favorable ne soit pas une absolution de tous les gestes posés par un employé qui n'ont fait l'objet d'aucun reproche particulier, l'employeur peut, par ses propres agissements au moment du congédiement, renoncer à recourir à un passé plus lointain et établir contre lui-même une fin de non-recevoir.

(3) Le Comité d'appel a fondé sa conclusion selon laquelle il n'y avait aucune mauvaise foi sur des conclusions de fait erronées et sans tenir compte de la preuve qui lui a été soumise. Le dossier était tissé d'éléments de mauvaise foi si manifestes que le Comité ne pouvait sans commettre une lourde erreur conclure à l'absence de mauvaise foi. Il a également commis une erreur en fondant son refus de conclure à la mauvaise foi sur les affaires *R. c. Larsen* et *Le procureur général du Canada c. Loiselle*. Ce n'est pas se mêler de la façon dont le Ministère entend disposer du fonctionnaire évincé que de se demander si ledit Ministère a fait preuve de mauvaise foi dans la façon de congédier le requérant.

Le juge Marceau, J.C.A. (*dissident*): (1) Le Comité n'a pas commis d'erreur en concluant que l'absence d'avertissement n'invalide pas automatiquement une recommandation de renvoi. Une mise en demeure n'est requise que si elle peut avoir une fin utile. Le renvoi pour incompetence en vertu de l'article 31 de la Loi est habituellement attribuable à un défaut intrinsèque du titulaire qui ne lui permet pas de fournir la qualité de prestation de service attendue. Une mise en demeure peut servir à déterminer si un problème de rendement en est un de discipline ou d'inaptitude mais il est possible de porter un jugement valide sur l'incompétence d'un employé sans le recours à cette mise en demeure.

(2) Le Comité n'a pas commis d'erreur non plus en prenant en considération les incidents survenus avant septembre 1985. Il n'avait pas à se cantonner dans une période précise et limitée pour vérifier si l'employeur avait raison d'alléguer l'incompétence, surtout qu'il lui fallait s'assurer que les allégations ne se rattachaient pas plutôt à une réaction suscitée par des faits récents. Les remarques générales contenues dans les rapports annuels de rendement n'ont pas une force probante péremptoire. La lettre adressée à la Commission de la fonction publique à l'appui de la recommandation de renvoi ne constituait pas un engagement à ne pas aller au-delà des faits qui y étaient expressément notés car cela lui aurait attribué un effet détermi-

evidence which is admissible in a case of disciplinary dismissal differs from that which is admissible in a case of dismissal for incompetence. In the former, the acts of misconduct must be specified so that the tribunal can be satisfied that they were committed and were serious enough to warrant the penalty. In the latter, the evidence could not relate to positive facts of the same type nor be as strict and precise.

(3) The Court lacked jurisdiction to intervene under *Federal Court Act*, paragraph 28(1)(c). The Appeal Board rendered a lengthy decision in which all the facts were discussed, analysed and considered. The decision was not made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

The Board could not substitute demotion for dismissal. Once it was satisfied as to the Department's good faith, and had recognized that the ousting of the applicant from his position was justified, it was bound by the recommendation.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28(1)(c).
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 31.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Dickinson v. Department of National Revenue (Taxation), [1987] ABD [8-1] 162 (P.S.C.A.B.); *Ahmad v. Public Service Commission*, [1974] 2 F.C. 644; (1974), 51 D.L.R. (3d) 470; 6 N.R. 287 (C.A.); *Puerto Rico (Commonwealth) v. Hernandez*, [1973] F.C. 1206; (1973), 42 D.L.R. (3d) 541; 15 C.C.C. (2d) 56 (C.A.); rev'd [1975] 1 S.C.R. 228; (1973), 41 D.L.R. (3d) 549; 14 C.C.C. (2d) 209.

CONSIDERED:

Hallé v. Bell Canada (1989), 99 N.R. 149 (F.C.A.); *R. v. Larsen*, [1981] 2 F.C. 199; (1980), 117 D.L.R. (3d) 377 (C.A.); *Attorney General of Canada v. Loiselle*, [1981] 2 F.C. 203 (C.A.).

REFERRED TO:

Produits Pétro-Canada Inc. v. Moalli, [1987] R.J.Q. 261; (1986), 6 Q.A.C. 114; 26 Admin. L.R. 64; 16 C.C.E.L. 18 (C.A.); *Re Service Employees International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home et al. and two other applications* (1984), 48 O.R. (2d) 225; 13 D.L.R. (4th) 220; 12 C.R.R. 86; 5 O.A.C. 371 (C.A.); *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home et al. and two other applications* (1983), 44 O.R. (2d) 392; 4 D.L.R. (4th) 231; 10 C.R.R. 37 (Div. Ct.); *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Rifou*, [1986] 3 F.C. 486; (1986), 13 C.C.E.L. 293; 86 CLLC 14,046; 25 C.R.R.

nant que même un acte de procédure devant une cour de justice n'a pas. Le type de preuve admissible dans un cas de licenciement disciplinaire diffère de celui qui est admissible dans un cas de licenciement pour incompétence. Dans le premier cas, les actes d'inconduite doivent être précisés de façon à ce que le tribunal puisse être convaincu qu'ils ont bien été commis et que leur gravité était suffisante pour justifier la sanction. Dans le second cas, la preuve ne saurait porter sur des faits positifs du même ordre ni être aussi stricte et précise.

(3) La Cour n'avait pas compétence pour intervenir en vertu de l'alinéa 28(1)c) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le Comité d'appel a rendu une décision détaillée dans laquelle tous les faits ont été discutés, analysés et pris en considération. La décision n'a pas été rendue de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose.

Le Comité ne pouvait pas substituer la rétrogradation au renvoi. Une fois qu'il était convaincu de la bonne foi du Ministère et qu'il reconnaissait que l'évincement du requérant de son poste était justifié, il était lié par la recommandation.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28(1)c).
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-33, art. 31.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Dickinson c. ministère du Revenu national (Impôt), [1987] DCA [8-1] 162 (C.A.C.F.P.); *Ahmad c. La Commission de la Fonction publique*, [1974] 2 C.F. 644; (1974), 51 D.L.R. (3d) 470; 6 N.R. 287 (C.A.); *L'État portoricain c. Hernandez*, [1973] C.F. 1206; (1973), 42 D.L.R. (3d) 541; 15 C.C.C. (2d) 56 (C.A.); infirmé à [1975] 1 R.C.S. 228; (1973), 41 D.L.R. (3d) 549; 14 C.C.C. (2d) 209.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Hallé c. Bell Canada (1989), 99 N.R. 149 (C.A.F.); *R. c. Larsen*, [1981] 2 C.F. 199; (1980), 117 D.L.R. (3d) 377 (C.A.); *Le procureur général du Canada c. Loiselle*, [1981] 2 C.F. 203 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Produits Pétro-Canada Inc. c. Moalli, [1987] R.J.Q. 261; (1986), 6 C.A.Q. 114; 26 Admin. L.R. 64; 16 C.C.E.L. 18 (C.A.); *Re Service Employees International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home et al. and two other applications* (1984), 48 O.R. (2d) 225; 13 D.L.R. (4th) 220; 12 C.R.R. 86; 5 O.A.C. 371 (C.A.); *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home et al. and two other applications* (1983), 44 O.R. (2d) 392; 4 D.L.R. (4th) 231; 10 C.R.R. 37 (C. Div.); *Banque canadienne impériale de commerce c. Rifou*, [1986] 3 C.F. 486; (1986), 13 C.C.E.L. 293; 86 CLLC 14,046; 25

164; 72 N.R. 12 (C.A.); *Mojica v. Minister of Manpower and Immigration*, [1977] 1 F.C. 458; (1976), 14 N.R. 162 (C.A.).

AUTHORS CITED

Audet, George and Bonhomme, Robert *Wrongful Dismissal in Quebec*, 2nd ed., trans. by Thomas E. F. Brady, Cowansville, Que.: Éditions Yvon Blais Inc., 1988.
 Aust, Edward A. *The Employment Contract*, Cowansville, Que.: Éditions Yvon Blais Inc., 1988.
 Harris, David *Wrongful Dismissal*, Rev. and Cons. Toronto: Richard De Boo, 1990.

COUNSEL:

François Garneau for applicant.
R. Morneau for respondent.

SOLICITORS:

Desjardins, Ducharme, Montréal, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

MARCEAU J.A. (*dissenting*): I am sorry, but I do not share the views of my brother Décary J.A. With respect, I take the liberty of doubting whether this Court falls within either of the conditions required by section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] of its enabling Act to intervene and set aside the Appeal Board's decision. I will try to explain my viewpoint as briefly as possible.

1. I find no error in the Appeal Board's approach in terms of law.

First, I do not think that the Board can be faulted for refusing to agree that the lack of prior notice automatically invalidated a dismissal recommendation pursuant to section 31 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33. This is what the Board said on this point:

It was argued that the decision to dismiss the appellant for incompetence was improper because he was never confronted with the reasons for his dismissal nor warned that he was in danger of being dismissed if he did not improve. Though it seems to be true that the appellant was not formally warned he might be dismissed if there was no improvement, I cannot allow the appeal for a reason of this kind.

C.R.R. 164; 72 N.R. 12 (C.A.); *Mojica c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1977] 1 C.F. 458; (1976), 14 N.R. 162 (C.A.).

DOCTRINE

Audet, George et Bonhomme, Robert, *Le congédiement en droit québécois*, 2^e éd., Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais Inc., 1988.
 Aust, Edward A. *Le contrat d'emploi*, Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais Inc., 1988.
 Harris, David *Wrongful Dismissal*, Rev. and Cons. Toronto: Richard De Boo, 1990.

AVOCATS:

François Garneau pour le requérant.
R. Morneau pour l'intimé.

PROCUREURS:

Desjardins, Ducharme, Montréal, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

Voici les motifs du jugement rendu en français par

LE JUGE MARCEAU, J.C.A. (*dissident*): Je regrette, mais je ne partage pas les vues de mon collègue, le juge Décary, J.C.A.. Je me permets, avec égards, de contester que cette Cour soit dans l'une ou l'autre des conditions requises par l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7] de sa Loi habilitante pour intervenir et annuler la décision du Comité d'appel. Je vais essayer de m'expliquer le plus rapidement possible.

1. Sur le plan du droit, je ne vois aucune erreur dans l'approche du Comité d'appel.

D'une part, je ne crois pas que l'on puisse reprocher au Comité d'avoir refusé d'admettre que l'absence de préavis rendait en droit automatiquement irrégulière une recommandation de renvoi en vertu de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), chap. P-33. Voici ce que le Comité dit sur ce point:

On prétend que la décision de renvoyer l'appellant pour incompetence est irrégulière étant donné qu'il n'avait jamais été confronté aux raisons motivant son renvoi, ni été prévenu d'une menace de renvoi à moins d'amélioration. Même s'il apparaît exact que l'appellant n'ait pas été formellement prévenu d'une possibilité de renvoi faute d'amélioration, je ne peux faire droit à l'appel pour une raison de ce genre.

First, there is no requirement in the Act that such a warning be given before making the decision to dismiss an employee pursuant to section 31 of the Act. Second, the dismissal mentioned in that section is not a disciplinary sanction for misconduct deliberately committed by an employee who could make amends and be encouraged to do so by such a dismissal,* but the withdrawal of a position or a group of duties from an employee who is unable to adequately perform what management is entitled to expect of him, and for reasons completely beyond his deliberate control, such as some form of incapacity, inability, inaptitude, fundamental deficiency, inadequacy or lack of skill or ability. In such a case, even the most serious of warnings is not likely to significantly change the situation, since the absence of the expected performance is not attributable simply to an act of the will but to an intrinsic defect or weakness in the incumbent which does not allow him to provide the legitimately expected quality of service. I therefore consider that mere failure to warn the employee concerned does not invalidate a decision to dismiss for incompetence taken regarding him.

The appellant's representative referred to *Dickinson*, [1987] ABD [8-1] 162 (Girard), in which the appeal was allowed because the employee had not been sufficiently warned of the risk he ran of losing his job if he did not improve his performance before the decision to dismiss was made. I respect the view my colleague may have on the point, but I am not persuaded myself that mere failure to warn an employee of the possibility of dismissal if he does not improve is a basis for vacating a decision to dismiss for incompetence which is otherwise valid. Clearly, it is necessary to ensure that the employee is not really able to do properly what is expected of him, and a warning may sometimes be one of the best ways of determining whether the performance problem identified is one of discipline rather than incapacity. However, it seems to me that a reasonably valid judgment can be made on an employee's incompetence without resorting to such a warning.

I concur in this approach and I think that, in *Hallé v. Bell Canada* (1989), 99 N.R. 149 (F.C.A.), the Court has in fact ruled to this effect. The judgment in *Bell Canada* was rendered in connection with section 61.5 (now 242 [R.S.C., 1985, c. L-2 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 16)]) of the *Canada Labour Code* [R.S.C. 1970, c. L-1] (as added by S.C. 1977-78, c. 27, s. 21; 1980-81-82-83, c. 47, s. 27; 1984, c. 39, s. 11) as the employment in that case was in the private sector, but the reasoning, which is essentially based on the notion that a warning can only be required if it can serve some useful purpose, could not differ with respect to employment in the public sector.

* Ed. Note: This should read "warning".

D'abord, rien dans la Loi n'exige de faire une pareille mise en demeure avant de prendre la décision de renvoyer un fonctionnaire en vertu de l'article 31 de la Loi. Ensuite, le renvoi prévu à cet article n'est pas une sanction disciplinaire à des actes répréhensibles posés volontairement par un fonctionnaire qui pourrait s'amender et être incité à le faire par une telle mise en demeure, mais le retrait d'un poste ou d'un ensemble de fonctions d'un fonctionnaire n'arrivant pas à accomplir adéquatement ce que la gestion est en droit d'attendre de lui, et cela pour des motifs totalement en dehors du contrôle de sa volonté, comme une certaine forme d'impétie, d'inhabilité, d'inaptitude, de faiblesse fondamentale, d'insuffisance, ou de manque d'adresse ou de capacité. En pareil cas, même la plus sérieuse des mises en demeure n'est pas de nature à changer significativement quoique ce soit, puisque l'absence de la performance attendue n'est pas attribuable au simple contrôle de la volonté mais à un défaut, vice ou faiblesse intrinsèque du titulaire ne lui permettant pas de fournir la qualité de prestation de service légitimement attendue. J'estime donc que le seul défaut de mettre en demeure le fonctionnaire concerné n'annule pas le bien-fondé d'une décision de renvoi pour incompetence prise à son endroit.

La représentante de l'appelant a fait référence à la décision *Dickinson*, [1987] DCA [8-1] 162 (Girard), où l'appel a été maintenu parce que l'employé n'avait pas été suffisamment prévenu du risque qu'il encourait de perdre son emploi s'il n'améliorait pas sa performance avant que la décision de le renvoyer ne soit prise. Je respecte l'opinion que mon collègue peut avoir sur le sujet, mais je ne suis pas persuadé, pour ma part, que le seul défaut d'avoir prévenu un employé d'une possibilité de renvoi s'il ne s'améliorait pas permette d'annuler une décision de renvoi pour incompetence par ailleurs bien fondée. Évidemment, il faut s'assurer que l'employé n'est réellement pas en mesure de bien faire ce qu'on attend de lui, et la mise en demeure peut parfois être un des moyens importants mis en branle pour vérifier si le problème de rendement identifié n'en serait pas un de discipline plutôt que d'inaptitude. Il m'apparaît toutefois possible de porter un jugement raisonnablement bien fondé sur l'incompétence d'un employé sans le recours à cette mise en demeure.

Je partage cette façon de voir et je crois que cette Cour, dans l'arrêt *Hallé c. Bell Canada* (1989), 99 N.R. 149 (C.A.F.), s'est justement prononcée en ce sens. Cet arrêt *Bell Canada* était rendu dans le cadre de l'article 61.5 (aujourd'hui 242 [L.R.C. (1985), chap. L-2 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.) chap. 9, art. 16)]) du *Code canadien du travail* [S.R.C. 1970, chap. L-1] (ajouté par S.C. 1977-78, chap. 27, art. 21; 1980-81-82-83, chap. 47, art. 27; 1984, chap. 39, art. 11), l'emploi l'â en étant un du secteur privé, mais le raisonnement, qui repose en somme sur l'idée qu'une mise en demeure ne saurait être requise que si elle peut être utile, ne pourrait différer à l'égard d'un emploi du secteur public.

Second, I also do not feel that the Appeal Board can be faulted for taking into consideration facts and incidents that occurred before September 1985. There is in my opinion nothing in law to compel the Board to restrict itself to a specific and limited period of time in determining whether the employer was right in claiming simple incompetence, especially as it had to ensure that the allegations were not based entirely on a reaction prompted by recent events. It is true that there were favourable annual performance reports for the years prior to 1985, and those reports had their significance, but clearly no binding evidentiary force can be given to the general observations contained in that kind of report. I also agree that there was the letter of August 27, 1989, sent to the Public Service Commission in support of the dismissal recommendation, a document which was to play a central part and be subject to detailed comment, but to see this as containing an undertaking by the employer not to go beyond the facts it expressly mentions, it would ultimately have to be given a binding force which even written pleadings in a court of law, which are always subject to amendment, do not have.

It seems to me that here again what is involved is the importance of distinguishing between the two major types of dismissal, disciplinary dismissal and that based on incompetence. As I said in *Bell Canada, supra*, while no one has any trouble distinguishing in conceptual terms between a dismissal imposed because of an employee's misconduct and a dismissal resulting from an employee's inability to perform the duties of his position with the necessary skills and competence, in practice the confusion between these two types of dismissal seems to be quite frequent. This is understandable as the employee's failure to perform his duties will often be due to both misconduct and lack of aptitude, but it can only be regretted. In my opinion, the distinction between the two types of dismissal has important consequences for the function which an adjudicator or tribunal may be required to perform in acting on the employee's complaint. In the case of a disciplinary dismissal, the adjudicator or tribunal cannot be satisfied without evidence that the alleged act or acts of misconduct were in fact committed and that they

D'autre part, je ne crois pas non plus que l'on puisse reprocher au Comité d'appel d'avoir pris en considération des faits et incidents survenus avant septembre 1985. Rien à mon sens ne forçait en droit le Comité à se cantonner dans une période de temps précise et limitée pour vérifier si l'employeur avait raison de prétendre à incompetence pure et simple, surtout qu'il lui fallait s'assurer que les allégations ne se rattachaient pas plutôt à une réaction suscitée par des faits récents. Il y avait, il est vrai, pour les années antérieures à 1985, des rapports annuels de rendement favorable et ces rapports avaient leur importance, mais il est évident qu'on ne saurait donner aux remarques générales contenues à ce genre de rapport une force probante péremptoire. Il y avait aussi, j'en conviens, la lettre du 27 août 1989, adressé à la Commission de la fonction publique à l'appui de la recommandation de renvoi, un document qui devait se voir reconnaître un rôle central et être soumise à explication soignée, mais pour en tirer une renonciation de l'employeur à aller au-delà des faits qui y étaient expressément notés il faudrait lui attribuer définitivement un effet déterminant que même un acte de procédure devant une cour de justice n'a pas, lui qui est toujours sujet à amendement.

Ce qui me paraît, ici encore, mise en cause est l'importance de distinguer entre les deux grands types de licenciement, le licenciement disciplinaire et celui basé sur l'incompétence. Comme je le disais dans la cause *Bell Canada* (*supra*), si personne n'a de peine à distinguer sur le plan des concepts entre un congédiement imposé à cause de l'inconduite de l'employé et un licenciement résultant de l'incapacité de l'employé d'exécuter les fonctions de sa tâche avec l'habileté et la compétence requises, en pratique la confusion entre les deux types de licenciement semble fort fréquente. On peut comprendre qu'il en soit ainsi, le défaut de l'employé de remplir sa tâche se rattachant souvent tout à la fois à des fautes de comportement et à des faiblesses d'aptitude, mais, on ne peut que le regretter. C'est que la distinction entre les deux types de licenciement a, à mon avis, des conséquences importantes sur le rôle qu'un arbitre ou un tribunal peut être appelé à jouer dans la mise en œuvre du recours de l'employé. Dans le cas de licenciement disciplinaire, l'arbitre ou le tribunal ne peut se satisfaire sans la preuve que l'acte ou les

were sufficiently serious to warrant the penalty, and in this context it is easy to see the function assumed by rules such as that of prior notice or the necessity to specify the acts alleged; but in the case of a dismissal for incompetence, the inquiry is of a completely different kind and the evidence to be considered could not relate to positive facts of the same type, nor be as strict and precise.

2. As regards the facts, I do not agree, and again I say so with respect, that this Court is empowered to intervene as part of its review function.

What is being suggested is that the Appeal Board should have ruled that the employer acted in bad faith in recommending that the applicant be dismissed. In support of this suggestion, certain actions by the departmental authorities are put forward: it is especially pointed out that the Department prepared and issued three appraisal reports a few weeks apart, two of them relating to earlier periods; that it deprived the applicant in practice of his responsibilities as crew chief; that it sent the applicant to a doctor for a medical check-up without telling him that the doctor in question was a psychiatrist; that it changed its demotion recommendation to a dismissal recommendation at the last minute; and that with its recommendation it sent the Commission a letter containing ambiguous statements.

My reaction is straightforward. The Appeal Board rendered a decision of some twenty long pages written with particular care. The central part of its decision consisted of reviewing the evidence in detail and explaining why it had come to the conclusion that, despite the initially surprising nature of some facts—which were explained by the highly exceptional nature of the situation as a whole—the applicant's superiors had acted in good faith. It is true that no mention was made in the decision of the letter accompanying the recommendation, but this letter concerned the proceeding before the Commission rather than relations between the applicant and his superiors or co-workers, and as it was intended to be entered in the record it was certainly not written with any view to

actes d'inconduite reprochés ont bien été commis et que leur gravité était suffisante pour justifier la sanction, et l'on voit tout de suite, dans cette optique, le rôle que l'on peut attribuer à des règles comme celle du préavis ou de la nécessité de préciser les actes reprochés. Mais dans le cas de licenciement pour cause d'incompétence, la vérification à assurer est de toute autre espèce et la preuve à considérer ne saurait porter sur des faits positifs de même ordre, ni être aussi stricte et précise.

2. Sur le plan des faits, je n'admets pas, je le dis toujours avec égards, que cette Cour, dans l'exercice de son rôle de révision, soit habilitée à intervenir.

Ce que l'on affirme, c'est que le Comité d'appel aurait dû statuer que l'employeur avait agi de mauvaise foi en recommandant le renvoi du requérant. Et pour appuyer l'affirmation, on remet en lumière certains agissements des autorités du Ministère; on relève principalement qu'il a préparé et émis trois rapports d'évaluation à quelques semaines d'intervalle, deux d'entre eux se rapportant à des périodes antérieures; qu'il a enlevé au requérant, en pratique, ses responsabilités de chef d'équipe; qu'il a dirigé le requérant chez un médecin pour vérification médicale sans lui indiquer qu'il s'agissait d'un psychiatre; qu'il a, à la dernière minute, changé sa recommandation de rétrogradation en recommandation de renvoi; qu'il a fait parvenir à la Commission, avec sa recommandation, une lettre qui contenait des affirmations équivoques.

Ma réaction est simple. Le Comité d'appel a rendu une décision de quelque vingt longues pages écrites de façon particulièrement soignée. La partie centrale de sa décision a consisté à reprendre en détail la preuve et à expliquer pourquoi il en était venu à la conclusion que, malgré le caractère à première vue étonnant de certains faits—qui s'expliquait par le caractère fort exceptionnel de la situation d'ensemble—les supérieurs du requérant avaient agi de bonne foi. Il est vrai qu'il n'est pas fait mention dans la décision de la lettre accompagnatrice de la recommandation, mais cette lettre se rapportait à la procédure devant la Commission plutôt qu'aux relations entre le requérant et ses supérieurs ou compagnons de travail, et destinée qu'elle était à être versée au dossier, elle n'avait

deception. However, quite apart from this letter to which I myself, as I have already said and I repeat with respect, attach no conclusive effect, all the facts cited above were discussed, analysed and taken into consideration.

The Board rendered this decision at the conclusion of a hearing which lasted six days, during which it was able to hear and question thirteen witnesses, twelve of them called by the employer, the applicant's superiors, personnel officers, co-workers and union representative, and only one by the applicant, a person who was obviously from outside and identified as "a salesman".

I simply cannot see, and once again I say this with respect, how this Court, which does not even have the transcript of this testimony before it, can maintain that the Board's finding made in good faith is erroneous, that it was "made", to use the language of paragraph 28(1)(c) of the *Federal Court Act* itself, "in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it" and that a conclusion of bad faith must be substituted for it.

I should mention one final point. I too was somewhat troubled by the finality of a dismissal and considered whether the Board should not have imposed a demotion instead. Had the Department changed its recommendation belatedly; had the applicant's superiors not admitted in one appraisal report that he could perform the duties of an ordinary firefighter satisfactorily; did most of the evidence regarding incapacity not relate to the position of crew chief? On reflection, however, I realize that the Board could not make a substitution itself. Once it had no further doubts as to the Department's good faith, as it found the explanations given to be satisfactory, and once it recognized that the ousting of the applicant from the position of team leader which he had occupied was justified on the evidence, the Board was bound by the recommendation. That is the position adopted by this Court in two leading cases, *R. v. Larsen*, [1981] 2 F.C. 199 and *Attorney General of Canada v. Loiselle*, [1981] 2 F.C. 203, and from which it has never since departed. I admit that the textual argument put forward in support of these decisions may be not fully persuasive, but the argument based on the general scheme of the Act

certainement pas été écrite en vue de tromper qui que ce soit. Mais à part cette lettre à laquelle je n'attache pour ma part, je l'ai dit déjà et je le répète avec respect, aucun caractère déterminant, tous les faits cités plus haut sont discutés, analysés et pris en considération.

Or cette décision, le Comité l'a rendue aux termes d'une audition qui a duré six jours au cours desquels il a pu entendre et interroger treize témoins, douze convoqués par l'employeur: supérieurs du requérant, agents de personnel, compagnons de travail, responsable syndical, et un seul par le requérant, une personne manifestement de l'extérieur identifiée comme «un vendeur».

Je ne vois tout simplement pas, encore une fois je le dis avec égards, comment cette Cour, qui ne dispose même pas de la transcription de ces témoignages, puisse prétendre que la conclusion de bonne foi du Comité est erronée, qu'elle a été «tirée» pour utiliser les termes mêmes de l'alinéa 28(1)c de la *Loi sur la Cour fédérale*, «de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance» et qu'il faut lui substituer une conclusion de mauvaise foi.

Il me faut toucher un dernier point. J'ai été, moi aussi, quelque peu troublé par le caractère définitif d'un licenciement et me suis demandé si le Comité n'aurait pas dû imposer au lieu une rétrogradation. Le Ministère n'avait-il pas changé sa recommandation sur le tard; les supérieurs du requérant n'avaient-ils pas reconnu, dans un rapport d'évaluation, qu'il pouvait remplir des tâches de simple pompier de façon satisfaisante; l'essentiel de la preuve d'incapacité n'avait-il par porté sur la tâche de chef d'équipe? À la réflexion, j'ai réalisé cependant que le Comité ne pouvait opérer de lui-même la substitution. Dès lors qu'il ne mettait plus en doute la bonne foi du Ministère, jugeant satisfaisantes les explications fournies, et qu'il reconnaissait que l'évincement du requérant du poste de chef d'équipe qui était le sien était, selon la preuve, justifié, le Comité était lié par la recommandation. C'est la position que cette Cour a adopté dans deux arrêts de principe. *R. c. Larsen*, [1981] 2 C.F. 199 et *Le procureur général du Canada c. Loiselle*, [1981] 2 C.F. 203, et de laquelle elle n'a jamais depuis dérogé. L'argument de texte invoqué au soutien de ces décisions n'est peut-être pas pleinement convaincant, je le reconnais, mais l'ar-

and the insoluble practical consequences which a different position would have seem unanswerable. In any case, I do not think there is any reason to repudiate the authority of these decisions now. If they were wrong, in view of their obvious importance it would have been easy for Parliament to intervene and it has had ample time to do so.

I am accordingly of the opinion that this Court is not within the conditions required to give effect to this application to set aside the Board's decision.

* * *

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

DÉCARY J.A.: The Court has before it an application to set aside made pursuant to section 28 of the *Federal Court Act* from a decision made by a Public Service Appeal Board chaired by the respondent Saint-Hilaire. That decision approved the recommendation to dismiss the applicant for incompetence made by the General Administrator, Department of Transport, pursuant to section 31 of the *Public Service Employment Act* ("the Act").

FACTS

The main facts are not really at issue. The applicant was hired by the Department of Transport in 1966 as a firefighter at the Dorval airport station. He was promoted to the position of fire officer (captain) in 1975. In 1988 the title of this position was changed to fire crew chief. Until September 1985 the applicant's appraisal reports indicated that his performance met all the requirements and it does not appear that any warning, reprimand or notice of any kind was given to him until, in June 1988, he received his performance report for the period beginning September 1985. In July 1986 the applicant's daughter died under tragic circumstances. From February 1, 1987 to March 24, 1988 the applicant was absent from work on account of a criminal charge, of which he was cleared on March 23, 1988 as the result of a motion of nonsuit made after the Crown had completed its evidence. The hearing before the Appeal Board disclosed that the applicant's superior offi-

gument tiré de l'économie générale de la Loi et des conséquences pratiques insolubles qu'une position différente pourrait engendrer paraît irréfutable. De toute façon, je ne crois pas qu'il y ait lieu de répudier maintenant l'autorité de ces décisions. Si elles étaient mal fondées, étant donné leur importance évidente, il aurait été facile au Parlement d'intervenir et il aurait eu amplement le temps de le faire.

Ainsi, je suis d'avis que cette Cour n'est pas dans les conditions pour donner effet à cette demande d'annulation de la décision du Comité.

* * *

Voici les motifs du jugement rendu en français par

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Nous sommes saisis d'une demande d'annulation présentée en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* à l'encontre d'une décision rendue par un comité d'appel de la fonction publique présidé par l'intimé Saint-Hilaire. Cette décision entérinait la recommandation de renvoi pour incompetence du requérant formulée par l'administrateur général du ministère des Transports en vertu de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* («la Loi»).

LES FAITS

Les principaux faits ne portent pas vraiment à litige. Le requérant a été embauché par le ministère des Transport en 1966 en qualité de pompier à la caserne de l'aéroport de Dorval. Il a accédé au poste d'officier pompier (capitaine) en 1975. Le titre de ce poste était changé, en 1988, en celui de surveillant d'équipe de pompiers. Les rapports d'appréciation du requérant, jusqu'à septembre 1985, étaient à l'effet que son rendement répondait à toutes les exigences et il n'appert pas que quelque mise en garde, réprimande ou mise en demeure de quelque nature que ce soit lui ait été adressée avant qu'il reçoive, en juin 1988, son rapport de rendement visant la période commençant en septembre 1985. En juillet 1986, la fille du requérant décédait tragiquement. Du 1^{er} février 1987 au 24 mars 1988, le requérant s'absentait de son travail en raison d'une accusation criminelle dont il a été blanchi le 23 mars 1988 à la suite d'une motion de non-lieu présentée après que la

cer, Chief Authier, and some of his colleagues who had followed the trial hoped that the applicant would never return to work. In February 1988, while he was awaiting the outcome of the criminal proceedings, the applicant received an order to go to the office of a certain Dr. Brunet for a medical examination, but was not told that this doctor was a psychiatrist. The psychiatric examination disclosed nothing abnormal in the applicant.

The applicant returned to work on March 25, 1988 and was then assigned to duties without supervisory responsibilities to facilitate his resumption of work. On May 16, 1988 he resumed his usual duties of captain, and was not told that his competence was less than expected or that he had problems needing correction.

Barely a month later the applicant received, in the space of one week, namely on June 14, 15 and 22, 1988, three performance reports for the periods September 1985—August 1986, September 1986—January 1987 and March 1988—June 1988 respectively. These reports, two of which are identical in all respects, indicated for the first time in his career performance below the required standard. Two of these reports were prepared by Chief Authier. None of them were submitted to the review committee, despite the favourable reports which the applicant had received until September 1985. "Performance appraisal summaries" for the applicant were attached to these reports, but these summaries were neither dated nor signed.

On receipt of the third report on June 22, 1988, the Department forthwith and without further notice removed the applicant from his duties as crew chief and assigned him to the duties of an ordinary fireman. On October 27, 1988 the Department informed him that it had decided to recommend that he be demoted to the position of firefighter because of his incompetence in performing the supervisory duties of his position as captain. The applicant then appealed this decision. On November 18, 1988 the applicant's superior, in an appraisal report, concluded that his performance met the standard required for the position of firefighter.

Couronne eût complété sa preuve. L'enquête devant le Comité d'appel a révélé que le supérieur en titre du requérant, le chef Authier, et certains de ses collègues qui avaient suivi le procès espéraient que le requérant ne revienne jamais au travail. En février 1988, alors qu'il attendait le dénouement des procédures criminelles, le requérant reçut l'ordre de se présenter pour fins d'examen médical au cabinet d'un certain docteur Brunet, sans qu'on ne lui précisât que ce docteur était un psychiatre. L'examen psychiatrique ne révéla rien d'anormal chez le requérant.

Le requérant est retourné au travail le 25 mars 1988 et il fut alors affecté à des fonctions sans responsabilité de surveillance afin de faciliter sa réintégration. Le 16 mai 1988, il reprit ses fonctions habituelles de capitaine, sans qu'on ne lui indiquât que sa compétence laissait à désirer ou qu'il avait des lacunes à corriger.

À peine un mois plus tard, le requérant reçut, en l'espace d'une semaine, soit les 14, 15 et 22 juin 1988, trois rapports de rendement visant respectivement les périodes septembre 1985—août 1986, septembre 1986—janvier 1987 et mars 1988—juin 1988. Ces rapports, dont deux sont en tous points identiques, indiquaient, pour la première fois de sa carrière, un rendement inférieur aux exigences requises. Deux de ces rapports avaient été préparés par le chef Authier. Aucun d'eux n'avait été soumis au comité de révision, contrairement aux rapports favorables que le requérant avait reçus jusqu'en septembre 1985. Des «résumés de l'évaluation du rendement» du requérant étaient joints à ces rapports, mais ces résumés n'étaient ni datés ni signés.

Sur réception du troisième rapport, le 22 juin 1988, le Ministère retirait immédiatement et sans autre avis au requérant ses fonctions de chef d'équipe et lui assignait des fonctions de simple pompier. Le 27 octobre 1988, le Ministère l'avisait de sa décision de recommander sa rétrogradation au poste de pompier en raison de son incompetence à accomplir les fonctions de surveillance de son poste de capitaine. Le requérant en appelait alors de cette décision. Le 18 novembre 1988, le supérieur du requérant, dans un rapport d'appréciation, concluait que son rendement correspondait aux exigences requises pour la fonction de pompier.

On April 19, 1989, six days before the appeal of the demotion recommendation was heard and without further explanation or warning, the Department changed its mind and informed the applicant that the demotion recommendation had been altered and replaced by a dismissal recommendation. On April 25, 1989, at the hearing of the appeal, the Appeal Board disallowed the amendment and suggested that the Department start from scratch, which the Department at once did by sending the applicant on April 27, 1989 a notice dated the previous day officially informing him of the decision taken to recommend his dismissal from the Public Service for "incompetence in performing the duties of the position of [captain]". Also on April 27, 1989, in a more extensive document a copy of which was not given to the applicant, the Department sent his dismissal recommendation to the Public Service Commission.¹

Le 19 avril 1989, six jours avant l'audition de l'appel relatif à la recommandation de rétrogradation et sans autre explication ni avertissement, le Ministère se ravisait et informait le requérant que la recommandation de rétrogradation était modifiée et remplacée par une recommandation de renvoi. Le 25 avril 1989, lors de l'audition de l'appel, le Comité d'appel refusait l'amendement et suggérait au Ministère de recommencer à zéro, ce que le Ministère fit aussitôt en transmettant au requérant, le 27 avril 1989, un avis daté de la veille l'informant officiellement de la décision prise de recommander son renvoi de la fonction publique pour «incompétence à accomplir les fonctions du poste de (capitaine)». Ce même 27 avril 1989, dans un document plus étoffé dont le requérant ne reçut pas copie, le Ministère transmettait à la Commission de la fonction publique sa recommandation de renvoi¹.

¹ The relevant passages of this document read as follows:

Reasons for recommendation:

Mr. Dansereau has held his present position since February 6, 1975. The three last appraisal reports prepared regarding him indicate unsatisfactory performance (copies already sent to you). The reports cover the periods from September 1, 1985 to August 30, 1986, September 1986 to January 31, 1987 and March 25 to June 22, 1988.

The reports indicate that:

- Mr. Dansereau does not discharge his responsibility of directing and superintending the daily activities of his crew;
- Mr. Dansereau is unable to direct and give training courses;
- during a short period of five and a half weeks an incident occurred in which Mr. Dansereau made serious mistakes, jeopardizing the safety of his employees;
- there has been no improvement in Mr. Dansereau's performance since the previous appraisal reports in which his performance was below the standard required by the position;
- although technically he attained a satisfactory level of performance, Mr. Dansereau demonstrated problems of integration and interpersonal relations with his colleagues: he thus created a work atmosphere which could compromise his safety and that of the other firefighters in the crew.

In view of this situation, we have no alternative but to recommend his dismissal pursuant to s. 31 of the *Public Service Employment Act*. Mr. Dansereau was told of our decision and his right to appeal it on April 26, 1989 (copy of letter attached), and we attach hereto an acknowledgment of receipt indicating that the letter was hand delivered to Mr. Dansereau on April 27, 1989.

¹ Les extraits pertinents de ce document se lisent comme suit:

Motifs de la recommandation:

Monsieur Dansereau occupe son poste actuel depuis le 6 février 1975. Les trois (3) derniers rapports d'appréciation préparés à son égard démontrent un rendement insatisfaisant (copies déjà en votre possession). Les rapports couvrent les périodes du 1^{er} sept. 1985 au 30 août 1986, de sept. 1986 au 31 janvier 1987, et du 25 mars 1988 au 22 juin 1988.

Les rapports révèlent que:

- M. Dansereau n'assume pas sa responsabilité de diriger et surveiller les activités quotidiennes de son équipe;
- M. Dansereau est incapable de diriger et donner des cours de formation;
- durant une courte période de 5 semaines et demie, il est arrivé un incident où M. Dansereau a fait des erreurs graves, mettant en cause la sécurité de ses employés;
- aucune amélioration de notre décision et de son droit d'en appeler de celle-ci le 26 avril 1989 (copie de la lettre ci-jointe) et nous joignons à la présente copie, un accusé de réception attestant que la lettre aurait été livrée en main propre à Monsieur Dansereau le 27 avril 1989.

Face à cette situation, nous n'avons d'autre alternative que de recommander son renvoi et ce, en vertu de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi de la Fonction publique (sic)*. Monsieur Dansereau fut informé de notre décision et de son droit d'en appeler de celle-ci le 26 avril 1989 (copie de la lettre ci-jointe) et nous joignons à la présente copie, un accusé de réception attestant que la lettre aurait été livrée en main propre à Monsieur Dansereau le 27 avril 1989.

The applicant appealed to an Appeal Board from the decision to recommend his dismissal. In the decision now before the Court, the Appeal Board upheld the dismissal recommendation.

ARGUMENTS

The applicant submitted several grounds for review, which I will group as follows:

1. the Appeal Board erred in law in finding that the lack of a warning did not by itself make the dismissal recommendation arbitrary or wrongful;
2. the Appeal Board erred in law in taking into consideration facts and incidents that occurred before September 1985, when the applicant's performance had never been questioned by the employer until that date;
3. the Appeal Board based its decision on erroneous findings of fact and without taking into account the evidence before it, in not holding that the applicant's employer acted in bad faith in recommending his dismissal;

and, if none of these three arguments is accepted,

4(a) the Appeal Board exceeded its jurisdiction by approving the dismissal recommendation without any evidence to indicate that the applicant was incompetent as a firefighter, the position he held at the time the recommendation was made;

4(b) the Appeal Board refused to exercise its jurisdiction by refusing to exercise the discretion conferred on it by paragraph 31(3)(b) of the Act and suggest that the dismissal recommendation be made a recommendation for demotion.

1. Lack of warning

In its decision the Appeal Board acknowledged that the applicant was never formally warned that he might be dismissed if he did not improve his performance. Worse still, not only was the applicant never told before June 1988 that his performance did not meet the requirements of his position, but in fact up to that date he was always told that his performance was satisfactory.

Le requérant en a appelé à un Comité d'appel de la décision de recommander son renvoi. Le Comité d'appel, dans la décision attaquée devant nous, a confirmé la recommandation de renvoi.

LES ARGUMENTS

Le requérant a soumis plusieurs motifs de révision, que je regrouperai comme suit:

1. le Comité d'appel aurait erré en droit en statuant que l'absence d'avertissement ne rendait pas par le fait même arbitraire ou abusive la recommandation de renvoi;
2. le Comité d'appel aurait erré en droit en prenant en considération des faits et des incidents survenus avant septembre 1985, alors que le rendement du requérant n'avait jusqu'alors jamais été remis en question par l'employeur;
3. le Comité d'appel aurait fondé sa décision sur des conclusions de faits erronées et sans tenir compte des éléments de preuve devant lui, en ne statuant pas que l'employeur du requérant avait agi de mauvaise foi en recommandant son renvoi;

et, dans l'hypothèse où aucun de ces trois moyens n'était retenu:

4a) le Comité d'appel aurait outrepassé sa compétence en entérinant la recommandation de renvoi en l'absence de toute preuve indiquant que le requérant était incompetent comme pompier, poste qu'il occupait au moment de la recommandation;

4b) le Comité d'appel aurait refusé d'exercer sa compétence en refusant d'exercer la discrétion que lui conférerait l'alinéa 31(3)b) de la Loi et de suggérer de transformer la recommandation de renvoi en une recommandation de rétrogradation.

1. L'absence d'avertissement

Le Comité d'appel a reconnu, dans sa décision, que le requérant n'avait jamais été formellement prévenu d'une possibilité de renvoi s'il n'améliorait pas son rendement. Pis encore, non seulement le requérant n'a-t-il jamais été informé, avant juin 1988, que son rendement ne rencontrait pas les exigences de son poste, mais de plus avait-il toujours été informé jusque-là que son rendement était satisfaisant.

Counsel for the applicant submitted that this was a fatal defect in the dismissal recommendation, and he based his contention on *Dickinson v. Department of National Revenue (Taxation)*² in which an Appeal Board, with considerable precedent and government practice in support, concluded as follows [at pages 164-177]:

The sole issue for determination was whether Mr. Dickinson received or was entitled to receive notice of the deputy head's intention to recommend his demotion based on incompetence

As noted, the appellant's sole argument, apart from leading evidence to the effect that portions of the work review were incorrect, was to the effect that the department proceeded with this recommendation in bad faith in failing to bring problem areas to the appellant's attention, offering him an opportunity to improve and warning him of the consequences for failing to do so.

Of critical importance, however, is the question of notice or warning which is in the realm of fundamental fairness. True, this inquiry affords the appellant a full right to be heard and the question of his possible competence in the future is not within the jurisdiction of this board of inquiry. Nevertheless, the concept of warning an employee of the consequences of continued unacceptable performance is more than a formality or a courtesy to be extended only to employees who are otherwise well-liked; it is elementary fairness. The department acknowledged that such warnings, followed by a period during which performance will be monitored are usually given but that the extraordinary circumstances of this case required immediate removal without warning. I find that no such circumstances existed. In point of fact, I find it particularly disturbing to note the inconsistency between that contention on the one hand and the fact that the department waited from the first week in December to the third week in January to find that circumstances of which it was fully aware at the earlier date warranted precipitous and hasty removal at the latter date. Such a period, i.e. seven to eight weeks, could equally have served as a notice period whereby the appellant's shortcomings could have been pointed out to him with the clear warning that if they were not overcome by the end of that period his demotion would be recommended.

In my view, what is required of the employer is a clear and unequivocal warning of the consequences of the continuation of specified unsatisfactory performance.

In the field of employer-employee relations such warnings have long been recognized as essential

C'est là, de soutenir le procureur du requérant, un vice fatal à la recommandation de renvoi, et il appuie sa prétention sur l'affaire *Dickinson c. ministère du Revenu national (Impôt)*², où un Comité d'appel, force jurisprudence et pratique gouvernementale à l'appui, avait conclu ce qui suit [aux pages 164 à 177]:

La seule question à considérer consiste à déterminer si M. Dickinson avait reçu ou avait le droit de recevoir un avis concernant l'intention du sous-chef de recommander sa rétrogradation pour incompetence.

Comme nous l'avons déjà vu, le seul argument de l'appellant, hormis son témoignage principal selon lequel certains éléments de l'évaluation de travail étaient erronés, concernait le fait que le ministère avait fait preuve de mauvaise foi devant cette recommandation, car il ne lui avait pas signalé les problèmes, ce qui lui aurait donné l'occasion de se reprendre, et ne l'avait pas averti des conséquences éventuelles.

^d Le point crucial, cependant, concerne l'avertissement qui touche le cœur même du principe de la justice élémentaire. Il est vrai que la présente enquête prévoit que l'appellant a le droit absolu d'être entendu et que la question de son potentiel ne relève pas du présent comité d'enquête. Néanmoins, le fait d'avertir un employé des conséquences qu'il encourt s'il continue à agir de façon inacceptable représente plus qu'une formalité ou qu'une politesse dont on en fait [sic] profiter que les employés appréciés par ailleurs; c'est un principe de justice élémentaire. Le ministère a reconnu que normalement, on sert ce genre d'avertissement que l'on fait suivre d'une période au cours de laquelle le travail est contrôlé, mais il a soutenu que dans des circonstances extraordinaires comme en l'espèce, il fallait déplacer l'appellant malgré que cet avertissement n'avait pas été donné au préalable. Or, je ne vois pas de circonstances extraordinaires. En fait, je trouve particulièrement troublant de constater l'incohérence entre cette allégation d'une part et le fait que le ministère ait attendu depuis la première semaine de décembre jusqu'à la troisième semaine de janvier pour constater que les circonstances qu'il connaissait parfaitement début décembre justifiaient le renvoi fin janvier. Une telle période, soit de sept à huit semaines, aurait tout aussi bien pu servir de période d'avertissement au cours de laquelle on aurait exposé ses faiblesses à l'appellant en lui faisant comprendre que s'il ne les surmontait pas avant la fin de la période, sa rétrogradation serait recommandée.

ⁱ J'estime qu'il incombe à l'employeur de donner à l'employé un avertissement clair et sans équivoque des conséquences qu'il encourt s'il continue à accomplir son travail d'une façon non satisfaisante et spécifiée.

^j Dans le domaine des relations employeur-employé, l'importance fondamentale de ces avertissements est reconnue depuis longtemps

² [1987] ABD [8-1] 162.

² [1987] DCA [8-1] 162.

As can be seen from the foregoing, an unequivocal warning is a primary requirement prior to taking action in the nature of a demotion or dismissal in the field of labour relations as it equally is, in my experience, a universal practice in the federal Public Service. I am not aware of any case under section 31 where such a warning was not given, and in other similar appeals I have heard involving this department in general and Mr. Ladd and Mrs. Brown in particular, such a warning has invariably been given as indeed the department acknowledged. Again, I see no compelling or extraordinary circumstances justifying the omission of such a warning in the case before me.

Whether the failure to give such a warning, be it an obligation imposed by common practice or consistent with fundamental fairness as set out in the common law, can be seen as related to the "statutory or other legal obligation" as referred to in *Ahmad*, it does indeed represent "proof of bad faith on the part of those whose observations and judgement are in question." To reiterate, the appellant was never confronted with the information on which the department relied in recommending his demotion and not warned of the consequences of failing to improve. This is not to say that the appellant was entitled to some form of inquiry before any such recommendation was made but rather that he was entitled to be put on notice of his peril. Therefore, while the evidence as a whole is consistent with incompetence, it is unknown what the result might have been had the appellant been reasonably and fairly treated in terms of the required clear and unequivocal warning related to identified problems, particularly when such problems were largely attitudinal, and the attendant consequences.

In the case at bar the Appeal Board refused to follow *Dickinson* and dismissed the applicant's argument in the following language:

I respect the view my colleague may have on the point, but I am not persuaded myself that mere failure to warn an employee of the possibility of dismissal if he does not improve is a basis for vacating a decision to dismiss for incompetence which is otherwise valid. Clearly, it is necessary to ensure that the employee is not really able to do properly what is expected of him, and a warning may sometimes be one of the best ways of determining whether the performance problem identified is one of discipline rather than incapacity. However, it seems to me that a reasonably valid judgment can be made on an employee's incompetence without resorting to a warning.

It is not clear whether in *Dickinson* the dismissed employee relied on the argument that no warning was given directly—which would of itself vitiate the decision—or indirectly—which would establish the employer's bad faith and this would vitiate his decision. In the case at bar counsel for the applicant, if I have understood his arguments correctly, is playing it both ways.

Comme on peut le voir dans ce qui précède, il est essentiel, dans les champs [sic] des relations de travail, de donner un avertissement sans équivoque avant de prendre des mesures comme la rétrogradation ou la destitution; il s'agit également, d'après mon expérience, d'une pratique universelle dans la Fonction publique fédérale. Je ne connais aucun cas d'application de l'article 31 où ce genre d'avertissement n'a pas été donné, et dans les appels du même genre que j'ai entendus et auxquels participait ce ministère en général, et M. Ladd et M^{me} Brown en particulier, l'employé a toujours reçu ce genre d'avertissement, comme le ministère l'a d'ailleurs reconnu. Encore une fois, je ne vois aucune circonstance pressante ou extraordinaire justifiant le fait de pas avoir donné cet avertissement en l'espèce.

Que le fait de donner cet avertissement, même s'il s'agit d'une obligation imposée par l'usage ou des principes fondamentaux de justice du droit commun, constitue ou non une «directive légale ou juridique» comme il est exposé dans *Ahmad*, il est certain que le fait de ne pas le donner constitue une «preuve de mauvaise foi de la part de ceux dont les observations et le jugement sont en cause». Rappelons que l'appellant n'a jamais eu connaissance des renseignements sur lesquels se fondait le ministère pour recommander sa rétrogradation et qu'il n'a pas été averti des conséquences qu'il encourrait s'il ne remédiait pas à la situation. Je ne veux pas dire ici que l'appellant avait droit à une enquête avant la formulation de cette recommandation, mais plutôt qu'il avait le droit d'être avisé du danger qu'il courait. Ainsi, même si la preuve dans son ensemble ne dément pas la thèse de l'incompétence, on en sait pas [sic] quel aurait été le résultat si l'appellant avait été traité de façon juste et raisonnable, c'est-à-dire si on l'avait averti clairement et sans équivoque des problèmes décelés, d'autant plus qu'il s'agissait surtout de problèmes d'attitude et des conséquences qui s'y rattachaient.

Le Comité d'appel a refusé de suivre, en l'espèce, la décision *Dickinson* et a rejeté l'argument du requérant dans les termes suivants:

Je respecte l'opinion que mon collègue peut avoir sur le sujet, mais je ne suis pas persuadé, pour ma part, que le seul défaut d'avoir prévenu un employé d'une possibilité de renvoi s'il ne s'améliorait pas permette d'annuler une décision de renvoi pour incompetence par ailleurs bien fondée. Évidemment, il faut s'assurer que l'employé n'est réellement pas en mesure de bien faire ce qu'on attend de lui, et la mise en demeure peut parfois être un des moyens importants mis en branle pour vérifier si le problème de rendement identifié n'en serait pas un de discipline plutôt que d'inaptitude. Il m'apparaît toutefois possible de porter un jugement raisonnablement bien fondé sur l'incompétence d'un employé sans le recours à cette mise en demeure.

Il n'est pas clair si, dans *Dickinson*, l'employé congédié avait eu recours à l'argument d'absence d'avertissement de façon directe—cette absence vicierait en elle-même la décision—ou de façon indirecte—cette absence établirait la mauvaise foi de l'employeur, laquelle vicierait la décision de ce dernier. Dans le cas présent, le procureur du requérant, si j'ai bien compris ses prétentions, mise sur les deux tableaux.

The presence of two approaches neither of which seems manifestly unreasonable but which are difficult to reconcile with each other within the same administrative tribunal, on a matter as fundamental as that of the employer government's duty to give an employee warning before dismissing him for incompetence, is not a very healthy sign in the administration of justice and is an invitation to resolve the issue which cannot be refused by a tribunal exercising a superintending and reforming power, as does this Court here.³

With respect, in my opinion the approach preferred in *Dickinson* should in its general outline be followed rather than that followed in the case at bar.

In addition to the precedents cited in *Dickinson* reference should also be made to those cited by David Harris,⁴ who lays down the general rule that in the absence of unusual or urgent circumstances an employee should be given a warning before being dismissed for incompetence. The requirement that such a warning should be given is all the more compelling when the employee in question has been performing his duties for a number of years. The same rules have been applied by the Quebec courts.⁵

Though developed in a non-governmental context, I consider that these rules are also applicable in cases of dismissal from the federal Public Service for incompetence, and whatever the precise legal nature of the relations between the employer government and the Public Service employee. As appears in *Dickinson*, the federal government itself gives effect to these rules when it dismisses an employee for incompetence.

La présence de deux orientations dont aucune ne serait manifestement déraisonnable mais qui seraient l'une et l'autre difficilement conciliables, au sein d'un même tribunal administratif, relativement à une question aussi fondamentale que celle de l'obligation du gouvernement employeur de donner un avertissement à un employé avant de le congédier pour cause d'incompétence, n'est pas des plus saines en termes d'administration de la justice et constitue une invitation à trancher le débat que ne saurait refuser un tribunal exerçant, comme nous le faisons en l'espèce, un pouvoir de surveillance et de contrôle³.

Avec déférence, j'estime que l'approche privilégiée dans l'affaire *Dickinson* devrait, dans ses grandes lignes, être suivie de préférence à celle retenue en l'espèce.

Outre la jurisprudence citée dans l'affaire *Dickinson*, il y a lieu, en effet, de consulter celle citée par David Harris⁴, qui établit la règle générale qu'à moins de circonstances extraordinaires ou pressantes, un avertissement doit être donné à un employé avant qu'il ne puisse être congédié pour cause d'incompétence. L'obligation de donner un tel avertissement se fait encore plus impérative lorsque l'employé en question exerce ses fonctions depuis nombre d'années. Les mêmes principes ont été dégagés par la jurisprudence québécoise⁵.

Bien que développés dans un cadre non-gouvernemental, je suis d'avis que ces principes sont également applicables dans les cas de renvoi pour cause d'incompétence de la fonction publique fédérale, et ce quelle que soit la nature juridique précise des relations entre l'employeur-gouvernement et l'employé-fonctionnaire. Le gouvernement fédéral, tel qu'il appert de l'affaire *Dickinson*, met lui-même ces principes en pratique lorsqu'il congédie un employé pour cause d'incompétence.

³ See *Produits Petro-Canada Inc. v. Moalli*, [1987] R.J.Q. 261 (C.A.), at pp. 226-228; *Re Service Employees International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home et al. and two other applications* (1984), 48 O.R. (2d) 225 (C.A.) and (1983), 44 O.R. (2d) 392 (Div. Ct.), at p. 399.

⁴ *Wrongful Dismissal*, Toronto, De Boo, 1990, at pp. 3-138 et seq.

⁵ E. A. Aust, *The Employment Contract*, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1988, at p. 92; G. Audet and R. Bonhomme, *Wrongful Dismissal in Quebec*, 2nd ed., Cowansville, Yvon Blais Inc., 1988, at p. 69.

³ Voir: *Produits Pétro-Canada Inc. c. Moalli*, [1987] R.J.Q. 261 (C.A.) aux p. 266-268; *Re Service Employees International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home et al. and two other applications* (1984), 48 O.R. (2d) 225 (C.A.) et (1983), 44 O.R. (2d) 392 (C. Div.), à la p. 399.

⁴ *Wrongful Dismissal*, Toronto, De Boo, 1990 aux p. 3-138 et seq.

⁵ E. A. Aust, *Le contrat d'emploi*, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1988 à la p. 91; G. Audet et R. Bonhomme, *Le congédiement en droit québécois*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais Inc., 1988 à la p. 51.

I therefore conclude on this point for the purposes of the case at bar that when an employee who has performed the same duties for several years consistently receives satisfactory performance reports and is not the subject of any serious criticism by his employer, a presumption results that he has the necessary competence to perform the said duties and, in the absence of unusual or urgent circumstances, the employer cannot dismiss him for incompetence without telling him of the mistakes he is alleged to have made, without giving him an opportunity to correct them and without indicating to him the risk of dismissal he runs if they are not corrected. Of course, each case will be decided on its own merits and the type of warning and period for correction will vary depending on the circumstances.⁶ In the case at bar the applicant, having to his credit satisfactory performance reports and a career which until then had been without serious reproach in duties he had performed for over ten years, should in the absence of unusual or urgent circumstances have been given a warning before being dismissed, and the Appeal Board erred in law in not finding this lack of a warning to be relevant and not considering whether unusual or urgent circumstances could justify it.

At the same time, I do not think that the lack of a warning is in itself proof of bad faith, but I believe that such a lack combined with other evidence may serve to demonstrate that the employer was not in good faith, if indeed such demonstration must be made when the absence of a warning in itself vitiates a decision to dismiss for incompetence.

2. Reference to earlier incidents

Counsel for the applicant submitted that the respondent erred in law in taking into consideration facts and incidents which occurred prior to September 1985, since the applicant's performance had never been questioned by the employer until

⁶ The judgment of this Court in *Hallé v. Bell Canada* (1989), 99 N.R. 149, rendered in the different context of a complaint for unjust dismissal filed pursuant to section 242 of the *Canada Labour Code*, in my opinion means not that as a general rule as warning is not necessary, but that there is no standard formula and that an employer does not have to follow "the dismissal procedure described in its internal directives to the letter".

Aussi, je conclus sur ce point, pour les fins du présent dossier, que lorsqu'un employé qui a exercé les mêmes fonctions pendant plusieurs années reçoit de façon constante des rapports de rendement satisfaisants et n'est l'objet d'aucune critique sérieuse de la part de son employeur, il se dégage une présomption qu'il a la compétence voulue pour exercer lesdites fonctions et l'employeur, sauf circonstances extraordinaires ou pressantes, ne saurait le congédier pour cause d'incompétence à moins qu'il ne l'ait informé des lacunes qui lui sont reprochées, qu'il ne lui ait donné la possibilité de les corriger et qu'il ne lui ait indiqué les dangers de congédiement auxquels il s'exposait s'il ne les corrigeait pas. Chaque cas, bien sûr, en sera un d'espèce et le type d'avertissement ainsi que la période de correction varieront au gré des circonstances⁶. Dans le cas présent, le requérant, fort de rapports de rendement satisfaisants et d'une carrière jusque-là sans reproches sérieux dans des fonctions qu'il occupait depuis plus de dix ans, aurait dû, à moins de circonstances extraordinaires ou pressantes, recevoir un avertissement avant d'être congédié, et le Comité d'appel a erré en droit en ne jugeant pas pertinent ce défaut d'avertissement ou en ne se demandant pas si des circonstances extraordinaires ou pressantes pouvaient le justifier.

Par ailleurs, je ne crois pas qu'un défaut d'avertissement fasse en lui-même preuve de mauvaise foi, mais je crois que ce défaut, combiné à d'autres éléments, pourrait servir à démontrer que l'employeur n'était pas de bonne foi, si tant est que cette démonstration doive être faite lorsque le défaut d'avertissement vicie en lui-même une décision de congédier pour cause d'incompétence.

2. Le recours à des incidents antérieurs

Le procureur du requérant soumet que l'intimé a erré en droit en prenant en considération des faits et des incidents survenus antérieurement à septembre 1985, puisque le rendement du requérant n'avait jusqu'alors jamais été remis en ques-

⁶ L'arrêt de cette Cour dans *Hallé c. Bell Canada* (1989), 99 N.R. 149, prononcé dans le contexte différent d'une plainte pour congédiement injuste déposée en vertu de l'article 242 du *Code canadien du travail*, signifie, à mon avis, non pas qu'un avertissement, règle générale, n'est pas nécessaire, mais qu'il n'existe pas de formule-type et qu'un employeur n'a pas à suivre «à la lettre la procédure de congédiement décrite dans ses directives internes».

that time and, on the contrary, had always been found to be satisfactory. It is in a way a kind of estoppel which is being set up against the respondent Department.

This argument is based on conclusions arrived at by David Harris⁷ after a review of the applicable case law. However, while it is true as Harris observes that

It is a fundamental principle that a master who knowingly accepts a certain standard of performance of misconduct is said to condone such cause, and is thereby prohibited from relying upon such behaviour as grounds for dismissal.

it is also true, as he himself points out further on, that

Even if the misconduct is shown to be forgiven, such misbehaviour becomes relevant at a future date, should further misconduct be demonstrated. Condonation is always subject to an implied condition of continued good behaviour.

I do not think, then, that a favourable performance report can be regarded as absolution for all actions by an employee which may have been open to complaint in the period covered by the report and which were not made the subject of any specific complaint. That would be giving performance reports an undue importance and finality. The fact that performance was satisfactory as a whole, that no specific complaint was made, does not mean that the report may not have passed over some action not worthy of mention at the time which with the passage of time and occurrence of subsequent events takes on a completely different aspect. For example, when a decision to dismiss an employee is made on the basis of a series of actions that, taken in isolation, would not justify dismissal or even, initially, being mentioned in a performance report, it would be placing an impossible burden on the employer to prohibit him from presenting evidence of earlier actions on the ground that he did not dismiss the employee at that time or that no mention was made of them in his earlier performance reports. When incompetence is the cause of dismissal, it is rarely apparent all at once, and just as an employee of long standing generally has the right, as I concluded earlier, to be told of his mistakes before being dismissed, so an employer should have the right to go back over incidents in the employee's record which have become relevant, provided he does not

tion par l'employeur et avait au contraire toujours été jugé satisfaisant. C'est, en quelque sorte, une forme d'*estoppel*, de fin de non-recevoir qui est opposée au Ministère intimé.

^a Cette prétention s'appuie sur les conclusions auxquelles en arrive David Harris⁷ après une revue de la jurisprudence pertinente. Mais s'il est exact, comme le constate Harris, que

^b [TRADUCTION] Un principe fondamental veut que l'employeur qui accepte sciemment une certaine norme de mauvaise conduite est considéré la tolérer, et qu'il ne peut par conséquent l'invoquer comme motif de renvoi.

il est également exact, comme il le souligne lui-même plus loin, que

^c Même s'il est démontré que l'on a pardonné la mauvaise conduite, celle-ci devient pertinente plus tard s'il était démontré qu'elle s'est manifestée de nouveau. L'absolution est toujours assujettie à la condition implicite d'un amendement durable.

^d Je ne crois pas, en effet, qu'on puisse voir dans un rapport de rendement favorable une absolution de tous les gestes qui auraient pu être reprochés à l'employé au cours de la période visée par le rapport et qui n'ont fait l'objet d'aucun reproche particulier. Ce serait là donner à des rapports de rendement une importance et une finalité démesurées. Qu'un rendement ait été dans son ensemble satisfaisant, qu'aucun reproche précis n'ait été adressé, ne signifient pas qu'il ne se soit pas glissé quelque geste non alors digne de mention qui ne puisse avec le temps et la survenance de gestes subséquents prendre une toute autre dimension. Lorsque, par exemple, la décision de congédier un employé est prise en raison d'une accumulation de gestes qui, pris isolément, ne justifieraient pas un renvoi ni même, au départ, une mention dans un rapport de rendement, ce serait rendre le fardeau de l'employeur impossible que de l'empêcher de faire la preuve de gestes antérieurs au motif qu'il n'avait pas alors congédié l'employé ou qu'il n'en avait pas fait état dans ses rapports de rendement précédents. L'incompétence, quand elle est cause de renvoi, se manifeste rarement d'un seul coup, et de même un employé de longue date a-t-il généralement le droit, comme je le concluais plus haut, d'être informé de ses lacunes avant d'être congédié, de même l'employeur devrait-il avoir le droit de retracer des incidents devenus pertinents dans le dossier de l'employé, du moins dans un passé pas

⁷ *Supra*, note 4, at pp. 3-159 *et seq.*

⁷ *Supra*, note 4 aux p. 3-159 *et s.*

go back too far. Systematically prohibiting an Appeal Board from going back in time would amount to shielding from any decision to dismiss for incompetence an employee whose incompetence, as is generally the case, becomes apparent or takes shape gradually.

Having said that, an employer can still by his own actions at the time of the dismissal waive any reference to a more distant past and set up an estoppel against himself. In the case at bar, in the dismissal recommendation it sent to the Public Service Commission on April 27, 1989 the employer of its own accord limited its allegations of incompetence to those appearing in the performance reports for the period since September 1985. By the silence it maintained at that time regarding incidents which allegedly occurred prior to September 1985, the employer waived the right to unearth justification for its dismissal decision in the earlier conduct of its employee, and the Appeal Board erred in law in allowing the employer to present evidence at the appeal hearing of incidents which occurred before September 1985.

3. Bad faith

In *Ahmad*⁸ this Court expressed the following opinion:

Whether or not a person is competent or incompetent for a post is a matter of opinion, and, in the absence of any special legal direction, all that the law can imply with regard thereto is that it must be honestly formed, and that it must, in the first instance at least, be based upon the observation, by those under whom he works, of the manner in which the person whose competence is in question carries out his duties . . . in my view, in the absence of

(b) proof of bad faith on the part of those whose observations and judgment are in question,

a board of review established under section 31 would not be justified in deciding that a deputy head's recommendation should not be acted upon . . . [My emphasis.]

The employer's bad faith cannot be presumed and an employee seeking to present evidence of it has an especially difficult task to perform. It is not as such a sign of bad faith in an employer to build a file on an employee and to prepare for a dismissal

⁸ *Ahmad v. Public Service Commission*, [1974] 2 F.C. 644 (C.A.), at pp. 646-647.

trop lointain. Empêcher systématiquement un Comité d'appel de remonter dans le temps, équivaldrait à mettre à l'abri de toute décision de renvoi pour cause d'incompétence l'employé dont l'incompétence, et ce sera généralement le cas, se manifeste ou prend forme graduellement.

Cela dit, l'employeur n'en peut pas moins, par ses propres agissements au moment du congédiement, renoncer à recourir à un passé plus lointain et établir contre lui-même une fin de non-recevoir. En l'espèce, dans la recommandation de renvoi qu'il adressait à la Commission de la fonction publique, le 27 avril 1989, l'employeur a de lui-même restreint ses motifs d'incompétence à ceux qui apparaissaient dans les rapports de rendement visant la période écoulée depuis septembre 1985. Par le silence qu'il a alors gardé relativement à des incidents qui se seraient produits antérieurement à septembre 1985, l'employeur renonçait à déterrer dans la conduite antérieure de son employé des éléments justificatifs de sa décision de renvoi, et le Comité d'appel a erré en droit en permettant à l'employeur, lors de l'audition de l'appel, de faire la preuve d'incidents survenus avant septembre 1985.

3. La mauvaise foi

Cette Cour, dans l'arrêt *Ahmad*⁸, exprimait l'opinion qui suit:

Qu'une personne soit compétente ou incompétente pour un poste est une question d'opinion; en l'absence de directives juridiques spéciales, tout ce qu'on peut légalement demander à ce sujet est que l'opinion ait été formée d'une manière honnête et que, au départ au moins, elle soit fondée sur l'observation par les supérieurs hiérarchiques de la personne dont la compétence est mise en question, de la façon dont cette dernière remplit ses fonctions . . . À mon avis, en l'absence

(b) de la preuve de mauvaise foi de la part de ceux dont les observations et le jugement sont en cause,

un comité de révision établi conformément à l'article 31 ne pourrait pas à bon droit décider qu'il ne doit donner aucune suite à une recommandation d'un sous-chef . . . [Mes soulignements.]

La mauvaise foi de l'employeur ne se présume pas et l'employé qui cherche à en faire la preuve entreprend une tâche particulièrement difficile. Ce n'est pas, en soi, chez un employeur, signe de mauvaise foi que de monter un dossier contre un

⁸ *Ahmad c. La Commission de la Fonction publique*, [1974] 2 C.F. 644, aux pp. 646 et 647.

sal over a long period. As the Appeal Board properly pointed out, "it is not bad faith or discrimination to seek to remove from his duties an employee who is not considered competent to perform them". However, the file must still be built "honestly" and without "bad faith on the part of those whose observations and judgment are in question".

Having failed before the Appeal Board in his attempt to establish his employer's bad faith, the applicant had an onerous task in convincing this Court that it could review the Appeal Board's decision. I do not have to point out that this Court instinctively recoils from any intervention on questions of fact. In exercising the power to review and set aside conferred on the Court by paragraph 28(1)(c) of its enabling Act⁹ we will only intervene

... when the case is one of so gross an error in the appreciation of the case presented as to indicate not merely a misjudgment of the effect of marginal evidence but a disregard of material before the tribunal of such a nature as to amount to an error of law or to give rise to an inference that some erroneous principle has been followed ...¹⁰

After a searching examination of the Appeal Board's decision and the exhibits in the record I have come to the conclusion, for the following reasons, that the applicant's argument is valid and the record is shot through with instances of bad faith so numerous and so apparent that the Appeal Board could not have concluded that there was no bad faith, as it did, without making a gross error.

⁹ 28. (1) ... the Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine an application to review and set aside a decision or order ... made by or in the course of proceedings before a federal board, commission or other tribunal, on the ground that the board, commission or tribunal

(c) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

¹⁰ *Puerto Rico (Commonwealth) v. Hernandez*, [1973] F.C. 1206 (C.A.), at p. 1208, Thurlow J [as he then was]. This judgment was reversed on other grounds in [1975] 1 S.C.R. 228 [*Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*]. The statements quoted have been adopted by this Court, *inter alia* in *Mojica v. Minister of Manpower and Immigration*, [1977] 1 F.C. 458, at p. 461. See also *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Rifou*, [1986] 3 F.C. 486, at p. 497.

employé et de préparer de longue date un congédiement. Ainsi que le souligne à juste titre le Comité d'appel, «ce n'est pas de la mauvaise foi ou de la discrimination que de chercher à évincer de ses fonctions un employé que l'on n'estime pas compétent à les exercer». Encore faut-il, toutefois, que le dossier soit monté «de manière honnête» et sans «mauvaise foi de la part de ceux dont les observations et le jugement sont en cause».

b Ayant échoué devant le Comité d'appel dans sa tentative d'établir la mauvaise foi de l'employeur, le requérant avait fort à faire pour convaincre cette Cour qu'elle pouvait remettre en question la décision du Comité d'appel. Je n'ai pas à rappeler notre réticence viscérale à intervenir sur des questions d'appréciation des faits. Dans l'exercice du pouvoir de révision et d'annulation que nous confère l'alinéa 28(1)c) de notre Loi constitutive⁹, nous n'interviendrons que

... lorsque l'erreur commise dans l'appréciation du dossier soumis est si lourde qu'elle ne constitue pas seulement une erreur de jugement quant à l'effet d'une preuve marginale, mais un tel mépris des éléments de preuve présentés à la Cour que cela revient à une erreur de droit ou porte à conclure qu'on a fait application d'un principe erroné, ...¹⁰

Après un examen minutieux de la décision du Comité d'appel et des pièces au dossier, j'en arrive à la conclusion, pour les raisons qui vont suivre, que la prétention du requérant est bien fondée et que le dossier est tissé d'éléments de mauvaise foi si nombreux et si manifestes que le Comité d'appel ne pouvait sans commettre une lourde erreur conclure, comme il l'a fait, à l'absence de mauvaise foi.

⁹ 28. (1) ... la Cour d'appel est compétente pour les demandes de révision et d'annulation d'une décision ou ordonnance ... rendue par un office fédéral ou à l'occasion de procédures en cours devant cet office au motif que celui-ci, selon le cas:

c) a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose.

¹⁰ *L'État portoricain c. Hernandez*, [1973] C.F. 1206 (C.A.), à la p. 1208, M. le juge Thurlow [tel était son titre]. Cet arrêt a été infirmé, mais pour d'autres motifs, à [1975] 1 R.C.S. 228 [*Commonwealth of Puerto Rico c. Hernandez*]. Les propos cités ont été repris par cette Cour, notamment dans *Mojica c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1977] 1 C.F. 458, à la p. 461. Voir aussi *Banque canadienne impériale de commerce c. Rifou*, [1986] 3 C.F. 486, à la p. 497.

Nowhere in its decision did the Appeal Board refer to the letter of April 29, 1989, which I have reproduced in note 1: yet this letter is conclusive in more than one respect. It confined the grounds of the recommendation to those stated in the last three performance reports; it did not tell the Public Service Commission that these three reports were prepared in the space of one week and that the first of the reports was not given to the applicant until some two years after the period covered; it charged that the applicant had failed to improve his performance, based on reports which he had not been given; it did not tell the Commission that the applicant was currently doing satisfactory work in the position of an ordinary firefighter; it indicated to the Commission that there was no alternative but dismissal when on the basis of the very same documents, and so for the same reasons, demotion rather than dismissal was the solution still being adopted eight days before.

In view of the performance reports prior to September 1985, concluding that the applicant's performance met all the requirements, the Appeal Board could not conclude as it did several times that "the appellant's performance problems did not begin when he was charged, but long before", that "the preceding shows, in my view, that long before the criminal charges against the appellant the Department was concerned by his performance and competence problems" and that "it is clear to me that well before the appellant's legal troubles his superiors seriously doubted his competence". Nowhere in the part of its decision where it weighed the evidence did the Appeal Board refer to these performance reports.

In view of the evidence that the applicant's superior, Chief Authier, hoped he would not return to work at the station and that two of the performance reports unfavourable to the applicant after his return to work were prepared by this very Chief Authier, the Appeal Board could not conclude that "these were persons whose essential honesty has not been questioned and whose judgment could usually be relied on, and no argument has been presented to show why they would have

Le Comité d'appel n'a nulle part fait état, dans sa décision, de la lettre du 29 avril 1989 que j'ai reproduite à la note 1. Cette lettre, pourtant, est déterminante à plus d'un égard. Elle restreint les motifs de la recommandation à ceux énoncés dans les trois derniers rapports de rendement; elle n'informe pas la Commission de la fonction publique que ces trois rapports ont été préparés en l'espace d'une semaine et que le premier de ces rapports n'a été remis au requérant qu'environ deux ans après la période visée; elle reproche au requérant de n'avoir pas amélioré son rendement en fonction de rapports qui ne lui avaient pas été remis; elle n'informe pas la Commission du fait qu'actuellement le requérant accomplit un travail satisfaisant dans le poste de simple pompier; elle indique à la Commission qu'il n'existe aucune autre alternative que le renvoi, alors que sur la foi d'exactement les mêmes documents, donc pour les mêmes motifs, la rétrogradation plutôt que le renvoi était la solution encore retenue huit jours plus tôt.

Devant les rapports de rendement antérieurs à septembre 1985, qui concluaient que le rendement du requérant répondait à toutes les exigences, le Comité d'appel ne pouvait pas conclure, comme il l'a fait à plusieurs reprises, que «les problèmes de compétence de l'appelant n'ont pas commencé avec son accusation, mais bien avant», que «ce qui précède montre, à mon avis, que bien avant les accusations de l'appelant au criminel le Ministère était préoccupé par ses problèmes de performance et de compétence», qu'«il est clair pour moi que dès avant les démêlés judiciaires de l'appelant ses supérieurs doutaient sérieusement de sa compétence». Nulle part, dans cette partie de sa décision qui constitue son appréciation de la preuve, le Comité d'appel n'a-t-il fait référence à ces rapports de rendement.

Devant la preuve que le supérieur du requérant, le chef Authier, espérait qu'il ne reprenne plus le travail à la caserne et que deux des rapports de rendement défavorables au requérant, après son retour au travail, avaient été préparés par ce même chef Authier, le Comité d'appel ne pouvait pas conclure qu'«il s'agit en l'espèce de personnes dont l'honnêteté foncière n'a pas été mise en doute et au jugement desquelles on devait normalement pouvoir se fier, et on n'a fait valoir aucun motif

been likely to distort their assessment of the facts in this case”.

Additionally, the Appeal Board erred in using the judgments of this Court in *R. v. Larsen*¹¹ and *Attorney General of Canada v. Loisel*¹² as a basis for refusing to draw any conclusion whatever from the way in which the Department ousted the applicant from his position. What those cases held was, in *Larsen*, that an Appeal Board could not substitute a demotion recommendation for a dismissal recommendation, and in *Loiselle*, that an Appeal Board could not impose on a deputy head, before recommending dismissal of an incompetent employee, the duty to seriously consider the possibility of a transfer rather than a dismissal. In the case at bar one of the questions which the Appeal Board should have asked itself was the following: if the employer did what it did and is assumed to be entitled to do what it did, did it act in good faith? Contrary to what the Appeal Board maintained, it is not “becoming involved in the question of whether the Department could have demoted him rather than dismissed him” nor “interfering in the way in which the Department intended to dispose of the ousted employee” to consider whether the Department, having first demoted the applicant to a position in which it thought he was competent and subsequently changed its mind about the demotion a few days from the appeal hearing, and then dismissed him for the same reasons as those which led it to demote him, demonstrated bad faith in so doing.

At the hearing counsel for the respondents argued that the decision to dismiss rather than to demote was made because of events that occurred on November 17, 1988. On November 18, 1988 a special report was prepared on the applicant's performance in his duties as firefighter, and this report which was favourable to the applicant did not even mention those events. The employer moreover did not explain why it waited until April 1989 before deciding to dismiss on the basis of events that occurred in November 1988.

expliquant pourquoi dans ce cas elles auraient pu être portées à fausser leur appréciation de la réalité».

^a Par ailleurs, le Comité d'appel a erré en se fondant sur les arrêts de cette Cour dans *R. c. Larsen*¹¹ et *Le procureur général du Canada c. Loisel*¹², pour refuser de tirer quelque conclusion que ce soit de la façon dont le Ministère a évincé le requérant de son poste. Ce que ces arrêts ont décidé, c'est, dans *Larsen*, qu'un Comité d'appel ne pouvait substituer une recommandation de rétrogradation à une recommandation de renvoi et, dans *Loiselle*, qu'un Comité d'appel ne pouvait imposer à un sous-chef, avant de recommander le renvoi d'un employé incompetent, l'obligation de considérer sérieusement la possibilité d'une mutation plutôt que d'un renvoi. Dans le cas présent, l'une des questions que devait se poser le Comité d'appel était la suivante: l'employeur ayant fait ce qu'il a fait et étant par hypothèse en droit de faire ce qu'il a fait, l'a-t-il fait de bonne foi? Ce n'est pas, contrairement à ce que soutient le Comité d'appel, «s'immiscer dans la question de savoir si le Ministère aurait pu le rétrograder plutôt que le renvoyer» ni «se mêler de la façon dont le Ministère entend disposer du fonctionnaire évincé», que de se demander si le Ministère, ayant d'abord rétrogradé le requérant dans un poste à l'égard duquel il le jugeait compétent, s'étant ensuite ravisé à quelques jours de l'audition de l'appel relatif à la rétrogradation et l'ayant alors congédié pour les mêmes motifs que ceux qui l'avaient amené à le rétrograder, a fait preuve, ce faisant, de mauvaise foi.

^h À l'audience, le procureur des intimés a soutenu que la décision de congédier plutôt que de rétrograder avait été prise en raison d'événements qui se seraient produits le 17 novembre 1988. Or, le 18 novembre 1988, un rapport spécial était préparé sur le rendement du requérant dans ses fonctions de pompier, et ce rapport, favorable au requérant, ne faisait même pas état de ces événements. L'employeur n'a d'ailleurs pas expliqué pourquoi il aurait attendu jusqu'en avril 1989 avant de décider de congédier sur la base d'événements survenus en novembre 1988.

¹¹ [1981] 2 F.C. 199 (C.A.).

¹² [1981] 2 F.C. 203 (C.A.).

¹¹ [1981] 2 C.F. 199 (C.A.).

¹² [1981] 2 C.F. 203 (C.A.).

In the case at bar, the Department's actions left the applicant in a very strange position. If he had done nothing to appeal the demotion recommendation, he would still be a firefighter working for the Department today. As he appealed it, and as the Department countered the appeal with a recommendation for dismissal, the applicant is now deprived both of his position as captain and of his duties as firefighter, though his performance in the latter duties was regarded as satisfactory by the employer, which has nevertheless deprived him of them. That undoubtedly was a fact which should have been considered by the Appeal Board.

Furthermore, when we assess the following findings—the change in the Department's attitude regarding the applicant's competence as soon as criminal charges were laid against him, charges on which his immediate superior and a number of his co-workers wanted to see him convicted; the disguised attempt to conduct a psychiatric assessment; the sudden preparation within the space of a few days of three unfavourable performance reports, none of which was reviewed, two of which are in all respects identical and which cover a period of nearly three years; the sudden demotion without warning on receipt of the third report; the sudden and unexplained change of the demotion recommendation, six days before the appeal against the demotion was heard, to one of dismissal on the basis of the same documents and reasons; the absence of any warning in relation to the dismissal; the evidence of the applicant's competence in the position from which he was initially to be demoted; the reference at the hearing before the Appeal Board to events in a distant past which the applicant had not been told of until that time; the sending to the Public Service Commission without the applicant's knowledge, to justify the dismissal recommendation, of a letter the content of which bore little relation to the facts—there can be no other conclusion but that the Appeal Board based its conclusion that there was no bad faith on erroneous findings of fact and without taking into account the evidence before it.

En l'espèce, de par les agissements du Ministère, le requérant se trouve dans une situation bien curieuse. S'il n'en avait point appelé de la recommandation de rétrogradation, il serait encore aujourd'hui un pompier à l'emploi du Ministère. Comme il en a appelé, et comme le Ministère a contré cet appel par une recommandation de renvoi, le requérant se retrouve aujourd'hui privé et de son poste de capitaine et de ses fonctions de pompier, même si son rendement, dans ces dernières fonctions, a été jugé satisfaisant par l'employeur qui ne l'en prive pas moins. C'est là, sûrement, un fait sur lequel le Comité d'appel aurait dû se pencher.

De plus, quand on fait le bilan des constatations suivantes: le changement d'attitude du Ministère relativement à la compétence du requérant dès que sont portées contre lui des accusations criminelles à l'égard desquelles son supérieur immédiat et de nombreux collègues de travail souhaitaient qu'il fût reconnu coupable; la tentative déguisée d'expertise psychiatrique; la préparation subite, à quelques jours d'intervalle, de trois rapports de rendement défavorables dont aucun n'a fait l'objet de révision, dont deux sont en tous points identiques et qui couvrent une période de près de trois années; la rétrogradation subite et sans avertissement dès réception du troisième rapport; la modification subite et inexplicquée, six jours avant l'audition de l'appel relatif à la rétrogradation, de la recommandation de rétrogradation en une de renvoi, et ce sur la base des mêmes documents et motifs; l'absence de tout avertissement relativement au renvoi; la preuve de la compétence du requérant dans le poste où on a d'abord voulu le rétrograder; le recours, lors de l'audition devant le Comité d'appel, à des événements d'un passé lointain dont le requérant n'avait jusque-là jamais été informé; l'envoi à la Commission de la fonction publique, à l'insu du requérant, pour justifier la recommandation de renvoi, d'une lettre dont la teneur n'est pas des plus conforme à la réalité . . . , force est de conclure que le Comité d'appel a fondé sa conclusion d'absence de mauvaise foi sur des conclusions de fait erronées et sans tenir compte des éléments de preuve devant lui.

4. Excess of jurisdiction or refusal to exercise jurisdiction

In view of the conclusion I have arrived at on the applicant's first three arguments, it will not be necessary for me to consider the fourth.

JUDGMENT

For these reasons, I consider that this section 28 application should be allowed, the decision of the Appeal Board should be set aside and the matter referred back to a differently constituted Appeal Board for reconsideration, on the basis of the evidence already obtained, including the testimony heard, and any other evidence which the new Board may find useful, taking into account the reasons in this judgment.

MACGUIGAN J.A.: I concur.

4. L'excès de compétence ou le refus d'exercer compétence

^a Vu la conclusion à laquelle j'en arrive relativement aux trois premiers moyens du requérant, il ne m'est pas nécessaire de me pencher sur ce quatrième moyen.

DISPOSITIF

^b Pour ces motifs je suis d'avis que cette demande faite en vertu de l'article 28 devrait être accueillie, que la décision du Comité d'appel devrait être annulée et que l'affaire devrait être renvoyée à un Comité d'appel différemment constitué pour qu'il ^c procède, sur la base de la preuve déjà accumulée y inclus les témoignages entendus et toute autre preuve que le nouveau Comité pourrait juger utile, à un nouvel examen qui tienne compte des motifs de la présente décision.

^d MACGUIGAN, J.C.A.: J'y souscris.