

A-97-79

A-97-79

**Dr. J. G. Snaauw** (*Appellant*) (*Applicant*)**J. G. Snaauw** (*Appelant*) (*Requérant*)

v.

c.

**Appeal Board established by the Public Service Commission** (*Respondent*) (*Opponent*)**Le Comité d'appel établi par la Commission de la Fonction publique** (*Intimé*) (*Opposant*)

Court of Appeal, Jackett C.J., Smith and Kerr D.JJ.—Ottawa, June 13, 1979.

Cour d'appel, le juge en chef Jackett, les juges suppléants Smith et Kerr—Ottawa, le 13 juin 1979.

*Judicial review — Public Service — Applicant rejected during extension of probationary period but reinstated after Court decision finding such action unauthorized and invalid — On reinstatement, Chairman of National Energy Board recommended that the applicant be released for incompetence in the performance of his duties — Grounds for this recommendation the same as those for rejecting the applicant — Appeal Board found Chairman's conclusions supported by evidence and dismissed applicant's appeal — Whether or not the Appeal Board's decision should be set aside — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, ss. 28, 31 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.*

*Examen judiciaire — Fonction publique — Le requérant avait été renvoyé au cours de la prolongation de stage puis réintégré après que la Cour eut conclu à l'invalidité du renvoi — Dès réintégration, le président de l'Office national de l'énergie a recommandé le renvoi du requérant pour cause d'incompétence dans l'exercice des fonctions de son poste — Cette recommandation était fondée sur les mêmes motifs pour lesquels le requérant avait été renvoyé — Sur la foi des preuves administrées, le Comité d'appel a conclu au bien-fondé des conclusions du président et a rejeté l'appel du requérant — Il échet d'examiner s'il y a lieu d'annuler la décision du Comité d'appel — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, c. P-32, art. 28, 31 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), c. 10, art. 28.*

This is a section 28 application to set aside a decision of a Board under section 31 of the *Public Service Employment Act*. Applicant had been reinstated in his position with the National Energy Board after his rejection during an extension of his probationary period following a decision of the Court to the effect that such an extension was unauthorized and that such purported rejection was invalid. On reinstatement, applicant was notified of the recommendation of the Chairman of the National Energy Board that he be released for incompetence in the performance of his duties. The grounds for this recommendation were the same as those for rejecting applicant during the extended probationary period. The applicant appealed to the Public Service Commission Appeal Board. The Public Service Commission Appeal Board after hearing witnesses and considering arguments both on questions of fact and law, dismissed the appeal. This section 28 application attacks that decision.

Requête fondée sur l'article 28 et tendant à faire infirmer la décision rendue par un comité établi en application de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Le requérant avait été réintégré dans son poste à l'Office national de l'énergie après que la Cour eut conclu à l'invalidité de son renvoi au cours de la période de prolongation de son stage. Dès sa réintégration, le requérant a été informé par écrit que le président de l'Office national de l'énergie a recommandé son renvoi pour cause d'incompétence dans l'exercice des fonctions de son poste. Cette recommandation était fondée sur les mêmes motifs pour lesquels le requérant avait été renvoyé au cours de la prolongation de son stage. Le requérant a interjeté appel devant le Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique. Après avoir entendu les témoins et considéré les arguments sur les points de droit et de fait, celui-ci a rejeté l'appel du requérant. C'est cette décision qui est entreprise par la requête fondée en l'espèce sur l'article 28.

*Held*, the application is dismissed. The Board did not err in law by not holding that the recommendation for dismissal was outside the scope of section 31 and therefore was not a valid basis for releasing the applicant. As the applicant had not been legally "rejected" or otherwise separated from his position, he continued to occupy it up to and including the date of his "reinstatement". It cannot be said that a deputy head could not, in law, form an opinion that a person falls within the words "incompetent in performing the duties of the position" on the basis of experience with that person attempting to perform the duties of the position during a period that has expired some time before the occasion arises for the deputy head to form and express that opinion. While the grounds for rejection are not necessarily limited to incompetence, they most certainly include incompetence. The argument that as the material relied upon had been prepared to support a decision to "reject", it could not be used to support an opinion of incompetence, must be dis-

*Arrêt*: la requête est rejetée. Le Comité d'appel n'a pas commis une erreur de droit du fait qu'il n'a pas conclu que la recommandation de renvoi débordait les limites prévues par l'article 31 et que de ce fait, elle ne constituait pas un fondement valide pour renvoyer le requérant. Le requérant n'ayant pas été légalement «renvoyé» ou autrement démis de son poste, il a continué à l'occuper jusqu'à la date de sa «réintégration» inclusivement. On ne saurait dire qu'un sous-chef n'avait pas le droit de conclure que la phrase «incompétent dans l'exercice des fonctions de son poste» s'appliquait à une certaine personne en se fondant sur ce qu'il a pu observer de la manière dont celle-ci a rempli les fonctions de son poste pendant un stage qui a expiré avant qu'il ne formule cette conclusion. Si les motifs de rejet ne se limitent pas nécessairement à l'incompétence, ils la recouvrent indubitablement. Il faut rejeter l'argument voulant que les documents invoqués ayant été établis à l'appui d'une décision de «renvoi», ils ne puissent servir à étayer une conclu-

missed. Lastly, there is no basis in the principles of natural justice for setting aside the Board's decision.

APPLICATION for judicial review.

COUNSEL:

*Macey Schwartz* for (appellant) (applicant).

*L. S. Holland* for (respondent) (opponent).

SOLICITORS:

*Macey Schwartz*, Ottawa, for (appellant) (applicant).

*Deputy Attorney General of Canada* for (respondent) (opponent).

*The following are the reasons for judgment delivered orally in English by*

JACKETT C.J.: This is a section 28 application to set aside a decision of a "board" under section 31 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> 31. (1) Where an employee, in the opinion of the deputy head, is incompetent in performing the duties of the position he occupies or is incapable of performing those duties and should

- (a) be appointed to a position at a lower maximum rate of pay, or
- (b) be released,

the deputy head may recommend to the Commission that the employee be so appointed or released, as the case may be.

(2) The deputy head shall give notice in writing to an employee of a recommendation that the employee be appointed to a position at a lower maximum rate of pay or be released.

(3) Within such period after receiving the notice in writing mentioned in subsection (2) as the Commission prescribes, the employee may appeal against the recommendation of the deputy head to a board established by the Commission to conduct an inquiry at which the employee and the deputy head concerned, or their representatives, are given an opportunity of being heard, and upon being notified of the board's decision on the inquiry the Commission shall,

- (a) notify the deputy head concerned that his recommendation will not be acted upon, or
- (b) appoint the employee to a position at a lower maximum rate of pay, or release the employee,

accordingly as the decision of the board requires.

(4) If no appeal is made against a recommendation of the deputy head, the Commission may take such action with regard to the recommendation as the Commission sees fit.

(5) The Commission may release an employee pursuant to a recommendation under this section and the employee thereupon ceases to be an employee.

sion d'incompétence. Enfin, on ne peut trouver dans les principes de justice naturelle aucun fondement pour infirmer la décision du Comité.

DEMANDE d'examen judiciaire.

AVOCATS:

*Macey Schwartz* pour l'(appellant) (requérant).

*L. S. Holland* pour l'(intimé) (opposant).

PROCUREURS:

*Macey Schwartz*, Ottawa, pour l'(appellant) (requérant).

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

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés à l'audience par*

LE JUGE EN CHEF JACKETT: Il s'agit en l'espèce d'une requête fondée sur l'article 28 et tendant à faire infirmer la décision rendue par un «comité» établi en application de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-32.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> 31. (1) Lorsque, de l'avis du sous-chef, un employé est incompetent dans l'exercice des fonctions de son poste, ou qu'il est incapable de remplir ces fonctions, et qu'il devrait

- a) être nommé à un poste avec un traitement maximum inférieur, ou
- b) être renvoyé,

le sous-chef peut recommander à la Commission que l'employé soit ainsi nommé ou renvoyé, selon le cas.

(2) Le sous-chef doit donner à un employé un avis écrit de toute recommandation visant la nomination de l'employé à un poste avec un traitement maximum inférieur ou son renvoi.

(3) Dans tel délai subséquent à la réception de l'avis mentionné au paragraphe (2) que prescrit la Commission, l'employé peut en appeler de la recommandation du sous-chef à un comité établi par la Commission pour faire une enquête au cours de laquelle il est donné à l'employé et au sous-chef en cause, ou à leurs représentants, l'occasion de se faire entendre. La Commission doit, après avoir été informée de la décision du comité par suite de l'enquête,

- a) avertir le sous-chef en cause qu'il ne sera pas donné suite à sa recommandation, ou
- b) nommer l'employé à un poste avec un traitement maximum inférieur ou le renvoyer,

selon ce qu'a décidé le comité.

(4) S'il n'est interjeté aucun appel d'une recommandation du sous-chef, la Commission peut prendre, relativement à cette recommandation, la mesure qu'elle estime opportune.

(5) La Commission peut renvoyer un employé en conformité d'une recommandation formulée aux termes du présent article; l'employé cesse dès lors d'être un employé.

The relevant events, as I understand them, may be summarized as follows:

1. Effective December 27, 1974, the applicant was appointed Assistant Director, Special Economic Analysis Group, Economics Branch, National Energy Board. *a*

2. Before the expiration of the period after which the applicant would have ceased to be "on probation" by virtue of section 28(1) of the *Public Service Employment Act*,<sup>2</sup> the Chairman of the Board purported to extend that period for 12 months. *b*

3. By a letter dated June 2, 1976, the Chairman purported, for reasons to which reference will be made hereinafter, to "reject" the applicant under the authority of section 28(3) of that Act,<sup>3</sup> effective August 31, 1976. *c*

4. On September 26, 1978, the applicant was "re-instated" in his position, effective September 1, 1976, by reason of a decision of this Court to the effect that such an extension of the probation period was unauthorized and such a purported rejection was invalid. *d*

5. At the same time as he was "re-instated", i.e., on September 26, 1978, the applicant was notified, under section 31, of the Chairman's recommendation that he be released "because of incompetence in the performance of the duties of your position"—the grounds for which recommendation were the same as the grounds for "rejecting the applicant during his extended probationary period". *e*

<sup>2</sup> 28. (1) An employee shall be considered to be on probation from the date of his appointment until the end of such period as the Commission may establish for any employee or class of employees. *f*

<sup>3</sup> 28. ...

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

Les faits de la cause peuvent être récapitulés comme suit:

1. Le requérant a été nommé, à compter du 27 décembre 1974, directeur adjoint de l'Économie, pour les Analyses économiques spéciales, Office national de l'énergie.

2. Avant l'expiration de son stage prévu à l'article 28(1) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*<sup>2</sup>, le président de l'Office a décidé de prolonger ce stage de 12 mois. *b*

3. Par lettre du 2 juin 1976, le président a décidé, pour des raisons que je mentionnerai ci-après, de «renvoyer» le requérant à compter du 31 août 1976, en application de l'article 28(3) de la loi précitée<sup>3</sup>. *c*

4. Le 26 septembre 1978, le requérant a repris ses fonctions, sa «réintégration» étant rétroactive au 1<sup>er</sup> septembre 1976, à la suite d'un jugement de la Cour de céans concluant à l'invalidité de la prolongation du stage et du renvoi. *d*

5. Le jour de sa «réintégration», c'est-à-dire le 26 septembre 1978, le requérant a été informé par écrit, conformément à l'article 31, que le président recommandait son renvoi «pour cause d'incompétence dans l'exercice des fonctions de son poste», motif analogue à celui invoqué pour «le renvoyer pendant la prolongation de son stage». *e*

<sup>2</sup> 28. (1) Un employé est considéré comme stagiaire depuis la date de sa nomination jusqu'au terme de la période que la Commission peut fixer pour tout employé ou classe d'employés. *f*

<sup>3</sup> 28. ...

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

6. The applicant appealed from that recommendation as contemplated by section 31(3).

7. On the hearing of the section 31 appeal, it was clear that the section 31 recommendation was based on things that occurred and opinions that were formed on the basis of which the Chairman had purported to extend the probation period and ultimately to "reject" the applicant, which things occurred and opinions were formed more than two years prior to the making of the section 31 recommendation.

8. The Board found, in effect, after hearing witnesses, of whose testimony we do not have a transcript, that "all of this evidence taken together could reasonably lead the Department"—i.e., the Chairman of the Board—"to the conclusion that the applicant was incompetent in performing the duties of his position".

9. After a review of the evidence, during the course of which such finding was made, and considering the arguments of the applicant and the "Department" both on questions of law and fact, the Board dismissed the applicant's appeal.

It is the Board's decision dismissing the applicant's section 31 appeal that is attacked by this section 28 application.

For convenience, I propose to discuss the applicant's attacks on that decision as summarized in Part II of the applicant's memorandum in this Court. The relevant portion of Part II reads:

A) Jurisdiction of Appeal Board

The recommendation of the Chairman of the N.E.B. to the Commission that the Appellant be released was invalid, being contrary to section 31(1) of the Act. Hence, the Appeal Board established by the Commission lacked jurisdiction or exceeded its jurisdiction in dealing with the matter.

B) Error of Law

The aforementioned issue of jurisdiction was raised as a preliminary objection by counsel for the Appellant herein ... but the Appeal Board rejected the objection. ... In rejecting the objection of counsel for the Appellant, the Appeal Board erred in law in making its Decision.

C) Denial of Natural Justice

By accepting certain evidence ... conducting an inquiry so long after the events in contention took place, the Appeal Board failed to observe a principle of natural justice.

6. Le requérant a interjeté appel de cette recommandation, conformément à l'article 31(3).

7. A l'audition de l'appel fondé sur l'article 31, il est apparu clairement qu'en formulant la recommandation prévue au même article, le président s'est fondé sur les mêmes faits et opinions qui l'avaient amené à décider la prolongation du stage et ensuite le «renvoi» du requérant, faits et opinions vieux de plus de deux ans.

8. Le Comité a conclu, en effet, après avoir entendu les dépositions des témoins, dont transcription n'a pas été produite à la Cour, que «celles-ci prises globalement pouvaient raisonnablement amener le Ministère» (c'est-à-dire le président de l'Office) «à conclure que le requérant était incompetent dans l'exercice des fonctions de son poste».

9. Après un examen de la preuve, au cours duquel il est parvenu à cette conclusion, et après avoir considéré les arguments du requérant et du «Ministère» sur les questions de droit et de fait, le Comité a rejeté l'appel.

La présente requête, fondée sur l'article 28, attaque cette décision du Comité qui a rejeté l'appel du requérant fondé sur l'article 31.

Pour plus de commodité, je me propose de me prononcer, l'un après l'autre, sur les motifs invoqués par le requérant, tels qu'ils sont récapitulés dans la Partie II de son mémoire à la Cour. En voici les passages pertinents:

[TRADUCTION] A) Compétence du Comité d'appel

La recommandation de renvoi que le président de l'O.N.É. a adressée à la Commission est nulle parce que contraire à l'article 31(1) de la Loi. Il s'ensuit donc que le Comité d'appel établi par la Commission était incompetent pour connaître de cette affaire ou a commis un excès de pouvoir en la matière.

B) Erreur de droit

L'avocat de l'appelant a soulevé l'exception déclinatoire susmentionnée ... mais le Comité d'appel l'a rejetée. ... En rejetant l'exception soulevée par l'avocat de l'appelant, le Comité d'appel a commis une erreur de droit.

C) Déni de justice naturelle

En acceptant certaines dépositions ... en menant une enquête aussi longtemps après les faits litigieux, le Comité d'appel n'a pas observé les principes de justice naturelle.

#### D) Error of Fact

The Appeal Board disregarded material before it which showed that the Chairman of the N.E.B. was wrong, as a matter of fact, in forming the opinion of the Appellant's incompetence . . . .

The first of these attacks entitled "Jurisdiction of Appeal Board" should, in my view, be regarded as an allegation that the Board's decision was based on an error of law in not holding that the recommendation for dismissal was outside the scope contemplated by section 31 and was not, therefore, a valid basis for releasing the applicant.<sup>4</sup> While the character of the attack set out under this heading is, in my view, improperly described, the substance of the attack as a contention that the Board's decision was based on an error of law is adequately set forth and it should, accordingly, be considered.

The legal question so raised is whether, in the circumstances already referred to, it can be said that the Chairman had, on September 26, 1978, formed the opinion that the appellant was

incompetent in performing the duties of the position he occupies or is incapable of performing those duties

within the meaning of those words in section 31(1). The contention, as I understand it, is that the applicant did not occupy or perform the duties of his position after August 31, 1976 and the Chairman was not, therefore, entitled, on September 26, 1978, to make a recommendation for his release under section 31.

It is to be noted that the Chairman based his recommendation on an expression of opinion that was, in effect, that the applicant was "incompetent in performing the duties of the position he occupies" and was not an expression of opinion that the applicant was "incapable of performing those duties".

The contention raises two questions, *viz.*:

(a) As of September 26, 1978, did the applicant occupy the position from which he had purportedly been "rejected"? and

<sup>4</sup> If the Board had no jurisdiction, all it could have done was to dismiss the applicant's appeal for lack of jurisdiction, which would have left the applicant without relief if the legal proposition put forward was sound. In my view, the Board has jurisdiction under section 31 to decide that a recommendation purporting to have been made under section 31 was not authorized by section 31.

#### D) Erreur sur le fait

Le Comité d'appel n'a pas tenu compte des documents qui lui ont été soumis et qui prouvent que le président de l'O.N.E. avait conclu à tort à l'incompétence de l'appelant . . . .

Le premier de ces motifs, intitulé «Compétence du Comité d'appel» revient, à mon sens, à dire que dans sa décision, le Comité a commis une erreur de droit pour ne pas avoir conclu que la recommandation de rejet débordait les limites prévues par l'article 31 et que de ce fait, elle ne constituait pas un fondement valide pour renvoyer le requérant.<sup>4</sup> J'estime que le motif formulé sous ce titre a été mal caractérisé, mais sa teneur, c'est-à-dire le fait que la décision du Comité reposait sur une erreur de droit, est correctement énoncée et mérite donc d'être examinée.

La question juridique soulevée est la suivante: peut-on dire, vu les faits déjà mentionnés, que le 26 septembre 1978, le président a conclu que l'appelant est

incompétent dans l'exercice des fonctions de son poste, ou qu'il est incapable de remplir ces fonctions

au sens de l'article 31(1)? La thèse du requérant est, si je ne m'abuse, qu'il n'occupait pas les fonctions de son poste après le 31 août 1976 et qu'en conséquence, le président n'avait pas le droit, le 26 septembre 1978, de recommander son renvoi au titre de l'article 31.

Il convient de noter que la recommandation du président repose en fait sur la conclusion que le requérant était «incompétent dans l'exercice des fonctions de son poste» et non pas qu'il était «incapable de remplir ces fonctions».

L'argument du requérant soulève les deux questions suivantes:

a) à la date du 26 septembre 1978, le requérant occupait-il le poste dont il a été «renvoyé»? et

<sup>4</sup> Si le Comité était incompetent, il ne pouvait rien faire d'autre que de rejeter l'appel du requérant pour cause d'incompétence, ce qui aurait privé ce dernier de tout recours lors même qu'il aurait été fondé sur le plan juridique. A mon sens, l'article 31 donne au Comité compétence pour conclure qu'une recommandation qui se réclame de cet article est en fait invalide.

(b) If the answer to the first question is in the affirmative, as a matter of law, could an opinion be formed, as of September 26, 1978, that the applicant was "incompetent in performing the duties of the position he occupies" having regard to the fact that he had not been "performing" those duties since August 31, 1976?

With reference to the first of these questions (which, as I understood him, was not really pushed by counsel during argument), the short answer, in my view, is that, as the applicant had not been legally "rejected" or otherwise separated from his position, he continued to occupy it up to and including September 26, 1978.<sup>5</sup> This is, apparently, the view of the law on which the applicant was "re-instated" by the "Department" and on which his status in these proceedings depends.

The second question raises a somewhat more difficult problem owing to the somewhat unusual use of the word "incompetent" with the words "in performing the duties of the position...". The ordinary meaning of "incompetent" in the context is

Of inadequate ability or fitness; not having the requisite capacity or qualification; incapable.<sup>6</sup>

Put shortly, "incompetent" in this context means "inadequate" or "incapable". Having regard to its use in conjunction with the words "incapable of performing those duties", the better view, in my opinion, is that the words "incompetent in performing the duties of the position" require that the person has, in his attempt to perform those duties, shown that he is inadequate for, or incapable of, performing such duties. The alternative view would be that they simply mean inadequate for, or incapable of, performing the duties of the position which would leave no scope for application of the following words. However, for the purposes of this application, no final view has to be expressed as to which view is correct. Whichever view is adopted as to the meaning of the words "incompetent in performing the duties of the position", I am of

<sup>5</sup> To what extent he would be entitled to be paid for periods during which he did not perform the duties of the position would be another question.

<sup>6</sup> See meaning number 2 of the word "incompetent" in *The Shorter Oxford English Dictionary*, Third Edition.

b) dans l'affirmative, était-on fondé à conclure le 26 septembre 1978 que le requérant était «incompétent dans l'exercice des fonctions de son poste», alors qu'il n'avait pas «rempli» lesdites fonctions depuis le 31 août 1976?

A la première question sur laquelle l'avocat du requérant n'a pas vraiment, à mon avis, insisté dans son argumentation, il suffirait de répondre brièvement que, le requérant n'ayant pas été légalement «renvoyé» ou autrement démis de son poste, il a continué à l'occuper jusqu'au 26 septembre 1978 inclusivement.<sup>5</sup> C'est manifestement sur ce point de droit que le «Ministère» s'est fondé pour «réintégrer» le requérant et que repose son statut en l'espèce.

La deuxième question soulève des difficultés plus sérieuses en raison de l'emploi assez inhabituel du terme «incompétent» dans la phrase «dans l'exercice des fonctions de son poste...». Dans ce contexte, le terme «incompétent» a comme sens ordinaire:

[TRADUCTION] D'une aptitude ou d'une habileté insuffisante; qui n'a pas la capacité ou les qualités requises; incapable.<sup>6</sup>

En bref, «incompétent» signifie ici «insuffisant» ou «incapable». Ce terme étant employé dans le même contexte que la phrase «incapable de remplir ces fonctions», il convient, à mon avis, d'interpréter l'expression «incompétent dans l'exercice des fonctions de son poste» comme signifiant que l'intéressé, dans l'exercice de ses fonctions, a fait preuve d'insuffisance ou d'incapacité. Une autre interprétation serait que ces termes signifient simplement: insuffisant ou incapable de remplir les fonctions de son poste, ce qui priverait de toute application les termes qui suivent. Toutefois, il n'y a pas lieu en l'espèce de trancher la question de savoir laquelle des deux interprétations est correcte. Quelle que soit celle que l'on retienne pour la phrase «incompétent dans l'exercice des fonctions de son poste», on ne saurait dire, à mon avis, qu'un sous-chef

<sup>5</sup> Dans quelle mesure a-t-il le droit d'être payé pour les périodes où il n'a pas exercé les fonctions de son poste? Il s'agit là d'une autre question.

<sup>6</sup> Voir la deuxième définition du terme «incompétent» dans *The Shorter Oxford English Dictionary*, troisième édition.

opinion that it cannot be said that a deputy head could not, in law, form an opinion that a person falls within those words on the basis of experience with that person attempting to perform the duties of the position during a period that has expired some time before the occasion arises for the deputy head to form and express that opinion.<sup>7</sup>

What I have said with reference to the first attack made by the applicant on the Board's decision makes it unnecessary for me to add anything with reference to the second attack entitled "Error of Law".

Turning to the third attack entitled "Denial of Natural Justice", it would not appear, in my opinion, that there is any basis in the principles of natural justice for setting the Board's decision aside. There is no allegation of bias and there is no suggestion that the applicant was not given a reasonable opportunity of answering the allegations that were prejudicial to him. It is further to be noted that he was represented by counsel and that there is no suggestion that any request was made to the Board for an adjournment to enable the applicant to prepare a different or better case in reply to such allegations. It is difficult to conceive how the Board could otherwise have accorded a greater measure of procedural fairness or justice to the applicant. The suggestion that the rules of natural justice required that certain evidence should have been suppressed because of the passage of two years is, in my view, untenable. Passage of time might be a factor to be considered in weighing the evidence but that was a question for the Board as fact finder.

Finally, with reference to the attack entitled "Error of Fact", the only contention that requires to be mentioned is, in effect, as I understood it, that, as the material relied upon was prepared to support a decision to "reject", it could not be used to support an opinion of incompetence. The short answer to this, in my opinion, is that, while the grounds for rejection are not necessarily limited to incompetence, they most certainly include incompetence.

<sup>7</sup> This is not to say that the lapse of time might not, in certain circumstances, be so great that no reasonable person could use the experience as a basis for the opinion. In my opinion, this is not such a case.

n'avait pas le droit de conclure qu'elle s'appliquait à une certaine personne, en se fondant sur ce qu'il a pu observer de la manière dont celle-ci a rempli les fonctions de son poste pendant un stage qui a expiré avant qu'il ne formule cette conclusion.<sup>7</sup>

La conclusion que je viens de tirer à propos du premier motif d'appel du requérant contre la décision du Comité vaut également pour le deuxième motif, intitulé «Erreur de droit».

Je passe au troisième motif, «Déni de justice naturelle». Je ne pense pas qu'en l'espèce, on puisse trouver dans les principes de justice naturelle un fondement pour infirmer la décision du Comité. Le requérant n'invoque pas la prévention ni ne prétend qu'il n'a pas eu la possibilité raisonnable de répondre aux allégations qui lui étaient défavorables. Il convient aussi de noter qu'il était représenté par un avocat et que le Comité n'a pas été saisi d'une demande d'ajournement qui lui aurait permis de modifier ou de perfectionner son mémoire en fonction de ces allégations. Il est difficile de concevoir comment le Comité aurait pu faire preuve à l'égard du requérant de plus d'impartialité et de justice en matière de procédure. On ne saurait, à mon avis, prétendre que les règles de justice naturelle requièrent la suppression de certains éléments de preuve en raison de l'intervalle de deux ans. Le passage du temps peut entrer en ligne de compte lorsqu'on évalue la preuve, mais il s'agit là d'une question qui relève du Comité en sa qualité d'enquêteur.

Enfin, en ce qui a trait au motif intitulé «Erreur sur le fait», la seule thèse qui mérite d'être mentionnée est, à mon avis, la suivante: les documents produits avaient été établis à l'appui d'une décision de «renvoi», ils ne pouvaient donc servir à étayer une conclusion d'incompétence. A cela, je répondrai brièvement que si les motifs de rejet ne se limitent pas nécessairement à l'incompétence, ils la recouvrent indubitablement.

<sup>7</sup> Cela ne veut pas dire que, dans certains cas, l'intervalle de temps ne puisse être tel qu'une personne raisonnable ne peut plus se fonder sur ses observations antérieures pour former une opinion. A mon avis, tel n'est pas le cas en l'espèce.

For the above reasons, I am of opinion that the section 28 application should be dismissed.

\* \* \*

SMITH D.J. concurred.

\* \* \*

KERR D.J. concurred.

Par ces motifs, je suis d'avis de rejeter la demande fondée sur l'article 28.

\* \* \*

a LE JUGE SUPPLÉANT SMITH y a souscrit.

\* \* \*

LE JUGE SUPPLÉANT KERR y a souscrit.