

A-191-78

A-191-78

**David W. Menear** (*Applicant*)

v.

**Public Service Commission Appeal Board** (*Respondent*)

Court of Appeal, Urie and Ryan JJ. and Kerr D.J.—Ottawa, June 23 and 26, 1978.

*Judicial review — Public Service — Position temporarily filled by person in acting capacity — Before person in acting capacity deemed appointed to position, right to appeal selection advertised to all persons whose opportunity for advancement could have been prejudicially affected — Applicant not a member of Public Service at time of selection — Public Service Commission Appeal Board decided applicant did not have right to appeal the decision — Whether or not that decision should be set aside — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 21 — Public Service Employment Regulations, SOR/67-129, ss. 27, 41 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.*

A temporary vacancy occurred in August 1977 in a position within the Public Service and a qualified person was selected to fill that vacancy in an acting capacity commencing September 1. When it became apparent in January 1978 that the incumbent would not return to the position for a further indeterminate period, the Department decided to bring to the attention of every person whose opportunity for advancement might have been prejudicially affected, the right to appeal the selection. Applicant, who was appointed to a position within the Public Service, on September 21, after the selection, appealed the selection pursuant to section 21 of the *Public Service Employment Act*. The Appeal Board found the candidate not eligible to be a candidate because he was not an employee of the Public Service at the time of selection and could not be deemed to be a person whose opportunity for advancement was prejudicially affected. This section 28 application is to review and set aside that decision.

*Held*, the application is allowed. Reading section 21 of the Act together with sections 27 and 41 of the Regulations, it is clear that an employee is "selected" to fill a temporary vacancy and when that vacancy is permanently filled an "appointment" is deemed to have been made. Their purpose is to enable management to fill temporary vacancies without having the selection of the employee to fill such vacancy challenged by other employees resorting to the Regulations providing appeal rights which are normally available to employees when permanent positions are filled from within the Public Service without competition. Section 27 of the Regulations effectively prescribes the time limits for such temporary employment and deems that an appointment to the position has been made after the expiration of the time limits if the permanent incumbent of the position has not returned to it, with concomitant rights to

**David W. Menear** (*Requérant*)

c.

**Le Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique** (*Intimé*)

Cour d'appel, les juges Urie et Ryan et le juge suppléant Kerr—Ottawa, les 23 et 26 juin 1978.

*Examen judiciaire — Fonction publique — Poste temporairement comblé par une personne nommée à titre intérimaire — Antérieurement à la nomination au poste de la personne agissant à titre intérimaire, le droit d'appeler de la sélection fut porté à l'attention de toutes les personnes dont les chances d'avancement avaient pu être amoindries — Requérant non considéré comme un employé de la Fonction publique au moment de la sélection — Le Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique a conclu que le requérant n'avait pas le droit d'interjeter appel de la décision — La Cour doit-elle annuler cette décision? — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, c. P-32, art. 21 — Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique, DORS/67-129, art. 27, 41 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), c. 10, art. 28.*

Un poste au sein de la Fonction publique est devenu temporairement vacant en août 1977. Une personne qualifiée fut choisie pour le combler à titre intérimaire à compter du 1<sup>er</sup> septembre de la même année. Lorsqu'en janvier 1978 il est devenu clair que le titulaire ne reprendrait pas ses fonctions pendant une nouvelle période indéterminée, le Ministère a décidé de porter à l'attention de chaque personne dont les chances d'avancement avaient pu être amoindries son droit de faire appel de la sélection. Le requérant, qui fut nommé à un poste dans la Fonction publique le 21 septembre, soit postérieurement à la sélection, a interjeté appel de cette dernière conformément à l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Le Comité d'appel a conclu que le candidat n'était pas admissible à poser sa candidature parce qu'il n'était pas un employé de la Fonction publique au moment de la sélection et ne pouvait être considéré comme une personne dont les chances d'avancement avaient été amoindries. La présente demande introduite en vertu de l'article 28 vise l'examen et l'annulation de cette décision.

*Arrêt*: la demande est accueillie. En lisant l'article 21 de la Loi de concert avec les articles 27 et 41 du Règlement, il apparaît clair qu'un employé est «choisi» pour combler un poste temporairement vacant et qu'une «nomination» est censée avoir été effectuée lorsque ce poste est pourvu à titre permanent. Le but de ces dispositions est de permettre à la direction de pourvoir aux vacances temporaires sans que le choix de l'employé appelé à combler un tel poste soit contesté par les autres employés qui voudraient recourir aux articles du Règlement relatifs au droit d'appel lesquels sont normalement invoqués lorsque des postes permanents sont comblés au sein de la Fonction publique sans concours. L'article 27 du Règlement prescrit, de fait, les limites de durée d'occupation de ces postes temporaires et prévoit, d'une part, la nomination de l'employé après l'expiration du délai si le titulaire permanent du poste en

appeal for those other persons flowing therefrom. Since applicant was employed in the Public Service at the time the appointment became effective, he is entitled, under section 21(b), to appeal that appointment by demonstrating that his opportunity for advancement had been prejudicially affected.

APPLICATION for judicial review.

COUNSEL:

*Maurice W. Wright, Q.C.* and *Andrew Raven* b  
for applicant.  
*Walter L. Nisbet, Q.C.* for respondent.

SOLICITORS:

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

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

URIE J.: This is a section 28 application to review and set aside a decision of an Appeal Board established pursuant to the provisions of section 5(d) of the *Public Service Employment Act*, e  
R.S.C. 1970, c. P-32.

Counsel for the respondent agreed that the statement of facts contained in the applicant's memorandum of fact and law is accurate so that for convenience sake I will set that statement out in full:

1. In the month of August, 1977, a temporary vacancy occurred in the position of Principal, Department of Indian Affairs and Northern Development at Fort George, Quebec. As this position had to be filled for the beginning of the school term, which commenced on September 1, 1977, and as it was uncertain when the incumbent would return to his regular position, the Department assessed, found qualified and selected one Michael Sidon to fill, in an acting capacity, the vacant position. h

2. Mr. Sidon was to commence performing the duties of this "higher" position on September 1, 1977.

3. On the 21st day of September, 1977, the Applicant David W. Menear commenced his employment with the Department of Indian Affairs and Northern Development as a Vice-Principal in Fort George, Quebec. i

4. In January, 1978, it became apparent that the incumbent would not return to his position for a further indeterminate period of time and as a consequence, the Department decided to bring to the attention of every person whose opportunity for advancement might have been prejudicially affected, the right to appeal the selection of Mr. Sidon. j

cause n'a pas repris ses fonctions et, d'autre part, les droits d'appel concomitants de cette nomination. Puisque le requérant était employé de la Fonction publique au moment où la nomination a pris effet, il a le droit, conformément à l'article 21b) de la Loi, d'interjeter appel de la nomination en démontrant a que ses chances d'avancement en avaient été amoindries.

DEMANDE d'examen judiciaire.

AVOCATS:

*Maurice W. Wright, c.r.* et *Andrew Raven*  
pour le requérant.  
*Walter L. Nisbet, c.r.* pour l'intimé.

PROCUREURS:

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

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

LE JUGE URIE: Il s'agit d'une demande introduite en vertu de l'article 28 visant l'examen et l'annulation d'une décision d'un comité d'appel institué conformément à l'article 5d) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-32. e

L'avocat de l'intimé a reconnu l'exactitude de l'énoncé des faits contenu dans l'exposé des faits et du droit du requérant. Par souci de commodité, je vais donc reproduire cet énoncé en entier: f

[TRADUCTION] 1. Le poste de principal, ministère des Affaires indiennes et du Nord, Fort George (Québec), est devenu temporairement vacant en août 1977. Comme le poste devait être comblé pour le 1<sup>er</sup> septembre 1977, début de l'année scolaire, et comme il était difficile de savoir à quelle date le titulaire reviendrait occuper son poste, le Ministère a évalué un nommé Michael Sidon, l'a considéré comme qualifié et l'a nommé à titre intérimaire. g

2. M. Sidon devait occuper ce poste «supérieur» à compter du 1<sup>er</sup> septembre 1977.

3. Le requérant, David W. Menear, est entré au service du Ministère à titre de vice-principal à Fort George (Québec), le 21 septembre 1977. h

4. En janvier 1978, le Ministère s'est rendu compte que le titulaire ne reprendrait pas ses fonctions pendant une nouvelle période indéterminée; par conséquent, il a décidé de porter à l'attention de chaque personne dont les chances d'avancement avaient pu être amoindries, leur droit de faire appel de la sélection de M. Sidon. i

5. By letter dated February 7, 1978, the Applicant appealed, pursuant to Section 21 of the Public Service Employment Act, the acting appointment of the said Michael Sidon.

6. An Appeal Board was established and a hearing conducted at Quebec City on March 21, 1978, before Marcel Benard, Esquire, Chairman. On March 29, 1978, the Chairman rendered his Decision.

7. In and by the said Decision, the Applicant's appeal was dismissed. In the course of his Reasons, the Chairman stated:

"In conclusion, the Appeal Board finds that the appellant was not eligible to be a candidate because he was not an employee of the Public Service at the time of selection and cannot be deemed to be a person whose opportunity for advancement was prejudicially affected. The appeal of Mr. David W. Menear is therefore dismissed."

It is that decision which the applicant seeks to set aside.

It is common ground that the sole issue in the application was correctly stated by the Appeal Board as follows:

The issue to be resolved in this case concerns the eligibility of the appellant to be a candidate and consequently the effective date of the acting appointment of Mr. Sidon.

From the issue thus stated, two questions must be answered in the affirmative for the applicant to succeed. They are:

1. When was Michael Sidon appointed to the principal's position at Fort George, Quebec?
2. Was David W. Menear an employee of the Department of Indian Affairs and Northern Development at the time of Mr. Sidon's appointment?

Section 21(b) of the *Public Service Employment Act*<sup>1</sup> provides that when a person is appoint-

<sup>1</sup> 21. Where a person is appointed or is about to be appointed under this Act and the selection of the person for appointment was made from within the Public Service

(a) by closed competition, every unsuccessful candidate, or

(b) without competition, every person whose opportunity for advancement, in the opinion of the Commission, has been prejudicially affected,

may, within such period as the Commission prescribes, appeal against the appointment to a board established by the Commission to conduct an inquiry at which the person appealing 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,

(Continued on next page)

5. Le 7 février 1978, le requérant interjetait appel, par lettre, de la nomination à titre intérimaire de M. Michael Sidon, conformément à l'article 21 de la Loi sur l'emploi dans la Fonction publique.

6. Un comité d'appel a été institué et l'affaire a été entendue à Québec, le 21 mars 1978, devant Marcel Bénard, président du Comité. Ce dernier a rendu sa décision le 29 mars 1978.

7. Le Comité a conclu au rejet de l'appel du requérant. Le président a notamment déclaré dans ses motifs:

«En conclusion, le Comité d'appel est d'avis que l'appellant n'était pas admissible à poser sa candidature, parce qu'il n'était pas un employé de la Fonction publique au moment de la sélection et ne pouvait être considéré comme une personne dont les chances d'avancement avaient été amoindries. En conséquence, l'appel de M. David W. Menear est rejeté.»

Le requérant sollicite donc, en l'espèce, l'annulation de cette décision.

Toutes les parties s'entendent pour dire que la seule question en litige a été correctement formulée par le Comité d'appel comme suit:

La question à résoudre, en l'espèce, est de savoir si l'appellant était admissible à poser sa candidature et, par conséquent, la date d'entrée en vigueur de la nomination intérimaire de M. Sidon.

Pour avoir gain de cause, le requérant doit répondre aux deux questions suivantes:

1. A quelle date Michael Sidon a-t-il été nommé au poste de principal à Fort George (Québec)?
2. David W. Menear était-il un employé du ministère des Affaires indiennes et du Nord au moment de la nomination de M. Sidon?

L'article 21b) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*<sup>1</sup> prévoit que lorsqu'une per-

<sup>1</sup> 21. Lorsque, en vertu de la présente loi, une personne est nommée ou est sur le point de l'être et qu'elle est choisie à cette fin au sein de la Fonction publique

a) à la suite d'un concours restreint, chaque candidat non reçu, ou

b) sans concours, chaque personne dont les chances d'avancement, de l'avis de la Commission, sont ainsi amoindries,

peut, dans le délai que fixe la Commission, en appeler de la nomination à un comité établi par la Commission pour faire une enquête au cours de laquelle il est donné à l'appellant 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,

(Suite à la page suivante)

ed or is about to be appointed under the Act, and the selection of the person for appointment was made from within the Public Service, without competition, every person whose opportunity for advancement, in the opinion of the Commission, has been prejudicially affected, may, within such period as the Commission prescribes, appeal against the appointment to a Board established by the Public Service Commission to conduct an inquiry. Thus a person dissatisfied with an appointment must establish that his opportunity for advancement was prejudicially affected by the appointment.

Sections 27 and 41(1) of the *Public Service Employment Regulations*, SOR/67-129, read as follows:

27. (1) Subject to subsection (2), where an employee is required by the deputy head to perform for a temporary period the duties of a position having a higher maximum rate of pay (hereinafter referred to as the "higher position"), than the maximum rate of pay for the position held by him, the employee shall be considered to have been appointed to the higher position in an acting capacity, and

(a) if the higher position is classified in the occupational category referred to in the *Public Service Staff Relations Act* as the operational category and the temporary period is four months or more,

(b) if the higher position is classified in the occupational category referred to in that Act as the administrative support category and the temporary period is three months or more, or

(c) if the higher position is classified in an occupational category other than an occupational category mentioned in paragraphs (a) and (b) and the temporary period is two months or more,

the employee shall be deemed, for the purposes of sections 12 and 41, to have been appointed to the higher position without competition, effective as of the last day of,

(d) in the case mentioned in paragraph (a), the period of four months from,

(e) in the case mentioned in paragraph (b), the period of three months from, and

(f) in the case mentioned in paragraph (c), the period of two months from

the day on which he commenced to perform the duties of the higher position.

(2) An appointment to a position in an acting capacity shall not be made for a period of more than twelve months unless authorized by the Commission in any case or class of cases.

(Continued from previous page)

(c) if the appointment has been made, confirm or revoke the appointment, or

(d) if the appointment has not been made, make or not make the appointment,

accordingly as the decision of the board requires.

sonne est nommée ou est sur le point de l'être conformément à la Loi, et qu'elle est choisie à cette fin au sein de la Fonction publique, sans concours, chaque personne dont les chances d'avancement, de l'avis de la Commission, sont ainsi amoindries, peut, dans le délai que fixe la Commission, en appeler de la nomination à un comité établi par la Commission pour faire une enquête. Ainsi, une personne mécontente d'une nomination doit prouver que ses chances d'avancement ont été amoindries par suite de cette nomination.

Les articles 27 et 41(1) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique*, DORS/67-129, se lisent comme suit:

27. (1) Sous réserve du paragraphe (2), lorsque le sous-chef demande à un employé de remplir, pendant une période temporaire, les devoirs d'un poste (ci-après appelé le «poste supérieur») qui comporte un traitement maximum supérieur au traitement maximum du poste qu'il occupe, l'employé doit être considéré comme nommé au poste supérieur à titre intérimaire, et

a) si le poste supérieur est classifié dans la catégorie d'occupations appelée catégorie de l'exploitation dans la Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, et si la période temporaire est de quatre mois ou plus,

b) si le poste supérieur est classifié dans la catégorie d'occupations appelée catégorie du soutien administratif dans ladite loi, et si la période temporaire est de trois mois ou plus, ou

c) si le poste supérieur est classifié dans une catégorie d'occupations autre qu'une catégorie d'occupations mentionnée aux alinéas a) et b), et si la période temporaire est de deux mois ou plus,

l'employé est estimé, aux fins des articles 12 et 41, avoir été nommé au poste supérieur sans concours à compter du dernier jour

d) de la période de quatre mois, dans le cas mentionné à l'alinéa a),

e) de la période de trois mois, dans le cas mentionné à l'alinéa b), et

f) de la période de deux mois, dans le cas mentionné à l'alinéa c),

ladite période commençant, dans chaque cas, le jour où l'employé a commencé à remplir les devoirs du poste supérieur.

(2) Une nomination à un poste à titre intérimaire ne doit pas être faite pour une période de plus de douze mois sans l'autorisation de la Commission dans tout cas ou toute classe de cas.

(Suite de la page précédente)

c) si la nomination a été faite, la confirmer ou la révoquer, ou

d) si la nomination n'a pas été faite, la faire ou ne pas la faire,

selon ce que requiert la décision du comité.

41. (1) Where the selection of a person for appointment is made from within the Public Service without competition, every person who would have been eligible to compete if a closed competition had been held to fill the position, as determined pursuant to section 12, shall, for the purposes of section 21 of the Act, be deemed to be a person whose opportunity for advancement has been prejudicially affected.

It was the respondent's contention in support of the decision of the Board, that the time for the ascertainment of those persons whose opportunity for advancement has been prejudicially affected by the appointment is the day upon which the selection was made of the employee to fill the temporary vacancy, in this case on September 1, 1977. Those persons so ascertained would not be entitled to appeal the "selection" until the "appointment" became effective and that would not be before November 1, 1977 when, by virtue of the deeming provisions of section 27(1)(c) and (f), it would be effective. In fact, they might never have an opportunity to exercise that right of appeal if the temporary filling of the vacancy did not extend longer than two months. Thus, since the applicant did not commence his employment until after Michael Sidon was selected to fill the vacancy, he was not eligible to appeal.

With respect, I am unable to agree with this view. Reading section 21 of the Act together with sections 27 and 41 of the Regulations, it is clear that an employee is "selected" to fill a temporary vacancy and when that vacancy is permanently filled an "appointment" is deemed to have been made. It seems to me that their purpose is to enable management to fill temporary vacancies (which can occur in any organization for an infinite number of reasons), without having the selection of the employee to fill such vacancy challenged by other employees resorting to the Regulations providing appeal rights (sections 12 and 41) which are normally available to employees when permanent positions are filled from within the Public Service without competition. Section 27 of the Regulations effectively prescribes the time limits for such temporary employment and deems that an appointment to the position has been made after the expiration of the time limits if the permanent incumbent of the position has not returned to it, with concomitant rights of appeal for those other persons flowing therefrom. To argue otherwise, it seems to me, renders section 27 virtually meaningless.

41. (1) Lorsque le choix d'une personne, pour une nomination, est fait sans concours parmi les personnes qui sont déjà membres de la Fonction publique, chaque personne qui aurait été admissible à concourir si un concours restreint avait été tenu pour combler le poste, comme le détermine l'article 12, est, aux fins de l'article 21 de la Loi, réputée être une personne dont les chances d'avancement ont été amoindries.

L'intimé fait valoir, à l'appui de la décision du Comité, que les personnes dont les chances d'avancement ont été amoindries du fait de la nomination de M. Sidon sont celles qui étaient des employés de la Fonction publique à la date de la sélection de la personne appelée à combler le poste temporairement vacant soit, en l'espèce, le 1<sup>er</sup> septembre 1977. Les personnes ainsi identifiées n'auraient pas le droit d'interjeter appel du «choix» tant que la «nomination» ne serait pas confirmée, soit, en vertu de l'article 27(1)(c) et (f), le 1<sup>er</sup> novembre 1977. De fait, elles n'auraient peut-être jamais l'occasion d'exercer ce droit d'appel si la période pendant laquelle le poste vacant est temporairement comblé n'excédait pas deux mois. En conséquence, le requérant n'a pas le droit d'interjeter appel puisque la date de son entrée en fonction est postérieure à la date où a été choisi Michael Sidon.

En toute déférence, je ne peux souscrire à ce point de vue. En lisant l'article 21 de la Loi de concert avec les articles 27 et 41 du Règlement, il m'apparaît clair qu'un employé est «choisi» pour combler un poste temporairement vacant et qu'une «nomination» est censée avoir été effectuée lorsque ce poste est pourvu à titre permanent. J'estime que le but de ces dispositions est de permettre à la direction de pourvoir aux vacances temporaires (qui peuvent se produire dans toute organisation pour de multiples raisons), sans que le choix de l'employé appelé à combler un tel poste soit contesté par les autres employés qui voudraient recourir aux articles du Règlement relatifs au droit d'appel (articles 12 et 41) lesquels sont normalement invoqués lorsque des postes permanents sont comblés au sein de la Fonction publique sans concours. L'article 27 du Règlement prescrit, de fait, les limites de durée d'occupation de ces postes temporaires et prévoit, d'une part, la nomination de l'employé après l'expiration du délai si le titulaire permanent du poste en cause n'a pas repris ses fonctions et, d'autre part, les droits d'appel concomitants de cette nomination. A mon avis, prétendre le contraire serait pratiquement priver de toute signification l'article 27.

If that view is correct, Michael Sidon's appointment by section 27 became effective on November 1, 1977. Since at that time the applicant was employed in the Public Service, under section 21(b) of the Act, he was entitled to appeal the appointment of Michael Sidon by demonstrating that his opportunity for advancement had been prejudicially affected. The application, thus, in my view, must be allowed.

I recognize that this result can lead to some rather unusual situations such as where a person may be eligible to appeal who became employed in the Public Service only a day or two before the appointment became deemed to have been made. However, on the appeal itself, the merits of the respective candidates must be judged in any event, so that the unusual, but perhaps rare, situations, will have the effect only of slightly increasing the numbers of appellants.

The section 28 application should thus be allowed and the matter should be remitted to the respondent with the direction that it should find the applicant to be eligible to appeal the appointment of Michael Sidon to the position in issue.

\* \* \*

RYAN J.: I concur.

\* \* \*

KERR D.J.: I agree.

Si cette thèse est bien fondée, la nomination de Michael Sidon en vertu de l'article 27 aurait pris effet le 1<sup>er</sup> novembre 1977. Puisqu'à cette date le requérant était employé de la Fonction publique, il avait le droit, conformément à l'article 21**b**) de la Loi, d'interjeter appel de la nomination en démontrant que ses chances d'avancement en avaient été amoindries. Par conséquent, j'estime que la demande doit être accueillie.

Je sais pertinemment que cette conclusion peut entraîner des situations quelque peu inusitées; par exemple, une personne entrée au service de la Fonction publique un ou deux jours avant qu'un employé ne soit réputé nommé à un poste pourrait interjeter appel de cette nomination. Toutefois, pour ce qui est de l'appel lui-même, les mérites de chacun des candidats doivent être jugés en tout cas, de sorte que ces situations inusitées, assez rares, n'aurent pour effet que d'augmenter légèrement le nombre des appelants.

En conséquence, la demande introduite en vertu de l'article 28 doit être accueillie et l'affaire renvoyée à l'intimé afin que ce dernier rende une décision qui confirme le droit du requérant d'en appeler de la nomination de Michael Sidon au poste en cause.

\* \* \*

f LE JUGE RYAN: J'y souscris.

\* \* \*

LE JUGE SUPPLÉANT KERR: Je suis d'accord.