

A-29-79

A-29-79

Klaus D. Nenn (*Applicant*)

v.

The Queen (*Respondent*)

Court of Appeal, Jackett C.J., Smith and Kerr D.JJ.—Ottawa, June 14, 1979.

Judicial review — Public Service — Jurisdiction — Application to set aside a decision of Public Service Commission forming the opinion that applicant's "opportunity for advancement" had not been prejudicially affected by appointment or proposed appointment against which he desired to appeal under s. 21 of the Public Service Employment Act — Jurisdiction of the Court under s. 28 to review a decision of the Public Service Commission in forming an opinion regarding advancement opportunities — Administrative operation not subject to review — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 21 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

APPLICATION for judicial review.

COUNSEL:

Catherine H. MacLean for applicant.
W. L. Nisbet, Q.C. for respondent.

SOLICITORS:

Nelligan/Power, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

JACKETT C.J.: This is a section 28 application (i.e., an application under section 28(1) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10) to set aside a decision of the Public Service Commission that the applicant "did not have the right to appeal an appointment" pursuant to section 21(b) of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32.

The relevant part of section 21 reads:

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

Klaus D. Nenn (*Requérant*)

c.

^a **La Reine** (*Intimée*)

Cour d'appel, le juge en chef Jackett, les juges suppléants Smith et Kerr—Ottawa, le 14 juin 1979.

^b *Examen judiciaire — Fonction publique — Compétence — Demande tendant à l'annulation de la décision de la Commission de la Fonction publique selon laquelle «les chances d'avancement» du requérant n'avaient pas été amoindries par suite d'une nomination ou nomination envisagée dont il voulait appeler en vertu de l'art. 21 de la Loi sur l'emploi dans la*

^c *Fonction publique — Compétence de la Cour pour contrôler, en application de l'art. 28, une décision de la Commission de la Fonction publique qui est en fait un avis sur les chances d'avancement — Décision administrative non assujettie au*

^d *contrôle judiciaire — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, c. P-32, art. 21 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10, art. 28.*

DEMANDE d'examen judiciaire.

AVOCATS:

^e *Catherine H. MacLean* pour le requérant.
W. L. Nisbet, c.r. pour l'intimée.

PROCUREURS:

Nelligan/Power, Ottawa, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

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

^h LE JUGE EN CHEF JACKETT: Il s'agit d'une demande fondée sur l'article 28 (plus précisément une demande fondée sur l'article 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10) et visant l'annulation d'une décision rendue par la Commission de la Fonction publique selon laquelle le requérant n'avait pas le «droit d'en appeler de la nomination» prévu à l'article 21(b) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-32.

Les passages applicables de l'article 21 portent:

ⁱ 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

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

may ... appeal against the appointment ...

The section 28 application is, in effect, an application that this Court set aside a decision of the Commission by which it formed the opinion that the applicant's "opportunity for advancement" had not been "prejudicially affected" by an appointment or proposed appointment against which he desired to "appeal" under section 21.

In my view, this Court does not have jurisdiction under section 28 of the *Federal Court Act* to entertain such an application because it is excluded from the class of decisions that may be reviewed under section 28(1)¹ as being a "decision ... of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis".

In the first place, it is to be noted that, by virtue of the *Public Service Employment Act*, that part of the management powers of most government departments and some other government agencies that has to do with recruiting and promotion of staff is to a large extent carved out of the statutory powers of management vested in the respective ministers or other appropriate authorities and is vested in the Public Service Commission; and it seems clear that the employment and promotion decisions that have to be made in the course of exercising the powers so vested in the Public Service Commission are decisions of an administrative nature and are not expressly or impliedly required

¹ Section 28(1) reads:

28. (1) Notwithstanding section 18 or the provisions of any other Act, the Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis, made by or in the course of proceedings before a federal board, commission or other tribunal, upon the ground that the board, commission or tribunal

(a) failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction;

(b) erred in law in making its decision or order, whether or not the error appears on the face of the record; or

(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.

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

peut ... en appeler de la nomination ...

^a La demande fondée sur l'article 28 vise en l'espèce à faire annuler par la Cour une décision de la Commission selon laquelle «les chances d'avancement» du requérant n'avaient pas été «amoindries» par suite d'une nomination ou nomination envisagée dont il voulait «appeler» en vertu de l'article 21.

A mon avis, l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne donne pas à celle-ci compétence pour entendre une telle demande attendu que la décision attaquée est une «décision ... de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire» et, à ce titre, n'est pas assujettie au contrôle judiciaire prévu à l'article 28(1)¹.

Il y a lieu de noter tout d'abord qu'en application de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, les pouvoirs administratifs de la plupart des ministères et de certains autres organismes gouvernementaux sont, en matière de recrutement et d'avancement du personnel, des pouvoirs administratifs légaux des ministres ou autres dirigeants respectifs: ils sont délégués à la Commission de la Fonction publique. Il semble évident que les décisions prises en matière d'emploi et d'avancement dans le cadre de ces pouvoirs délégués à la Commission de la Fonction publique sont des décisions de nature administrative et à ce titre, ne sont pas légalement soumises de façon expresse ou tacite à

¹ L'article 28(1) porte:

28. (1) Nonobstant l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi, la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, rendue par un office, une commission ou un autre tribunal fédéral ou à l'occasion de procédures devant un office, une commission ou un autre tribunal fédéral, au motif que l'office, la commission ou le tribunal

a) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a autrement excédé ou refusé d'exercer sa compétence;

b) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que l'erreur ressorte ou non à la lecture du dossier; ou

c) a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.

by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis. This would obviously be so if they had not been carved out of the general management powers and, in my view, their nature is not changed by virtue of their having been vested in an independent commission.

What is being attacked here is, however, not such an employment or promotion decision but an "opinion" to be formed by the Commission as contemplated by section 21 of the Act.

Section 21 of the *Public Service Employment Act* creates a procedure whereby persons who feel aggrieved by an employment or promotion decision may in certain cases have the matter reviewed. The section contemplates at least two classes of decision; *viz.*:

- (a) an opinion of the Commission under section 21(b) as to whether a person feeling aggrieved is a person whose opportunity for advancement has been prejudicially affected, and
- (b) a decision concerning the validity of the grievance against the employment or promotion decision.

In my view, this process of affording a person feeling aggrieved by the operation of the administrative employment or promotion process an opportunity of having his grievance reviewed is itself an administrative operation giving rise to an administrative decision and, in my view, the application of the tests as to when the law will *imply* a requirement that an administrative decision be made on a judicial or quasi-judicial basis would not give rise to any such implication in what is, in effect, an integral part of the process of employing or promoting the rank and file of government employees. Interjection of the judicial process or something akin thereto into the very vitals of administration of public departments and agencies is calculated to interfere so drastically with the efficient provision of service to the public that, in my view, it is not to be implied. This is an area where the balance between the evil of interference with the provision of service to the public and the advantage of affording individuals who feel aggrieved by having been passed over in the choice of those who are to give such service is such that, in my view, it is for Parliament to provide

un processus judiciaire ou quasi judiciaire. Elles le seraient certainement si ces pouvoirs ne participaient pas des pouvoirs administratifs généraux et, à mon avis, que ces pouvoirs aient été délégués à une commission autonome ne change rien à leur nature.

Cependant, le litige ne porte pas en l'espèce sur une décision relative à l'emploi ou à l'avancement, mais sur un «avis» que la Commission devait former dans les conditions prévues par l'article 21 de la Loi.

L'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* prévoit, dans certains cas, une procédure grâce à laquelle les personnes qui s'estiment lésées peuvent interjeter appel d'une décision touchant l'emploi ou l'avancement. Cet article prévoit au moins deux catégories de décisions, à savoir:

- a) un avis de la Commission fondé sur l'article 21(b) et portant sur la question de savoir si le plaignant est une personne dont les chances d'avancement ont été amoindries, et
- b) une décision portant sur la validité du grief formé contre la décision relative à l'emploi ou à l'avancement.

A mon avis, la procédure qui permet à une personne s'estimant lésée par une décision en matière d'emploi ou d'avancement, de formuler son grief est elle-même une procédure administrative comportant une décision de même nature. A mon avis, il ressortirait de l'application des critères définissant les cas où la loi prévoit tacitement l'obligation d'observer le processus judiciaire ou quasi judiciaire, que cette obligation tacite ne s'applique pas dans le cas de mesures qui, en fait, font partie intégrante du processus d'emploi ou d'avancement des fonctionnaires publics. L'injection d'une obligation de processus judiciaire ou de quelque chose d'approchant dans les éléments essentiels de l'administration des ministères et organismes gouvernementaux risque de paralyser de façon si radicale la bonne marche des services publics, qu'à mon avis, il faut écarter toute idée d'obligation tacite. Il s'agit ici d'un domaine où le choix entre l'ingérence néfaste dans la prestation de services publics et la protection équitable de ceux qui s'estiment lésés parce qu'ils n'ont pas été choisis pour assurer les mêmes services est si délicat, qu'à mon avis il appartient au Parlement seul de prévoir expressément

expressly for any judicial or quasi-judicial fetters on efficient administration.

In the case of the two classes of decision under section 21 referred to, Parliament has indicated that a decision as to the validity of a grievance is to be made on a quasi-judicial basis² but it has given no such indication with regard to the Commission's opinion as to whether a person's opportunity for advancement has been prejudicially affected by an appointment decision. I have, therefore, concluded that the latter class of decision is a decision of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis.

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

* * *

SMITH D.J. concurred.

* * *

KERR D.J. concurred.

ment les entraves judiciaires ou quasi judiciaires à l'efficacité administrative.

En ce qui concerne les deux catégories susmentionnées de décisions visées à l'article 21, la loi prévoit que toute décision sur la validité d'un grief est soumise à un processus quasi judiciaire², mais elle ne prévoit pas cette condition en ce qui concerne l'avis de la Commission sur la question de savoir si les chances d'avancement d'une personne ont été amoindries par une nomination. J'en conclus qu'une décision de cette dernière catégorie est une décision de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire.

Par ces motifs, je suis d'avis de rejeter la demande fondée sur l'article 28, la Cour n'étant pas compétente pour l'entendre.

* * *

LE JUGE SUPPLÉANT SMITH y a souscrit.

* * *

LE JUGE SUPPLÉANT KERR y a souscrit.

² The provision of rights to be heard and the use of the word "appeal" point sufficiently clearly in this direction.

² La possibilité de faire valoir ses droits et l'utilisation du mot «appel» signalent assez bien cette solution.