

A-334-79

A-334-79

The Queen (Applicant)

v.

W. Gowers (Respondent)

Court of Appeal, Pratte and Urie JJ. and Kelly D.J.—Toronto, October 24; Ottawa, December 3, 1979.

Judicial review — Public Service — Closed competition — Respondent's application rejected on ground that he occupied a position in which maximum rate of pay was less than the prescribed minimum of position — Respondent appealed on ground of wrongful exclusion from competition — Respondent was performing duties on temporary basis and receiving acting pay in position with maximum pay superior to prescribed minimum — Whether respondent had been appointed to position he filled temporarily — Whether Appeal Board was right in deciding respondent was entitled to participate in competition — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 13(b) — Public Service Employment Regulations, SOR/67-129, s. 27(1) — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

APPLICATION for judicial review.

COUNSEL:

W. L. Nisbet, Q.C. for applicant.
W. Gowers for himself.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PRATTE J. (*dissenting*): This is a section 28 application to review and set aside a decision of a Board allowing an appeal made under section 21 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32.

Early in 1979, the Post Office Department issued a poster announcing that a closed competition would take place to select qualified candidates for the position of SUPERVISOR, MAIL PROCESSING PLANT—PO-SUP-2. The poster specified that the competition was:

La Reine (Requérante)

c.

a

W. Gowers (Intimé)

Cour d'appel, les juges Pratte et Urie, le juge suppléant Kelly—Toronto, 24 octobre; Ottawa, 3 décembre 1979.

Examen judiciaire — Fonction publique — Concours restreint — Rejet de la candidature de l'intimé au motif qu'il occupait un poste dont le taux maximum de traitement était inférieur au minimum prescrit pour le poste en cause — L'intimé a fait appel en faisant valoir qu'il avait été exclu à tort du concours — L'intimé assurait l'intérim d'un poste dont le traitement maximum était supérieur au minimum prescrit — Il échet d'examiner si l'intimé avait été nommé au poste qu'il occupait à titre intérimaire — Il échet d'examiner si le Comité d'appel a eu raison de conclure que l'intimé avait le droit de participer au concours — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, c. P-32, art. 13b) — Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique, DORS/67-129, art. 27(1) — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10, art. 28.

e

DEMANDE d'examen judiciaire.

AVOCATS:

W. L. Nisbet, c.r. pour la requérante.
W. Gowers pour lui-même.

f

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour la requérante.

g

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

h

LE JUGE PRATTE (*dissident*): Il s'agit d'une requête fondée sur l'article 28 et tendant à l'examen et à l'annulation de la décision d'un comité qui a accueilli un appel formé conformément à l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-32.

i

Au début de 1979, le ministère des Postes a distribué un avis de concours restreint à l'intention des candidats qualifiés au poste de SURVEILLANT, STATION DE TRI DU COURRIER—PO-SUP-2. L'avis précisait que ce concours était:

j

OPEN TO: Postal employees of the Southwestern District who occupy positions in which the maximum rate of pay is at least \$312.03 weekly.

The respondent, who wanted to participate in the competition, applied in the manner indicated in the poster. His application was rejected, however, on the ground that he occupied a position in which the maximum rate of pay was less than the prescribed minimum of \$312.03 weekly. The competition was thereafter held and a qualified candidate was found. The respondent then appealed under section 21 of the *Public Service Employment Act* on the ground that he had been wrongly excluded from the competition. This is the appeal that was allowed by the decision against which this application is directed.

It is common ground that the respondent's permanent position in the Public Service was a position in which the maximum salary was less than the prescribed minimum of \$312.03. It is also common ground that when the competition was announced and held, he was, at the request of his superiors, performing the duties of a position of a higher level with a maximum pay superior to the prescribed minimum, and was receiving acting pay for performing those duties. The sole question raised by this application is whether the Appeal Board was right in deciding that the respondent was entitled to participate in the competition because he occupied the position that he was filling on a temporary basis.

Section 13(b) of the *Public Service Employment Act* prescribes the manner in which the area of a closed competition may be limited:

13. Before conducting a competition, the Commission shall

(b) in the case of a closed competition, determine the part, if any, of the Public Service and the occupational nature and level of positions, if any, in which prospective candidates must be employed in order to be eligible for appointment.

It seems clear that, in specifying that the competition here in question would be open only to employees "who occupy positions" of a certain level, the Commission wanted to exercise its power under section 13(b). And I agree with the Board that the words "who occupy positions" in the poster are synonymous with the words "who are employed in positions" which should have been

[TRANSDUCTION]

OUVERT À: Tous les employés des Postes de la subdivision du Sud-Ouest qui occupent des postes dont le traitement maximum atteint \$312.03 au moins par semaine.

^a L'intimé, qui souhaitait participer au concours, a fait sa demande conformément à l'avis. Sa candidature a été rejetée, au motif qu'il occupait un poste dont le traitement maximum était inférieur au minimum prescrit de \$312.03 par semaine. Le concours s'est soldé par la suite par la sélection d'un candidat qualifié. L'intimé a fait alors appel conformément à l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, en faisant valoir qu'il avait été exclu à tort de ce concours. Son appel a été accueilli par la décision entreprise.

^d Il est constant que le poste permanent occupé par l'intimé dans la Fonction publique comportait un traitement maximum inférieur au minimum prescrit de \$312.03. Il est également constant qu'au moment du concours, il exerçait, à la demande de ses supérieurs hiérarchiques, les fonctions d'un poste plus élevé et dont le traitement maximum était supérieur au minimum prescrit et qu'il recevait le traitement d'intérimaire en conséquence. La requête introduite en l'espèce ne pose que la question de savoir si le Comité d'appel a eu raison de conclure que l'intimé était admissible à participer à ce concours en raison du poste intérimaire qu'il occupait à l'époque.

^g L'article 13(b) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* définit les modalités du concours restreint comme suit:

13. Avant de tenir un concours, la Commission doit

^h b) dans le cas d'un concours restreint, déterminer la partie, s'il en est, de la Fonction publique, ainsi que la nature des fonctions et le niveau des postes, s'il en est, où les candidats éventuels doivent obligatoirement être employés afin d'être admissibles à une nomination.

ⁱ Il est évident qu'en précisant que le concours dont s'agit n'était ouvert qu'aux employés «qui occupent des postes» d'un certain niveau, la Commission a entendu exercer les pouvoirs qu'elle tient de l'article 13(b). Et je conviens avec le Comité d'appel que les mots «qui occupent des postes» figurant dans l'avis de concours sont les synonymes des mots «qui sont employés aux postes», lesquels auraient dû

utilized if the author of the poster had used the same terminology as section 13(b). In this connection, I merely wish to add that sections 27, 30 and 31 of the *Public Service Employment Act* use the verb "to occupy" in exactly the same sense as the poster.

I also agree with the Board that the respondent could not be said to be employed in the position he was filling temporarily if he had not been appointed to that position in conformity with the provisions of the *Public Service Employment Act*. A mere reading of that Act shows that in order to be employed in the Public Service, one must first be appointed in the manner provided in the Act to a position in the Public Service.

I am unable to agree, however, with the conclusion of the Board that the respondent had been appointed to the position that he was filling temporarily, a conclusion which the Board founded on section 27(1) of the *Public Service Employment Regulations*.¹

Under the Act, all appointments to positions in the Public Service must be made, either for an indeterminate period or for a specified time,² on the basis of merit by the Commission or by those to whom the Commission has delegated its powers pursuant to section 6. It is clear, in my view, that the respondent's so-called "acting appointment" was not made in that manner. It was not, therefore, an appointment within the meaning of the statute. As the power of the Commission to adopt regulations does not include the power to amend the statute, the Regulations adopted by the Commission cannot, in my view, transform what is not an appointment under the statute into such an appointment. I am therefore of opinion that, in spite of section 27(1) of the Regulations, the respondent had not been appointed to the position that he was filling temporarily.

¹ The relevant part of section 27(1) reads 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

² At the expiration of which, according to section 25, the employee ceases to be an employee.

être employés si l'auteur de l'avis de concours avait respecté la terminologie de l'article 13b). A ce sujet, je tiens à rappeler que dans les articles 27, 30 et 31 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, le verbe «occuper» a exactement le même sens que dans l'avis de concours.

Je conviens également avec le Comité d'appel qu'on ne saurait dire de l'intimé qu'il était employé au poste qu'il occupait à titre temporaire s'il n'y avait été nommé conformément aux dispositions de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Il ressort de cette Loi que pour être employé dans la Fonction publique, l'on doit être nommé au préalable à un poste de la Fonction publique conformément aux formalités prévues par la même Loi.

Je ne saurais cependant souscrire à la conclusion du Comité d'appel voulant que l'intimé avait été nommé au poste qu'il occupait à titre temporaire, conclusion que le Comité fondait sur l'article 27(1) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique*.¹

Selon la Loi, toutes les nominations aux postes de la Fonction publique doivent être faites, que ce soit pour une période indéterminée ou spécifiée², selon le mérite par la Commission ou par ceux à qui la Commission a délégué ses pouvoirs conformément à l'article 6. Il est indéniable, à mon avis, que la «nomination intérimaire» de l'intimé n'a pas été faite de cette manière. Il ne peut donc s'agir d'une nomination au sens de la Loi. Attendu que le pouvoir de réglementation de la Commission n'est pas le pouvoir législatif, le Règlement adopté par la Commission ne peut pas, à mon avis, transformer en nomination au sens de la Loi une nomination qui ne l'est pas. Je conclus donc que, nonobstant l'article 27(1) du Règlement, l'intimé n'avait pas été nommé au poste qu'il occupait à titre temporaire.

¹ Le passage applicable de cet article 27(1) porte notamment:

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

² Période à l'expiration de laquelle, selon l'article 25, l'intéressé cesse d'être un employé.

For these reasons, I would grant the application, set aside the decision under attack and refer the matter back to the Board for decision on the basis that the respondent did not occupy and was not employed in the position that he was filling temporarily.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

URIE J.: I have had the advantage of reading the reasons for judgment of Mr. Justice Pratte and, while I agree with a substantial portion of what he has said, I regret that I am unable to agree with his proposed disposition of the section 28 application.

He has sufficiently set forth the facts leading to the application so that there is no necessity for me to repeat them.

I am of the opinion that the Appeal Board was correct when the Chairman had the following to say in her decision:

The word "occupy" is not defined in the Public Service Employment Act. Section 13 of that Act which deals with area of competition only refers to candidates who are "employed". Section 13 reads as follows:

13. Before conducting a competition, the Commission shall
- (a) determine the area in which applicants must reside in order to be eligible for appointment; and
 - (b) in the case of a closed competition, determine the part, if any, of the Public Service and the occupational nature and level of positions, if any, in which prospective candidates must be employed in order to be eligible for appointment. 1966-67, c. 71, s. 13.

The word "occupy" must therefore be considered to be synonymous [*sic*] with "employed" as this is the way in which the Public Service Employment Act has specified that an area of competition shall be defined. The question then becomes "was the appellant employed in a PO SUP 3 position?"

Section 27 of the Public Service Regulations deals with the subject of an employee who has been required to perform the duties of a position with a higher maximum rate of pay for a temporary period. . . .

While there is a vestibule period of four months in the case of a position in the operational category (which includes a PO SUP 3 position) for purposes of Section 12 (no longer in existence) and Section 41 (covers appeal rights), Section 27 contains no minimum time requirements for an employee to "be considered to have been appointed to the higher position in an acting capacity". It is only necessary that the employee be required to

Par ces motifs, j'accueillerais la requête, infirmerais la décision entreprise et renverrais l'affaire au Comité d'appel pour décision fondée sur le fait que l'intimé n'était pas employé au poste ni n'occupait ce poste qu'il assumait à titre intérimaire.

* * *

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

LE JUGE URIE: J'ai eu l'avantage de lire les motifs du jugement de M. le juge Pratte, et tout en souscrivant à la majeure partie de ce qu'il a dit, je regrette de ne pouvoir souscrire à la suite qu'il se propose de réserver à la requête fondée sur l'article 28.

Il n'est pas nécessaire de rappeler les faits de la cause qu'il a relatés suffisamment en détail.

Je suis d'avis que le Comité d'appel avait raison lorsque, par la voix de son président, il s'est prononcé en ces termes:

[TRADUCTION] Le mot «occuper» n'est pas défini dans la Loi sur l'emploi dans la Fonction publique. L'article 13 de cette Loi, qui prévoit les cas de restriction, ne fait état que des candidats qui sont «employés», comme suit:

13. Avant de tenir un concours, la Commission doit
- a) déterminer la région où les postulants sont tenus de résider afin d'être admissibles à une nomination; et
 - b) dans le cas d'un concours restreint, déterminer la partie, s'il en est, de la Fonction publique, ainsi que la nature des fonctions et le niveau des postes, s'il en est, où les candidats éventuels doivent obligatoirement être employés afin d'être admissibles à une nomination. 1966-67, c. 71, art. 13.

Le mot «occuper» doit donc être tenu pour synonyme de «employé» puisque c'est avec ce mot que la Loi sur l'emploi dans la Fonction publique détermine le champ de restriction des concours. Dès lors, la question à trancher en l'espèce se pose en ces termes: «l'appelant était-il employé dans un poste PO SUP 3?»

L'article 27 du Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique traite du cas de l'employé à qui il est demandé de remplir, pendant une période temporaire, les devoirs d'un poste qui comporte un traitement maximum supérieur au traitement maximum du poste qu'il occupe. . . .

Alors que les postes de la catégorie de l'exploitation (qui recouvre la classification PO SUP 3) sont assujettis à une période minimum de quatre mois aux fins de l'article 12 (qui n'est plus en vigueur) et de l'article 41 (qui traite des droits d'appel), l'article 27 ne prévoit aucun délai minimum au terme duquel un employé est «considéré comme nommé au poste supérieur à titre intérimaire». Il suffit qu'il lui ait été demandé

perform the duties of a position having a higher maximum rate of pay than that of the position he normally holds. The appellant must therefore be considered to have been appointed to the PO SUP 3 position in an acting capacity notwithstanding the fact that the length of his temporary assignment was less than four months.

Since the appellant was appointed to the PO SUP 3 position was he also employed in that position? Unfortunately, the word "employed" is not defined in the Public Service Employment Act, but, in my view, it would not be reasonable to argue that a person who is appointed to a position is not employed in that position. In my opinion, therefore, the appellant meets the area of eligibility clause of the revised poster, having been employed and consequently having occupied a PO SUP 3 position at the time of the competition.

My brother Pratte correctly holds the view that an appointment in the Public Service must be made in the manner prescribed by section 10 of the *Public Service Employment Act*³ and that the respondent's appointment was not made in that fashion. Moreover, section 27, of the Regulations⁴ in his view, as I understand it, is *ultra vires* the regulation making power given under the Act and thus the respondent cannot avail himself of that section to show that he was, in fact, appointed to his temporary position and thus, as found by the Board, had become eligible to participate in the competition by virtue of his holding that acting appointment. With great respect, I am unable to agree with this view of the Regulation for two reasons:

³ 10. Appointments to or from within the Public Service shall be based on selection according to merit, as determined by the Commission, and shall be made by the Commission, at the request of the deputy head concerned by competition or by such other process of personnel selection designed to establish the merit of candidates as the Commission considers is in the best interests of the Public Service.

⁴ 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

(Continued on next page)

de remplir les devoirs d'un poste qui comporte un traitement maximum supérieur au traitement maximum du poste qu'il occupe normalement. Il faut donc considérer l'appellant comme ayant été nommé au poste PO SUP 3 à titre intérimaire, bien que la durée de sa nomination intérimaire ait été inférieure à quatre mois.

Le fait que l'appellant avait été nommé au poste PO SUP 3 signifie-t-il qu'il a été employé à ce poste? Malheureusement, le mot «employé» n'est pas défini dans la Loi sur l'emploi dans la Fonction publique mais, à mon avis, il ne serait pas raisonnable de prétendre qu'une personne qui est nommée à un poste n'est pas employée dans ce poste. A mon avis donc, l'appellant remplissait les conditions d'admissibilité prévues par l'avis révisé, puisqu'il était nommé à un poste PO SUP 3 et qu'il occupait ce poste à l'époque du concours.

Mon collègue le juge Pratte conclut à bon droit qu'une nomination dans la Fonction publique doit s'effectuer de la manière prescrite par l'article 10 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*³ et que la nomination de l'intimé n'a pas été faite de cette manière. Il estime d'autre part, si je ne m'abuse, que l'article 27 du Règlement⁴ outre-passe le pouvoir de réglementation prévu par la Loi et que par conséquent, l'intimé ne peut s'en prévaloir pour démontrer qu'il était en fait nommé à son poste à titre temporaire et que de ce fait, comme l'a conclu le Comité, il était devenu admissible à participer au concours. Sauf le grand respect que je lui dois, je ne puis souscrire à cette interprétation du Règlement pour deux raisons:

³ 10. Les nominations à des postes de la Fonction publique, faites parmi des personnes qui en sont déjà membres ou des personnes qui n'en font pas partie, doivent être faites selon une sélection établie au mérite, ainsi que le détermine la Commission. La Commission les fait à la demande du sous-chef en cause, à la suite d'un concours, ou selon telle autre méthode de sélection du personnel établie afin de déterminer le mérite des candidats que la Commission estime la mieux adaptée aux intérêts de la Fonction publique.

⁴ 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

(Suite à la page suivante)

(1) Section 33 provides the regulation making power under the *Public Service Employment Act*. It reads as follows:

33. Subject to this Act, the Commission may make such regulations as it considers necessary to carry out and give effect to this Act.

It is obvious to me and clearly was to the Commission that it is of vital importance to the efficient operation of the Public Service that, when an employee permanently appointed to a position cannot, for any of a myriad of reasons, perform his duties for a temporary period, a mechanism be available for his temporary replacement and for providing the replacement with the benefits which accrued to the permanent incumbent by virtue of his appointment. This is what the first portion of section 27 appears to seek to accomplish. The second portion deals with appeal rights accruing in certain circumstances which do not need to be considered in the circumstance of this case. In either case I am unable to agree that the section has the effect of amending the statute and is thus *ultra vires*. In my view it falls within the regulation making power which section 33 gives the Commission. It provides only that "the employee shall be considered to have been appointed to the higher position . . .", not that he has been appointed to that position. [Emphasis added.] To me this does not appear to be an attempt to circumvent the requirements of section 10. As a result, the employee is entitled to enjoy the benefits accruing through his deemed appointment to the acting position as though he were formally appointed to it, for the duration of the period of such employ-

(Continued from previous page)

(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 12 months unless authorized by the Commission in any case or class of cases.

(1) Le pouvoir de réglementation découle de l'article 33 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, comme suit:

33. Sous réserve de la présente loi, la Commission peut établir les règlements qu'elle juge nécessaires à l'application et à la mise en œuvre de la présente loi.

Il me paraît indéniable, comme il l'a paru à la Commission, que le bon fonctionnement de l'administration publique exige que dans le cas où le titulaire d'un poste ne peut, pour quelque raison que ce soit, remplir ses attributions pendant une certaine période, un mécanisme soit en place qui permette de pourvoir à son remplacement temporaire en accordant au remplaçant les avantages que le titulaire tient de sa nomination. C'est là manifestement le sens de la première partie de l'article 27. La deuxième partie traite des droits d'appel qui peuvent s'exercer dans certains cas et qu'il n'est pas nécessaire d'examiner en l'espèce. A mon avis, ni l'une ni l'autre partie n'a pour effet de modifier la Loi, ce qui eût rendu cet article *ultra vires*. Celui-ci ne déborde donc pas du pouvoir de réglementation que l'article 33 donne à la Commission. Il prévoit seulement que «l'employé doit être considéré comme nommé au poste supérieur . . .», et non pas qu'il a été nommé à ce poste. [C'est moi qui souligne.] Il ne s'agit donc pas, à mon avis, d'une disposition visant à faire échec à l'article 10. Il s'ensuit que l'intéressé a droit aux avantages qui lui reviennent du fait de sa soi-disant nomination au poste intérimaire, tout comme s'il y avait été officiellement nommé, pour la durée de ses fonctions. Je ne vois pas comment cela peut avoir pour effet de modifier la Loi. L'un

(Suite de la page précédente)

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.

ment. I fail to appreciate how this has the effect of amending the statute. One of the benefits, of course, is entitlement to participate in competitions for which his temporary salary makes him eligible.

(2) Even if I am in error in holding this opinion, the section ought not to be effectively struck down without the benefit of oral argument. Counsel for the applicant quite understandably did not seek to impeach one of his client's regulations even when, during argument, he was questioned about its validity, nor equally naturally, did the respondent, who was unrepresented by counsel, seek to either challenge or uphold its validity. Because the respondent has no counsel, no purpose would be served in directing further argument on this point at this stage so that we must, as I see it, proceed as though the issue had not been raised.

Accordingly, for all of the above reasons I would dismiss the appeal.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

KELLY D.J.: I have had the benefit of reading the reasons for judgment of Pratte J. and Urie J. in the former of which are set out sufficiently the facts so as to make their repetition unnecessary.

I agree that as used in relation to the issues of this application the word "occupied" and the word "employed" are synonymous.

The question before this Court as I conceive it to be, is whether or not the respondent "occupied" or "was employed" in a position conferring eligibility for the competition announced in the poster.

While "appointment" is given an explicit meaning in the Act, that word is not used in section 13(b): that paragraph contains the word "employed". On account of the juxtaposition of the parts of the text in which the two words are employed, the variation cannot be casual: it indicates that Parliament, in using "employed", must

de ces avantages est, bien entendu, la possibilité de participer aux concours auxquels son traitement intérimaire le rend admissible.

a

(2) Quand bien même je me serais trompé dans cet avis, il n'y aurait pas lieu d'écarter péremptoirement cet article sans le secours d'une argumentation contradictoire. Il va de soi que l'avocat de la requérante n'a pas cherché à remettre en question un règlement de sa propre cliente même lorsque, au cours des débats, il a été questionné sur sa validité. Il en est de même de l'intimé qui n'était pas représenté par avocat, et qui n'a essayé d'en contester ni d'en reconnaître la validité. L'intimé n'étant pas représenté par avocat, il ne servirait à rien d'ordonner, en cet état de la cause, la poursuite des plaidoiries sur ce point. A mon avis donc, il y a lieu de poursuivre l'audition comme si cette question n'avait pas été soulevée.

Par ces motifs, je rejetterais l'appel.

e

* * *

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

LE JUGE SUPPLÉANT KELLY: J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement prononcés respectivement par le juge Pratte et par le juge Urie, les faits de la cause étant relatés suffisamment en détail par le premier pour qu'il soit nécessaire de les répéter.

Je conviens que, appliqués aux faits de la cause, les mots «occuper» et «employé» sont synonymes.

h

A mon avis, il échet d'examiner en l'espèce si l'intimé «occupait» un poste ou «était employé» à un poste qui rendait admissible à la participation au concours annoncé par l'avis dont s'agit.

i

Le mot «nomination», qui est expressément défini dans la Loi, n'est pas employé à l'article 13b), où figure le mot «employé». Vu la juxtaposition des deux alinéas où figurent respectivement ces deux mots, la distinction ne saurait être accidentelle: elle fait ressortir que par le mot «employé», le législateur a certainement voulu

j

be assumed to have meant a condition different from "appointed".

Normally a position in the Public Service is filled by the Commission making an appointment pursuant to section 10 of the Act. A person so appointed, undoubtedly occupies or is employed in that position; in fact a person so appointed has the security of tenure.

In contrast to this procedure, when a person appointed to a particular position is absent, in order that the work of the absent employee may be performed and continuity of the work of the Public Service maintained, through power conferred on the deputy head by the Regulations enacted by the Commission, and without any confirming action by the Commission or the conduct of a competition the deputy head may require an employee (who has already been regularly appointed to a lower position) to perform, for a temporary period the duties of the higher position; the employee during the time he is performing the duties of the higher position is assured of the receipt of remuneration appropriate to the higher position. Such an employee does not have tenure in the higher position and may be returned to the position to which he was appointed when the deputy head so requires. The employee so required to perform the duties of the higher position does not cease to be an employee of the Public Service, that status flowing from an appointment made by the Commission.

In turning to consider whether such an employee is "employed" in the higher position, neither "occupy" nor "employed" is defined in the Act: accordingly the meaning to be attributed to each of these words must be sought in a recognized dictionary.

By reference to *The Oxford English Dictionary* I find that "employ" as a transitive verb is accorded the meaning of "To use the services of for some special business" and "occupy" "to hold (a position or office)".

The respondent performed the duties of the higher position as he was regularly required to do, his services were used by the Government of Canada for the special business of the higher position and such performance was recognized by the payment to him of the remuneration appropri-

imposer une condition autre que les conditions de la nomination.

Normalement, la Commission pourvoit à un poste dans la Fonction publique au moyen d'une nomination faite conformément à l'article 10 de la Loi. Quiconque nommé dans ces conditions occupe ce poste, ou y est employé: en fait il en devient le titulaire.

Par contre, lorsque le titulaire d'un poste quelconque est absent, la nécessité d'assurer l'exécution des attributions de l'employé absent comme d'assurer la continuité du fonctionnement de l'administration publique, permet au sous-ministre, en vertu des pouvoirs qu'il tient du Règlement promulgué par la Commission et sans confirmation de la Commission ni tenue d'un concours, de demander à un employé (qui était déjà régulièrement nommé à un poste inférieur) d'assumer à titre temporaire, les attributions du poste supérieur; pendant qu'il remplit les devoirs du poste supérieur, cet employé est assuré du traitement correspondant. Il n'est pas titulaire du poste supérieur et doit réintégrer son poste d'origine lorsque le sous-ministre le requiert. L'employé auquel il est demandé de remplir les devoirs du poste supérieur ne cesse pas de ce fait d'être un employé de la Fonction publique, statut qu'il tient d'une nomination faite par la Commission.

Pour ce qui est de savoir si l'intéressé est «employé» au poste supérieur, on constate que la Loi ne définit ni «occuper» ni «employé»: il y a donc lieu de chercher dans un dictionnaire reconnu le sens qu'il convient d'attribuer à ces mots.

En consultant le *The Oxford English Dictionary*, je constate que «employer» est un verbe transitif signifiant «utiliser les services de quelqu'un à une fin spécifique» et «occuper» signifie «détenir (un poste ou une charge)».

En l'espèce, l'intimé a rempli les devoirs du poste supérieur conformément à la demande qui lui en a été faite régulièrement, ses services ont été utilisés par le gouvernement du Canada aux fins spécifiques du poste supérieur, comme en témoigne le versement qui lui a été fait du traitement affé-

ate to the position the duties of which he was performing.

In my opinion the respondent at the relevant time was employed in the higher position and occupied it thereby coming squarely within the conditions of eligibility for the competition referred to in the notice.

In the light of the foregoing, I do not find it necessary to express any opinion as to whether section 27(1) of the Regulations may be *ultra vires* when it provides "the employee shall be considered to have been appointed to the higher position in an acting capacity", and I refrain from so doing.

I would dismiss the application.

rent au poste dont il a rempli les devoirs.

A mon avis, l'intimé était employé à l'époque en cause au poste supérieur; ayant occupé ce poste, il remplissait parfaitement les conditions d'admissibilité à la participation au concours mentionné dans l'avis.

A la lumière de ce qui précède, je n'estime pas nécessaire de me prononcer sur la question de savoir si l'article 27(1) du Règlement est *ultra vires* en prévoyant que «l'employé doit être considéré comme nommé au poste supérieur à titre intérimaire». Je m'abstiendrai donc de le faire.

Je rejetterais la requête.