

A-334-80

A-334-80

The Queen (*Applicant*)**La Reine** (*Requérante*)

v.

a

c.

Christian Larsen (*Respondent*)**Christian Larsen** (*Intimé*)

b

Court of Appeal, Pratte, Ryan and Le Dain JJ.—
Ottawa, September 25 and October 31, 1980.Cour d'appel, les juges Pratte, Ryan et Le Dain—
Ottawa, 25 septembre et 31 octobre 1980.

Judicial review — Public Service — Application to set aside decision of Appeal Board that Public Service Commission should appoint respondent to another position — Deputy Head had recommended respondent's release for incompetence — Whether Board exceeded its authority — Application allowed — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28 — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 31(1),(2),(3),(4),(5).

Examen judiciaire — Fonction publique — Demande d'annulation de la décision par laquelle le Comité d'appel a décidé que la Commission de la Fonction publique devait nommer l'intimé à un autre poste — Le sous-chef avait recommandé le renvoi de l'intimé pour cause d'incompétence — Il y avait à déterminer si le Comité a excédé ses pouvoirs — Demande accueillie — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10, art. 28 — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, c. P-32, art. 31(1),(2),(3),(4),(5).

APPLICATION for judicial review.

DEMANDE d'examen judiciaire.

e

COUNSEL:

AVOCATS:

R. W. Côté for applicant.

f

R. W. Côté pour la requérante.*J. D. Richard, Q.C.* for respondent.*J. D. Richard, c.r.* pour l'intimé.

SOLICITORS:

PROCUREURS:

g

Deputy Attorney General of Canada for applicant.*Le sous-procureur général du Canada* pour la requérante.*Gowling & Henderson, Ottawa,* for respondent.

h

Gowling & Henderson, Ottawa, pour l'intimé.*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by**Voici les motifs du jugement rendus en français i par*

PRATTE J.: Applicant is asking that a decision made pursuant to subsection 31(3) of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32 by an Appeal Board established by the Public Service

LE JUGE PRATTE: La requérante demande l'annulation d'une décision prononcée suivant le paragraphe 31(3) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-32, par un Comité

j

Commission be set aside.¹

Respondent was employed by the Department of Regional Economic Expansion when he was notified that the Deputy Head of the Department had recommended his release for incompetence, pursuant to subsection 31(1) of the *Public Service Employment Act*. Relying on his right to appeal under subsection 31(3), respondent appealed from this recommendation to a Board established by the Public Service Commission. At the conclusion of its inquiry, this Board expressed its findings in a lengthy decision rendered on May 9, 1980. The essence of these findings may be summarized as follows:

(1) The Deputy Head of the Department was justified in stating that respondent was incompetent in performing the duties of his position.

(2) Respondent was, however, capable of performing other duties; the Deputy Head nevertheless recommended his release rather than a transfer solely because at that time there were

¹ Section 31 of the *Public Service Employment Act* reads as follows:

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.

d'appel établi par la Commission de la Fonction publique.¹

L'intimé était employé par le ministère de l'Expansion économique régionale lorsqu'il fut prévenu que le sous-chef du Ministère, conformément au paragraphe 31(1) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, avait recommandé son renvoi pour cause d'incompétence. Se prévalant du droit d'appel que lui conférait le paragraphe 31(3), l'intimé appela de cette recommandation à un Comité établi par la Commission de la Fonction publique. Au terme de son enquête, ce Comité exprima ses conclusions dans une longue décision prononcée le 9 mai 1980. On peut résumer l'essentiel de ces conclusions de la façon suivante:

(1) Le sous-chef du Ministère a raison de dire que l'intimé est incompétent dans l'exercice des fonctions de son poste.

(2) L'intimé serait cependant capable de remplir d'autres fonctions; si, malgré cela, le sous-chef a recommandé son renvoi plutôt que sa mutation, c'est uniquement parce que, à ce moment-ci, il

¹ Aussi bien citer tout de suite l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*:

31. (1) Lorsque, de l'avis du sous-chef, un employé est incompétent 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.

no vacant positions within the Department that respondent was competent to fill.

(3) In these circumstances, rather than releasing respondent, the Commission should appoint him to another position.

It is this decision that applicant now wishes to have set aside on the ground that the Board exceeded its authority in ordering that respondent be appointed to another position.

The sole issue to be decided is accordingly whether a board hearing an appeal from a recommendation for release has the authority under section 31 to order that the incompetent employee be appointed to another position.

The last phrase of subsection 31(3) refers indirectly to the decisions that an appeal board is authorized to make:

... 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.

In the case at bar the maker of the decision *quo* interpreted this as conferring on it the authority to render one of three decisions:

1. to order that the recommendation not be acted upon,
2. to order that the employee be appointed to another position, or
3. to order that the employee be released.

This interpretation should not, in my opinion, be upheld. The last phrase in subsection 31(3) does not describe the decisions a board may render; rather it sets forth what must be done by the Commission following a decision of the board. It may either allow the appeal or dismiss it. These are the two possibilities to which paragraphs 31(3)(a) and (b) refer. If the board allows the appeal, the Commission must, according to paragraph (a), "notify the deputy head concerned that his recommendation will not be acted upon"; if the board dismisses the appeal, the Commission must then, as stated in paragraph (b), act upon the recommendation made by the deputy head, either by releasing the employee, or by appointing him to

n'existe pas au sein du Ministère de poste vacant que l'intimé ait la compétence de remplir.

(3) Dans ces circonstances, la Commission devrait, plutôt que de renvoyer l'intimé, le nommer à un autre poste.

C'est cette décision que la requérante veut aujourd'hui faire annuler au motif que le Comité aurait excédé ses pouvoirs en ordonnant que l'intimé soit nommé à un autre poste.

La seule question à résoudre est donc celle de savoir si, en vertu de l'article 31, un Comité saisi d'un appel d'une recommandation de renvoi a le pouvoir d'ordonner que l'employé incompetent soit nommé à un autre poste.

La dernière phrase du paragraphe 31(3) réfère de façon indirecte aux décisions qu'un Comité d'appel est habilité à prendre:

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.

En l'espèce, l'auteur de la décision attaquée a interprété ce texte comme lui conférant le pouvoir de rendre l'une ou l'autre de trois décisions:

1. ordonner qu'on ne donne pas suite à la recommandation,
2. ordonner qu'on nomme l'employé à un autre poste, ou
3. ordonner que l'employé soit renvoyé.

Cette interprétation ne doit pas, à mon avis, être retenue. La dernière phrase du paragraphe 31(3) ne décrit pas les décisions qu'un Comité peut rendre; elle prescrit plutôt ce que doit faire la Commission suite à la décision du Comité. Or, cette décision peut soit faire droit à l'appel, soit le rejeter. C'est à ces deux hypothèses que réfèrent les alinéas 31(3)a) et b). Si le Comité fait droit à l'appel, la Commission doit, suivant l'alinéa a), «avertir le sous-chef en cause qu'il ne sera pas donné suite à sa recommandation»; si le Comité rejette l'appel, la Commission doit alors, comme le dit l'alinéa b), donner suite à la recommandation faite par le sous-chef soit en renvoyant l'employé, soit en le nommant à un poste inférieur selon la

a lower position, depending on the nature of the recommendation.

Furthermore, the interpretation given to subsection 31(3) in the decision *a quo* leads to consequences that appear absurd to me. First, this interpretation would enable an appeal board to make orders that would in many cases be impossible to implement. In effect, the Commission can make an appointment (and accordingly can transfer an employee) only where there is a vacant position that the authorities in the department concerned are asking it to fill. The Act does not provide that the Commission may create new positions or fill those that are vacant as it pleases and of its own initiative. A further consequence of this interpretation would be that where the board ordered that an incompetent employee be transferred rather than released, this employee would, despite his incompetence, retain his position as long as no other position had been found for him.

For these reasons I would grant the application, quash the decision *a quo* and refer the matter back to the Board for decision on the basis that, under section 31 of the *Public Service Employment Act*, a board hearing an appeal from a recommendation for release does not have the authority to order that the employee concerned be appointed to another position.

* * *

RYAN J.: I concur.

* * *

LE DAIN J.: I concur.

nature de la recommandation.

L'interprétation que la décision attaquée a donnée au paragraphe 31(3) conduit, de plus, à des conséquences qui me paraissent absurdes. En premier lieu, cette interprétation habiliterait un Comité d'appel à donner des ordres dont l'exécution serait, en bien des cas, impossible. En effet, la Commission ne peut faire une nomination (et, par conséquent, ne peut muter un employé) qu'à la condition qu'il y ait un poste vacant que les autorités du ministère concerné lui demandent de combler. La Loi ne prévoit pas que la Commission puisse, à sa guise et de sa propre initiative, créer de nouveaux postes ou combler ceux qui sont vacants. Cette interprétation aurait aussi pour conséquence que, dans le cas où le Comité ordonnerait qu'un employé incompetent soit muté plutôt que renvoyé, cet employé devrait, malgré son incompetence, conserver son poste aussi longtemps qu'on ne lui en aurait pas trouvé un autre.

Pour ces motifs, je ferais droit à la demande, je casserais la décision attaquée et je renverrais l'affaire au Comité pour qu'il la décide en prenant pour acquis que, en vertu de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, un Comité saisi d'un appel d'une recommandation de renvoi n'a pas le pouvoir d'ordonner que l'employé concerné soit nommé à un autre poste.

* * *

LE JUGE RYAN: Je suis d'accord.

* * *

LE JUGE LE DAIN: Je suis d'accord.