

A-789-83

A-789-83

Joseph Robert Guy (*Applicant*)

v.

Public Service Commission Appeal Board
(*Respondent*)Court of Appeal, Urie, Hugessen and Stone JJ.—
Ottawa, April 12 and 27, 1984.

Public service — Closed competition — Language requirements — Candidate not appointed to position as failing to meet language requirements and as not eligible for exclusion from language qualification because of s. 4(2)(d) of Exclusion Order — Applicant's argument s. 4(2)(d) ultra vires as violating merit principle enshrined in s. 10 of Act rejected as s. 39 of Act permitting exclusions from operation of Act — Exclusion Order not allowing Public Service Commission to trench upon departmental management functions by determining qualifications for position as Department, not Commission, establishing qualifications — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, ss. 5(a), 10, 12(1) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 66, s. 10), 16(1), 17(1), (3), 39 — Public Service Official Languages Exclusion Approval Order, SOR/81-787, ss. 2(1), (2), 4(1)(a), (2)(a), (b), (d).

Judicial review — Applications to review — Public service — Whether Public Service Official Languages Exclusion Approval Order ultra vires as violating merit principle — Whether attempt by Public Service Commission to set qualifications for positions — Qualifications set by Department — Application denied — Public Service Official Languages Exclusion Approval Order, SOR/81-787, ss. 2(1), (2), 4(1)(a), (2)(a), (b), (d).

The applicant applied in a closed competition for a position in the Public Service rated as "Bilingual non-imperative". His results were such that he would have been offered the position, but he did not meet the language requirements. Furthermore, paragraph 4(2)(d) of the Exclusion Order denied him eligibility for exclusion from language qualification because he had previously taken language training at public expense and had then achieved the required level of competency, which he has since lost. The applicant now invokes section 28 of the *Federal Court Act* to have the Appeal Board decision dismissing his attack against the selection of another candidate set aside on the grounds that paragraph 4(2)(d) of the Exclusion Order is *ultra vires*. He argues that it violates the merit principle entrenched in section 10 of the *Public Service Employment Act* and represents an attempt by the Public Service Commission to define or set qualifications for positions, something which it is not authorized to do.

Held (Stone J. dissenting), the application should be dismissed.

Per Hugessen J. (Urie J. concurring): The Exclusion Order is made pursuant to section 39 of the Act which permits exclu-

Joseph Robert Guy (*requérant*)

c.

Comité d'appel de la Commission de la Fonction
publique (*intimé*)Cour d'appel, juges Urie, Hugessen et Stone—
Ottawa, 12 et 27 avril 1984.

Fonction publique — Concours restreint — Exigences linguistiques — Le candidat n'a pas obtenu la nomination parce qu'il ne satisfait pas aux exigences relatives aux normes linguistiques et ne pouvait en être exempté en raison de l'art. 4(2)d) du Décret d'exclusion — L'argument du requérant selon lequel l'art. 4(2)d) est ultra vires parce qu'il viole le principe du mérite enchâssé dans l'art. 10 est rejeté parce que l'art. 39 de la Loi autorise des exceptions à l'application de la Loi — Le Décret d'exclusion ne permet pas à la Commission de la Fonction publique d'empiéter sur les fonctions de gestion du Ministère en déterminant les conditions de candidature à un poste parce que les conditions de candidature ont été déterminées par le Ministère et non par la Commission — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 5a), 10, 12(1) (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 66, art. 10), 16(1), 17(1), (3), 39 — Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique, DORS/81-787, art. 2(1), (2), 4(1)a), (2)a), b), d).

Contrôle judiciaire — Demandes d'examen — Fonction publique — Le Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique est-il ultra vires parce qu'il viole le principe du mérite? — La Commission de la Fonction publique a-t-elle tenté de déterminer les conditions de candidature pour les postes? — Elles ont été déterminées par le Ministère — Demande rejetée — Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique, DORS/81-787, art. 2(1), (2), 4(1)a), (2)a), b), d).

Le requérant s'est porté candidat à un concours restreint pour un poste dans la Fonction publique coté «Bilingue, nomination non impérative». Il se serait qualifié pour le poste mais il n'a pas satisfait aux exigences linguistiques. De plus, l'alinéa 4(2)d) du Décret d'exclusion l'empêchait de bénéficier de l'exclusion des exigences linguistiques parce qu'il avait déjà suivi des cours de langue dispensés au frais de l'État et qu'il avait alors atteint le niveau de compétence requis avant de retomber à un niveau inférieur. Le requérant invoque maintenant l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* pour demander l'annulation de la décision du comité d'appel qui a rejeté sa contestation du choix d'un autre candidat pour le motif que l'alinéa 4(2)d) du Décret d'exclusion est *ultra vires*. Il soutient que cet alinéa viole le principe du mérite enchâssé à l'article 10 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et constitue une tentative de la Commission de la Fonction publique de définir ou de déterminer les conditions de candidature pour les postes, ce qu'elle n'est pas autorisée à faire.

Arrêt (le juge Stone dissident): la demande doit être rejetée.

Le juge Hugessen (avec l'appui du juge Urie): Le Décret d'exclusion a été adopté conformément à l'article 39 de la Loi

sions from the operation of the statute, hence from the merit principle enshrined in section 10. As for the argument that the Exclusion Order allows the Commission to entrench upon the functions of departmental management by determining the qualifications for a position, the reality is that it is the Department, not the Commission, which has established, amongst other things, the language qualification for the position.

Per Stone J. (dissenting): Paragraph 4(2)(d) of the Exclusion Order does not constitute a new and additional qualification for the position. It is only concerned with whether a person who is otherwise qualified should be appointed if he has attained through language training, but failed to maintain, the required level of language proficiency. In this case, the applicant did possess the required qualifications.

Paragraph 4(2)(d) violates the principle of "selection according to merit" enshrined in section 10 of the Act and is therefore *ultra vires*. Section 39 authorizes the Commission to open up to persons the opportunity of appointment to positions which would otherwise be foreclosed to them, it does not permit the Commission to disregard the merit principle when making a selection from among persons qualified for appointment including those benefitting from exclusion under subsection 4(1) of the Exclusion Order. It would take the authorization of Parliament to deny, as paragraph 4(2)(d) does, appointment to the best-qualified person because of failure to maintain proficiency in the second official language. Section 39 does not expressly confer that authority and, considering the overall scheme of the Act, it should not be interpreted as doing so because this would mean permitting the merit principle, a fundamental feature of the Act, to be overridden. Paragraph 4(2)(d) was therefore not validly made and the respondent erred in applying it.

qui permet des exceptions à l'application de la Loi et, par conséquent, au principe du mérite enchâssé à l'article 10. Quant à l'argument selon lequel le Décret d'exclusion permet à la Commission d'empiéter sur les fonctions de gestion du Ministère en déterminant les conditions de candidature à un poste, le fait est que c'est le Ministère et non la Commission qui a établi, entre autres choses, les exigences relatives aux normes linguistiques du poste.

Le juge Stone (dissident): L'alinéa 4(2)d) ne constitue pas une condition supplémentaire de candidature pour le poste. Il vise seulement à déterminer si la personne qui a les qualités requises devrait être nommée si elle a atteint, après avoir suivi des cours de langue, un niveau de compétence linguistique requis, mais n'a pas réussi à s'y maintenir. En l'espèce, le requérant possédait les qualités requises.

L'alinéa 4(2)d) viole le principe de la «sélection établie au mérite» enchâssé à l'article 10 de la Loi et il est par conséquent *ultra vires*. L'article 39 autorise la Commission à donner à des personnes la possibilité d'être nommées à des postes auxquels elles n'auraient pu autrement accéder mais il ne l'autorise pas à ne pas tenir compte du principe du mérite lorsqu'elle effectue une sélection parmi les personnes ayant les qualités requises pour un poste, y compris celles qui bénéficient de l'exclusion prévue au paragraphe 4(1) du Décret d'exclusion. Il faudrait l'autorisation du Parlement, pour empêcher, comme le fait l'alinéa 4(2)d), la nomination de la personne la mieux qualifiée parce qu'elle n'a pas réussi à se maintenir à un niveau de compétence dans l'autre langue officielle. L'article 39 ne confère pas expressément ce pouvoir et, compte tenu de l'économie générale de la Loi, il ne peut être interprété comme contenant un tel pouvoir puisque cela équivaldrait à permettre une dérogation à une disposition fondamentale de la Loi, c'est-à-dire le principe du mérite. L'alinéa 4(2)d) n'a donc pas été valablement établi et l'intimé a commis une erreur en l'appliquant.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Bambrough v. Appeal Board established by The Public Service Commission, [1976] 2 F.C. 109 (C.A.); *The Queen v. Ricketts*, judgment dated October 31, 1983, Federal Court, Appeal Division, A-807-82, not yet reported; *Delanoy v. Public Service Commission Appeal Board*, [1977] 1 F.C. 562 (C.A.); *R. v. Belanger* (1916), 54 S.C.R. 265; *Minister of Health v. The King*, [1931] A.C. 494 (H.L.).

COUNSEL:

Roger R. Mills for applicant.
R. P. Hynes for respondent.

SOLICITORS:

McInnes & MacEwen, Morrisburg, Ontario, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Bambrough c. Un Comité d'appel établi par la Commission de la Fonction publique, [1976] 2 C.F. 109 (C.A.); *La Reine c. Ricketts*, jugement en date du 31 octobre 1983, Division d'appel de la Cour fédérale, A-807-82, encore inédit; *Delanoy c. Le Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*, [1977] 1 C.F. 562 (C.A.); *R. v. Belanger* (1916), 54 R.C.S. 265; *Minister of Health v. The King*, [1931] A.C. 494 (H.L.).

AVOCATS:

Roger R. Mills pour le requérant.
R. P. Hynes pour l'intimé.

PROCUREURS:

McInnes & MacEwen, Morrisburg (Ontario), pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HUGESSEN J.: This is a section 28 application to review and set aside a decision of an Appeal Board established pursuant to section 21 of the *Public Service Employment Act* [R.S.C. 1970, c. P-32].

The applicant had applied in a closed competition for a position in the Public Service rated as "Bilingual non-imperative". In the jargon of the Public Service, such a position is one whose duties require a knowledge and use of both official languages which

2. (1) ...

... has been identified ... as not requiring, at the time of the appointment, occupation by a person qualified in the knowledge and use of both official languages. [Emphasis added.]

(*Public Service Official Languages Exclusion Approval Order*, subsection 2(1), SOR/81-787.) At the risk of oversimplifying, a unilingual candidate can only be appointed to such a position on the condition that he or she is eligible to obtain training so as to acquire bilingual capacity within a reasonably short time.

The applicant had, prior to the date of the competition, taken language training at public expense and had achieved the required level of competency. However the passage of time had caused him to lose some of his ability in his second language, with the result that when he was tested for the purposes of the competition he did not meet the standards required for the position. The successful candidate also did not achieve the required results in the language test. However the successful candidate was eligible for exclusion from the language qualification under the provisions of section 4 of the *Public Service Official Languages Exclusion Approval Order*. The applicant, for his part, was not so eligible because of paragraph 4(2)(d) of that Order. That paragraph denies eligibility for exclusion to anyone who has at public expense previously obtained language training and attained a level of language proficiency at least equal to that required for the position sought. The policy underlying paragraph 4(2)(d) is evidently that persons once trained at public expense to a certain level of language proficiency who subsequently fall below that level should not be

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

LE JUGE HUGESSEN: Le requérant demande, sur le fondement de l'article 28, l'examen et l'annulation de la décision d'un comité d'appel établi en vertu de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* [S.R.C. 1970, chap. P-32].

Le requérant s'est porté candidat à un concours restreint pour un poste de la Fonction publique coté «Bilingue, nomination non impérative». Dans le langage de la Fonction publique, il s'agit d'un poste qui exige la connaissance et l'usage des deux langues officielles et

2. (1) ...

... identifié comme ne nécessitant pas, au moment de la nomination, la connaissance et l'usage des deux langues officielles; [C'est moi qui souligne.]

(*Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique*, paragraphe 2(1), DORS/81-787.) Au risque de trop simplifier, cela signifie qu'un candidat unilingue ne peut être nommé à un tel poste qu'à la condition d'être admissible aux cours de langue qui lui permettront d'atteindre le niveau de bilinguisme requis dans un délai raisonnable.

Avant la tenue du concours, le requérant avait suivi des cours de langue, dispensés aux frais de l'État, et avait atteint le niveau de compétence requis. Cependant, étant donné le laps de temps écoulé, il n'était plus aussi à l'aise dans sa langue seconde, de sorte que lorsque ses connaissances ont été vérifiées aux fins du concours, il ne satisfaisait plus aux normes requises pour le poste. Le candidat reçu n'a pas obtenu non plus les résultats requis au test de langue. Il pouvait toutefois être exempté des exigences relatives aux connaissances linguistiques en vertu de l'article 4 du *Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique*. Le requérant, pour sa part, ne pouvait l'être en raison de l'alinéa 4(2)d) de ce Décret. Cet alinéa empêche toute personne qui a auparavant suivi des cours, dispensés aux frais de l'État, et qui a atteint un niveau de compétence linguistique au moins égal à celui requis pour le poste demandé, de bénéficier de l'exclusion. L'alinéa 4(2)d) repose sur le principe selon lequel les personnes qui ont suivi des cours dispensés aux frais de l'État et atteint un certain niveau de compétence linguistique, mais tombent par la suite

entitled to exclusion from the language requirements of a position while they obtain further language training at public expense.

Before this Court, the applicant contends that paragraph 4(2)(d) of the *Public Service Official Languages Exclusion Approval Order* is *ultra vires* in that it violates the merit principle and represents an attempt by the Public Service Commission to define or set qualifications for positions, something which it is not authorized to do. In my view, these contentions do not withstand examination.

There is no doubt that the merit principle underlies the *Public Service Employment Act* and is specifically enshrined in section 10. The Exclusion Order, however, is made pursuant to section 39 of the Act, which in terms permits exclusion of positions or persons from the operation of the statute. The words could not be clearer:

39. In any case where the Commission decides that it is not practicable nor in the best interests of the Public Service to apply this Act or any provision thereof to any position or person or class of positions or persons, the Commission may, with the approval of the Governor in Council, exclude such position or person or class of positions or persons in whole or in part from the operation of this Act . . . [Emphasis added.]

As regards the argument that the Exclusion Order allows the Public Service Commission to trench upon the functions of departmental management by determining the qualifications for a position, it is simply not in accordance with reality. The Department, through its deputy head, has established the qualifications for the position here in question. Amongst those qualifications is the language qualification of "Bilingual non-imperative". Those words have a clear meaning under the *Public Service Official Languages Exclusion Approval Order*: to qualify a candidate must either have the required language skills or be eligible for exclusion under the Order. That is the Department's determination of the qualifications required, not the Commission's. The applicant did not qualify and was not eligible for exclusion. The

à un niveau inférieur, ne devraient pas avoir le droit de bénéficier de l'exclusion quant aux exigences linguistiques d'un poste pendant qu'elles suivent d'autres cours de langue dispensés aux frais de l'État.

Le requérant soutient devant la Cour que l'alinéa 4(2)d) du *Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique* est *ultra vires* parce qu'il viole le principe du mérite et parce qu'il constitue de la part de la Commission de la Fonction publique une tentative de définir ou de déterminer les conditions de candidature à des postes, ce qu'elle n'est pas habilitée à faire. À mon avis, un simple examen suffit à rejeter ces prétentions.

Il ne fait aucun doute que le principe du mérite sert de fondement à la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et qu'il est précisément enchâssé dans l'article 10. Cependant, le Décret d'exclusion a été adopté conformément à l'article 39 de la Loi qui permet expressément de soustraire des postes ou des personnes de l'application de la loi. Ces termes ne pourraient être plus clairs:

39. Si la Commission décide qu'il n'est ni praticable ni dans les meilleurs intérêts de la Fonction publique d'appliquer la présente loi ou une de ses dispositions à un poste, à une personne ou à une classe de postes ou de personnes, elle peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, soustraire ce poste, cette personne ou cette classe de postes ou de personnes, en totalité ou en partie, à l'application de la présente loi . . . [C'est moi qui souligne.]

On ne peut retenir l'argument selon lequel le Décret d'exclusion permet à la Commission de la Fonction publique d'empiéter sur les fonctions de gestion du Ministère en déterminant les conditions de candidature à un poste, parce qu'il ne correspond pas à ce qui se passe réellement. Le Ministère a établi, par l'intermédiaire de son sous-chef, les conditions de candidature au poste en cause. Parmi celles-ci, on trouve la condition suivante quant aux connaissances linguistiques: «Bilingue, nomination non impérative». En vertu du *Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique*, ces termes ont un sens précis: pour être admissible, un candidat doit, soit posséder les compétences linguistiques requises, soit pouvoir bénéficier d'une exclusion en vertu du Décret. Les conditions de candidature ont été

successful candidate was so eligible and was in consequence appointed.

I would dismiss the application.

URIE J.: I concur.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STONE J. (*dissenting*): In this matter, the applicant invokes the provisions of paragraph 28(1)(b) of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] in asking that we review and set aside the decision of respondent Board which was established under section 21 of the *Public Service Employment Act*.¹ That decision, dated May 17, 1983, came after a closed competition had been conducted to fill a position in Ottawa as Senior Project Officer at the Canadian Government Expositions Centre in the Department of Supply and Services. The applicant, and others, had sought the appointment. He was denied it when one of the other candidates was selected. The essence of his complaint is that in deciding not to intervene the respondent erred because he, and not the person selected, was best qualified for the position.

The Public Service Commission received a request to fill the position in July of 1982, after the Department had drawn up a statement of qualifications. That statement set forth the qualifications required of a successful candidate and consisted of both "rated" and "basic" qualifications. The rated qualifications were concerned with knowledge, abilities and personal suitability, while the basic qualifications were concerned with education, language and experience. In particular, the language requirements for the position were laid down as follows:

A knowledge of both English and French languages is essential ... Bilingual non-imperative (BBBB/BBBB)

The term "Bilingual non-imperative" is not defined in the statement but it, apparently, refers

¹ R.S.C. 1970, c. P-32.

déterminées par le Ministère et non par la Commission. Le requérant ne s'est pas qualifié et ne pouvait bénéficier de l'exclusion. En revanche, le candidat reçu a bénéficié de l'exclusion et a, par conséquent, obtenu la nomination.

Je rejetterais la demande.

LE JUGE URIE: Je souscris à ces motifs.

* * *

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

LE JUGE STONE (*dissident*): Le requérant invoque en l'espèce les dispositions de l'alinéa 28(1)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10] pour demander à la Cour l'examen et l'annulation de la décision du comité intimé, qui a été établi conformément à l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*¹. Cette décision, datée du 17 mai 1983, a été rendue après la tenue d'un concours restreint en vue de pourvoir à un poste d'agent supérieur de projets au Centre des expositions du gouvernement canadien du ministère des Approvisionnements et Services, à Ottawa. Le requérant ainsi que d'autres personnes ont posé leur candidature. Un candidat, autre que le requérant, a obtenu le poste. Dans sa plainte, le requérant dit essentiellement qu'en décidant de ne pas intervenir, le comité a commis une erreur puisqu'il était le candidat le mieux qualifié pour le poste.

C'est en juillet 1982 qu'on a demandé à la Commission de la Fonction publique de pourvoir au poste. À cette fin, le Ministère avait rédigé un énoncé de qualités exposant les conditions que devait remplir le candidat reçu et comportant à la fois des exigences «cotées» et des exigences «fondamentales». Les exigences cotées portaient sur les connaissances, les aptitudes et les qualités personnelles, alors que les exigences fondamentales portaient sur les études, les exigences linguistiques et l'expérience. Les exigences linguistiques pour le poste étaient rédigées comme suit:

La connaissance de l'anglais et du français est une condition essentielle ... Bilingue, nomination non impérative (BBBB/BBBB)

L'expression «Bilingue, nomination non impérative» n'est pas définie dans l'énoncé, mais il semble

¹ S.R.C. 1970, chap. P-32.

to an appointment to a position which the deputy head had identified as requiring use of both official languages but where he considered that the required level of proficiency in both languages need not be possessed by the appointee at the time of his appointment. Such an appointment is to be contrasted with an appointment to a "Bilingual imperative" position, namely, to one that the deputy head identifies as requiring a person seeking it to possess the required level of proficiency in both languages before being appointed. For a bilingual position, whether imperative or non-imperative, the levels of proficiency required in both languages for each of the skills of reading, writing, listening and speaking are separately designated, "C" being the superior level, "B" the intermediate level, and "A" the minimum level. In a competition of this kind the levels of language skills are identified by those letters to form a "language profile". Thus, in the statement of qualifications, the letters assigned to each skill by the Department—"BBBB"—constituted the language profile for the position in question. In the selection process, whether a person seeking appointment possesses the required skills for the levels specified is determined by means of a Language Knowledge Examination.

The selection process, designed to assess each candidate in "rated" and "basic" qualifications, was carried out in two stages. At the first stage, six candidates, including the applicant, passed both a written and an oral examination on rated qualifications. The applicant was ranked first on these qualifications. The candidates were then tested for language skills by means of the Language Knowledge Examination. Here, it was found that only one of them possessed the "B" level of skills in reading, writing, listening and in speaking both official languages. He was therefore ranked first but, although qualified for the position, he declined to accept appointment. It thus became necessary to consider selection of one of the other candidates. The applicant was found to possess the required level in the first three skills but not in the fourth. Although he ranked second over all, he was not placed on the "eligible list" required to be established under subsection 17(1) of the Act. Instead the name of the third-ranked candidate

qu'elle se rapporte à la nomination à un poste que le sous-chef a identifié comme nécessitant l'usage des deux langues officielles, mais n'exigeant pas que la personne nommée possède, au moment de sa nomination, le niveau de compétence linguistique requis. Il faut opposer ce genre de nomination à la nomination à un poste dit «Bilingue impératif», c'est-à-dire à un poste identifié par le sous-chef comme nécessitant que le candidat possède le niveau de compétence requis dans les deux langues officielles avant la nomination. Pour un poste bilingue, que la nomination soit impérative ou non, les niveaux de compétence requis dans les deux langues quant à la compréhension écrite, la compréhension auditive, l'expression écrite et l'expression orale sont désignés de manière distincte, la lettre «C» indiquant le niveau supérieur, la lettre «B» le niveau intermédiaire, et la lettre «A» le niveau minimum. Dans un concours de cette sorte, les niveaux de compétence linguistique sont identifiés par ces lettres pour constituer un «profil linguistique». Ainsi, dans l'énoncé de qualités, les lettres que le Ministère a attribuées pour chaque aptitude—«BBBB»—constituaient le profil linguistique du poste en question. C'est par un examen de connaissance linguistique qu'on détermine, au cours du processus de sélection, si la personne qui se porte candidate à un poste possède la compétence requise pour les niveaux spécifiés.

Le processus de sélection qui permet d'évaluer chaque candidat selon les exigences «cotées» et «fondamentales», a été mené en deux temps. Dans un premier temps, six candidats, dont le requérant, ont subi un examen écrit et un examen oral portant sur les exigences cotées. Le requérant s'est classé premier en ce qui concerne ces exigences. Dans un second temps, les connaissances linguistiques des candidats ont été vérifiées par un examen. On a constaté dans ce cas qu'un seul des candidats possédait le niveau «B» de compétence pour ce qui est de la compréhension et de l'expression écrites, et de la compréhension et de l'expression orales dans les deux langues officielles. Par conséquent, il a été placé au premier rang sur la liste d'admissibilité mais, bien que qualifié pour le poste, il a refusé la nomination. Il a donc été nécessaire d'envisager de choisir un des autres candidats. Le requérant possédait le niveau requis en ce qui concerne les trois premières exigences mais non en ce qui concerne la quatrième. Bien que classé deuxième sur

was placed on that list even though her level of language skills was found to be inferior to that of the applicant. The Commission was satisfied that she possessed the aptitude to learn the second language at the "B" level within the prescribed time period.

After the close of the competition, the applicant attacked the selection before the respondent Board. It expressed "sympathy" with his "predicament" but ruled against him. It found that the selection had been made in a regular way in accordance with the provisions of the Act and of the *Public Service Official Languages Exclusion Approval Order*² (herein referred to as the "Exclusion Order"). At the heart of the attack is the assertion that in making its decision the respondent erred by basing it upon paragraph 4(2)(d) of the Exclusion Order. He contends that the provisions of that paragraph are *ultra vires* the Commission for a number of reasons but chiefly because they violate the principle of "selection according to merit" set forth in section 10 of the Act, and also because they prescribe a "qualification" for the position and thereby usurp a management function exercisable only by the deputy head. The respondent, for its part, says that it was correct in its decision. It contends that paragraph 4(2)(d) of the Exclusion Order was validly made within the statutory mandate conferred on the Commission under section 39 of the Act. In short, it says that it correctly decided that the selection had been carried out in accordance with the Act and the Exclusion Order.

In approaching the questions at issue it is necessary to examine the scheme of the Act with regard to selection and appointment of a public servant. By paragraph 5(a) the power to "appoint or provide for the appointment of qualified persons" is granted to the Commission and is to be done "in accordance with the provisions and principles of this Act". Section 10, as already noted, provides for "selection according to merit". It reads:

10. Appointments to or from within the Public Service shall be based on selection according to merit, as determined by the

² Approved by Order in Council P.C. 1981-2716 (SOR/81-787), September 30, 1981.

l'ensemble, son nom n'a pas été placé sur la «liste d'admissibilité» établie conformément au paragraphe 17(1) de la Loi. Par contre, le nom de la candidate qui s'était classée troisième et dont le niveau de compétence linguistique était inférieur à celui du requérant, a été placé sur la liste. La Commission était convaincue qu'elle avait la capacité d'atteindre le niveau «B» dans le délai prescrit.

Après la clôture du concours, le requérant en a contesté les résultats devant le comité intimé. Celui-ci lui a exprimé de la «sympathie» pour cette «malheureuse situation» mais il s'est prononcé contre lui. Le comité a jugé que la sélection avait été faite selon les dispositions de la Loi et du *Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique*² (ci-après le Décret d'exclusion). Pour sa part, le requérant soutient principalement que l'intimé a commis une erreur en fondant sa décision sur l'alinéa 4(2)d) du Décret d'exclusion. Il prétend que la Commission n'était pas habilitée à adopter les dispositions de cet alinéa pour diverses raisons, dont principalement le fait que ces dispositions violent le principe de la «sélection établie au mérite» énoncé à l'article 10 de la Loi, et qu'elles prévoient une «condition de candidature» pour le poste et, par conséquent, empiètent sur une fonction de gestion que seul le sous-chef peut exercer. De son côté, l'intimé affirme que sa décision était fondée. Il prétend que l'alinéa 4(2)d) du Décret d'exclusion a été valablement adopté dans les limites du mandat légal conféré à la Commission par l'article 39 de la Loi. En résumé, il affirme avoir conclu à juste titre que la sélection avait été faite conformément à la Loi et au Décret d'exclusion.

Avant d'aborder les points en litige, il convient d'examiner les diverses dispositions de la Loi en matière de sélection et de nomination des fonctionnaires. L'alinéa 5a) confère à la Commission le pouvoir de «nommer ou faire nommer ... des personnes possédant les qualités requises», et ce pouvoir doit être exercé «conformément aux dispositions et aux principes de la présente loi». Comme je l'ai déjà fait remarquer, l'article 10 prévoit une «sélection établie au mérite»:

10. Les nominations à des postes de la Fonction publique, faites parmi des personnes qui en sont déjà membres ou des

² Approuvé par le décret du conseil C.P. 1981-2716 (DORS/81-787), 30 septembre 1981.

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.

By subsection 12(1) [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 66, s. 10] the Commission may:

12. (1) ... in determining pursuant to section 10 the basis of assessment of merit in relation to any position or class of positions, prescribe selection standards as to education, knowledge, experience, language, residence or any other matters that, in the opinion of the Commission, are necessary or desirable having regard to the nature of the duties to be performed

Subsection 16(1) of the Act requires the Commission to examine and consider all applications received within the time prescribed for their receipt and

16. (1) ... after considering such further material and conducting such examinations, tests, interviews and investigations as it considers necessary or desirable, shall select the candidates who are qualified for the position or positions in relation to which the competition is conducted.

By subsection 17(1) the Commission shall, from

17. (1) ... among the qualified candidates ... select and place the highest ranking candidates on one or more lists, to be known as eligible lists, as the Commission considers necessary to provide for the filling of a vacancy or anticipated vacancies.

and in establishing such a list in the case of a closed competition the Commission is required by subsection 17(3) to "place the qualified candidates thereon in order of merit."

Finally, broad powers are delegated to the Commission under section 39 of the Act. It reads:

39. In any case where the Commission decides that it is not practicable nor in the best interests of the Public Service to apply this Act or any provision thereof to any position or person or class of positions or persons, the Commission may, with the approval of the Governor in Council, exclude such position or person or class of positions or persons in whole or in part from the operation of this Act; and the Commission may, with the approval of the Governor in Council, re-apply any of the provisions of this Act to any position or person so excluded.

In pursuance of its powers under section 39, the Commission passed the Exclusion Order. It reads in part:

2. (1) In this Order,

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 toute 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.

Suivant le paragraphe 12(1) [mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 66, art. 10], la Commission peut:

12. (1) ... en déterminant conformément à l'article 10 le principe de l'évaluation du mérite, en ce qui concerne tout poste ou classe de postes, prescrire des normes de sélection visant l'instruction, les connaissances, l'expérience, la langue, la résidence ou toute autre question que la Commission juge nécessaire ou souhaitable, compte tenu de la nature des fonctions à accomplir

Selon le paragraphe 16(1) de la Loi, la Commission doit examiner et étudier toutes les demandes reçues dans le délai fixé pour leur réception, et

16. (1) ... Après avoir considéré les autres documents et tenu les examens, épreuves, entrevues et enquêtes qu'elle estime nécessaires ou désirables, elle doit choisir les candidats ayant les qualités requises pour remplir le poste ou les postes relativement auxquels le concours est tenu.

Suivant le paragraphe 17(1), la Commission doit

17. (1) Parmi les candidats qualifiés ... choisir ceux qui occupent les premiers rangs et placer leurs noms sur une ou plusieurs listes, dites listes d'admissibilité, selon qu'elle l'estime nécessaire pour suppléer à une vacance ou à des vacances anticipées.

et le paragraphe 17(3) oblige la Commission, lorsqu'elle établit une liste d'admissibilité dans le cas d'un concours restreint, à «y inscrire les candidats qualifiés par ordre de mérite».

Enfin, l'article 39 de la Loi confère de vastes pouvoirs à la Commission. Il porte:

39. Si la Commission décide qu'il n'est ni praticable ni dans les meilleurs intérêts de la Fonction publique d'appliquer la présente loi ou une de ses dispositions à un poste, à une personne ou à une classe de postes ou de personnes, elle peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, soustraire ce poste, cette personne ou cette classe de postes ou de personnes, en totalité ou en partie, à l'application de la présente loi. La Commission peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, appliquer de nouveau une disposition quelconque de la présente loi à tout poste ou toute personne ainsi soustraite.

Par application des pouvoirs que lui confère l'article 39, la Commission a adopté le Décret d'exclusion. Il prévoit notamment:

2. (1) Dans le présent décret,

“bilingual position” means a position identified by the deputy head as having duties that require a knowledge and use of both official languages;

“Commission” means the Public Service Commission;

“language training” means basic training, at public expense, in one of the official languages, the nature, duration and location of which is prescribed on an individual basis by the deputy head;

“non-imperative appointment” means an appointment for an indeterminate period, resulting from a request by the deputy head, to a bilingual position that has been identified by the deputy head as not requiring, at the time of the appointment, occupation by a person qualified in the knowledge and use of both official languages.

(2) For the purposes of this Order,

“agreement” means an agreement in writing by which a person qualified in the knowledge and use of only one official language agrees

(a) to demonstrate to the Commission his potential for attaining through language training the knowledge and use of the other official language at the level of proficiency required for a bilingual position,

(b) to undertake to attain, through language training the knowledge and use of the other official language at the level of proficiency required for a bilingual position within the exemption time granted under this Order, and

(c) to be transferred to another position for which he is qualified in all respects in the event that at the end of the exemption time he has not attained the knowledge and use of the other official language at the level of proficiency required for a bilingual position.

4. (1) The following persons are hereby excluded from the operation of section 10 of the Act in so far as a selection standard based on language skills is a basis of assessment in selections for a non-imperative appointment according to merit, namely, persons who qualify in the knowledge and use of one of the official languages at the level of proficiency required for the bilingual position and who

(a) are eligible for language training and submit to the Commission an agreement;

(2) For the purposes of paragraph (1)(a), a person is eligible for language training for the purposes of a bilingual position if,

(a) he demonstrates to the Commission his potential for attaining the knowledge and use of the other official language at the level of proficiency required for the bilingual position, and

(b) since January 1, 1974, he has received in the aggregate less than the maximum language training time prescribed,

and if he has not

(d) through language training, attained a similar or higher level of language proficiency, or

«Commission» désigne la Commission de la Fonction publique;

«cours de langue» désigne les cours de base, dispensés aux frais de l'État, dans l'une des langues officielles, dont la nature, la durée et le lieu sont prescrits pour chaque personne par le sous-chef;

«nomination non impérative» désigne une nomination pour une période indéterminée, faite à la demande du sous-chef, à un poste bilingue qu'il a identifié comme ne nécessitant pas, au moment de la nomination, la connaissance et l'usage des deux langues officielles;

«poste bilingue» désigne un poste identifié par le sous-chef comme poste comportant des fonctions nécessitant la connaissance et l'usage des deux langues officielles.

(2) Aux fins du présent décret,

«engagement» désigne une déclaration écrite par laquelle une personne, ayant la connaissance et l'usage d'une seule des langues officielles, consent

a) à démontrer à la Commission son aptitude à acquérir, au moyen de cours de langue, la connaissance et l'usage de l'autre langue officielle au niveau de compétence requis pour un poste bilingue,

b) à tenter d'acquérir au moyen de cours de langue, la connaissance et l'usage de l'autre langue officielle au niveau de compétence requis pour un poste bilingue, pendant la période d'exemption fixée par le présent décret, et

c) à être mutée à un autre poste pour lequel elle est qualifiée à tous égards, dans le cas où elle n'aurait pas acquis, à l'expiration de la période d'exemption, la connaissance et l'usage de l'autre langue officielle au niveau de compétence requis pour un poste bilingue.

4. (1) Est exclue de l'application de l'article 10 de la Loi, dans les cas où une norme de sélection fondée sur la compétence linguistique constitue un critère d'évaluation en vue d'une nomination non impérative faite selon une sélection établie au mérite, toute personne ayant la connaissance et l'usage d'une seule langue officielle au niveau de compétence requis pour le poste bilingue visé et

a) qui est admissible aux cours de langue et remet un engagement à la Commission;

(2) Aux fins de l'alinéa (1)a), une personne est admissible aux cours de langue en vue d'accéder à un poste bilingue, si

a) elle démontre à la Commission son aptitude à acquérir la connaissance et l'usage de l'autre langue officielle au niveau de compétence requis pour ce poste, et que

b) depuis le 1^{er} janvier 1974, le nombre total d'heures de cours de langues qu'elle a suivies est inférieur au maximum autorisé,

et si

d) elle n'a pas atteint, à la suite de cours de langue, un niveau de compétence linguistique semblable ou supérieur, ou

I will deal with the two major points advanced by the applicant in reverse order. I do not think the provisions of paragraph 4(2)(d) of the Exclusion Order constitute a new and additional qualification for the position in question. In my view, the qualifications spoken of in the statement prepared by the Department go to fitness for appointment. Paragraph 4(2)(d), on the other hand, is concerned with whether a person who is qualified for appointment should be appointed if he has attained through language training, but failed to maintain, a similar or higher level of language proficiency to that required by the position. In this case, as I see it, the applicant did possess the qualifications required for the position. Indeed, the respondent itself found that "he would have been offered an appointment" had it not been for the fact that paragraph 4(2)(d) prevented it.

The primary attack upon the decision is that paragraph 4(2)(d) of the Exclusion Order should not have been applied at all because it violates the principle of "selection according to merit" enshrined in section 10 of the Act and is therefore *ultra vires*. In brief, the applicant here contends that as he was found to be the best-qualified person among all of the available candidates, the Commission was obliged to select him in preference to any other candidate. He argues that if paragraph 4(2)(d) is a barrier to his appointment, it must give way to the principle of selection according to merit. The respondent argues that paragraph 4(2)(d) of the Exclusion Order is valid as falling within the powers of the Commission under section 39 of, *inter alia*, excluding persons "from the operation" of section 10. As I read section 39, it authorizes the Commission to open up to persons the opportunity of appointment to positions which would otherwise be foreclosed to them. The normal operation of section 10 requiring selection according to merit would, for example, bar appointment to a bilingual position of any person who lacked the required level of language proficiency laid down as a job qualification by the prospective employer. Under normal circumstances, that section would oblige the Commission to make its selection from among bilingual candidates only. But, having regard to the overall scheme of the Act, I do not think that the Commission is permitted to disregard the merit principle when making a selection from among persons

J'aborderai dans l'ordre inverse les deux principaux points soulevés par le requérant. Je ne crois pas que les dispositions de l'alinéa 4(2)d) du Décret d'exclusion constituent une condition supplémentaire de candidature pour le poste en cause. À mon avis, les conditions dont il est question dans l'énoncé préparé par le Ministère se rapportent à l'aptitude à être nommé à un poste. En revanche, l'alinéa 4(2)d) vise à déterminer si la personne qui a les qualités requises pour un poste devrait y être nommée si elle a atteint, à la suite de cours de langue, un niveau de compétence linguistique semblable ou supérieur à celui requis pour le poste, mais n'a pas réussi à s'y maintenir. En l'espèce, le requérant possédait selon moi les qualités requises pour ce poste. En fait, l'intimé lui-même a conclu que la nomination aurait été offerte au requérant n'eût été le fait que l'alinéa 4(2)d) l'interdisait.

Le principal motif de contestation de la décision est que l'alinéa 4(2)d) du Décret d'exclusion n'aurait pas dû être appliqué parce qu'il viole le principe de la «sélection établie au mérite» enchâssé à l'article 10 de la Loi et qu'il est, par conséquent, *ultra vires*. Le requérant prétend, en résumé, que, étant donné qu'il avait été jugé le candidat le mieux qualifié, la Commission était obligée de le choisir de préférence à tout autre candidat. Il soutient que si l'alinéa 4(2)d) constitue un obstacle à sa nomination, il doit céder le pas au principe de la sélection établie au mérite. L'intimé allègue pour sa part que l'alinéa 4(2)d) du Décret d'exclusion est valide car il se situe dans les limites des pouvoirs conférés à la Commission par l'article 39, dont notamment celui de soustraire des personnes «à l'application» de l'article 10. Il ressort de la lecture de l'article 39 qu'il autorise la Commission à donner à des personnes la possibilité d'être nommées à des postes auxquels elles n'auraient pu autrement accéder. L'application normale de l'article 10, qui exige la sélection établie au mérite, empêcherait, par exemple, la nomination à un poste bilingue de toute personne n'ayant pas le niveau de compétence linguistique requis, fixé comme condition d'emploi par un employeur éventuel. Dans des circonstances normales, cet article obligerait la Commission à effectuer sa sélection parmi des candidats bilingues seulement. Toutefois, compte tenu de l'ensemble de la Loi, je ne crois pas que la Commission soit autorisée à ne pas tenir compte du principe du mérite lorsqu'elle

qualified for appointment including those benefiting from exclusion made in subsection 4(1) of the Exclusion Order.

The fundamental importance of the merit principle in the selection process under the Act has been recognized by this Court. Indeed, it has been described as "the dominant objective and consideration . . . and the essential criterion by which the exercise of powers under the Act is to be judged".³ That view is in accord with the general scheme of the Act which requires that selections be made from among "qualified" persons or candidates on the basis of merit. Such persons are qualified if they meet the job qualifications laid down by the prospective employer. The Commission is to make its selection on the basis of merit or, as it was recently described by this Court, it is to select "from among candidates who have qualifications required by the department the candidate who is best qualified for the position and . . . to appoint him to it".⁴

In my view, paragraph 4(2)(d) goes beyond the powers granted to the Commission under section 39. It purports to deny appointment to the best-qualified person not on the basis that he may lack the required job qualifications but because of failure to maintain proficiency in the second official language at least at the level earlier attained at public expense. However good the reason may be for introducing into the statutory scheme that particular bar to appointment, it could only be done by or with the authority of Parliament. That authority is not expressly conferred by section 39 and I do not think we should construe that section so as to include it when, to do so, would permit a fundamental feature of the Act to be overridden, namely, the principle of selection according to merit.⁵ In my view, such a result cannot be sanctioned unless the language of the statute clearly requires it.

effectue une sélection parmi les personnes ayant les qualités requises pour un poste, y compris celles qui bénéficient de l'exclusion prévue au paragraphe 4(1) du Décret d'exclusion.

^a La Cour reconnaît l'importance fondamentale du principe du mérite dans le processus de sélection prévu par la Loi. En fait, elle l'a décrit comme étant «l'objectif principal . . . et le critère essentiel d'appréciation de l'exercice des pouvoirs conférés par la Loi»³. Cette façon de voir respecte l'économie générale de la Loi qui exige que les sélections soient faites au mérite parmi les personnes ou candidats «qualifiés». Ces personnes sont qualifiées lorsqu'elles satisfont aux conditions d'emploi fixées par l'employeur éventuel. La Commission doit faire sa sélection en se fondant sur le mérite ou, comme l'a récemment expliqué la Cour, elle doit choisir «parmi les candidats possédant les qualités requises par le Ministère le candidat le mieux qualifié pour le poste et le nommer à ce poste»⁴.

^e À mon avis, l'alinéa 4(2)d) va plus loin que les pouvoirs conférés à la Commission par l'article 39. Il vise à empêcher la nomination de la personne la mieux qualifiée non pas parce qu'il est possible qu'elle ne satisfasse pas aux conditions d'emploi fixées, mais parce qu'elle n'a pas réussi à se maintenir à un niveau de compétence dans l'autre langue officielle égal à celui qu'elle avait atteint auparavant grâce aux cours dispensés aux frais de l'État. Quelle que puisse être la raison justifiant l'introduction dans la loi de cet obstacle à une nomination, cela ne pouvait être fait que par le législateur fédéral ou avec son approbation. L'article 39 ne confère pas expressément ce pouvoir, et je ne crois pas qu'on puisse l'interpréter comme contenant un tel pouvoir, puisque cela équivaldrait à permettre une dérogation à une disposition fondamentale de la Loi, c'est-à-dire le principe de la sélection établie au mérite⁵. J'estime qu'on ne peut

³ *Bambrough v. Appeal Board established by The Public Service Commission*, [1976] 2 F.C. 109 (C.A.), per Le Dain J. at p. 115.

⁴ *The Queen v. Ricketts*, judgment dated October 31, 1983, Federal Court, Appeal Division, A-807-82, not yet reported, per Thurlow C.J. at p. 3. And see also *Delanoy v. Public Service Commission Appeal Board*, [1977] 1 F.C. 562 (C.A.), per Ryan J. at p. 563.

⁵ *R. v. Belanger* (1916), 54 S.C.R. 265, at pp. 268, 269; *Minister of Health v. The King*, [1931] A.C. 494 (H.L.), at p. 503.

³ *Bambrough c. Un Comité d'appel établi par la Commission de la Fonction publique*, [1976] 2 C.F. 109 (C.A.), le juge Le Dain à la p. 115.

⁴ *La Reine c. Ricketts*, jugement en date du 31 octobre 1983, Division d'appel de la Cour fédérale, A-807-82, encore inédit, le juge en chef Thurlow à la p. 3. Voir aussi *Delanoy c. Le Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*, [1977] 1 C.F. 562 (C.A.), le juge Ryan à la p. 563.

⁵ *R. v. Belanger* (1916), 54 R.C.S. 265, aux pp. 268 et 269; *Minister of Health v. The King*, [1931] A.C. 494 (H.L.), à la p. 503.

For the foregoing reasons, I think that paragraph 4(2)(d) of the Exclusion Order was not validly made and that the respondent erred in applying it. I would refer the matter back to the respondent on the basis that it reconsider the applicant's appeal and dispose of it without having any regard to the provisions of paragraph 4(2)(d) of the Exclusion Order.

sanctionner un tel résultat à moins que le libellé même des dispositions législatives ne l'exige clairement.

^a Par ces motifs, j'estime que l'alinéa 4(2)d) du Décret d'exclusion n'a pas été valablement établi et que l'intimé a commis une erreur en l'appliquant. Je renverrais l'affaire à l'intimé pour qu'il réexamine l'appel du requérant et se prononce sur celui-ci sans tenir compte des dispositions de l'alinéa 4(2)d) dudit Décret d'exclusion.