

T-1427-89
T-1201-90T-1427-89
T-1201-90**Public Service Alliance of Canada (Plaintiff)****Alliance de la fonction publique du Canada
(demanderesse)**

v.

a

c.

**Her Majesty The Queen in Right of Canada as
represented by the Attorney General of Canada
and the Public Service Commission (Defendant)**

b

**Sa Majesté la Reine du Chef du Canada,
représentée par le procureur général du Canada
et la Commission de la fonction publique
(défenderesse)***INDEXED AS: PSAC v. CANADA (PUBLIC SERVICE
COMMISSION) (T.D.)*

c

*RÉPERTORIÉ: AFPC c. CANADA (COMMISSION DE LA
FONCTION PUBLIQUE) (1^{re} INST.)*Trial Division, Rouleau J.—Ottawa, January 8 and
30, 1992.Section de première instance, juge Rouleau—Ottawa,
8 et 30 janvier 1992.*Public Service — Selection process — Merit principle —
Governor in Council approving Public Service Commission
Order exempting lateral transfers from competition and
appeals — Whether ultra vires — Transfers “appointments”
within Act — Public Service Employment Act, s. 41 permitting
Commission to exempt persons or positions with approval of
Governor in Council — Merit principle not to be avoided eas-
ily — Orders under s. 41 to be made in strict compliance with
provisions — Because of excessive breadth, Order not in com-
pliance.*

d

*Fonction publique — Procédure de sélection — Principe du
mérite — Le gouverneur en conseil a approuvé le Décret
adopté par la Commission de la fonction publique, qui vise à
exempter les mutations des concours et des appels — Est-il
ultra vires? — Les mutations constituent des «nominations» au
sens de la Loi — L'art. 41 de la Loi sur l'emploi dans la fon-
ction publique permet à la Commission d'exempter des per-
sonnes ou des postes avec l'approbation du gouverneur en
conseil — Le principe du mérite ne peut être facilement con-
tourné — Tout décret adopté conformément à l'art. 41 doit en
respecter strictement les dispositions — Puisqu'il est excessi-
vement général, le décret ne respecte pas l'art. 41.*

e

This was an application for a declaration that certain statu-
tory instruments purporting to be made under the authority of
the *Public Service Employment Act*, the *Transfer Exclusion
Approval Order* and *Transfer Regulations*, are *ultra vires*.

f

Il s'agit d'une requête en vue d'obtenir un jugement décla-
rant que le *Décret d'exemption concernant les mutations* et le
Règlement sur les mutations, des textes réglementaires présu-
mément adoptés en vertu de la *Loi sur l'emploi dans la fon-
ction publique*, sont *ultra vires*.

On March 15, 1990, the Governor in Council, upon the recom-
mendation of the Public Service Commission, approved a
Transfer Exclusion Approval Order which removed lateral
transfers from the normal requirement of appointment by com-
petition: any person already at the level at which a position was
classified could, if otherwise qualified, be appointed to that
position without right of appeal.

g

Le 15 mars 1990, sur une recommandation de la Commis-
sion de la fonction publique, le gouverneur en conseil a
approuvé le *Décret d'exemption concernant les mutations* qui
exemptait les mutations latérales des exigences normales d'une
nomination faite suite à un concours: une personne se situant
déjà au niveau auquel le poste a été classifié pourrait, si elle
était par ailleurs compétente, être nommée à ce poste sans qu'il
soit possible d'en appeler.

Held, the application should be allowed.

Jugement: la requête devrait être accueillie.

The merit principle for appointment to and within the Public
Service is enacted by section 10 of the *Public Service Employ-
ment Act*. Section 21 gives every person whose opportunity for
advancement has been prejudicially affected by an appoint-
ment the right to appeal that appointment. A lateral transfer
constitutes an appointment. Section 41 of the Act permits the
Commission, with the approval of the Governor in Council, to
exclude any person or position from the operation of the Act.

i

L'article 10 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*
prévoit que les nominations internes et externes à des postes de
la fonction publique se font selon le principe du mérite. L'ar-
ticle 21 accorde un droit d'appel à l'employé qui croit que ses
chances d'avancement ont été amoindries par une nomination.
Une mutation latérale constitue une nomination. L'article 41
de la Loi permet à la Commission, avec l'approbation du gou-
verneur en conseil, d'exempter une personne ou un poste de
l'application de la Loi.

j

The Order would permit an employee to be transferred to a job in another department without being determined to be the best qualified for the job. This could prejudicially affect the opportunities of others, since a transfer can constitute a positive career move. The Order departs substantially from the merit principle, since the basis for selection is not whether the candidate is "the best qualified", but only whether the candidate is qualified. Sections 10 and 21 of the Act, specifically legislated for the maintenance of the merit principle, cannot be easily avoided. An Order made pursuant to section 41 must be made in strict compliance with its provisions. The impugned Order is directed at a type of appointment, and could, in theory, apply to every public servant who belonged to the same occupational group, regardless of department. Because of their potentially broad application, the Order and Regulations do not comply with section 41 and are therefore *ultra vires*.

The Commission does in some instances require more flexibility, but that is a problem for Parliament, not for the Commission or the Court.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 10, 21, 37(1), 41.
Public Service Official Languages Exclusion Approval Order, SOR/81-787, s. 4.
Transfer Exclusion Approval Order, SOR/90-181.
Transfer Exclusion Order, SOR/89-305.
Transfer Regulations, SOR/89-305.
Transfer Regulations, SOR/90-181.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Guy v. Public Service Commission Appeal Board, [1984] 2 F.C. 369; (1984), 8 D.L.R. (4th) 628; 55 N.R. 105 (C.A.).

CONSIDERED:

Wilkinson v. Canada (Public Service Commission Appeal Board), A-490-84, Hugessen J.A., judgment dated 29/11/84, F.C.A., not reported.

REFERRED TO:

Attorney General of Canada v. Greaves, [1982] 1 F.C. 806; (1982), 40 N.R. 429 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1982] 1 S.C.R. v; (1982), 42 N.R. 176.

COUNSEL:

Andrew J. Raven for plaintiff.
Edward R. Sojonky for defendant.

Le Décret permettrait qu'un employé soit muté à un emploi dans un autre ministère sans qu'on l'ait désigné comme le mieux qualifié pour l'emploi. Ce processus pourrait amoindrir les chances d'autres employés puisqu'une mutation peut constituer un changement de carrière profitable. Le Décret déroge considérablement du principe du mérite puisque la sélection n'est pas faite en fonction du candidat «le mieux qualifié», mais plutôt en fonction du candidat «compétent». Les articles 10 et 21 de la Loi, précisément adoptés en vue de maintenir le principe du mérite, ne peuvent être facilement contournés. Tout décret adopté conformément à l'article 41 doit en respecter strictement les dispositions. Le décret attaqué vise une catégorie de nomination et, en théorie, il pourrait s'appliquer à tout fonctionnaire appartenant au même groupe professionnel, sans égard au ministère dont il relève. Puisqu'ils peuvent potentiellement recevoir une application large, le Décret et le Règlement ne respectent pas l'article 41 et, par conséquent, ils sont *ultra vires*.

La Commission a besoin, dans certains cas, de plus de souplesse, mais ce conflit relève non pas de la Commission ou de la Cour, mais du Parlement.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique, DORS/81-787, art. 4.
Décret d'exemption concernant les mutations, DORS/89-305.
Décret d'exemption concernant les mutations, DORS/90-181.
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-33, art. 10, 21, 37(1), 41.
Règlement sur les mutations, DORS/89-305.
Règlement sur les mutations, DORS/90-181.

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE AVEC:

Guy c. Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique, [1984] 2 C.F. 369; (1984), 8 D.L.R. (4th) 628; 55 N.R. 105 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Wilkinson c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la fonction publique), A-490-84, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 29-11-84, C.A.F., non publié.

DÉCISION CITÉE:

Procureur général du Canada c. Greaves, [1982] 1 C.F. 806; (1982), 40 N.R. 429 (C.A.); autorisation d'en appeler à la C.S.C. refusée [1982] 1 R.C.S. v; (1982), 42 N.R. 176.

AVOCATS:

Andrew J. Raven pour la demanderesse.
Edward R. Sojonky pour la défenderesse.

SOLICITORS:

*Soloway, Wright, Ottawa, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.*

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROULEAU J.: The Public Service Commission of Canada (hereinafter referred to as "the Commission") approved certain "transfer exclusion legislation" designed to provide more flexibility for transfers within the Public Service. The plaintiff attacks this Order and the amending Regulations on the grounds that they are too broad in so far as they deprive too many public servants of an opportunity for advancement based on merit as well as seriously curtailing their right of appeal.

Two actions were initiated on behalf of the plaintiff seeking a declaration that the *Transfer Exclusion Approval Order* and the *Transfer Regulations* (P.C. 1990-513, SOR/90-181) are contrary to section 41 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, and are therefore *ultra vires*.

Initially, on June 8, 1989, the Governor in Council, acting on the recommendation of the Commission, approved *Transfer Exclusion Order* and the *Transfer Regulations* (P.C. 1989-1093, SOR/89-305), which came into force June 12, 1989. On July 11, 1989, the Public Service Alliance commenced its first action in this Court (Court file no. T-1427-89), seeking a declaration that this Order and the accompanying Regulations were *ultra vires* the Governor in Council and the Commission.

Because of the plaintiff's initiative, the defendant revoked this Order and the Regulations, and on March 15, 1990, approved an amended *Transfer Exclusion Approval Order* and *Transfer Regulations* (SOR/90-181). The purpose and intent of the new Order and Regulations was the same as the ones they replaced, the only difference being that the new Order provided "technical precision" lacking in the previous legislation. The Alliance commenced this

PROCUREURS:

*Soloway, Wright, Ottawa, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.*

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

LE JUGE ROULEAU: La Commission de la fonction publique du Canada (ci-après appelée «la Commission») a approuvé une certaine «législation d'exemption concernant les mutations» visant à accorder plus de flexibilité à l'égard des mutations dans la fonction publique. La demanderesse s'en prend à ce Décret et au Règlement modificatif pour le motif qu'ils sont trop larges dans la mesure où ils privent un trop grand nombre de fonctionnaires d'une chance d'avancement établie sur le mérite en plus de restreindre considérablement le droit d'appel de ces derniers.

La demanderesse a introduit deux actions en vue d'obtenir un jugement qui déclarerait que le *Décret d'exemption concernant les mutations* et le *Règlement sur les mutations* (C.P. 1990-513, DORS/90-181) sont contraires à l'article 41 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), chap. P-33, et qu'ils sont par conséquent *ultra vires*.

Les événements remontent au 8 juin 1989, date à laquelle, sur une recommandation de la Commission, le gouverneur en conseil a approuvé le *Décret d'exemption concernant les mutations* et le *Règlement sur les mutations* (C.P. 1989-1093, DORS/89-305), entrés en vigueur le 12 juin 1989. Le 11 juillet 1989, l'Alliance de la fonction publique a introduit sa première action devant cette Cour (n° du greffe T-1427-89), afin que le Décret et le Règlement connexe soient déclarés *ultra vires* du gouverneur en conseil et de la Commission.

La défenderesse a, en raison de l'initiative de la demanderesse, abrogé le Décret et le Règlement, et, le 15 mars 1990, elle a approuvé et modifié le *Décret d'exemption concernant les mutations* et le *Règlement sur les mutations* (DORS/90-181). L'objectif des nouveaux Décret et Règlement demeurait le même que celui des mesures abrogées, la seule différence tenant à ce que le nouveau Décret apportait des «précisions d'ordre technique» absentes dans la légis-

second action on May 4, 1990. Since the 1989 Order and Regulations were expressly revoked, the first action in this matter is now moot, however the issues presented are technically the same. This Order reads as follows:

PUBLIC SERVICE EMPLOYMENT ACT

Transfer Exclusion Approval Order

Transfer Regulations

P.C. 1990-513 15 March, 1990

Whereas the Public Service Commission has decided that it is not practicable nor in the best interests of the Public Service

(a) to apply section 10 of the Public Service Employment Act, in relation to qualifications other than language skills, to any position to which a person is to be or is appointed on an indeterminate basis from within the Public Service and the appointment does not or will not result in a change of tenure or occupational group or sub-group or in an increase in level of the person; and

(b) to apply section 21 of the Public Service Employment Act to all persons who, but for this Order, would have a right to appeal against the appointment or proposed appointment on an indeterminate basis of any person to a position where the appointment does not or will not result in a change of tenure or occupational group or sub-group or in an increase in level of the person;

Therefore, His Excellence the Governor General in Council, (a) on the recommendation of the Secretary of State, is pleased hereby pursuant to subsection 41(2) of the Public Service Employment Act, to approve the revocation by the Public Service Commission of the order excluding employees, other than employees in the management category, from the operation of section 10, except to the extent that language skills are a basis of assessment in selections for appointment, and section 21 of the Public Service Employment Act on their appointment for an indeterminate period where such appointments do not result in a change in tenure or in occupational group or sub-group or in an increase in level of those employees approved by Order in Council P.C. 1989-1903 of June 8, 1989 (SOR/89-305, 1989 *Canada Gazette* Part II, p. 3017) and in consequence thereof to revoke the said Order in Council; and is pleased hereby pursuant to subsection 41(1) of the Public Service Employment Act, to make in substitution therefor the annexed Order approving the exclusion by the Public Service Commission of certain positions from the operation of section 10 in relation to qualifications other than language skills, and of certain persons from the operation of section 21 of the Public Service Employment Act; and

l'Alliance a introduit sa deuxième action le 4 mai 1990. Le Décret et le Règlement de 1989 étant expressément abrogés, la première action de la présente affaire est maintenant hypothétique, bien que les questions en litige présentées soient techniquement les mêmes. Ce Décret porte que:

LOI SUR L'EMPLOI DANS LA FONCTION PUBLIQUE

Décret d'exemption concernant les mutations

Règlement sur les mutations

C.P. 1990-513 15 mars 1990

Attendu que la Commission de la fonction publique estime qu'il est difficilement réalisable et contraire aux intérêts de la fonction publique

a) d'appliquer l'article 10 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique, relativement aux qualités autres que la compétence linguistique, à tout poste auquel une personne choisie au sein de la fonction publique est sur le point d'être nommée ou est nommée pour une période indéterminée et la nomination n'entraîne ou n'entraînera aucune modification de la durée des fonctions ou du groupe ou sous-groupe professionnel et aucune augmentation du niveau de cette personne;

b) d'appliquer l'article 21 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique aux personnes qui, si ce n'était du présent décret, auraient un droit d'appel relativement à la nomination proposée pour une période indéterminée de toute personne à un poste où la nomination n'entraîne ou n'entraînera aucune modification de la durée des fonctions ou du groupe ou sous-groupe professionnel et aucune augmentation du niveau de cette personne;

À ces causes,

a) sur avis conforme du Secrétaire d'État, il plaît à Son Excellence le Gouverneur général en conseil d'approuver l'abrogation, en vertu du paragraphe 41(2) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique, par la Commission de la fonction publique, du Décret visant à exempter de l'application de l'article 10, sauf dans la mesure où la compétence linguistique constitue un critère d'évaluation pour la sélection en vue d'une nomination, et de l'article 21 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique des fonctionnaires qui ne font pas partie de la catégorie de la gestion lors de leur nomination pour une période indéterminée lorsque cette nomination n'entraîne aucune modification de la durée de leurs fonctions ou de leur groupe ou sous-groupe professionnel et aucune augmentation de leur niveau approuvé par le décret C.P. 1989-1093 du 8 juin 1989 (DORS/89-305, *Gazette du Canada* Partie II, 1989, p. 3017) et en conséquence d'abroger ledit décret; et il plaît à Son Excellence le Gouverneur général en conseil de prendre en remplacement, en vertu du paragraphe 41(1) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique, le Décret approuvant l'exemption par la Commission de la fonction publique de certains postes de l'application de l'article 10 relativement aux qualités autres

(b) on the recommendation of the Secretary of State and the Public Service Commission is pleased hereby pursuant to subsection 37(1) of the Public Service Employment Act, to revoke the Regulations respecting the appointment of employees, other than employees in the management category, on their appointment for an indeterminate period where such appointments do not result in a change in tenure or occupational group or sub-group or in an increase in level of those employees, P.C. 1989-1903 of June 8, 1989 (SOR/89-305, 1989 *Canada Gazette* Part II, p. 3017); and is pleased hereby pursuant to subsection 37(1) of the Public Service Employment Act, to make in substitution therefor the annexed Regulations respecting the appointment or proposed appointment on an indeterminate basis of a person to a position where the appointment does not or will not result

The effect of this Exclusion Order is described in the Regulatory Impact Analysis Statement accompanying the Order:

The *Transfer Exclusion Approval Order* and regulations exclude certain positions and certain persons from certain provisions of the *Public Service Employment Act*. The purpose of this exclusion is to simplify the approach of moving employees within their occupational group and sub-group, to new positions that are at the same or lower level. In these instances, these transfers can be made without the appointments being subject to appeal by other employees and without having to demonstrate the relative qualification of one individual over another. Employees who are transferred must consent to the move and meet the requirements of the position, including the applicable language, medical, security and occupational certification qualifications. [Emphasis added.]

Historically, the merit principle lies at the heart of the *Public Service Employment Act*. The Commission is responsible for staffing the federal Public Service and, in exercising this function, it acts as Parliament's agent in ensuring that the merit principle is upheld.

Two sections within the legislation were purposely enacted to provide safeguards. Section 10 of the *Public Service Employment Act* dictates that appointments to or from within the Public Service are to be based on selection according to merit in order that the best qualified and most suitable candidate is selected for appointment. It reads:

que la compétence linguistique, et de certaines personnes de l'application de l'article 21 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique, ci-après;

b) sur avis conforme du Secrétaire d'État et de la Commission de la fonction publique, il plaît à Son Excellence le Gouverneur général en conseil d'abroger, en vertu du paragraphe 37(1) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique le Règlement concernant la nomination pour une période indéterminée des fonctionnaires qui ne font pas partie de la catégorie de la gestion, lorsque cette nomination n'entraîne aucune modification de la durée des fonctions ou du groupe ou sous-groupe professionnel et aucune augmentation du niveau de ces fonctionnaires, C.P. 1989-1093 du 8 juin 1989 (DORS/89-305, *Gazette du Canada* Partie II, 1989, p. 3017); et il plaît à Son Excellence le Gouverneur général en conseil de prendre en remplacement, en vertu du paragraphe 37(1) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique, le Règlement concernant la nomination ou la nomination proposée pour une période indéterminée d'une personne à un poste où la nomination n'entraîne ou n'entraînera . . .

Le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation accompagnant le Décret précise l'effet de ce décret d'exemption:

Le Décret d'exemption concernant les mutations et le règlement connexe exemptent certains postes et certaines personnes de l'application de certaines dispositions de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique. L'objet du décret est de simplifier l'approche en matière de déplacement des fonctionnaires, au sein du même groupe et sous-groupe professionnel, à des postes de niveau équivalent ou inférieur. Ces mutations peuvent alors être effectuées sans droit d'appel pour les autres fonctionnaires et sans qu'il soit nécessaire de comparer la compétence relative des divers intéressés. Les fonctionnaires en question doivent accepter d'être mutés et satisfaire aux exigences du poste, y compris les exigences linguistiques et celles relatives à l'examen médical, à l'enquête de sécurité et à l'accréditation professionnelle. [C'est moi qui souligne.]

Historiquement, le principe du mérite est le fondement de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. La Commission est responsable de la dotation de la fonction publique fédérale et, dans l'exercice de cette fonction, elle agit à titre de mandataire du Parlement en voyant au respect du principe du mérite.

La Loi renferme deux articles adoptés dans le but d'apporter des garanties à cet effet. L'article 10 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* prévoit que les nominations internes ou externes à des postes de la fonction publique doivent se faire sur la base d'une sélection fondée sur le mérite afin que le candidat le mieux qualifié et le mieux adapté soit nommé. Il porte que:

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.

Section 21 of the Act gives an employee who feels that the merit principle was not applied with respect to any particular appointment a right to appeal. It provides:

21. (1) Where a person is appointed or is about to be appointed under this Act and the selection of the person for appointment was made from within the Public Service, every unsuccessful candidate, in the case of selection by closed competition, or, in the case of selection without competition, every person whose opportunity for advancement, in the opinion of the Commission, has been prejudicially affected, may, within such period as the Commission prescribes, appeal against the appointment to a board established by the Commission to conduct an inquiry at which the person appealing and the deputy head concerned, or their representatives, shall be given an opportunity to be heard.

(Note: The Court of Appeal in *Wilkinson v. Canada (Public Service Commission Appeal Board)* (A-490-84, Hugessen J.A., judgment dated November 29, 1984, unreported) determined that a "lateral transfer" made in order to fill a vacancy in a position in the Public Service constitutes an "appointment" within the meaning of the *Public Service Employment Act*.)

In addition to sections which provide protection for public servants, Parliament also saw fit to allow the Commission certain flexibility and this is achieved through exclusion orders and regulations authorized pursuant to sections 37 and 41 of the Act which read as follows:

37. (1) The Governor in Council, on the recommendation of the Commission, may make regulations prescribing how positions or persons, wholly or partly excluded under section 41, shall be dealt with.

. . .

41. (1) In any case where the Commission decides that it is not practicable or 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 that position or person or class of positions or persons in whole or in part from the operation of this Act.

10. Les nominations internes ou externes à des postes de la fonction publique se font sur la base d'une sélection fondée sur le mérite, selon ce que détermine la Commission, et à la demande de l'administrateur général intéressé, soit par concours, soit par tout autre mode de sélection du personnel fondé sur le mérite des candidats que la Commission estime le mieux adapté aux intérêts de la fonction publique.

L'article 21 de la Loi accorde un droit d'appel à l'employé qui croit que le principe du mérite n'a pas été appliqué lors d'une nomination particulière. Il porte que:

21. (1) Tout candidat non reçu à un concours interne ou, s'il n'y a pas eu concours, toute personne dont les chances d'avancement sont, selon la Commission, amoindries par une nomination interne, déjà effective ou en instance, peut, dans le délai imparti par la Commission, en appeler devant un comité chargé par celle-ci de faire une enquête, au cours de laquelle l'appelant et l'administrateur général en cause, ou leurs représentants, ont l'occasion de se faire entendre.

(Remarque: Dans l'arrêt *Wilkinson c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la fonction publique)* (A-490-84, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 29-11-84, non publié), la Cour d'appel a statué qu'une «mutation latérale» visant à combler un poste vacant au sein de la fonction publique constitue une «nomination» au sens de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*.)

Outre les articles accordant une certaine protection aux fonctionnaires, le Parlement a également jugé opportun d'accorder à la Commission une certaine flexibilité atteinte par l'entremise des décrets d'exemption et des règlements autorisés conformément aux articles 37 et 41 de la Loi, ainsi libellés:

37. (1) Sur recommandation de la Commission, le gouverneur en conseil peut, par règlement, statuer sur le sort des postes ou des personnes qui tombent sous le coup de l'exemption totale ou partielle prévue à l'article 41.

. . .

41. (1) Avec l'approbation du gouverneur en conseil, la Commission peut exempter un poste, une personne ou une catégorie de postes ou de personnes de l'application de tout ou partie de la présente loi, si elle estime pareille application difficilement réalisable et contraire aux intérêts de la fonction publique.

(2) 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 excluded pursuant to subsection (1). [Emphasis added.]

The plaintiff submits that this Exclusion Order (SOR/90-181) would allow lateral transfers without competition and could ignore the “best qualified” principle and that should a public servant who is either “qualified” or “best qualified” be overlooked, he or she would lose the protection of the safeguards built into the Act pursuant to sections 10 and 21. It is further suggested that the wording of the *Transfer Exclusion Approval Order* is deliberately broad and vague. In light of section 41, it fails to specifically delineate “positions” or “persons” or “class of positions” or “persons”; it is in fact an exclusion order providing the Commission with unrestricted discretion.

Counsel for the defendant took the position that the *Transfer Exclusion Approval Order* was specific and met the test of complying with section 41 of the Act. He argued that statutory interpretation of the word “any” in the context of section 41 could mean “all” or “every”. In support, he suggests that the Federal Court of Appeal in *Guy v. Public Service Commission Appeal Board*, [1984] 2 F.C. 369 (C.A.), allowed the Commission to exclude any person or position from the application of the Act through an exclusion order of general application. He submits that for practical purposes, and for the sake of flexibility, the Commission should be permitted liberal transfer authority since it was in the best interest of the Public Service that this discretion be available.

I cannot agree with the defendant’s position either with respect to flexibility, statutory interpretation or the suggestion that the Court of Appeal permitted the Commission such broad authority in its reasons for judgment in *Guy v. Public Service Commission Appeal Board*, *supra*. It is a well-known principle of statutory interpretation that in construing a provision of any Act of Parliament, regard must be had to the object of the legislation as a whole. If I were to accept the submission that “any” can mean “all” in

(2) La Commission peut, avec l’approbation du gouverneur en conseil, annuler, en tout ou partie, les exemptions accordées au titre du paragraphe (1). [C’est moi qui souligne.]

La demanderesse soutient que ce décret d’exemption (DORS/90-181) permettrait des mutations latérales sans concours et pourrait ne pas tenir compte du principe du candidat le «mieux qualifié» et que, si la candidature du fonctionnaire «compétent» ou le «mieux qualifié» était rejetée, ce dernier perdrait alors la protection des garanties reconnues dans la Loi conformément aux articles 10 et 21. La demanderesse prétend également que le libellé du *Décret d’exemption concernant les mutations* est délibérément général et imprécis. Compte tenu de l’article 41, il omet de définir précisément un «poste» ou une «personne» ou une «catégorie de postes» ou «de personnes»; en fait, il confère à la Commission un pouvoir discrétionnaire illimité.

L’avocat de la défenderesse a prétendu que le *Décret d’exemption concernant les mutations* était précis et qu’il respectait l’article 41 de la Loi. Il a soutenu que selon les règles d’interprétation législative, les termes «un» ou «une» dans le contexte de l’article 41 pouvaient signifier «tout» ou «chaque». À l’appui de cette prétention, il a mentionné que la Cour d’appel fédérale, dans l’arrêt *Guy c. Comité d’appel de la Commission de la Fonction publique*, [1984] 2 C.F. 369 (C.A.), a permis à la Commission d’exempter toute personne ou tout poste de l’application de la Loi au moyen d’un décret d’exemption d’application générale. Il soutient qu’à des fins pratiques, et pour qu’elle puisse faire preuve d’une certaine flexibilité, la Commission devrait recevoir un pouvoir de mutation étendu puisqu’il est dans l’intérêt de la fonction publique que ce pouvoir discrétionnaire soit accordé.

Je ne peux partager l’avis de la défenderesse à l’égard de la flexibilité, de l’interprétation législative ou de la prétention selon laquelle la Cour d’appel a accordé à la Commission un pouvoir aussi étendu dans les motifs de son jugement prononcés dans l’affaire *Guy c. Comité d’appel de la Commission de la Fonction publique*, précitée. Il existe un principe d’interprétation législative bien connu selon lequel la disposition d’une loi du Parlement doit être interprétée en fonction de l’objectif général de la législation.

the context of section 41, then I would be defeating the whole purpose and object of the *Public Service Employment Act* which is to ensure that appointments to the Public Service are made on the basis of merit. The Commission could then enact one all encompassing exclusion order which could amount to abuse of the merit principle and completely avoid the safeguards which Parliament intended.

I would now like to refer to what I consider to be the proper analysis of *Guy v. Public Service Commission Appeal Board*, *supra*. In that particular case an individual had applied by way of closed competition for a position in the Public Service classified as "Bilingual non-imperative". The relevant provisions of the *Public Service Official Languages Exclusion Approval Order* [SOR/81-787] applicable in the case were the following:

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 purpose 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, . . . [Emphasis added.]

The applicant had been offered the position, however having failed to meet the language requirements, he was denied the appointment. He had previously received language training, had achieved the required level but subsequently lost his competency. He

Si j'acceptais la prétention selon laquelle «un» ou «une» peut signifier «tout» dans le contexte de l'article 41, j'irais alors à l'encontre de l'objectif général de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* qui vise à assurer l'application du principe du mérite lors des nominations dans la fonction publique. La Commission pourrait alors adopter un seul décret d'exemption général qui risquerait de bafouer le principe du mérite et de contourner complètement les garanties que le Parlement désirait accorder.

J'aimerais maintenant faire mention de ce que je crois être la juste analyse de l'arrêt *Guy c. Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*, précité. Dans cette affaire, une personne s'est portée candidate à un concours restreint pour un poste dans la fonction publique coté «Bilingue, nomination non impérative». Les dispositions pertinentes du *Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique* [DORS/81-787] applicables dans cette affaire étaient les suivantes:

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, . . . [C'est moi qui souligne.]

On avait offert le poste au requérant, mais comme il n'a pas satisfait aux exigences linguistiques, on lui a refusé la nomination. Il avait déjà suivi des cours de langue et avait atteint le niveau de compétence requis avant de retomber à un niveau inférieur. Il a demandé

sought an order declaring paragraph 4(2)(d) *ultra vires* as violating the merit principle. The Court of Appeal dismissed the application on the grounds that the Order was validly made pursuant to section 39 [R.S.C. 1970, c. P-32] of the Act (now section 41). Hugessen J.A., speaking for the majority of the Court, determined that paragraph 4(2)(d) of the Order excluded the applicant. He found that the language of the Exclusion Order intended that a person previously trained at public expense to meet a level of language proficiency and who subsequently fell below that level, should not be entitled to an exclusion from the language requirement of a position while they obtained further language training at public expense. As I read the Court's reasoning, it was because of the precision in wording of the Exclusion Order that the Court found that it fell within the parameters of the then section 39, now section 41 of the Act.

Dozens of exclusion orders were filed in these proceedings and there is no doubt that in all cases they refer to specific positions or persons which permit the Commission to approve appointments excluding them from the operation of the Act.

On reading the present Order, it is clear that it would permit the Commission to transfer a public servant from one job to another in a different department, without having been determined to be the "best qualified" for the job. No right of appeal would be available to any other employee nor to anyone believing that his or her opportunities for advancement had been prejudicially affected. An example given to me was that of a payroll clerk, a member of the CR group, employed with the National Energy Board could conveniently be transferred to the Department of Revenue.

On the facts and evidence adduced, I am satisfied that there may very well be employees who feel that their opportunities may have been prejudicially affected by such a transfer. It must be remembered that a transfer can constitute a positive career move notwithstanding the fact that there is no change in occupational group, level, term of employment or

une ordonnance déclarant l'alinéa 4(2)d) *ultra vires* parce qu'il violait le principe du mérite. La Cour d'appel a rejeté la requête pour les motifs que le Décret avait été valablement adopté conformément à l'article 39 [S.R.C. 1970, chap. P-32] de la Loi (maintenant l'article 41). Le juge Hugessen, J.C.A., se prononçant au nom de la majorité de la Cour, a statué que l'alinéa 4(2)d) du Décret exemptait le requérant. Il a conclu que, par son libellé, le Décret d'exemption visait à ce que la personne qui a suivi des cours dispensés aux frais de l'État afin d'atteindre un certain niveau de compétence linguistique, mais qui tombe par la suite à un niveau inférieur, ne devrait pas avoir le droit de bénéficier de l'exclusion quant aux exigences linguistiques d'un poste pendant qu'elle suit d'autres cours de langue dispensés aux frais de l'État. Si je comprends bien le raisonnement de la Cour, c'est en raison de la précision du libellé du Décret d'exemption qu'elle a conclu qu'il se situait dans les limites de l'article 39 d'alors, maintenant 41, de la Loi.

Des douzaines de décrets d'exemption ont été déposés lors de cette instance, et il n'y a aucun doute que dans tous les cas, ils renvoient à des personnes ou à des postes précis, ce qui permet à la Commission d'approuver des nominations en les exemptant de l'application de la Loi.

Il ressort clairement de la lecture du présent Décret que celui-ci permettrait à la Commission de muter un fonctionnaire d'un emploi à un autre dans un autre ministère, sans qu'on l'ait désigné comme le «mieux qualifié» pour l'emploi. Aucun droit d'appel ne serait disponible à aucun autre employé ni à quiconque croyant que ses chances d'avancement en ont été amoindries. On m'a cité l'exemple d'un commis à la paye, membre de la catégorie CR, au service de l'Office national de l'énergie, qui pourrait facilement être muté au ministère du Revenu.

D'après les faits et la preuve présentée, j'estime qu'il est fort possible que des employés aient le sentiment que leurs chances ont été amoindries par une telle mutation. Il faut se rappeler qu'une mutation peut constituer un changement de carrière profitable nonobstant le fait qu'il n'y a aucune modification du groupe professionnel, du niveau, des conditions

remuneration. The Crown's own witness admitted on cross-examination that a transfer could, in some instances, "increase the potential for promotion".

The present *Transfer Exclusion Approval Order* as I read it, departs substantially from the merit principle. According to the Order, the basis for selection is not whether or not a candidate is "the best qualified", but rather whether or not the candidate is "qualified". It removes the right for anyone in the Public Service to appeal the appointment.

I am sympathetic with the Commission's attempts to implement more flexibility in the system. Nevertheless, during the past ten years, the Court has been consistent in upholding merit. It has always maintained that sections 10 and 21 cannot easily be avoided, since these provisions were specifically legislated for the protection of public servants and for the promotion and maintenance of the merit principle.

The Commission has been provided with some discretion to exclude certain persons or positions from the strict requirements of adherence to the merit principle by virtue of sections 37 and 41 of the Act. It follows that any order made pursuant to section 41 must be made in strict compliance with its provisions. Counsel for the plaintiff submits that the Order does not comply with section 41 in that it does not specifically address certain "positions or persons" or "classes of positions or persons". It is undeniably directed at a type of appointment, namely "lateral transfers".

At the present time, when a vacancy occurs, the line manager decides how that position is to be filled, with or without competition. In those cases, every unsuccessful candidate or every person whose opportunities have been prejudicially affected, may appeal. As a result of this new *Transfer Exclusion Approval Order*, if it is pressing to fill a vacancy, and hiring "the best" is not important, the line manager may decide to fill the position by way of a lateral transfer. All he must consider in filling the position is "Is he or she qualified and are they at the same level?" The only recourse for a public servant who may feel that he or she is better qualified, or that their opportunity for advancement has been curtailed, is to file a griev-

d'emploi ou de la rémunération. Le témoin de la Couronne a lui-même admis lors de son contre-interrogatoire qu'une mutation pourrait, dans certains cas, [TRADUCTION] «augmenter les chances de promotion».

À mon avis, le *Décret d'exemption concernant les mutations* en l'espèce déroge considérablement du principe du mérite. Selon le Décret, la sélection n'est pas faite en fonction du candidat «le mieux qualifié», mais plutôt en fonction du candidat «compétent». Il prive tous les fonctionnaires du droit d'en appeler de la nomination.

Je suis sensible aux tentatives de la Commission visant à assouplir le système. Néanmoins, au cours des dix dernières années, la Cour a de façon constante soutenu le principe du mérite. Elle a toujours maintenu que les articles 10 et 21 ne pouvaient être facilement contournés, puisque ces dispositions ont été précisément adoptées en vue de protéger les fonctionnaires et en vue de promouvoir et de maintenir le principe du mérite.

La Commission a reçu un certain pouvoir discrétionnaire lui permettant d'exempter certaines personnes ou postes de l'application stricte du principe du mérite en vertu des articles 37 et 41 de la Loi. Il s'ensuit que tout décret adopté conformément à l'article 41 doit en respecter strictement les dispositions. L'avocat de la demanderesse soutient que le Décret ne respecte pas l'article 41 en ce qu'il ne traite pas précisément de certains «postes ou personnes» ou «catégories de postes ou de personnes». Il vise incontestablement une catégorie de nomination, soit celle des «mutations latérales».

À l'heure actuelle, lorsqu'un emploi est vacant, le gestionnaire hiérarchique décide de la façon dont ce poste sera comblé, avec ou sans concours. Dans ces cas, tout candidat non reçu ou toute personne dont les chances ont été amoindries peut en appeler. Il résulte de ce nouveau *Décret d'exemption concernant les mutations* que s'il est urgent de combler un poste vacant, mais qu'il n'est pas important d'engager «le mieux [qualifié]», le gestionnaire hiérarchique peut décider de combler le poste par mutation latérale. Il n'a alors qu'à se demander: «Le candidat est-il compétent et est-il du même niveau?» Le seul recours offert au fonctionnaire qui a le sentiment d'être mieux qualifié, ou dont les chances d'avancement ont

ance or request an investigation, which remedies were admitted to be generally ineffective.

Counsel pointed out that, because it is the line manager who generally decides how a vacancy within his department is to be filled, it is possible that every opening in the federal Public Service could be staffed by means of lateral transfer. In theory, the *Transfer Exclusion Approval Order* could apply to every public servant who belonged to the same occupational group or level regardless of the department or ministry.

It is my view that because of the potentially broad application of the Order, it does not comply with section 41 and I hereby declare that the *Transfer Exclusion Approval Order* and the *Transfer Regulations* (SOR/90-181) are *ultra vires* the Commission and the Governor in Council.

Having reached this conclusion, I find it unnecessary to consider counsel's submission that the effect of the Order was to subdelegate the authority vested exclusively with the Commission to the line managers.

Having considered the jurisprudence which is consistent in maintaining the merit principle; having had an opportunity to peruse dozens of exclusion orders which are specific in nature; having considered the overall purpose of the enabling legislation and being satisfied that the Commission does in some instances require more flexibility, I am convinced that the problem lies not with the Commission or the Court but with Parliament.

In so finding, I am reminded of the words of Le Dain J.A. in the *Attorney General of Canada v. Greaves*, [1982] 1 F.C. 806 (C.A.) (leave to appeal to S.C.C. denied, [1982] 1 S.C.R. v), at page 812:

I am mindful that the conclusion reached in this case may severely limit the flexibility provided by the power of transfer in the Public Service, to the extent that a particular transfer

été amoindries, est de déposer un grief ou de demander une enquête, deux recours généralement reconnus comme inefficaces.

^a L'avocat a souligné que, puisqu'il revient généralement au gestionnaire hiérarchique de décider comment un poste vacant dans son ministère sera comblé, il serait possible que toutes les vacances dans la fonction publique fédérale soient comblées au moyen d'une mutation latérale. En théorie, le *Décret d'exemption concernant les mutations* pourrait s'appliquer à tout fonctionnaire appartenant au même groupe professionnel ou au même niveau, sans égard ^b au ministère dont il relève. ^c

À mon avis, puisque le Décret peut potentiellement recevoir une application large, il ne respecte pas l'article 41 et, par les présentes, je déclare que le *Décret d'exemption concernant les mutations* et le *Règlement sur les mutations* (DORS/90-181) sont *ultra vires* des pouvoirs de la Commission et du gouverneur en conseil.

^e Compte tenu de cette conclusion, j'estime inutile d'étudier la prétention de l'avocat selon laquelle l'effet du Décret était de sous-déléguer aux gestionnaires hiérarchiques le pouvoir conféré exclusivement à la ^f Commission.

Après avoir étudié la jurisprudence qui, de façon constante, maintient le principe du mérite; après avoir lu attentivement des douzaines de décrets d'exemption précis en eux-mêmes; après avoir étudié l'objectif général de la législation habilitante et étant convaincu que la Commission a besoin, dans certains cas, de plus de souplesse, j'estime que la source de conflit se situe non pas au niveau de la Commission ou de la Cour, mais au niveau du Parlement.

Ma conclusion me rappelle les mots du juge Le Dain, J.C.A., dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Greaves*, [1982] 1 C.F. 806 (C.A.) (autorisation d'appeler à la C.S.C. refusée, [1982] 1 R.C.S. v), à la page 812:

^j Je suis conscient du fait que la conclusion en l'espèce peut limiter sérieusement la flexibilité que permet le pouvoir de mutation au sein de la Fonction publique, dans la mesure où

constitutes an appointment within the meaning of the Act, but if more is required in this regard it should be clearly provided by the legislation. [Emphasis added.]

Costs to the plaintiff.

une mutation précise constitue une nomination au sens de la Loi, mais si on a besoin de plus à cet égard, il faudrait le prévoir expressément dans la loi. [C'est moi qui souligne.]

Les dépens sont adjugés à la demanderesse.