

A-188-73

A-188-73

**Telesphore Demers (Applicant)**

v.

**Attorney General of Canada (Respondent)**

Court of Appeal, Jackett C.J., Pratte J. and Cameron D.J.—Ottawa, February 18. and 19, 1974.

*Judicial review—Public service—Appointment without bilingual qualification—Appeal Board affirming—Bilingual qualification not prescribed before decision of Appeal Board—No error in law—Federal Court Act, s. 28—Official Languages Act, R.S.C. 1970, c. O-2—Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, ss. 10, 12, 20, 21; Public Service Employment Regulations, s. 7.*

An Appeal Board, established under section 21 of the *Public Service Employment Act*, dismissed the appeal of the applicant against the proposed appointment of the successful competitor. In an application under section 28 of the *Federal Court Act* for review of the decision, it was contended that an essential qualification for the position in question was that the employee be bilingual and that this qualification was lacking in the successful competitor.

*Held*, the language requirement for the position, when the request for appointment was made by the Deputy Minister under section 10 of the *Public Service Employment Act*, was either French or English. No change in that requirement had been made prior to the decision of the Appeal Board in this case. Although a policy directive from the Treasury Board had laid down principles which, if applied when the Department was framing the qualifications for the position here, would have made the position bilingual, this policy directive had no statutory authority and its mere existence had no operative effect.

The appointment was not invalidated by section 20 of the *Public Service Employment Act* and no provision in the *Official Languages Act* would make a particular position bilingual in the absence of departmental sanction. As no error in law had been shown under section 28(1) of the *Federal Court Act*, the application was dismissed.

*Moreau v. Public Service Appeal Board* [1973] F.C. 593, distinguished; *Bauer v. Appeal Board of the Public Service Commission* [1973] F.C. 626, applied.

## APPLICATION.

## COUNSEL:

The applicant on his own behalf.

R. G. Vincent for respondent.

**Telesphore Demers (Requérant)**

c.

**Le procureur général du Canada (Intimé)**

Cour d'appel, le juge en chef Jackett, le juge Pratte et le juge suppléant Cameron—Ottawa, les 18 et 19 février 1974.

*Examen judiciaire—Fonction publique—Nomination ne répondant pas à l'exigence de bilinguisme—Confirmation du comité d'appel—Connaissance des deux langues non prescrite avant la décision du comité d'appel—Aucune erreur de droit—Loi sur la Cour fédérale, art. 28—Loi sur les langues officielles, S.R.C. 1970, c. O-2—Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, c. P-32, art. 10, 12, 20 et 21; Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique, art. 7.*

Un comité d'appel établi sous le régime de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* a rejeté un appel interjeté par le requérant de la nomination proposée du candidat reçu. Dans une requête en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* demandant l'examen de la décision, on a prétendu qu'une des exigences fondamentales du poste en cause était que l'employé soit bilingue et que le candidat reçu ne remplissait pas cette exigence.

*Arrêt*: lorsque le sous-ministre a présenté la demande de nomination en vertu de l'article 10 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, l'exigence linguistique pour le poste était la connaissance du français ou de l'anglais. En l'espèce, cette exigence n'avait subi aucune modification avant la décision du comité d'appel. Bien qu'un énoncé de politique émanant du conseil du Trésor ait établi des principes qui, si on les avait appliqués lorsque le Ministère a formulé les exigences du poste en cause, en auraient fait un poste bilingue, cet énoncé de politique n'avait pas d'autorité légale et sa simple existence n'avait pas d'effet exécutoire.

L'article 20 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* n'a pas pour effet d'invalider la nomination et aucune disposition de la *Loi sur les langues officielles* n'a pour effet, en l'absence de mesure ministérielle, de rendre bilingue un poste donné. Comme aucune erreur de droit n'a été démontrée en vertu de l'article 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, la requête est rejetée.

Distinction faite avec l'arrêt *Moreau c. Le comité d'appel de la Fonction publique* [1973] C.F. 593; arrêt appliqué: *Bauer c. Le comité d'appel de la Commission de la Fonction publique* [1973] C.F. 626.

## REQUÊTE.

## AVOCATS:

Le requérant personnellement.

R. G. Vincent pour l'intimé.

## SOLICITORS:

The applicant, Ottawa, on his own behalf.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

JACKETT C.J. (orally)—This is a section 28 application to review and set aside a decision delivered by Mr. G. E. Swanson, as Chairman of an appeal board under section 21 of the *Public Service Employment Act*, on October 31, 1973, whereby he dismissed an appeal by the applicant against the proposed appointment of R. J. L. Read to a newly created position as "Unit Head, Technical Interpretations Division" in the Legislation Branch of the Department of National Revenue and Taxation.

A poster entitled "Opportunity for Promotion" with reference to the competition for the position was published under date of August 7, 1973. This poster referred to the position as

## AU 5 — Head Office

Unit Head, Technical  
Interpretations Division  
Legislation Branch,

stated that the competition was open to employees of the Department, set out the salary range and duties of the position and then, under the heading "Qualifications", after giving as the "Basic Requirements" that "Candidates must be classified in the Auditor Group or be qualified for entry to that Group" and that "Knowledge of either the English or French language is essential", spelled out in detail "Essential" and "Desirable" qualifications.

The applicant and Read were among the candidates in the competition. A selection board made a report on September 4, 1973, declaring Read to be the successful candidate.

By a letter dated September 18, 1973, the appellant appealed against the prospective appointment of Read. On October 31, 1973, Mr. Swanson, Chairman of the Appeal Board, dismissed the appeal.

## PROCUREURS:

Le requérant, Ottawa, personnellement.

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

<sup>a</sup> LE JUGE EN CHEF JACKETT (oralement)—La présente demande introduite en vertu de l'article 28 vise à obtenir l'examen et l'annulation d'une décision rendue le 31 octobre 1973 par G. E. Swanson, à titre de président d'un comité d'appel établi sous le régime de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, aux termes de laquelle il rejetait un appel interjeté par le requérant de la nomination proposée de R. J. L. Read au nouveau poste de «Chef d'unité, division des interprétations techniques» à la direction de la législation du ministère du Revenu national, Impôt.

<sup>b</sup> Une affiche intitulée «Occasion d'avancement» ayant trait au concours pour pourvoir à ce poste a été publiée avec le 7 août 1973, comme date de clôture. Cette affiche définissait le poste de la façon suivante:

<sup>e</sup> AU 5—Bureau principal

Chef d'unité, Division des  
Interprétations techniques  
Direction de la Législation.

<sup>f</sup> Elle déclarait que le concours était accessible aux employés du Ministère, indiquait l'échelle de traitement et les fonctions que comportait le poste puis, sous la rubrique «Qualités requises», après avoir mentionné comme «exigences fondamentales» que «les candidats doivent appartenir au groupe de la Vérification ou posséder les qualités nécessaires pour être admis dans ce groupe» et que «la connaissance de l'anglais ou du français est essentielle», énumérait en détail les qualités «essentielles» et «souhaitables».

Le requérant et Read faisaient partie des candidats au concours. Le 4 septembre 1973, un comité de sélection a établi un rapport déclarant que Read était le candidat reçu.

<sup>j</sup> Par lettre en date du 18 septembre 1973, le requérant a interjeté appel de la nomination à venir de Read. Le 31 octobre 1973, Swanson, le président du comité d'appel, rejeta l'appel.

The appeal against the proposed appointment was under section 21 of the *Public Service Employment Act*, which reads as follows:

21. Where a person is appointed or is about to be appointed under this Act and the selection of the person for appointment was made from within the Public Service

(a) by closed competition, every unsuccessful candidate, or

(b) 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, are given an opportunity of being heard, and upon being notified of the board's decision on the inquiry the Commission shall,

(c) if the appointment has been made, confirm or revoke the appointment, or

(d) if the appointment has not been made, make or not make the appointment,

accordingly as the decision of the board requires.

The section 28 application to this Court is an application, under section 28(1) of the *Federal Court Act*, that the decision dismissing the appeal be set aside, and can only be granted on a ground that falls in one of the classes described in section 28(1). Applying section 28(1) to the circumstances of this case, this section 28 application can only be granted if, in making its decision, the appeal tribunal erred in law.

The applicant based his section 28 application on two contentions in respect of which this Court did not find it necessary to call on counsel for the respondent. The first of these was a contention that the Appeal Board erred in law in not holding that the selection board failed to comply with section 7(4) of the *Public Service Employment Regulations* when it made its report without considering his "Performance Rating". This contention depended upon section 7(4) applying to the competition in question. In our view, when section 7(4) is read with section 7(1), it is clear that it does not apply to a "closed competition", which the competition in question is, but to "other process of personnel selection" falling within section 7(1)(b). The other contention to which counsel for the respondent was not required to reply was that

L'appel de la nomination proposée a été interjeté en vertu de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* dont voici le texte:

21. Lorsque, en vertu de la présente loi, une personne est nommée ou est sur le point de l'être et qu'elle est choisie à cette fin au sein de la Fonction publique

a) à la suite d'un concours restreint, chaque candidat non reçu, ou

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

peut, dans le délai que fixe la Commission, en appeler de la nomination à un comité établi par la Commission pour faire une enquête au cours de laquelle il est donné à l'appelant et au sous-chef en cause, ou à leurs représentants, l'occasion de se faire entendre. La Commission doit, après avoir été informée de la décision du comité par suite de l'enquête,

c) si la nomination a été faite, la confirmer ou la révoquer, ou

d) si la nomination n'a pas été faite, la faire ou ne pas la faire,

selon ce que requiert la décision du comité.

La présente demande est soumise à cette cour en vertu de l'article 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*; elle vise à obtenir l'annulation de la décision rejetant l'appel et ne peut être accueillie que pour un motif qui fait partie d'une des catégories décrites à l'article 28(1). Si l'on applique l'article 28(1) aux circonstances de l'espèce, la présente demande ne peut être accueillie que si le tribunal d'appel a rendu une décision entachée d'une erreur de droit.

Le requérant a fondé sa demande en vertu de l'article 28 sur deux allégations à l'égard desquelles la Cour n'a pas jugé nécessaire d'entendre les conclusions de l'avocat de l'intimé. Suivant la première allégation, le comité d'appel a commis une erreur de droit en ne décidant pas que le comité de sélection ne s'était pas conformé à l'article 7(4) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique* en établissant son rapport sans tenir compte de l'appréciation du rendement du candidat. Cet argument n'a de valeur que si l'article 7(4) s'applique au concours en cause. A notre avis, en lisant l'article 7(4) en corrélation avec l'article 7(1), il est clair qu'il ne s'applique pas à un «concours restreint» comme le concours en cause, mais à une «autre méthode de sélection de personnel» qui relève de l'article 7(1)(b). L'autre allégation à laquelle

the Appeal Board erred in law in not holding that there was a fatal error in the selection process by reason of the fact that certain relevant selection standards adopted by the Public Service Commission under section 12 of the *Public Service Employment Act* had not been set out in the poster advertising the competition. In this connection, the applicant relied on the decision of this Court in *Moreau v. Public Service Appeal Board*.<sup>1</sup> In that case, however, the Appeal Board had held that certain requirements of the selection standards, with which the successful candidate did not comply, could be ignored in that case and this Court held that such standards, by virtue of section 12, had to be complied with in making the selection of the person to be appointed. In this case, the successful candidate does comply with the selection standards. The only complaint is that the relevant selection standards should have been set out in the poster advertising the competition and were not so set out. There are, however, regulations governing what must be set out in the notice of the competition and it is not alleged that these regulations were not complied with. In effect, what must be advertised are the requirements of the department in respect of the employee to be appointed and not the "selection standards" set up by the Public Service Commission to govern the selection process.<sup>2</sup>

I turn now to the contentions put forward by the applicant in support of his section 28 application concerning which it was necessary to hear counsel for the respondent. In effect, the applicant contended that, notwithstanding the terms of the poster, which, as already noted, called for "knowledge of either the English or French language", it was an essential qualification for the position in question that the employee be bilingual. It is clear that, if he is wrong in that contention, there is no basis in law for his attack on the proposed appointment.

<sup>1</sup> [1973] F.C. 593.

<sup>2</sup> It must be recognized that some of the so-called "selection standards" prescribed by the Commission under section 12 so resemble statements of qualifications that a superficial reading of them makes one wonder whether they are really "selection standards" within section 12 at all. However, no opinion need be expressed on that question at this time.

l'avocat de l'intimé n'a pas été tenu de répondre portait que le comité d'appel a commis une erreur de droit en ne décidant pas qu'il y a eu une erreur fatale dans le processus de sélection parce que certaines normes de sélection applicables adoptées par la Commission de la Fonction publique en vertu de l'article 12 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* ne figuraient pas sur l'affiche annonçant le concours. A ce propos, le requérant a invoqué la décision de cette cour rendue dans l'affaire *Moreau c. Le comité d'appel de la Fonction publique*.<sup>1</sup> Dans cette affaire, le comité d'appel avait cependant décidé que certaines exigences des normes de sélection, que le candidat reçu ne remplissait pas, pouvaient être ignorées et cette cour a jugé qu'en vertu de l'article 12, il fallait s'y conformer en choisissant la personne qui devait être nommée. Ici, le candidat reçu satisfait aux normes de sélection. La plainte porte uniquement sur le fait que les normes de sélection applicables auraient dû figurer sur l'affiche annonçant le concours et qu'elles n'y figuraient pas. Cependant, il existe des règles régissant ce qui doit figurer sur l'avis de concours et on ne soutient pas qu'on ne les avait pas respectées. En fait, on est tenu d'annoncer les exigences du Ministère à l'égard de l'employé à nommer et non les «normes de sélection» établies par la Commission de la Fonction publique pour régir le processus de sélection.<sup>2</sup>

Passons maintenant aux autres allégations du requérant à l'appui de sa demande introduite en vertu de l'article 28; il a fallu, à leur sujet, entendre les plaidoiries de l'avocat de l'intimé. Le requérant a de fait allégué que, parmi les qualités essentielles pour obtenir le poste, il fallait que l'employé soit bilingue, et ce, nonobstant les termes de l'affiche qui, nous l'avons déjà signalé, stipulait que «la connaissance de l'anglais ou du français est nécessaire». Il est clair que si cette allégation est erronée, son

<sup>1</sup> [1973] C.F. 593.

<sup>2</sup> Il faut reconnaître que certaines de ces soi-disant «normes de sélection» prescrites par la Commission en vertu de l'article 12 ressemblent à des énoncés de qualités requises au point qu'à première vue, on se demande s'il s'agit réellement des «normes de sélection» au sens de l'article 12. Il n'est toutefois pas nécessaire d'exprimer d'opinion sur cette question à ce stade.

There is no doubt, on the material that has been put before this Court, that, as the qualifications for the position were framed when the request for appointment was made by the deputy minister under section 10 of the *Public Service Employment Act*, the language requirement was either French or English and that no action had been taken to change that requirement prior to the decision of the Appeal Board that is the subject of this section 28 application.<sup>3</sup> That being so, this branch of the applicant's attack on that decision must fail.

What caused confusion is that a government policy directive had been issued in the form of a Treasury Board circular laying down principles to be applied by departments in deciding what positions should be made bilingual; and it appears to be common ground that, if such principles had been applied when the department was framing the qualifications for the position here in question, it would have been made a bilingual position. There seems, moreover, to have been some misapprehension on the part of the departmental officials, and also on the part of the Chairman of the Appeal Board, that this policy directive had some operative effect of its own force; and the Chairman, in his reasons for dismissing the appeal, discusses the matter on the basis that the position in question may have been bilingual.

In my view, the mere existence of the policy directive had no operative effect. It does not appear to have been made under statutory authority. In any event, as framed, it does not purport to do more than direct certain action by departments. Finally, as framed, it would not appear to have been intended to require any action in respect of a position in respect of which a section 10 request had been made to the Public Service Commission before the policy directive was communicated to that department until such time as occasion arose to initiate new action to have the position filled.

<sup>3</sup> There must be some doubt whether one of the essential requirements for a position can be changed after a competition is launched without cancelling the competition.

attaque contre la nomination proposée n'est pas fondée en droit.

Il ne fait aucun doute, d'après les éléments de preuve soumis à la Cour, que, vu la formulation des qualités requises pour le poste lorsque le sous-ministre a fait la demande de nomination en vertu de l'article 10 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, l'exigence linguistique était la connaissance de l'anglais ou du français et qu'aucune disposition n'a été prise pour modifier cette exigence avant la décision du comité d'appel qui fait l'objet de la présente demande.<sup>3</sup> Par conséquent, ce moyen invoqué par le requérant contre cette décision doit être rejeté.

La confusion provient du fait qu'un énoncé de politique gouvernementale a été publié sous la forme d'une circulaire du conseil du Trésor qui établissait les principes que les ministères doivent appliquer en décidant quels postes doivent être déclarés bilingues; il semble admis que, si ces principes avaient été appliqués lorsque le Ministère a formulé les qualités requises pour le poste en cause, ce poste aurait été déclaré bilingue. Il semble en outre y avoir eu une certaine méprise de la part des fonctionnaires du Ministère, ainsi que de celle du président du comité d'appel, qui ont cru que cet énoncé de politique avait, de lui-même, un effet exécutoire; d'ailleurs, le président, dans ses motifs du rejet de l'appel, discute la question compte tenu du fait que le poste en cause était peut-être bilingue.

A mon sens, la simple existence de l'énoncé de politique ne peut en soi lui donner d'effet exécutoire. Il ne semble pas avoir été établi dans l'exercice d'un pouvoir prévu par la Loi. Quoi qu'il en soit, tel qu'il est formulé, il n'a pas d'autre objet que d'orienter certaines actions des ministères. Enfin, il ne semble pas, vu la formulation de cet énoncé, qu'il ait voulu exiger l'adoption de mesures relativement à un poste, pour lequel une demande en vertu de l'article 10 avait déjà été présentée à la Commission de la Fonction publique antérieurement à la communication au ministère intéressé de l'énoncé de

<sup>3</sup> Il est douteux qu'on puisse modifier une des qualités essentielles nécessaires pour obtenir un poste après le lancement d'un concours sans annuler ce concours.

I have not overlooked the applicant's reliance on section 20 of the *Public Service Employment Act* and on the *Official Languages Act*. In so far as section 20 is concerned, I have nothing to add to what I said with regard to that section in *Bauer v. Appeal Board*.<sup>4</sup> So far as the *Official Languages Act* is concerned, I have seen no provision in it that would operate, of its own force to make a particular position bilingual in the absence of departmental action.

In my view, the Chairman of the Appeal Board, on the material before him, rightly dismissed the applicant's appeal and this section 28 application should, therefore, be dismissed.

\* \* \*

PRATTE J. and CAMERON D.J. concurred.

politique, avant que ne se présente l'occasion de prendre de nouvelles dispositions pour combler le poste.

<sup>a</sup> Je n'ai pas négligé le recours du requérant à l'article 20 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et à la *Loi sur les langues officielles*. Pour ce qui est de l'article 20, je n'ai rien à ajouter à ce que j'ai dit à ce sujet dans l'arrêt *Bauer c. Le comité d'appel*.<sup>4</sup> Concernant la *Loi sur les langues officielles*, je n'y ai trouvé aucune disposition qui, d'elle-même, en l'absence de mesures ministérielles aurait pour effet de rendre bilingue un poste donné.

<sup>b</sup> A mon avis, le président du comité d'appel, vu les éléments de preuve qu'on lui a soumis, était fondé à rejeter l'appel du requérant et la présente demande introduite en vertu de l'article 28 doit donc être rejetée.

<sup>c</sup>

\* \* \*

LE JUGE PRATTE et LE JUGE SUPPLÉANT CAMERON ont souscrit à l'avis.

<sup>4</sup> [1973] F.C. 626.

<sup>4</sup> [1973] C.F. 626.