

James H. Brooker (Applicant)

v.

Attorney General of Canada (Respondent)

Court of Appeal, Jackett C.J., Pratte J. and Cameron D.J.—Ottawa, April 3 and 4, 1973.

Public service—Selection of public employees—Constitution of selection boards—Not restricted to public employees—Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, secs. 6(1) and (5), 10.

An unsuccessful candidate for a public service appointment moved to set aside the decision of an appeal board rejecting his appeal. He contended that the selection board set up by the Department for the competition was improperly constituted in that one of its members was not a public employee.

Held, the application must be dismissed.

In carrying out its statutory duty under section 10 of the *Public Service Employment Act* to select persons for appointment to the public service, the Public Service Commission may use a selection board as its instrumentality and is not restricted to using public service employees on such boards. Where pursuant to section 6(1) the Commission delegates its selection power to a deputy head or, under section 6(5), a deputy head sub-delegates that power to a person under his jurisdiction, the deputy head or the sub-delegate may also make use of a selection board whose membership is similarly unrestricted.

APPLICATION.

COUNSEL:

M. W. Wright, Q.C., and *J. L. Shields* for applicant.

I. G. Whitehall and *P. Bétournay* for respondent.

SOLICITORS:

Soloway, Wright, Houston, Killeen and *Greenberg*, Ottawa, for applicant.

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 on September 11, 1972, by a board established by the Public Service Commission to conduct an inquiry under section 21 of the *Public Service Employment Act* in respect of an appeal by the applicant in respect of the

James H. Brooker (Requérant)

c.

Le procureur général du Canada (Opposant)

^a Cour d'appel, le juge en chef Jackett, le juge Pratte et le juge suppléant Cameron—Ottawa, les 3 et 4 avril 1973.

^b *Fonction publique—Sélection des fonctionnaires—Constitution du comité de sélection—Composition non limitée aux fonctionnaires—Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, c. P-32, art. 6(1) et (5), 10.*

Un candidat non reçu à un poste de la Fonction publique demande l'annulation de la décision d'un comité d'appel rejetant son appel. Il a soutenu que le comité de sélection ^c constitué par le ministère pour le concours était irrégulier car un de ses membres n'était pas fonctionnaire.

Arrêt: sa demande est rejetée.

Dans l'exercice des fonctions que lui confère l'article 10 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* pour choisir les personnes à nommer à des postes de la Fonction publique, la Commission de la Fonction publique peut avoir recours à un comité de sélection et elle n'est pas tenue de limiter sa composition à des fonctionnaires. Quand, en vertu de l'article 6(1), la Commission délègue ses pouvoirs de sélection à un sous-chef ou qu'en vertu de l'article 6(5), ce dernier les délègue à son tour à une personne sous son autorité, le sous-chef ou cette personne peuvent aussi avoir recours à un comité de sélection dont la composition est tout aussi libre.

^f DEMANDE.

AVOCATS:

M. W. Wright, c.r., et *J. L. Shields* pour le requérant.

^g *I. G. Whitehall* et *P. Bétournay* pour l'opposant.

PROCUREURS:

^h *Soloway, Wright, Houston, Killeen* et *Greenberg*, Ottawa, pour le requérant.

Le sous-procureur général du Canada, pour l'opposant.

ⁱ LE JUGE EN CHEF JACKETT (oralement)—Il s'agit d'une demande, présentée en vertu de l'article 28*, tendant à l'annulation d'une décision rendue le 11 septembre 1972 par un comité constitué par la Commission de la Fonction publique pour mener une enquête en vertu de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonc-*

appointment or proposed appointment¹ of the successful candidate in a competition for the position of Assistant District Superintendent of Education in the Department of Indian Affairs and Northern Development at London, Ontario.

The ground for the application that was relied on at the hearing is that the appointment or proposed appointment is based on an eligible list established as a result of a report by a selection board set up by the Department in question for the competition in question and that such selection board was improperly constituted because one of its members was not an employee of the Federal Public Service.

As a background to understanding the point, it is sufficient to recall

(a) that, under the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, the exclusive right and authority to make appointments to or from within the Public Service, with exceptions that are immaterial here, is vested in the Public Service Commission (section 8) and that such appointments must be based on "selection according to merit" by competition or otherwise (section 10),

(b) that the Public Service Commission may, for the purpose of the process leading up to the "selection" in question, establish selection or rating boards as its instrumentalities to aid it in carrying out that statutory function,² and

(c) that a "deputy head" or a person under his jurisdiction may be authorized to exercise and perform any of the powers, functions and duties of the Public Service Commission³ (section 6).

The provisions in question read as follows:

8. Except as provided in this Act, the Commission has the exclusive right and authority to make appointments to or from within the Public Service of persons for whose appointment there is no authority in or under any other Act of Parliament.

tion publique sur l'appel interjeté par le requérant contre la nomination, effective ou envisagée,¹ du candidat reçu au concours pour le poste de directeur adjoint des services d'éducation du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien pour le district de London (Ontario).

A l'audience le requérant a soutenu à l'appui de sa demande que cette nomination effective ou envisagée se fonde sur une liste d'admissibilité établie à la suite du rapport du comité de sélection constitué par le ministère pour le concours en question, et que ce comité de sélection a été constitué illégalement parce que l'un de ses membres n'était pas un employé de la Fonction publique fédérale.

Il y a lieu de rappeler certains faits pour faire comprendre la question en litige:

a) en vertu de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-32, la Commission de la Fonction publique possède de façon exclusive, sous réserve de quelques exceptions qui sont ici sans intérêt, le droit et l'autorité de nommer à des postes de la Fonction publique des personnes qui sont déjà membres de la Fonction publique ou qui n'en font pas partie; ces nominations doivent être faites selon «une sélection établie au mérite» à la suite d'un concours ou autrement (article 10),

b) pour permettre la «sélection» en question, la Commission de la Fonction publique peut établir des comités de sélection ou des jurys d'examen, qui constituent ses intermédiaires dans l'exercice de ses compétences,² et

c) un «sous-chef» ou une personne placée sous son autorité peut être autorisée à exercer l'un des pouvoirs, fonctions ou devoirs de la Commission de la Fonction publique³ (article 6).

Les dispositions en question se lisent comme suit:

8. Sous réserve de la présente loi, la Commission possède de façon exclusive le droit et l'autorité de nommer à des postes de la Fonction publique des personnes qui sont déjà membres de la Fonction publique ou qui n'en font pas partie, dont aucune autre loi du Parlement n'autorise ou ne prévoit la nomination.

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.

6. (1) The Commission may authorize a deputy head to exercise and perform, in such manner and subject to such terms and conditions as the Commission directs, any of the powers, functions and duties of the Commission under this Act, other than the powers, functions and duties of the Commission in relation to appeals under sections 21 and 31 and inquiries under section 32.

(5) Subject to subsection (6) a deputy head may authorize one or more persons under his jurisdiction to exercise and perform any of the powers, functions or duties of the deputy head under this Act including, subject to the approval of the Commission and in accordance with the authority granted by it under this section, any of the powers, functions and duties that the Commission has authorized the deputy head to exercise and perform.

What the applicant says, as I understand it, is that, where there has been a delegation by the Commission to the appropriate deputy head, of a power related to the making of an appointment to a Public Service position, that power must be exercised by the deputy head himself or by some person under his jurisdiction to whom he has duly delegated such power and, based on that self-evident proposition, the argument proceeds that, if a person who is not under the jurisdiction of the deputy head has served on a selection or rating board, that board was improperly constituted and the resultant "selection" is invalid. This can only be so if a member of a selection or rating board, as such, exercises powers of the Public Service Commission that can only be exercised if he has been authorized to exercise or perform powers, functions or duties of the Commission under section 6 or some other provision of the same kind. This, in effect, as I understand it, is the applicant's case.

To test the applicant's position, consideration must be given first to the position under the statute in a case in which the Commission itself exercises the appointing power. The relevant

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

6. (1) La Commission peut autoriser un sous-chef à exercer, de la manière et aux conditions qu'elle fixe, tout pouvoir, fonction et devoir que la présente loi attribue à la Commission, sauf les pouvoirs, fonctions et devoirs que la Commission détient en ce qui concerne les appels prévus aux articles 21 et 31 et les enquêtes prévues à l'article 32.

(5) Sous réserve du paragraphe (6), un sous-chef peut autoriser une ou plusieurs personnes placées sous son autorité à exercer l'un des pouvoirs, fonctions ou devoirs que lui confère la présente loi, y compris, sous réserve de l'approbation de la Commission et en conformité de l'autorité par elle attribuée en vertu du présent article, l'un des pouvoirs, fonctions et devoirs que la Commission a autorisé le sous-chef à exercer.

Si j'ai bien compris l'argument du requérant, ce dernier soutient que, lorsque la Commission a délégué au sous-chef concerné un pouvoir se rapportant à la nomination à un poste de la Fonction publique, ce pouvoir doit être exercé par le sous-chef lui-même ou par une personne placée sous son autorité à laquelle il a dûment délégué ce pouvoir; de cette affirmation évidente par elle-même, le requérant conclut que si l'on a nommé au comité de sélection ou au jury d'examen une personne qui n'est pas sous l'autorité du sous-chef, ce comité ou ce jury est illégalement constitué et la sélection qu'il a effectuée est nulle. Il ne peut en être ainsi que si un membre d'un comité de sélection ou d'un jury d'examen exerce en cette qualité des pouvoirs appartenant à la Commission de la Fonction publique qu'il ne peut exercer qu'en vertu d'une autorisation d'exercer les pouvoirs et fonctions ou d'accomplir les devoirs de la Commission, donnée conformément à l'article 6 ou à quelque disposition similaire. Voilà, telle qu'elle m'apparaît, la thèse du requérant.

Pour apprécier la valeur des arguments du requérant, il convient d'examiner d'abord les dispositions législatives visant le cas où c'est la Commission elle-même qui exerce le pouvoir de

provision⁴ is section 10 of the *Public Service Employment Act* which, in so far as relevant, reads as follows:

10. Appointments . . . shall be based on selection according to merit, as determined by the Commission, and shall be made by the Commission . . . 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.

As I read this, there must be

(a) first, a "selection according to merit, as determined by the Commission", and

(b) second, an appointment by the Commission based on that "selection".

The question here is not *how* that "selection" process may be carried on. The section is clear that it may be carried on by competition or by such other process of personnel selection designed to establish the merit of candidates as the Commission considers in the best interest of the Public Service. The question here is, rather, *by whom* can the mechanics of such process be carried on. The "selection" must be "determined" by the Commission and what is raised for consideration here is what agencies or instrumentalities, if any, are available to the Commission for the purpose of carrying on the competitions or other processes of personnel selection that must be utilized to put it in a position to determine a "selection".

To begin with, I think it must be clear that Parliament did not have in mind that the Commission itself, which consists of only three members,⁵ would personally run every competition and personally carry on the mechanics of each of the other processes of personnel selection that might be adopted. Obviously, the size of the Public Service when the *Public Service Employment Act* was adopted in 1967 was such that Parliament must have intended that those three members utilize the services of a very large number of other persons in the selection processes. If this were otherwise in doubt, it is

nomination. La disposition applicable⁴ est l'article 10 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, dont les passages pertinents se lisent ainsi:

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

Cet article me paraît exiger

^c a) premièrement, une «sélection établie au mérite, ainsi que le détermine la Commission», et

b) deuxièmement, une nomination par la Commission, fondée sur cette «sélection».

^d La question en l'espèce n'est pas de savoir *comment* est organisée la procédure de «sélection». L'article indique clairement que cette sélection peut être effectuée par concours ou selon telle autre méthode de sélection du personnel permettant de déterminer le mérite des candidats que la Commission estime la mieux adaptée aux intérêts de la Fonction publique. La question consiste bien plutôt à savoir *qui* peut appliquer cette procédure. La «sélection» doit être «déterminée» par la Commission; ce que nous devons analyser ici est la nature des agents ou des intermédiaires auxquels peut éventuellement avoir recours la Commission pour procéder au concours ou appliquer les autres méthodes de sélection du personnel qu'elle doit utiliser pour se mettre en mesure de faire une «sélection».

^h Dès le départ, il m'apparaît que le Parlement n'avait manifestement pas l'intention de charger personnellement les trois membres de la Commission⁵ de procéder eux-mêmes à chaque concours et d'appliquer eux-mêmes les méthodes de sélection du personnel qu'ils pouvaient éventuellement choisir. Il est évident que l'effectif de la Fonction publique, en 1967, au moment où la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* a été adoptée, était si considérable, que le Parlement devait nécessairement envisager que ces trois commissaires aient recours aux services de très nombreuses personnes pour procéder à la

made clear by section 12 of the Act, which authorizes the Commission "in determining . . . the basis of assessment of merit in relation to any position" to "prescribe selection standards . . .".

Who, then, was the Commission intended to use for the operation of competitions and other selection processes? A review of the Act does not reveal an express provision for the creation of a branch of the public service to act as the supporting staff for the Commission in connection with the performance of the very onerous duties imposed on it although this is obviously contemplated and such a branch has been created and is the main instrumentality of the Commission for the carrying out of its duties.⁶ What is expressly provided for in the statute is an authority in the Commission to "engage competent persons to assist the Commission in the performance of its duties" (section 5(c)). This I take to be an authority to enter into contracts for services with persons who do not become servants of the Commission. I have no doubt that the Commission can use either its own employees or persons engaged under section 5(c) to carry on the selection processes contemplated by section 10. What is more, I find nothing in the Act or in the spirit of the Act that would restrict the Commission to using only such persons in the selection processes. Certainly, I would consider it an unnecessary fetter on the Commission's powers if it could not invite a knowledgeable public servant in one of the various departments and agencies to be a member of a selection board whether or not his particular department or agency has any interest in the particular appointment. I go further and I express the view that there is no limit on the class of persons whose services can be so utilized provided they can and will serve the objectives of the legislation. It may well be that a person outside the Public Service is able to make a contribution to "selection" for an "appointment" to an important post in the Public Service although, by virtue of his position in the community, it would not be appropriate for him to accept an engagement such as is contemplated by section 5(c) of the Act. I find nothing in the statute to limit the Commission's use of

sélection. Si l'on pouvait encore douter de cette intention, elle ressort clairement de l'article 12 de la loi, qui autorise la Commission «en déterminant . . . le principe de l'évaluation du mérite en ce qui concerne tout poste» à «prescrire des normes de sélection . . .».

Quelles étaient donc, dans l'esprit du législateur, les personnes auxquelles la Commission pouvait avoir recours pour procéder aux concours ou appliquer les autres méthodes de sélection? Un examen de la loi ne fait apparaître aucune disposition prévoyant expressément la création au sein de la Fonction publique d'un service chargé d'aider la Commission à s'acquitter des lourdes responsabilités que lui impose la loi; toutefois, cette possibilité y est manifestement envisagée; ce service a effectivement été créé et constitue l'intermédiaire principal de la Commission dans l'exercice de ses fonctions.⁶ La loi confie par contre expressément à la Commission le pouvoir «d'engager des personnes compétentes qui aideront la Commission dans l'accomplissement de ses fonctions» (article 5(c)). Je pense que cette disposition confère à la Commission le pouvoir de conclure des contrats de louage de services, sans que ses co-contractants deviennent des employés de la Commission. Il me paraît certain que la Commission peut utiliser soit ses propres employés soit des personnes engagées en vertu de l'article 5(c) pour appliquer les méthodes de sélection que vise l'article 10. De plus, ni la lettre, ni l'esprit de la loi n'astreignent la Commission à n'utiliser que ces personnes pour appliquer ses méthodes de sélection. De toute évidence, l'impossibilité pour la Commission d'inviter un fonctionnaire compétent appartenant à l'un ou l'autre des divers ministères ou organismes gouvernementaux à faire partie d'un comité de sélection, que ce ministère ou organisme en particulier soit ou non concerné par la nomination en question, constituerait une entrave inutile aux pouvoirs de la Commission. J'irais jusqu'à déclarer qu'il me paraît n'y avoir aucune limite quant aux catégories de personnes dont on peut utiliser les services à cette fin, pourvu simplement qu'elles soient en mesure et désireuses de promouvoir les buts de cette loi. Il se peut fort bien qu'une personne étrangère à la Fonction publique soit capable d'apporter un concours efficace à la

persons in the selection process by reference to their membership in the Public Service or any other particular class and, in the absence of any compelling reason to imply any such limitation, I am of the view that no such limitation can be implied.

The situation is, of course, that no matter whose services are utilized by the Commission in operating competitions or other selection processes, the resultant "selection" must, in law, be one "determined by the Commission". Whether that must be accomplished by adoption after the selection process has been worked out or can be accomplished alternatively by an adoption in advance is a matter upon which it is not necessary to express any opinion at this time.

What flows from this analysis as far as this matter is concerned is that, while rating or selection boards do play an important part, as a practical matter, in the selection process, they do so as part of the machinery established by the Commission to carry out and perform its powers, functions and duties under the Act. The Commission has not authorized them to exercise or perform its powers, duties or functions but has used them as an instrumentality by which it carries out its statutory functions. This is what occurs whenever responsibilities of comparable magnitude are imposed by statute on a minister or a statutory agency and is a means of exercising statutory powers well recognized by the law.⁷

When, however, we turn to the exercise of the Commission's powers by a deputy head we have a change in the legal position. In such a case, by virtue of section 6(1), the deputy head

«sélection» en vue d'une «nomination» à un poste important de la Fonction publique, même si sa situation à l'extérieur de la Fonction publique ne lui permettrait pas d'accepter un engagement dans les conditions envisagées par l'article 5c) de la loi. Le texte de la loi ne me paraît pas susceptible de limiter la possibilité pour la Commission de recourir aux services de diverses personnes pour l'application de ses méthodes de sélection, ni aux seules personnes faisant partie de la Fonction publique, ni d'ailleurs à quelque catégorie de personnes que ce soit; ne voyant d'autre part aucune raison contraignante de considérer qu'une telle limitation figure implicitement dans la loi, j'estime qu'il n'y a pas lieu de retenir l'hypothèse d'une limitation implicite à cet égard.

Au total, donc, quelles que soient les personnes employées par la Commission pour procéder aux concours ou appliquer d'autres méthodes de sélection, la «sélection» qui en résulte doit, en droit, être une sélection «que détermine la Commission». La question de savoir si cela exige une ratification après que la méthode de sélection a été élaborée, ou s'il est également possible de procéder par ratification à l'avance, ne me paraît pas devoir nécessairement être tranchée pour le moment.

Il ressort de cette analyse que, pour ce qui est de la question en litige, bien que les jurys d'examen ou les comités de sélection jouent en pratique un rôle important dans le processus de sélection, ils ne constituent en cela qu'un rouage du mécanisme créé par la Commission pour exercer les pouvoirs et fonctions et accomplir les devoirs que lui confère la loi. La Commission ne les a pas autorisés à exercer ces pouvoirs ou fonctions ou à accomplir ces devoirs; elle les utilise à titre d'intermédiaires pour exercer ses fonctions. C'est ce qui se passe chaque fois qu'une loi impose des responsabilités d'une telle ampleur à un ministre ou à un organisme gouvernemental; c'est là un moyen, parfaitement valide en droit, d'exercer des pouvoirs d'origine législative.⁷

Toutefois, lorsque c'est un sous-chef qui exerce les pouvoirs de la Commission, la situation juridique change complètement. En vertu de l'article 6(1), le sous-chef est alors autorisé

has been authorized "to exercise and perform . . . powers, functions and duties of the Commission" under the Act. To the extent of such authority⁸ it is the deputy head, and not the Commission, who makes the selections and makes the appointments because he has been vested, under the statute, with the legal authority to do so, even though, just like the Commission, he must seek the aid of others to carry out the mechanics of operating the selection processes.

Similarly, when a person under the jurisdiction of a deputy head exercises the Commission's powers, such person has, by virtue of section 6(5), been authorized "to exercise and perform . . . powers, functions and duties that the Commission has authorized the deputy head to exercise and perform", and, to the extent of such authority, it is such person under the deputy head, and not the deputy head or the Commission, who makes the selections and makes the appointments, because he has been vested, under the statute, with the legal authority to do so, even though, just like the deputy head and the Commission, he must seek the aid of others to carry out the mechanics of operating the selection processes.

If my conclusion that there is no limitation of the kind contended for on the class of persons whose services can be utilized by the Commission when it is operating a competition for an appointment that it is going to make under section 10, I think it follows that there is no such limitation when a deputy head, or a person under a deputy head, is operating a competition for an appointment that he is going to make by virtue of powers conferred on him under section 6. As far as I know, there is no rule of law that any other departmental function must be performed by employees of the department as opposed to persons other than employees performing services under contract or gratuitously;⁹ and I do not know of any rule of law that would make it illegal for a department to make use of the services of persons willing to make available to the government their special abilities by serving on selection boards whether they do it for a fee or gratuitously.¹⁰

«à exercer tous pouvoirs, fonctions et devoirs que la présente loi attribue à la Commission». Dans la mesure de cette autorisation⁸, c'est le sous-chef et non la Commission qui établit la sélection et fait les nominations, parce qu'en vertu de la loi, c'est lui qui a la compétence de les faire, même si, comme la Commission elle-même, il doit recourir à l'aide d'autres personnes pour appliquer les méthodes de sélection.

Il en est de même lorsqu'une personne sous l'autorité d'un sous-chef exerce les pouvoirs de la Commission; cette personne est autorisée par l'article 6(5) «à exercer l'un des pouvoirs, fonctions et devoirs que la Commission a autorisé le sous-chef à exercer»; et dans la mesure de cette autorisation, c'est cette personne, sous l'autorité du sous-chef, et non le sous-chef ou la Commission, qui établit la sélection et fait les nominations, parce qu'en vertu de la loi, c'est elle qui a compétence pour les faire même si, comme le sous-chef et la Commission, elle doit recourir à d'autres personnes pour appliquer les méthodes de sélection.

f

Si c'est à bon droit que j'ai conclu que la Commission n'est pas limitée, comme on le prétend, dans le choix des personnes qu'elle désire utiliser lorsqu'elle procède à un concours en vue d'une nomination en vertu de l'article 10, il me paraît s'ensuivre qu'il n'intervient aucune restriction de ce genre lorsqu'un sous-chef ou une personne sous l'autorité d'un sous-chef procède à un concours en vue d'une nomination en vertu des pouvoirs que lui confère l'article 6. Pour autant que je sache, il n'est pas obligatoire que les attributions d'un ministère soient exercées par son personnel, à l'exclusion de personnes étrangères au ministère, qui fourniraient ces services en vertu d'un contrat ou à titre gratuit;⁹ et je ne connais pas de règle juridique interdisant à un ministère d'utiliser les services de personnes désireuses de mettre leur compétence particulière à la disposition de l'État, en siégeant à des comités de sélection ou des jurys d'examen, qu'elles le fassent à titre onéreux ou gratuit.¹⁰

In my view, the application should be dismissed.

* * *

PRATTE J. and CAMERON D.J. concurred.

* Section 28 of the *Federal Court Act*, subsection (1) of which reads as follows:

28. (1) Notwithstanding section 18 or the provisions of any other Act, the Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis, made by or in the course of proceedings before a federal board, commission or other tribunal, upon the ground that the board, commission or tribunal

- (a) failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction;
- (b) erred in law in making its decision or order, whether or not the error appears on the face of the record; or
- (c) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

¹ The appeal was brought by letter dated July 18, 1972, which is, in terms, an appeal against the decision taken in the competition. However, it has been treated throughout the proceedings as an appeal 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.

² See *Nanda v. Public Service Commission* [1972] F.C. 277 at page 297.

³ There are exceptions that are immaterial here.

⁴ I have in mind the provisions of the statute concerning the operation of competitions but, in my view, what is

J'estime que la requête doit être rejetée.

* * *

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

* L'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, dont voici le paragraphe (1):

b 28. (1) Nonobstant l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi, la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, rendue par un office, une commission ou un autre tribunal fédéral ou à l'occasion de procédures devant un office, une commission ou un autre tribunal fédéral, au motif que l'office, la commission ou le tribunal

- a) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou autrement excédé ou refusé d'exercer sa compétence;
- b) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que l'erreur ressorte ou non à la lecture du dossier; ou
- c) a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.

¹ Le requérant a interjeté appel par une lettre en date du 18 juillet 1972, qui se veut un appel de la décision prise à la suite du concours. Toutefois, cet appel a été considéré à tous les échelons comme un appel en vertu de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, qui se lit ainsi:

f 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.

² Voir l'arrêt *Nanda c. Commission de la Fonction publique* [1972] C.F. 277, p. 297.

³ Cette affirmation comporte certaines exceptions qui sont ici sans intérêt.

⁴ Je n'ignore pas l'existence des dispositions législatives visant le déroulement des concours, mais j'estime que la

involved here is the more general question as to what means are available to the Commission to carry on personnel selection processes generally.

⁵ See section 3 of the *Public Service Employment Act*.

⁶ Members of the public service in such branch may loosely be referred to as employees of the Commission.

⁷ Compare *Local Government Board v. Arlidge* [1915] A.C. 120 at pages 132 *et seq.*

See also S. A. de Smith's "*Judicial Review of Administrative Action*", Second Edition, at pages 290-92, where there is a review of some of the relevant authorities in a passage reading as follows:

Special considerations arise where a statutory power vested in a Minister or a department of State is exercised by a departmental official. The official is the *alter ego* of the Minister or the department, and since he is subject to the fullest control by his superior he is not usually spoken of as a delegate. (A different analysis must, of course, be adopted where powers are explicitly conferred upon or delegated to an official by a law-making instrument.) The courts have recognised that "the duties imposed on ministers and the powers given to ministers are normally exercised under the authority of the ministers by responsible officials of the department. Public business could not be carried on if that were not the case." In general, therefore, a Minister is not obliged to bring his own mind to bear upon a matter entrusted to him by statute but may act through a duly authorised officer of his department. The officer's authority need not be conferred upon him by the Minister personally; it may be conveyed generally and informally by the officer's hierarchical superiors. Whether it is necessary for the authorised officer explicitly to profess to act on behalf of the Minister is not certain. Some matters, however, are so important that the Minister must address himself to them personally. It would appear that orders drastically affecting the liberty of the person—e.g., orders for the deportation of aliens, detention orders made under wartime security regulations and perhaps discretionary orders for the rendition of fugitive offenders—fall into this category. Objection to the production of documentary evidence in legal proceedings on the ground that its production would be injurious to the public interest must be taken by the Minister or the permanent head of the department, certifying that personal consideration has been given to the documents in question. It has been said that when a Minister is required to consider an inspector's report on objections to a new town designation order he must in fact genuinely consider the report and the objections, but it is not clear whether in this or other contexts the devolution of these functions upon a senior departmental officer would invalidate the order. Indeed, as has already been pointed out, there seems to be no general rule that Ministers when discharging functions of a judicial character must direct their own minds to the cases before them. Nor is it necessary for a Minister to act personally in the exercise of powers of a legislative character; statutory instruments are in fact signed by senior departmental officials acting under a general grant of authority from the Minister concerned.

question en litige dans la présente affaire est plus générale et porte sur les moyens dont dispose la Commission pour appliquer les processus de sélection des employés.

⁵ Voir l'article 3 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*.

⁶ Le personnel de la Fonction publique qui est rattaché à ce service peut être considéré, sans prétendre à la précision, comme le personnel de la Commission.

⁷ Voir l'arrêt *Local Government Board c. Arlidge* [1915] A.C. 120, pp. 132 *et suiv.*

Voir aussi l'ouvrage de S. A. de Smith *Judicial Review of Administrative Action*, deuxième édition, pages 290-292, où il analyse la jurisprudence en la matière dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Lorsqu'un fonctionnaire d'un ministère exerce un pouvoir conféré par une loi au Ministre ou au ministère, il faut tenir compte de certaines considérations particulières. Ce fonctionnaire est l'*alter ego* du Ministre ou du ministère; puisqu'il est soumis au contrôle de son supérieur hiérarchique, le pouvoir qu'il exerce n'est généralement pas qualifié de pouvoir délégué. (Bien sûr, le problème se pose différemment lorsqu'un texte législatif confère explicitement des pouvoirs à un fonctionnaire ou les lui délègue.) Les tribunaux ont admis que «les devoirs et les pouvoirs attribués aux Ministres sont normalement exercés sous leur direction par les fonctionnaires du ministère. L'administration ne pourrait fonctionner, s'il en était autrement.» Par conséquent, en général, le Ministre n'est pas obligé d'examiner personnellement les questions qui sont de sa compétence en vertu d'une loi: il peut autoriser un fonctionnaire de son ministère à le faire à sa place. Il n'est pas nécessaire que le Ministre accorde lui-même ce pouvoir au fonctionnaire; ce pouvoir peut être accordé au fonctionnaire d'une manière générale et sans formalité par ses supérieurs hiérarchiques. Il n'est pas certain que le fonctionnaire autorisé doit mentionner explicitement qu'il agit au nom du Ministre. Toutefois, certaines questions sont d'une importance telle que le Ministre doit les examiner lui-même directement. Il semble que les décisions affectant la liberté des personnes—c.-à-d. les ordonnances d'expulsion des étrangers, les ordonnances d'incarcération rendues en vertu des règlements de sécurité en temps de guerre et peut-être aussi les ordonnances discrétionnaires pour la remise aux autorités compétentes des criminels en fuite—fassent partie de cette catégorie. Le Ministre ou le chef du ministère doit s'opposer lui-même à la production de documents au cours d'une instance judiciaire, au motif que leur production pourrait être contraire à l'intérêt public; il doit alors certifier qu'il a examiné lui-même les documents en question. On a déjà affirmé que lorsque, dans le cas d'opposition à une ordonnance de désignation d'une ville nouvelle, le Ministre est tenu d'examiner le rapport de l'inspecteur à ce sujet, il doit effectivement examiner lui-même ce rapport et les oppositions; mais il n'est pas certain que, dans ce cas précis ou dans d'autres situations, la délégation de ces fonctions à un haut fonctionnaire du ministère entraînerait la nullité de l'ordonnance. De plus, comme nous l'avons déjà fait remarquer, il ne semble pas qu'il soit de règle que les Ministres doivent examiner eux-mêmes les affaires lorsqu'il s'agit

⁸ It is a part of the scheme of section 6(1) that the Commission, when authorizing a deputy head to exercise its powers, etc., may impose limitations on the authority conferred on the deputy head but it has not been suggested that any limitation so imposed on the authority under consideration in this case is relevant to the decision of this application.

⁹ There may, of course, be special statutory provisions or contracts that I do not know of or do not have in mind but no such special rule has been put forward as applicable here.

¹⁰ It has been suggested, although not in argument, that, having regard to the reason traditionally ascribed for the existence of the Public Service Commission and its predecessors—as a bulwark against political patronage—there is reason for placing limits on the extent to which the departmental officials may use outside help that does not apply to the Public Service Commission itself. The answer to this, as it seems to me, is that Parliament, in providing for a partial return of the recruiting power to the departments has provided expressly for safeguarding machinery both by the power provided to the Commission by subsections (1) and (5) of section 6 to impose limitations on the power returned to the departments and by the review and revocation powers given to the Commission by subsections (2), (3) and (4) of section 6. When Parliament has thus explicitly provided safeguarding machinery, as it seems to me, there is no justification for implying other limitations on the powers returned to the departments.

d'exercer des fonctions de caractère judiciaire. Il n'est pas non plus nécessaire que le Ministre agisse lui-même lorsqu'il exerce des pouvoirs de nature législative; de fait, les textes réglementaires sont signés par des hauts fonctionnaires du ministère, qui agissent en vertu d'une délégation générale de pouvoirs de la part du Ministre concerné.

a ⁸ D'après l'économie de l'article 6(1), lorsque la Commission autorise un sous-chef à exercer ses pouvoirs etc., elle peut imposer certaines restrictions à l'autorisation qu'elle donne au sous-chef; mais en l'espèce, on n'a pas cherché à prétendre que les restrictions qu'on a effectivement imposées à l'autorité administrative dont nous examinons la décision aient une incidence sur la solution du litige soulevé par cette requête.

b ⁹ Évidemment, il se pourrait qu'interviennent certaines dispositions législatives ou contractuelles dont je ne connais pas l'existence ou qui ne me viennent pas à l'esprit; mais on n'a pas prétendu qu'une telle réglementation particulière s'applique en l'espèce.

c ¹⁰ On a donné à entendre, sans en tirer formellement argument, que si l'on tient compte des considérations ayant présidé, selon l'opinion traditionnellement reçue, à la création de la Commission de la Fonction publique et de ses prédécesseurs—c'est-à-dire l'élimination du favoritisme politique—, on serait justifié de mettre certaines restrictions à la possibilité pour les fonctionnaires des ministères de faire appel à des compétences extérieures, restrictions qui ne s'appliqueraient pas à la Commission elle-même. On peut à mon avis répondre à cela que lorsqu'il a prévu la possibilité de rendre aux ministères un certain pouvoir de recrutement, le Parlement a donné expressément à la Commission des moyens de contrôle: d'abord, par les paragraphes (1) et (5) de l'article 6, la faculté d'apporter des restrictions aux pouvoirs délégués aux ministères; et ensuite, par les paragraphes (2), (3) et (4) de l'article 6, des pouvoirs d'annulation et de révocation. Le Parlement ayant ainsi explicitement prévu certains mécanismes de contrôle, il ne me paraît pas justifiable de chercher des restrictions implicites aux pouvoirs rendus aux ministères.