

A-390-80

A-390-80

Arthur Preece and Ramnarine Barran (*Applicants*)

v.

Public Service Commission Appeal Board (*Respondent*)

Court of Appeal, Ryan and Le Dain JJ. and Kerr D.J.—Ottawa, January 27 and May 4, 1981.

Judicial review — Public Service — Application to review and set aside a decision of the Public Service Commission Appeal Board — Eligible list was established as a result of closed competition — Notice of competition did not indicate that other positions of a similar nature and level or at a lower level might be filled from the competition — Plaintiffs appeal staffing of another position from eligible list — Section 18 of the Public Service Employment Act provides that where eligible lists established for a position are exhausted, appointments may be made from a list established for positions of a similar occupational nature at a higher level — Board found that where no eligible list exists, the list is exhausted — Whether Board erred in its interpretation of s. 18 — Application is allowed — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

APPLICATION for judicial review.

COUNSEL:

Maurice W. Wright, Q.C. for applicants.
Edward R. Sojonyk for respondent.

SOLICITORS:

Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady, Morin, Ottawa, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

RYAN J.: This is a section 28 application to review and set aside a decision, dated May 28, 1980, by a Public Service Commission Appeal Board constituted to hear appeals brought by the applicants, Mr. Preece and Mr. Barran, pursuant to section 21 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32.

Arthur Preece et Ramnarine Barran (*Requérants*)

a c.

Le Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique (*Intimé*)

b Cour d'appel, les juges Ryan et Le Dain et le juge suppléant Kerr—Ottawa, 27 janvier et 4 mai 1981.

Examen judiciaire — Fonction publique — Demande d'examen et d'annulation d'une décision rendue par le Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique — Une liste d'admissibilité a été établie à la suite d'un concours restreint — L'avis de concours n'indiquait pas que ce concours pouvait servir à combler d'autres postes de nature semblable, de même niveau ou de niveau inférieur — Les demandeurs contestent la dotation d'un autre poste à partir de la liste d'admissibilité — L'art. 18 de la Loi sur l'emploi dans la Fonction publique prévoit que lorsque la liste d'admissibilité établie pour un poste est épuisée, on peut pourvoir à ce poste au moyen d'une liste d'admissibilité établie pour des postes comportant des occupations semblables mais situés à un niveau supérieur — Selon le Comité, on peut conclure de l'absence de la liste d'admissibilité qu'elle est épuisée — Il échet d'examiner si le Comité a mal interprété l'art. 18 — Demande accueillie — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10, art. 28.

DEMANDE d'examen judiciaire.

f AVOCATS:

Maurice W. Wright, c.r. pour les requérants.
Edward R. Sojonyk pour l'intimé.

g PROCUREURS:

Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady, Morin, Ottawa, pour les requérants.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

i LE JUGE RYAN: La présente demande, fondée sur l'article 28, tend à l'examen et à l'annulation de la décision en date du 28 mai 1980, rendue par un Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique constitué pour entendre les appels des requérants, M. Preece et M. Barran, conformément à l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-32.

A closed competition was held in respect of a position in Canada Post, Fleet Maintenance, Transportation, Metro Toronto, Ontario Postal Region. The position was described as Maintenance Supervisor and Instructor (GL-ELE-4 C3) (I will refer to it as "the C3 position"). The notice of the competition did not indicate that other positions of a similar nature and level or at a lower level might be filled from the competition.

An eligible list was established. Later an opening occurred for a position described as GL-ELE-4 C2 ("the C2 position"); a person who had been placed on the eligible list established for the C3 position was selected. This selection is the subject matter of this application. Mr. Barran was also on the eligible list, but was not selected because he was lower in rank than the person selected. Mr. Preece's application for the position had, it appears, not been filed in time, but he nonetheless appealed the appointment.

The disposition of the application depends on the interpretation of section 18 of the *Public Service Employment Act*, which provides:

18. Where an appointment under this Act is to be made to a position by competition, the appointment shall be made from an eligible list established for that position or for positions of a similar occupational nature and level, but where such list is exhausted, the appointment may be made from an eligible list established for positions of a similar occupational nature at a higher level.

Section 18 requires that where, as here, an appointment is to be made to a position by competition, it must be made from an eligible list. Section 17 of the Act¹ requires that an eligible list be established after a competition is held. It is from

¹ Subsections 17(1),(2) and (3) of the *Public Service Employment Act* provide:

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

(2) An eligible list is valid for such period of time as may be determined by the Commission in any case or class of cases.

(3) When establishing an eligible list in the case of a closed competition, the Commission shall place the qualified candidates thereon in order of merit.

Un concours restreint fut tenu relativement à un poste aux Postes canadiennes, Division de l'entretien des véhicules, Transport, District métropolitain de Toronto, région postale de l'Ontario. Le poste était décrit comme en étant un de surveillant de l'entretien et instructeur (GL-ELE-4 C3) (que j'appellerai ci-après «le poste C3»). L'avis de concours n'indiquait pas que ce concours était susceptible de servir à combler d'autres postes de nature semblable et de même niveau ou de niveau inférieur.

Une liste d'admissibilité a été établie. Un peu plus tard, il y a eu ouverture d'un poste désigné comme GL-ELE-4 C2 («le poste C2»); le choix fut arrêté sur une personne placée sur la liste d'admissibilité établie pour le poste C3. C'est ce choix qui fait l'objet de la présente demande. M. Barran était également sur la liste d'admissibilité, mais il n'a pas été choisi parce qu'il y figurait après la personne choisie. Il semble que M. Preece n'ait pas posé à temps sa candidature pour le poste, mais il a fait néanmoins appel de la nomination.

Pour statuer sur la demande, il faut interpréter l'article 18 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, lequel est ainsi rédigé:

18. Lorsqu'une nomination prévue par la présente loi doit être faite à un poste à la suite d'un concours, la personne à nommer doit être choisie sur une liste d'admissibilité établie pour ce poste ou pour des postes à des niveaux comparables et comportant des occupations semblables. Toutefois, si cette liste est épuisée, le titulaire peut être choisi sur une liste d'admissibilité établie pour des postes comportant des occupations semblables mais situés à un niveau supérieur.

L'article 18 exige qu'une nomination qui doit être faite à la suite d'un concours, comme c'est le cas ici, soit faite à partir d'une liste d'admissibilité. L'article 17 de la Loi¹ requiert l'établissement d'une liste d'admissibilité après la tenue d'un con-

¹ Les paragraphes 17(1),(2) et (3) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* sont ainsi conçus:

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

(2) Toute liste d'admissibilité est valide pour la période de temps que la Commission peut fixer dans chaque cas ou classe de cas.

(3) En établissant une liste d'admissibilité dans le cas d'un concours restreint, la Commission doit y inscrire les candidats qualifiés par ordre de mérite.

such an eligible list that section 18 requires an appointment to be made. But section 18 provides alternatives. An appointment to a position may also be made from an eligible list established "... for positions of a similar occupational nature and level." And, where an eligible list established for the position to be filled or for positions of a similar occupational nature and level "is exhausted", then—and in my view only then—"... the appointment may be made from an eligible list established for positions of a similar occupational nature at a higher level."

The ground taken by the applicants in their appeals to the Appeal Board was that the competition had been held to fill a C3 position, no indication having been given that C2 positions might also be filled on the basis of the competition which was to be held. Thus, it was submitted, the C2 position was filled without there having been a competition for it. This, it was argued, was fatal to the appointment.

Before the Appeal Board, the case of the Department was that the appointment to the C2 position had been made from an eligible list established for a position, the C3 position, which was similar in nature to the C2 position, but at a higher level, and was thus authorized by the closing words of section 18.

The Appeal Board adopted the submission of the Department and dismissed the appeals. The Board decided that the C3 and C2 positions were similar in nature, but that the C3 position was at a higher level. Thus the appointment was authorized by the closing words of section 18. The Board recognized that no eligible list had been established for the C2 position. Nonetheless, the Board stated: "... when no eligible list exists, the eligible list is, in fact, 'exhausted'."

Counsel for the applicants submitted that this constituted error. In my view, it was a misinterpretation of the closing words of section 18 to hold that the words can justify resort to an eligible list established for positions of a similar occupational nature but at a higher level where no eligible list has been established for the position to be filled or

cours. L'article 18 exige qu'une nomination soit faite à partir d'une telle liste d'admissibilité. Mais l'article 18 prévoit des solutions de rechange. Une nomination à un poste peut également être faite à partir d'une liste d'admissibilité établie «... pour des postes à des niveaux comparables et comportant des occupations semblables.» Et lorsque la liste d'admissibilité établie pour le poste à remplir ou pour des postes à des niveaux comparables et comportant des occupations semblables «est épuisée», alors—et à mon avis alors seulement—«... le titulaire peut être choisi sur une liste d'admissibilité établie pour des postes comportant des occupations semblables mais situés à un niveau supérieur.»

Les requérants ont fondé leurs appels au Comité d'appel sur ce que le concours avait été tenu pour combler un poste C3 et qu'il n'avait nullement été indiqué qu'il était possible que des postes C2 soient comblés à partir du concours qui devait avoir lieu. Par conséquent, a-t-il été soutenu, le poste C2 a été comblé sans concours, ce qui vicie la nomination.

Ce à quoi le Ministère a répondu, devant le Comité d'appel, que la nomination au poste C2 avait été faite à partir d'une liste d'admissibilité établie pour un poste, le poste C3, qui était de nature semblable au poste C2 mais situé à un niveau supérieur, et qu'elle était donc permise par les dispositions finales de l'article 18.

Le Comité d'appel, accueillant les prétentions du Ministère, a rejeté les appels. Le Comité a jugé que les postes C2 et C3 étaient de nature semblable, mais que le poste C3 était situé à un niveau supérieur. L'article 18 *in fine* autorisait donc cette nomination. Le Comité a admis qu'aucune liste d'admissibilité n'avait été établie pour le poste C2. Il a toutefois déclaré: [TRADUCTION] «... quand il n'existe aucune liste d'admissibilité, la liste d'admissibilité est, en fait, 'épuisée'»

L'avocat des requérants a prétendu qu'il s'agissait là d'une erreur. A mon avis, c'est une fausse interprétation de l'article 18 *in fine* que de soutenir qu'il justifie le recours à une liste d'admissibilité établie pour des postes comportant des occupations semblables mais situés à un niveau supérieur, alors qu'aucune liste d'admissibilité n'a été établie pour

for positions of a similar nature and level to the position to be filled: a list can be said to be exhausted only if it existed.

But counsel for the Deputy Attorney General, in support of the decision actually reached by the Appeal Board, made a submission which appears to me to be inconsistent with the position taken by the Department before the Appeal Board. The submission was, as I understood it, that the C3 and C2 positions were positions of a similar occupational nature and level and thus, by virtue of the first alternative provided in section 18, an appointment to the C2 position could be made, without further competition, from the eligible list prepared as a result of the C3 competition. Counsel argued that the C2 and C3 positions were similar in nature; and, indeed, I would note that the Appeal Board, after considering submissions on behalf of the representatives of the Department and of the appellants, did so determine. Counsel then referred to the position designations, GL-ELE-4 (C3) and GL-ELE-4 (C2), and submitted that the "4" in each designation was used, and was generally understood in the Public Service to be used, to designate the level of the positions, and that the C3 and C2 designations were merely used to indicate sub-categories within the same level. The positions were, he submitted, similar in nature and at the same level, and thus were similar in nature and level. This being so, by virtue of the first alternative provided in section 18, the appointment was made in accordance with the law.

I may say that, if I were satisfied that the positions were similar in nature and level, I would be of opinion that the appointment could properly have been made as it was even though the notice of the competition had not in terms specified that appointments might be made to C2 as well as to C3 positions or that successful candidates might be eligible for appointment to similar positions. Section 18 provides that an appointment may be made to a position from an eligible list established for a position which is of a similar nature and level. I take it that the need for a competition is satisfied by the similarity in nature and level be-

le poste à pourvoir ou pour des postes de nature semblable et de niveau comparable à celui à combler. Pour qu'une liste soit épuisée, elle doit exister.

a

Mais, à l'appui de la décision rendue par le Comité d'appel, l'avocat représentant le sous-procureur général du Canada a présenté un argument qui m'apparaît incompatible avec la position adoptée par le Ministère devant le Comité d'appel. Cet argument, si j'ai bien compris, est que les postes C3 et C2 comportaient des occupations semblables et étaient de niveau comparable, et qu'ainsi, en vertu de la première solution de rechange prévue à l'article 18, la personne à nommer au poste C2 pouvait être choisie, sans qu'il y ait un autre concours, sur une liste d'admissibilité établie à la suite du concours pour le poste C3. L'avocat soutient que les postes C2 et C3 sont de nature semblable; de fait, je remarque que le Comité d'appel, après avoir examiné les prétentions des représentants du Ministère et de ceux des appelants, en est arrivé à cette conclusion. L'avocat invoque ensuite la désignation des postes, GL-ELE-4 (C3) et GL-ELE-4 (C2), et prétend que le «4», dans chacune de ces désignations, était utilisé, et c'était ainsi qu'on le comprenait généralement dans la Fonction publique, pour préciser le niveau des postes et que les éléments C3 et C2 indiquaient simplement des sous-catégories à l'intérieur d'un même niveau. Il allègue que ces postes sont comparables et situés au même niveau et qu'ils sont donc de nature et de niveau semblables. D'où il suit qu'en vertu de la première solution de rechange prévue à l'article 18, la nomination est conforme à la loi.

b

c

d

e

f

g

h

i

j

Si j'étais convaincu que les postes étaient de nature et de niveau semblables, je dirais que la nomination a été faite de la façon requise par la loi même si l'avis de concours ne précisait pas clairement qu'il était possible que des nominations soient faites à des postes C2 aussi bien qu'à des postes C3 ou que les candidats reçus seraient admissibles à des postes semblables. L'article 18 prévoit que la personne à nommer à un poste peut être choisie sur une liste d'admissibilité établie pour un poste de nature et de niveau semblables. Je présume qu'en raison de la similitude de nature et de niveau entre le poste pour lequel le concours

tween the position for which the competition was held and the position to which the appointment is made.

My problem is, however, in being satisfied, on the basis of the record before us, that the designations of the positions do have the significance counsel seeks to attach to them and in being satisfied that they are understood as having or should reasonably be understood as having this significance by affected members of the Public Service.

Because of the Appeal Board's error in law in interpreting the closing words of section 18 and because I am far from being certain that the Board would have dismissed the appeals on the basis of the first alternative in section 18, I would grant the section 28 application and set aside the decision under review. I would direct a new inquiry to be conducted in respect of these appeals, the inquiry to be conducted with these reasons in mind. This, in my view, is necessary having in mind that the issues raised by reliance on the first alternative in section 18 could best be dealt with on the basis of a full hearing. The new inquiry may be held by the same Appeal Board or by another Appeal Board appointed for the purpose.

An issue was also raised by counsel for the Deputy Attorney General concerning the status of each of the applicants to appeal to the Appeal Board. It was submitted that Mr. Barran lacked status to appeal because, having been placed lower on the eligible list than the successful candidate, he was not adversely affected by the appointment. I am of the view that this objection is not sustainable. Mr. Barran, though placed on the eligible list, was an unsuccessful candidate within the meaning of that term in section 21 of the Act in that he was not selected for appointment to the vacant position, and his appeal was against the selection. It was also submitted that Mr. Preece was not eligible to appeal because he had not filed his application to participate in the competition in time. I would leave this question to the Appeal Board on the new inquiry to be answered on the

a été tenu et le poste pour lequel la nomination est faite, il n'y a pas lieu de tenir un autre concours.

^a Il m'est cependant difficile d'admettre, à partir du dossier devant nous, que la désignation des postes a la signification que l'avocat cherche à leur attribuer et qu'elle a ou devrait raisonnablement avoir cette signification pour les membres de la ^b Fonction publique concernés.

^c A cause de l'erreur de droit commise par le Comité d'appel dans son interprétation de l'article 18 *in fine*, et aussi parce que je suis loin d'être convaincu que le Comité aurait rejeté les appels en se fondant sur la première solution de rechange ^d prévue à l'article 18, j'estime qu'il y a lieu d'accueillir la demande fondée sur l'article 28 et d'annuler la décision attaquée. Je suis d'avis qu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'une nouvelle enquête relativement à ces appels, enquête au cours de laquelle on devra tenir compte des présents motifs. ^e Cela est nécessaire, à mon avis, compte tenu de ce qu'il serait préférable de trancher les problèmes que soulève le recours à la première solution de rechange de l'article 18 à partir d'une audition ^f complète. La nouvelle enquête pourra être tenue par le même Comité d'appel ou par un autre comité d'appel constitué à cette fin.

L'avocat représentant le sous-procureur général du Canada a également soulevé la question de la ^g qualité de chacun des requérants à se pourvoir devant le Comité d'appel. Il a soutenu que M. Barran n'avait pas qualité pour interjeter appel parce que son nom ne venant qu'après celui du ^h candidat reçu sur la liste d'admissibilité, la nomination ne lui a causé aucun préjudice. A mon avis, cette objection est sans fondement. Bien que placé sur la liste d'admissibilité, M. Barran était un ⁱ candidat non reçu au sens de l'article 21 de la Loi en ce qu'il n'avait pas été choisi pour le poste vacant, et c'est de ce choix qu'il a fait appel. Il a également prétendu que M. Preece n'avait pas de ^j droit d'appel parce qu'il ne s'était pas inscrit à temps au concours. Je laisse au Comité d'appel le soin de régler cette question lors de la nouvelle enquête, à partir des faits que celle-ci révélera. Je

basis of the facts as developed in the new inquiry. I would merely indicate that, ordinarily, a person who does not submit his application within the time stipulated for a competition can hardly be considered as having been a candidate.

* * *

LE DAIN J. concurred.

* * *

KERR D.J. concurred.

ferai simplement observer que, d'ordinaire, la personne qui ne s'est pas inscrite à un concours dans les délais impartis n'est pas considérée comme un candidat.

a

* * *

LE JUGE LE DAIN y a souscrit.

* * *

LE JUGE SUPPLÉANT KERR y a souscrit.