

John A. Emms (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen, represented by the Deputy Minister of Indian Affairs and Northern Development and the Public Service Commission (*Defendants*) *Respondents*.

1979: February 26; 1979: October 2.

Present: Martland, Pigeon, Beetz, Estey and Pratte JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Crown — Public Service — Employee rejected during purported extension of probationary period — Regulation respecting extension of probationary period ultra vires — Rejection not legally justified — Declaratory remedy denied — Quantum of damages — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 28 — Public Service Employment Regulations, SOR/67-129, ss. 30, 31.

The appellant was appointed a Field Officer in the Department of Indian Affairs and Northern Development and began his employment on April 1, 1970. Under the provisions of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, and the *Public Service Employment Regulations*, the probationary period applicable to the appellant was twelve months and the notice period was one month. Although the appellant's superiors were not satisfied with his performance, no notice of an intention to reject the appellant was given during the 12-month period. Instead, on the basis of s. 30(2) of the Regulations, the deputy head purported to extend the probationary period for a further six months and the rejection of the appellant occurred during the extended period.

The trial judge found that the circumstances were such that the appellant knew or ought to have known that his probation had been extended for an additional period of six months. Notwithstanding this finding, the trial judge was of the opinion that because the respondent had not given the appellant written notice of the extension in accordance with s. 30(3) of the Regulations, the appellant was no longer a probationary employee after March 31, 1971. As a result, the Court declared that the purported rejection on probation by the respondent was a nullity and that the appellant's employment had not been terminated.

John A. Emms (*Demandeur*) *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine, représentée par le sous-ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et la Commission de la Fonction publique (*Défenderesses*) *Intimées*.

1979: 26 février; 1979: 2 octobre.

Présents: Les juges Martland, Pigeon, Beetz, Estey et Pratte.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Couronne — Fonction publique — Employé renvoyé pendant la prétendue prolongation d'une période de stage — Le règlement concernant la prolongation de la période de stage est ultra vires — Le renvoi n'est pas légalement justifié — Le jugement déclaratoire est refusé — Montant des dommages-intérêts — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 28 — Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique, DORS/67-129, art. 30 et 31.

L'appelant a été nommé inspecteur au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien et est entré en fonction le 1^{er} avril 1970. En vertu des dispositions de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32, et du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique*, la période de stage applicable à l'appelant était de douze mois et le délai de préavis était d'un mois. Bien que les supérieurs du demandeur étaient insatisfaits de la façon dont le demandeur s'acquittait de ses fonctions, l'appelant n'a reçu pendant la période de douze mois aucun avis le prévenant de l'intention de le renvoyer. Au contraire, en se basant sur le par. 30(2) du Règlement, le sous-chef a voulu prolonger la période de stage de six mois et c'est au cours de cette période de stage prolongée que l'appelant a été renvoyé.

Le juge de première instance a conclu que les circonstances étaient telles que l'appelant savait ou aurait dû savoir que son stage avait été prolongé pour une période additionnelle de six mois. Malgré cette conclusion, le juge de première instance était d'avis que puisque l'intimée n'avait pas donné à l'appelant l'avis de prolongation conformément au par. 30(3) du Règlement, l'appelant n'était plus un employé en stage après le 31 mars 1971. En conséquence, la Cour a déclaré que le prétendu renvoi pendant le stage par l'intimée était nul et qu'on n'avait pas mis fin à l'emploi de l'appelant.

After his employment with the Department of Indian Affairs and Northern Development was *de facto* terminated, the appellant promptly obtained employment with the Government of Saskatchewan, at first on a temporary basis, later on a permanent basis. The trial judge allowed damages only for the few days during which the appellant was unemployed.

The appellant appealed to the Federal Court of Appeal against the quantum of damages awarded by the trial judge. The Crown cross-appealed on the grounds that the trial judge had erred in law in holding that at the time of his rejection the appellant was not a probationary employee. The Court of Appeal did not disagree with the trial judge's findings, but it held that the failure to formally notify the appellant in writing of the extension of the probationary period did not invalidate the extension. It was accordingly held that he had been properly rejected within the extended probationary period. From this decision the appellant appealed to this Court.

Held: The appeal should be allowed.

Per Pigeon and Pratte JJ.: Subsequent to the judgment of the Federal Court of Appeal in this case, judgment was rendered by the Trial Division, October 25, 1977 ([1978] 1 F.C. 672), affirmed in the Federal Court of Appeal, June 14, 1978 (21 N.R. 247), in *Ouimet v. The Queen*. This judgment declared that s. 30(2) of the *Public Service Employment Regulations* is *ultra vires*.

At the hearing in the instant case, counsel for the respondent informed the Court that no appeal had been taken from the *Ouimet* judgment but invited the Court to overrule it. The Crown was thus faced with a formal declaration made by the Court below of the invalidity of the very provision of the *Public Service Employment Regulations* on which its appeal in this case depends. This declaration was made in another case and it is allowed to stand in favour of another claimant but the Court is asked to decide otherwise as against the appellant herein. This raised the question as to whether it should be possible for an administrative agency to allow a declaration of invalidity to stand in a given case while ignoring it towards other parties, on the chance that in another case it might succeed in having it overruled by a higher court, if not by a different judge.

However, it was unnecessary to express an opinion on this question because, assuming the respondent was entitled to ask that the judgment in *Ouimet* be overruled, there was no reason to do so. No argument was submitted to support the validity of s. 30(2) of the

Après la cessation *de facto* de son emploi au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, l'appelant a promptement obtenu un emploi au gouvernement de la Saskatchewan, d'abord sur une base temporaire et ensuite sur une base permanente. Le juge de première instance n'a accordé des dommages-intérêts que pour les quelques jours durant lesquels l'appelant avait été sans emploi.

L'appelant a interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale du montant des dommages-intérêts accordé par le juge de première instance. Sa Majesté a logé un appel incident sur le moyen que le juge de première instance avait commis une erreur de droit en jugeant qu'au moment de son renvoi l'appelant n'était pas un employé en stage. La Cour d'appel n'a pas rejeté les conclusions du juge de première instance sur les faits mais elle a statué que l'omission d'aviser formellement l'appelant par écrit de la prolongation de stage n'invalide pas la prolongation. Elle a donc conclu qu'il avait été valablement renvoyé pendant son stage. L'appelant a interjeté un pourvoi à l'encontre de cet arrêt devant cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Les juges Pigeon et Pratte: Le 25 octobre 1977, soit après l'arrêt de la Cour d'appel dans la présente affaire, la Division de première instance a rendu dans *Ouimet c. La Reine* ([1978] 1 C.F. 672), un jugement qui a été confirmé par la Cour d'appel le 14 juin 1978 (21 N.R. 247; 1979 1 C.F. 55). Ce jugement déclare que le par. 30(2) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique* est *ultra vires*.

A l'audition de la présente affaire, l'avocat de l'intimée a informé la Cour que l'arrêt *Ouimet* n'avait pas été porté en appel mais il lui a demandé de juger le contraire. Sa Majesté est donc en face d'une déclaration formelle de la Cour d'instance inférieure qui prononce l'invalidité de la disposition même sur laquelle elle se fonde en l'espèce. Cette déclaration a été faite dans une autre affaire et elle la laisse subsister en faveur d'un autre demandeur; elle demande cependant à la Cour de rendre une décision différente envers l'appelant en l'espèce. Cela pose la question de savoir si on peut permettre à un organisme administratif de laisser subsister une déclaration d'invalidité dans une affaire donnée et de n'en pas tenir compte envers les tiers pour le cas où, dans une autre affaire, elle pourrait réussir à faire décider le contraire par un tribunal d'instance inférieur, sinon par un autre juge.

Cependant, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur cette question difficile parce que, en tenant pour acquis que l'intimée a le droit de demander une décision contraire à l'arrêt *Ouimet*, il n'y a aucune raison de le faire. On n'a présenté à l'appui de la validité du par. 30(2) du

Regulations which had not been considered and dealt with by the trial judge and the Federal Court of Appeal and no error was shown in the decisions rendered thereupon.

As the provision in the Regulations for an extension of the probationary period, s. 30(2), was ineffective, it followed that the appellant was never properly dismissed because the notice given to him purported to be a rejection during probation. The submission made on the appeal to the Court of Appeal that even if it was so, the rejection should be considered as a dismissal effectively terminating the plaintiff's employment could not be accepted. As held in *Ouimet*, at least for the purpose of the statutes that govern the Public Service an ineffective attempt to reject under s. 28 of the *Public Service Employment Act* is not the equivalent of a dismissal.

Another point not considered by the Federal Court of Appeal in the present case but also dealt with in *Ouimet* is the propriety of a declaration, not only that the termination of employment was ineffective, but also that the plaintiff continues to be an employee of Her Majesty. The circumstances in the present case did not justify the making of a declaration of continued employment and the proper remedy was in damages.

Accordingly, the appeal should be allowed, the judgment of the Federal Court of Appeal should be set aside and the judgment at trial restored but varied by deleting from the declaration therein the words "and that the plaintiff still continues to be an employee of Her Majesty", and by increasing the damages to \$6,899.40 (*i.e.*, the difference in salary and benefits which the appellant would have received had he been allowed to continue his employment with the Department).

Per Martland, Beetz and Estey JJ.: The extension of the probationary period by the deputy head was based upon s. 30(2) of the Regulations. If the deputy head did not have power to extend the probationary period, then the rejection of the appellant occurred after his probationary period had expired and could not legally be justified. As held by the Federal Court of Appeal in the case of *Ouimet v. The Queen*, *supra*, s. 30(2) of the Regulations was *ultra vires* of the Commission to enact. It followed, therefore, that the appeal should be allowed.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹, reversing the judgment of the Trial

Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique aucun argument qui n'y ait été étudié par le juge de première instance et la Cour d'appel fédérale et on ne fait voir aucune erreur dans les jugements rendus à cet égard.

Puisque le par. 30(2) du Règlement visant la prolongation de la période de stage est sans effet, il s'ensuit que l'appellant n'a jamais été valablement congédié parce que l'avis qu'on lui a donné visait un renvoi durant son stage. La prétention, présentée en appel devant la Cour d'appel fédérale, que ce renvoi devait néanmoins être considéré comme un congédiement ayant effectivement mis fin à l'emploi du demandeur ne pouvait être acceptée. Comme on l'a conclu dans *Ouimet*, tout au moins dans le contexte des lois régissant la Fonction publique, la vaine tentative de renvoi fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* ne peut être assimilée à une révocation.

En outre, dans l'affaire *Ouimet* la Cour d'appel fédérale s'est également prononcée sur une question qu'elle n'a pas étudiée en l'espèce; il s'agit de l'opportunité de déclarer non seulement que le renvoi est invalide, mais également que le demandeur continue d'être un employé de Sa Majesté. Les circonstances de l'espèce ne justifient pas une déclaration que l'emploi n'a pas été interrompu et les dommages-intérêts constituent le redressement approprié.

Par conséquent, il faut accueillir le pourvoi, infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et rétablir le jugement de première instance, mais modifier ce dernier jugement en retranchant de la déclaration y contenue les mots «et que le demandeur demeure un employé de Sa Majesté» et en augmentant à \$6,899.40 la somme que le demandeur a droit de recouvrer (*c.-à-d.* la différence de salaire et de bénéfices auxquels l'appellant aurait eu droit s'il avait pu conserver son emploi auprès du Ministère).

Les juges Martland, Beetz et Estey: Le sous-chef s'est fondé sur le par. 30(2) du Règlement pour prolonger la période de stage. Si le sous-chef n'avait pas le pouvoir de prolonger la période de stage, il s'ensuit que le renvoi de l'appellant a été effectué après l'expiration de sa période de stage et qu'il est illégal. Comme l'a jugé la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Ouimet c. la Reine*, précité, la Commission n'avait pas le pouvoir d'établir le par. 30(2) du Règlement. En conséquence, le pourvoi doit être accueilli.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹, infirmant le jugement de la

¹ (1977), 17 N.R. 14, [1978] 2 F.C. 174.

¹ (1977), 17 N.R. 14, [1978] 2 C.F. 174.

Division which had granted the appellant declaratory relief and damages. Appeal allowed and judgment at trial restored but varied.

Maurice W. Wright, Q.C., and James L. Shields, for the plaintiff, appellant.

J. A. Scollin, Q.C., and Pierre Barnard, for the defendants, respondents.

The judgment of Martland, Beetz and Estey JJ. was delivered by

MARTLAND J.—The facts which gave rise to this case have been fully stated in the reasons of my brother Pigeon who has also cited the relevant statutory provisions, namely, subss. (1) to (4) inclusive of s. 28 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, and ss. 30 and 31 of the *Public Service Employment Regulations* enacted by the Public Service Commission pursuant to that Act.

Briefly stated, s. 28 of the statute provides for the position of employees on probation. The period of probation is to be established by the Commission. The deputy head may reduce or waive the probationary period if an appointment is made from within the Public Service. The deputy head may at any time during the probationary period, upon giving required notices to the employee and the Commission of his intention to reject the employee, set in motion the procedure which results in his ceasing to be an employee.

The Regulations establish the probationary periods for defined groups or classes of employees. The probationary period applicable to the appellant was twelve months. No notice of an intention to reject the appellant was given during that period. Instead, the deputy head purported to extend the probationary period for a further six months and the rejection of the appellant occurred during the extended period.

The extension of the probationary period by the deputy head was based upon subs. 30(2) of the

Division de première instance qui avait accordé à l'appellant un jugement déclaratoire et des dommages-intérêts. Le pourvoi est accueilli et le jugement de première instance est rétabli mais modifié.

Maurice W. Wright, c.r., et James L. Shields, pour le demandeur, appellant.

J. A. Scollin, c.r., et Pierre Barnard, pour les défenderesses, intimées.

Le jugement des juges Martland, Beetz et Estey a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Les faits à l'origine de ce pourvoi sont exposés aux motifs de mon collègue le juge Pigeon; on y trouve également les dispositions législatives pertinentes, savoir les par. (1) à (4) inclusivement de l'art. 28 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32, et les art. 30 et 31 du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique* établi par la Commission de la Fonction publique en vertu de cette loi.

En bref, l'art. 28 de la Loi vise le cas des employés en stage. C'est la Commission qui fixe la période de stage. Si la personne nommée fait déjà partie de la Fonction publique, le sous-chef peut réduire le stage ou en dispenser l'employé. A tout moment au cours du stage, le sous-chef peut, après avoir dûment avisé l'employé et la Commission de son intention de le renvoyer, engager la procédure au terme de laquelle celui-ci cessera d'être un employé.

Le Règlement fixe les périodes de stage applicables aux employés faisant partie d'une classe ou d'un groupe particuliers. La période de stage applicable à l'appellant était de douze mois. Durant cette période, l'appellant n'a reçu aucun avis le prévenant de l'intention de le renvoyer. Au contraire, le sous-chef a voulu prolonger la période de stage de six mois et c'est au cours de cette période de stage prolongée que l'appellant a été renvoyé.

Le sous-chef s'est fondé sur le par. 30(2) du Règlement pour prolonger la période de stage. Les

Regulations. Subsections (1) and (2) of s. 30 of the Regulations provide as follows:

30. (1) The probationary period referred to in subsection (1) of section 28 of the Act for an employee who comes within a class or group mentioned in Column I of Schedule A is the period set out opposite that class or group in Column II of the said Schedule.

(2) The deputy head may extend the probationary period of an employee but the period of extension shall not exceed the period for that employee determined pursuant to subsection (1).

If the deputy head did not have power to extend the probationary period, then the rejection of the appellant occurred after his probationary period had expired and could not legally be justified. The respondent's case, therefore, depends upon the validity of subs. 30(2) of the Regulations.

Subsequent to the judgment of the Federal Court of Appeal in the present case, that Court, in the case of *Ouimet v. The Queen*², confirmed the judgment in the Trial Division that subs. 30(2) of the Regulations was *ultra vires* of the Commission to enact. I agree with the reasons delivered by Jackett C.J., for the Court, for reaching that conclusion.

I am therefore of the opinion that this appeal should succeed. I agree with the disposition of the appeal proposed by my brother Pigeon.

The judgment of Pigeon and Pratte JJ. was delivered by

PIGEON J.—This is an appeal by leave of this Court from the judgment of the Federal Court of Appeal dated July 15, 1977 (17 N.R. 14; [1978] 2 F.C. 174) reversing the judgment of the Trial Division ([1977] 1 F.C. 101) which had granted declaratory relief and damages in the amount of \$219.76.

Emms was appointed a Field Officer in the Department of Indian Affairs and Northern Development. He began his employment on April 1, 1970. He was stationed at Stony Rapids, Saskatchewan. His immediate superior was one C.E.

² (1978), 21 N.R. 247, [1979] 1 C.F. 55.

paragraphes (1) et (2) de l'art. 30 du Règlement disposent:

30. (1) La période de stage mentionnée au paragraphe (1) de l'article 28 de la Loi pour un employé qui fait partie d'une classe ou d'un groupe mentionnés à la colonne I de l'Annexe A est la période indiquée en regard de cette classe ou de ce groupe dans la colonne II de ladite Annexe.

(2) Le sous-chef peut prolonger la période de stage d'un employé mais la période de prolongation ne doit pas dépasser la période déterminée pour cet employé en conformité du paragraphe (1).

Si le sous-chef n'avait pas le pouvoir de prolonger la période de stage, il s'ensuit que le renvoi de l'appelant a été effectué après l'expiration de sa période de stage et qu'il est illégal. La solution de ce pourvoi dépend donc de la validité du par. 30(2) du Règlement.

Après avoir rendu jugement en l'espèce, la Cour d'appel fédérale a, dans l'arrêt *Ouimet c. La Reine*², confirmé le jugement de la Division de première instance selon lequel la Commission n'avait pas le pouvoir d'établir le par. 30(2) du Règlement. Je souscris aux motifs de jugement rédigés par le juge en chef Jackett au nom de la Cour d'appel.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi. Je souscris au dispositif proposé par mon collègue le juge Pigeon.

Le jugement des juges Pigeon et Pratte a été rend par

LE JUGE PIGEON—Ce pourvoi, interjeté sur autorisation de cette Cour, attaque un arrêt de la Cour d'appel fédérale en date du 15 juillet 1977 (17 N.R. 14; [1978] 2 C.F. 174) qui infirme la décision de la Division de première instance ([1977] 1 C.F. 101) qui a prononcé un jugement déclaratoire et accordé \$219.76 à titre de dommages-intérêts.

Emms a été nommé inspecteur au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien et est entré en fonction le 1^{er} avril 1970. Il était de service à Stony Rapids (Saskatchewan). Son supérieur immédiat était un nommé C. E. McKee, surveil-

² (1978), 21 N.R. 247, [1979] 1 C.F. 55.

McKee, District Supervisor at Prince Albert. On February 26, 1971, the latter wrote asking Emms to attend at the Prince Albert office for reviewing his Employee Evaluation Report that was required to be submitted before the end of the probationary period. In this Report there was this recommendation:

—Recommend that Mr. Emms be placed on a further six months probation to attempt to resolve his communication problem. It is also recommended that Mr. Emms be considered for transfer to another area and given opportunity to work in the development field.

The trial judge referred in his reasons to the meeting that Emms had with McKee and F. A. Clark, Regional Director, in Regina, on March 26, 1971, to discuss the Report, and said (at p. 106):

... The plaintiff testified that he left the meeting under the impression that the difficulties were resolved. The manner in which those difficulties were resolved was not disclosed with certainty or exactitude but the impression sought to be conveyed by the plaintiff in his testimony was to the effect that the extended probationary period of 6 months within which he was to satisfy his superiors of his ability to satisfactorily discharge his duties was waived. I have grave doubt if that impression was justified.

By letter dated July 8, 1971, (Exhibit P-4), which is beyond the initial probationary period but within the further six-month period, C.E. McKee again referred to the manner in which the plaintiff performed his duties and as were discussed at the meeting between them on March 26, 1971, and concluded by stating:

In the circumstance, I intend to recommend to the Regional Director your rejection on probation; however, before doing so, I invite your explanation for difficulties which have developed and your inability to perform satisfactorily.

The plaintiff replied by letter dated July 19, 1971, (Exhibit P-5), and explained the difficulties which he had encountered. He concluded his reply by requesting to be advised of the steps to be taken to review, through the staff union, his federal government service that is covered by pension. The tenor of that letter, after pointing out that he had exceptional ability to communicate with Indian people, is a tacit acceptance of his inevitable dismissal and in this letter the plaintiff does not dispute

lant de district à Prince Albert. Le 26 février 1971, celui-ci a demandé par écrit à Emms de se rendre au bureau de Prince Albert afin de discuter de l'appréciation de son rendement, appréciation qui devait être soumise avant la fin de son stage. Cette appréciation concluait:

[TRADUCTION] Je recommande une prolongation de six mois du stage de M. Emms pour lui permettre de résoudre son problème de communication. Je recommande en outre d'étudier la possibilité d'une mutation de M. Emms et la possibilité de le faire travailler dans le domaine du développement.

Après avoir fait état de la réunion qu'ont eue Emms, McKee et F. A. Clark, directeur régional, le 26 mars 1971, à Regina, afin de discuter de l'appréciation, le juge de première instance a dit (à la p. 106):

... Le demandeur affirme être sorti de la réunion avec l'impression que les problèmes étaient réglés. Il n'a pu décrire exactement ou fidèlement la façon dont ses problèmes ont été résolus mais, dans son témoignage, il s'est efforcé de nous expliquer qu'il avait l'impression qu'on avait abandonné l'idée d'une prolongation de six mois de la période de stage pendant laquelle il devait démontrer à ses supérieurs son aptitude à s'acquitter de ses fonctions de façon satisfaisante. Je doute sérieusement que son impression ait été justifiée.

Par lettre datée du 8 juillet 1971 (pièce P-4), c'est-à-dire après la période initiale de stage mais au cours de la prolongation de six mois, C. E. McKee évoquait de nouveau la façon dont le demandeur accomplissait son travail ainsi que les sujets abordés à la réunion du 26 mars 1971 et concluait:

[TRADUCTION] Étant donné les circonstances, je me propose de recommander au directeur régional votre renvoi pendant le stage; avant de ce faire je vous prie cependant de me communiquer vos explications quant aux difficultés rencontrées et à votre incapacité à accomplir votre travail de façon satisfaisante.

Dans sa réponse datée du 19 juillet 1971 (pièce P-5), le demandeur expliquait ses difficultés et à la fin de la lettre, il demandait qu'on lui indique la marche à suivre pour déterminer, par l'intermédiaire du syndicat du personnel, quelle partie de son service au sein du gouvernement fédéral ouvre droit à pension. Dans cette lettre, le demandeur (qui tient à souligner son aptitude exceptionnelle à communiquer avec les Indiens) accepte de façon tacite son renvoi inévitable et ne conteste pas non

the statement in Mr. McKee's letter of July 8, that he was "on probation" at that time.

Because of the view I have reached it is not necessary for me to come to a conclusion that the plaintiff was advised orally that his probation had been extended for a period of six months from March 31, 1971, until September 30, 1971, but if it were incumbent upon me to do so I would find that the plaintiff knew or ought to have known by the oral communications to him and written statements that was the fact.

I would also quote this passage from pp. 108-9:

There does not seem to me to have been any doubt that the plaintiff's superiors were not satisfied with the plaintiff's performance of his duties during his initial 12-month probationary period and that his rejection on probation was seriously considered during that period. Naturally the plaintiff both disputed and sought to explain the reservations entertained by his superiors as to his capacity and competence. It is equally clear that the solution to the difficulties encountered was to extend the plaintiff's probationary period for a further six months.

The recommendation to that effect was contained in the Evaluation Report concerning the plaintiff dated March 25, 1971. That report was signed by the plaintiff on March 26, 1971, and was the subject matter of discussion between the plaintiff and his superiors. The plaintiff's version of that discussion appears to have been that the difficulties were resolved, but unfortunately they were not, and there does not appear to have been a sound foundation for the plaintiff's assumption to the contrary. There is no doubt in my mind that the plaintiff knew full well on March 26, 1971, it was intended that his probationary period was to be extended for an additional period of six months. However, there is equally no doubt in my mind that the plaintiff was not so advised in writing forthwith by the deputy head or a responsible officer of the Department to whom that authority was delegated by the deputy head that his probationary period had been extended by six months.

Emms was never formally informed in writing of the action taken on this recommendation, which action was within the jurisdiction of F. A. Clark, the Regional Director, who held delegated authority from the Deputy Minister.

plus l'affirmation de McKee dans la lettre datée du 8 juillet selon laquelle le demandeur était «stagiaire» à ce moment-là.

Étant donné l'opinion que je me suis faite, il ne m'est pas nécessaire de conclure que le demandeur a été avisé verbalement de la prolongation de son stage de six mois, du 31 mars 1971 au 30 septembre 1971; si je devais le faire, je déciderais que compte tenu des diverses communications orales et écrites, le demandeur le savait ou aurait dû le savoir.

Je cite également cet extrait des pages 108 et 109:

Il me semble certain que les supérieurs du demandeur étaient insatisfaits de la façon dont le demandeur s'acquittait de ses fonctions pendant sa période de stage initiale de 12 mois et envisageaient sérieusement de le renvoyer. Évidemment, le demandeur s'est défendu et a tenté de dissiper les doutes qu'avaient ses supérieurs sur ses capacités et sa compétence. Il est également certain que la meilleure solution à ces difficultés était de prolonger la période de stage de six mois.

Une recommandation à cet effet avait été faite dans l'appréciation du demandeur, en date du 25 mars 1971. Cette appréciation, que le demandeur a signée le 26 mars 1971 a fait l'objet de discussions entre le demandeur et ses supérieurs. Le demandeur semble avoir eu l'impression que les discussions avaient aplani toutes les difficultés (ce qui malheureusement n'était pas le cas), sans disposer cependant de motifs sérieux à l'appui de sa conclusion. Je suis persuadé que le demandeur savait très bien le 26 mars 1971 qu'on avait décidé de prolonger son stage de six mois. Toutefois, je suis également convaincu que le demandeur n'en a pas été immédiatement informé par écrit par le sous-chef ou par un agent du ministère avec l'autorisation du sous-chef.

Emms n'a jamais été formellement avisé par écrit de la décision prise en conformité de cette recommandation, décision que le directeur régional, F. A. Clark, investi de pouvoirs délégués par le sous-ministre, était autorisé à prendre.

What happened subsequently is thus stated by Ryan J.A. (at pp. 20-21):

An Employee Evaluation Report, the purpose of which was indicated as being a probation review, was prepared under date of August 18, 1971, and signed on August 19, 1971. Under the heading "Recommendations" was the entry: "Rejected on probation effective September 24, 1971." Mr. Emms signed the Report, but indicated in writing, on the Report, that he contested the decision "... on the grounds stated."

By letter dated August 18, 1971, Mr. McKee informed Mr. Emms that he was rejected for further service in the Department of Indian Affairs and Northern Development effective September 24, 1971.

Mr. Emms then submitted a grievance in which he protested "... the Employee Evaluation Report dated August 19, 1971 as an unfair, incomplete and basically untrue document." He stated:

I request an impartial investigation of the matter with a view to having the situation corrected and the true reasons for my dismissal stated. I also request a review of my previous valid pension service time with Indian Affairs and an explanation of how so many supervisors granted salary increments and promotions if the above mentioned report is true. I do not contest the dismissal. I do contest the evaluation.

His reference to previous pension service and promotions appears to relate to a period he had served in the Public Service some time before his appointment in April 1970.

His grievance did not succeed.

Shortly after his rejection, which was effective September 24, 1971, Mr. Emms obtained employment with a department of the Saskatchewan government until November 15, 1971. He obtained employment with another Saskatchewan government department on a temporary basis from November 15, 1971 to January 31, 1973. He secured further employment in the Saskatchewan government service in February 1973, first as a temporary, and then as a permanent employee.

As previously stated Emms was successful at trial. Notwithstanding the above-quoted finding that he knew or ought to have known that his probation had been extended until November 30, 1971, the trial judge said (at pp. 109-110):

... What is contemplated by the Regulations is a clear and unequivocal notice in writing specifically directed to

Voici en quels termes le juge Ryan de la Cour d'appel a résumé les événements qui ont suivi (aux pp. 178 et 179):

Une appréciation, qui se voulait une appréciation de stage, a été préparée en date du 18 août 1971 et signée le 19 août 1971. Sous le titre «Recommandation» apparaissait la note: [TRADUCTION] «Renvoyé en cours de stage à compter du 24 septembre 1971.» M. Emms a signé le rapport, mais a noté par écrit sur le rapport qu'il contestait la décision [TRADUCTION] «... pour les raisons invoquées.»

Par lettre en date du 18 août 1971, M. McKee informait M. Emms qu'il était renvoyé du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien à compter du 24 septembre 1971.

M. Emms a ensuite présenté un grief dans lequel il qualifiait [TRADUCTION] «... l'appréciation du 19 août 1971 de document injuste, incomplet et fallacieux». Il déclare:

[TRADUCTION] Je demande qu'on entreprenne une enquête impartiale sur la question pour remédier à la situation et révéler les motifs réels de mon renvoi. Je demande aussi la révision du calcul de la période de mon emploi au service des Affaires indiennes aux fins de la pension; je demande également qu'on m'explique comment tant de surveillants ont pu m'accorder des augmentations de salaire et des promotions si le rapport précité est exact. Si je ne conteste pas le renvoi, je conteste l'appréciation.

Sa mention d'un emploi antérieur donnant droit à pension et aux promotions semble se rapporter à une période qu'il avait passée dans la Fonction publique quelque temps avant sa nomination en avril 1970.

Son grief a été infructueux.

Peu après son renvoi, qui entraînait en vigueur le 24 septembre 1971, M. Emms a obtenu un emploi dans un ministère du gouvernement de la Saskatchewan jusqu'au 15 novembre 1971. Il a obtenu un emploi temporaire dans un autre ministère du gouvernement de la Saskatchewan du 15 novembre 1971 au 31 janvier 1973. Il a occupé d'autres emplois pour le gouvernement de la Saskatchewan en février 1973 tout d'abord à titre d'employé temporaire et ensuite à titre d'employé permanent.

Le juge de première instance a donné gain de cause à Emms malgré sa conclusion que ce dernier savait ou aurait dû savoir que son stage était prolongé de six mois; il dit (aux pp. 109 et 110):

... Il est question dans le Règlement d'un avis écrit, clair et sans ambiguïté, adressé expressément au deman-

the plaintiff stating that his probationary period has been extended for the appropriate time also to be stated. It is obligatory on the deputy head or his designated representative to do this and if that officer is not aware of his responsibility in this respect it is incumbent upon him to find out before embarking upon an action which may have detrimental consequences to the employee.

This was not done. Accordingly, in my opinion, the purported extension of the plaintiff's probationary period was a nullity.

Then having held that the defence predicated upon laches must fail, he granted declarations in the following terms (at p. 115):

- (1) that Her Majesty has no authority to terminate the employment of the plaintiff under the authority of section 28(3) of the *Public Service Employment Act*; and
- (2) that the termination of the plaintiff's employment by Her Majesty is null and void and of no effect whatsoever and that the plaintiff still continues to be an employee of Her Majesty.

Concerning damages, the conclusion was (at p. 116):

Immediately upon his abortive dismissal on September 24, 1971, the plaintiff forthwith sought and obtained employment under contract with the Department of Co-operation and Co-operative Development of the Government of Saskatchewan. Exhibit P-12 indicates that he began that engagement on October 1, 1971, that is a period of seven days before he accepted other employment (for which the plaintiff is to be commended), but by the acceptance of which he precluded himself from performing the duties of the office from which he was not effectively dismissed. I note that in Exhibit P-13 that the plaintiff computed his salary to be \$35.68 on a daily basis, which for 7 days totals \$219.76. (sic)

The Court of Appeal did not disagree with the trial judge's findings, but it held that the failure to formally notify Emms in writing of the extension of the probationary period did not invalidate the extension. It was accordingly held that he had been properly rejected within the extended probationary period.

The relevant part of s. 28 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, is as follows:

28. (1) An employee shall be considered to be on probation from the date of his appointment until the end

deur, l'informant que son stage est prolongé pour une période déterminée qui doit être précisée. Ce devoir incombe au sous-chef ou à son représentant désigné et si ce préposé n'est pas conscient de sa responsabilité à cet égard, il doit se renseigner avant d'entreprendre une action qui peut avoir des conséquences fâcheuses pour l'employé.

Comme on ne l'a pas fait, je suis d'avis que la prétendue prolongation de la période de stage du demandeur est nulle.

Puis, ayant rejeté le moyen de défense fondé sur le retard immotivé, il a accordé les déclarations suivantes (à la p. 115):

- (1) que Sa Majesté n'a pas le droit de mettre fin à l'emploi du demandeur en vertu de l'article 28(3) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*; et
- (2) que le renvoi du demandeur par Sa Majesté est nul et sans effet et que le demandeur demeure un employé de Sa Majesté.

En ce qui concerne les dommages-intérêts, il conclut (à la p. 116):

Immédiatement après son renvoi manqué du 24 septembre 1971, le demandeur a obtenu un emploi sous contrat avec un ministère du gouvernement de la Saskatchewan (Department of Co-Operation and Co-Operative Development). La pièce P-12 révèle qu'il a commencé à travailler le 1^{er} octobre 1971; une période de sept jours s'est donc écoulée avant qu'il n'accepte un autre emploi (j'en félicite le demandeur), mais ce faisant, il lui devenait impossible de s'acquitter des fonctions du poste bien qu'il n'ait pas été valablement renvoyé. Je remarque, à la pièce P-13, que le demandeur a évalué son salaire à \$35.69 par jour, soit \$219.76 pour 7 jours.

La Cour d'appel n'a pas rejeté les conclusions du juge de première instance sur les faits mais elle a statué que l'omission d'aviser formellement Emms par écrit de la prolongation de stage n'invaliderait pas la prolongation. Elle a donc conclu qu'il avait été valablement renvoyé pendant son stage.

Voici l'extrait pertinent de l'art. 28 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32:

28. (1) Un employé est considéré comme stagiaire depuis la date de sa nomination jusqu'au terme de la

of such period as the Commission may establish for any employee or class of employees.

(2) Where an appointment is made from within the Public Service, the deputy head may, if he considers it appropriate in any case, reduce or waive the probationary period.

(3) The deputy head may, at any time during the probationary period, give notice to the employee and to the Commission that he intends to reject the employee for cause at the end of such notice period as the Commission may establish for any employee or class of employees and, unless the Commission appoints the employee to another position in the Public Service before the end of the notice period applicable in the case of the employee, he ceases to be an employee at the end of that period.

(4) Where a deputy head gives notice that he intends to reject an employee for cause pursuant to subsection (3) he shall furnish to the Commission his reasons therefor.

Sections 30 and 31 of the *Public Service Employment Regulations* provide:

30. (1) The probationary period referred to in subsection (1) of section 28 of the Act for an employee who comes within a class or group mentioned in Column I of Schedule A is the period set out opposite that class or group in Column II of the said Schedule.

(2) The deputy head may extend the probationary period of an employee but the period of extension shall not exceed the period for that employee determined pursuant to subsection (1).

(3) Where the probationary period of an employee is extended, the deputy head shall forthwith advise the employee and the Commission thereof in writing.

31. The notice period referred to in subsection (3) of section 28 of the Act applicable in the case of an employee who comes within a class or group mentioned in Column I of Schedule A is the period set out opposite that class or group in Column III of the Schedule, calculated from the day on which the deputy head gives the notice to the employee.

It is common ground that Emms came within group 3 in Column I of Schedule A and accordingly the probationary period specified in Column II was twelve months and the notice period in Column III was one month.

période que la Commission peut fixer pour tout employé ou classe d'employés.

(2) Si la personne nommée fait déjà partie de la Fonction publique, le sous-chef peut, s'il le juge opportun, dans un cas quelconque, réduire le stage ou en dispenser l'employé.

(3) A tout moment au cours du stage, le sous-chef peut prévenir l'employé qu'il se propose de le renvoyer, et donner à la Commission un avis de ce renvoi projeté, pour un motif déterminé, au terme du délai de préavis que la Commission peut fixer pour tout employé ou classe d'employés. A moins que la Commission ne nomme l'employé à un autre poste dans la Fonction publique avant le terme du délai de préavis qui s'applique dans le cas de cet employé, celui-ci cesse d'être un employé au terme de cette période.

(4) Lorsqu'un sous-chef prévient qu'il se propose de renvoyer un employé pour un motif déterminé, conformément au paragraphe (3), il doit fournir à la Commission les raisons de son intention.

Les articles 30 et 31 du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique* disposent:

30. (1) La période de stage mentionnée au paragraphe (1) de l'article 28 de la Loi pour un employé qui fait partie d'une classe ou d'un groupe mentionnés à la colonne I de l'Annexe A est la période indiquée en regard de cette classe ou de ce groupe dans la colonne II de ladite Annexe.

(2) Le sous-chef peut prolonger la période de stage d'un employé mais la période de prolongation ne doit pas dépasser la période déterminée pour cet employé en conformité du paragraphe (1).

(3) Lorsque la période de stage d'un employé est prolongée, le sous-chef doit immédiatement en aviser par écrit l'employé et la Commission.

31. Le délai de préavis mentionné au paragraphe (3) de l'article 28 de la Loi, applicable dans le cas d'un employé qui fait partie d'une classe ou d'un groupe mentionnés à la colonne I de l'Annexe A, est le délai indiqué en regard de cette classe ou de ce groupe dans la colonne III de ladite Annexe, calculé à compter du jour où le sous-chef donne le préavis à l'employé.

Il est établi qu'Emms faisait partie du troisième groupe mentionné dans la colonne I de l'Annexe A et, en conséquence, que la période de stage spécifiée dans la colonne II était de douze mois et que le délai de préavis prévu dans la colonne III était d'un mois.

Subsequent to the judgment of the Federal Court of Appeal in this case, judgment was rendered by the Trial Division October 25, 1977, affirmed in the Federal Court of Appeal June 14, 1978 in *Ouimet v. The Queen*³. The operative part of this judgment reads (at p. 250):

IT IS DECLARED THAT:

- (a) Section 30(2) of the *Public Service Employment Regulations* is *ultra vires*; . . .

At the hearing in the instant case, counsel for the respondent informed the Court that no appeal had been taken from the *Ouimet* judgment but invited us to overrule it. When asked why leave to appeal had not been sought, he could only say that he did not know but he did not apply for leave or for an extension of time in which to apply.

I must confess being troubled by this situation. The Crown is faced with a formal declaration made by the Court below of the invalidity of the very provision of the *Public Service Employment Regulations* on which its appeal in this case depends. This declaration was made in another case and it is allowed to stand in favour of another claimant but the Court is asked to decide otherwise as against the appellant herein.

In *Corporation du Village de Deschênes v. Loveys*⁴ the headnote reads:

A judgment rendered upon an action brought by a ratepayer of a municipality in which it was alleged that a resolution adopted by a municipal council was illegal, constitutes *res judicata* as to all other ratepayers of that municipality; and such judgment can be invoked as such in a subsequent action where the legality of the same resolution is challenged. Municipal corporations represent before the courts all the ratepayers, and a judgment rendered in favour of the corporation or against it in an action brought by a ratepayer can be opposed to any other ratepayer. *Stevenson v. La cité de Montréal* (Q.R. 6 Q.B. 107; 27 Can. S.C.R. 593) app.

Similarly in *Dilworth et al. v. Town of Bala et al.*⁵, Rand J. speaking for a majority said (at p. 289):

³ [1978] 1 F.C. 672, aff'd 21 N.R. 247, [1979] 1 F.C. 55.

⁴ [1936] S.C.R. 351.

⁵ [1955] S.C.R. 284.

Le 25 octobre 1977, soit après l'arrêt de la Cour d'appel dans la présente affaire, la Division de première instance a rendu dans *Ouimet c. La Reine*³, un jugement qui a été confirmé par la Cour d'appel le 14 juin 1978. Le dispositif de ce jugement se lit comme suit (à la p. 58):

IL EST DÉCLARÉ QUE:

- a) l'article 30(2) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique* est *ultra vires*; . . .

A l'audition de la présente affaire, l'avocat de l'intimée nous a informés que l'arrêt *Ouimet* n'avait pas été porté en appel mais il nous a demandé de juger le contraire. Prié de dire pourquoi l'autorisation d'appel n'avait pas été demandée, il a répondu qu'il ne le savait pas mais n'a demandé ni cette autorisation ni la prorogation du délai pour ce faire.

Je dois admettre que cette situation me trouble. Sa Majesté est en face d'une déclaration formelle de la Cour d'instance inférieure qui prononce l'invalidité de la disposition même sur laquelle elle se fonde en l'espèce. Cette déclaration a été faite dans une autre affaire et elle la laisse subsister en faveur d'un autre demandeur; elle demande cependant à la Cour de rendre une décision différente envers l'appelant en l'espèce.

Voici le texte du sommaire de l'arrêt *Corporation du Village de Deschênes c. Loveys*⁴:

[TRADUCTION] Un jugement rendu sur une action d'un contribuable d'une municipalité alléguant l'illégalité d'une résolution adoptée par le conseil municipal a valeur de chose jugée à l'égard de tous les autres contribuables de cette municipalité; et ce jugement peut être invoqué dans une action subséquente qui conteste la légalité de la même résolution. Les corporations municipales représentent en justice leurs contribuables et un jugement rendu en faveur d'une telle corporation ou contre elle, peut être opposé à tout autre contribuable. *Stevenson c. La cité de Montréal* (Q.R. 6 Q.B. 107; 27 Can. S.C.R. 593) app.

De même, dans *Dilworth et autres c. Town of Bala et autres*⁵, le juge Rand, a dit au nom de la majorité:

³ [1978] 1 C.F. 672, confirmé 21 N.R. 247, [1979] 1 C.F. 55.

⁴ [1936] R.C.S. 351.

⁵ [1955] R.C.S. 284.

... A direct determination *in rem*, by means furnished by the statute, of illegality, such as the setting aside of a by-law, will bind all ratepayers. It is so far similar in this action: the appellants are acting on behalf of all the ratepayers; and a decision that the action challenged is *intra vires* would bind all as between themselves and the corporation as well as between the corporation and the third parties in the proceeding.

The declaration issued by the Federal Court in *Ouimet* was obtained by virtue of s. 18 of the *Federal Court Act* which provides:

18. The Trial Division has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

The Public Service Commission clearly is a "federal board, commission or other tribunal" within the definition in the *Federal Court Act* and it was properly represented by the Attorney General of Canada in the *Ouimet* case. I would point out that the *Public Service Employment Act* does not make it a body corporate and I do not see what difference it can make that, in *Ouimet*, it is not mentioned in the style of cause as in this case.

It would appear to be immaterial that the judgment in *Ouimet* was rendered after the institution of the proceedings in this case. In *Maynard v. Maynard*⁶, Cartwright J. (as he then was) quoted from *Law v. Hansen*⁷, at p. 76, this sentence:

[TRADUCTION] ... Une décision *in rem*, rendue selon des moyens prévus par la loi et concluant à l'illégalité, comme dans le cas de l'annulation d'un règlement, lie tous les contribuables. C'est ce qui se produit en l'espèce: les appelants agissent au nom de tous les contribuables; et une décision déclarant que l'acte contesté est *intra vires* lierait tous les contribuables vis-à-vis de la corporation et la corporation vis-à-vis des tiers dans la procédure.

La déclaration de la Cour fédérale dans *Ouimet* a été prononcée en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*:

18. La Division de première instance a compétence exclusive en première instance

a) pour émettre une injonction, un bref de *certiorari*, un bref de *mandamus*, un bref de prohibition ou un bref de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire, contre tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral; et

b) pour entendre et juger toute demande de redressement de la nature de celui qu'envisage l'alinéa a), et notamment toute procédure engagée contre le procureur général du Canada aux fins d'obtenir le redressement contre un office, une commission ou à un autre tribunal fédéral.

La Commission de la Fonction publique constitue clairement un «office, commission ou autre tribunal fédéral» au sens de la définition de cette expression dans la *Loi sur la Cour fédérale* et elle était dûment représentée par le procureur général du Canada dans l'affaire *Ouimet*. La *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* ne donne pas à la Commission la personnalité juridique et, je ne vois pas comment le fait qu'elle ne soit pas mentionnée dans l'intitulé de l'affaire *Ouimet*, alors qu'elle l'est en l'espèce, pourrait justifier une distinction.

Que le jugement dans *Ouimet* ait été rendu après l'institution des présentes procédures me paraît également sans importance. Dans *Maynard c. Maynard*⁶, le juge Cartwright (alors juge puîné) a cité l'extrait suivant de l'arrêt *Law c. Hansen*⁷, à la p. 76:

⁶ [1951] S.C.R. 346.

⁷ (1895), 25 S.C.R. 69.

⁶ [1951] R.C.S. 346.

⁷ (1895), 25 R.C.S. 69.

No substantial objection therefore can be said to lie against the bringing forward of a defence based upon a judgment recovered after action brought.

After this, he went on to say:

In that case the judgment held to create an estoppel in the Courts of Nova Scotia was that of a foreign tribunal. It seems to me that the decision would apply *a fortiori* where the second proceeding is started in the very Court in which the issue is already standing for judgment.

I know of no case in which the doctrine of *res judicata* has yet been applied to a judicial determination of the validity of an administrative regulation. But the principles governing *res judicata* are not statutory, they are "judge-made law" like the rule of evidence dealt with in *Ares v. Venner*⁸ and are to be developed by the courts in accordance with the needs of the time.

The judgment at trial in *Ouimet* indicates how serious it would be to treat a declaration of invalidity as binding only towards the plaintiff in the case in which it was issued. The trial judge makes reference to the grievance that the plaintiff had filed pursuant to the *Public Service Staff Relations Act* against his dismissal within his extended probationary period. This grievance was heard by Edward B. Jolliffe, Q.C., Deputy Chairman of the Public Service Staff Relations Board, who found that *Ouimet's* dismissal was rejection for cause during the probationary period, from which it followed that he was without jurisdiction. Concerning this decision, the trial judge further says (at p. 676):

Before Mr. Jolliffe it has been contended that section 30(2) of the *Public Service Employment Regulations*, SOR/67-129, was *ultra vires* and accordingly the deputy head has no power to extend a probationary period.

Mr. Jolliffe quite properly declined to consider the validity of section 30(2) of the Regulations which had been raised before him and he proceeded on the assumption that section 30(2) was *intra vires* and has the force of law.

⁸ [1970] S.C.R. 608.

[TRADUCTION] En conséquence, on ne peut soulever aucune objection sérieuse contre une défense fondée sur un jugement prononcé après l'institution de l'action.

Puis il a déclaré:

[TRADUCTION] Dans cette affaire-là, le jugement dont on a conclu qu'il créait une fin de non-recevoir devant les tribunaux de la Nouvelle-Écosse avait été rendu par un tribunal étranger. Il me semble donc, que la décision s'applique *a fortiori* lorsque la seconde procédure est intentée devant la même cour que celle devant laquelle le point en litige est déjà en délibéré.

Je ne connais aucune jurisprudence qui applique la théorie de la chose jugée aux décisions judiciaires sur la validité de règlements administratifs. Mais la théorie de la chose jugée n'est pas établie par une loi écrite, c'est du droit prétorien, tout comme la règle de preuve arrêtée dans *Ares c. Venner*⁸, et il appartient aux tribunaux d'élaborer ces principes en regard des besoins de l'époque.

Le jugement de première instance dans *Ouimet* fait voir à quel point il serait grave de considérer qu'une déclaration d'invalidité ne vaut que pour le demandeur dans l'affaire où elle est prononcée. Le juge y fait mention du grief déposé par le demandeur en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* contre son congédiement avant l'expiration de la période de stage prolongée. Ce grief a été entendu par Edward B. Jolliffe, c.r., président suppléant de la Commission des relations de travail dans la Fonction publique. Ce dernier a conclu que le congédiement de *Ouimet* constituait un renvoi pour un motif déterminé pendant la période de stage et que, par conséquent, il n'avait pas compétence. A cet égard, le juge de première instance ajoute (à la p. 676):

On a allégué devant M. Jolliffe, que l'article 30(2) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique*, DORS/67-129, est *ultra vires* et donc que le sous-chef n'avait pas le pouvoir de prolonger le stage.

M. Jolliffe a correctement refusé d'étudier la question de la validité de l'article 30(2) du Règlement qui avait été soulevée devant lui et il a procédé en prenant pour acquis que l'article 30(2) était *intra vires* et avait force de loi.

⁸ [1970] R.C.S. 608.

There is overwhelming authority for Mr. Jolliffe proceeding as he did.

Whether regulations are *ultra vires* is for the courts to determine and not the tribunal. This proposition is so self-evident and so generally accepted that it rarely finds expression. Mr. Jolliffe was well aware of this proposition and gave expression to it in his decision as did G. M. Blackstock, K.C., Chairman of the Board of Public Utility Commissioners, when he said in *In re Royalite Oil Company Limited and Tannas* [1943] 2 W.W.R. 348 at page 352:

... the Board has no jurisdiction to make any finding as to the propriety or the legality of the regulations. The Board has merely had delegated to it certain duties to perform under an order-in-council. Whether the order-in-council is good or bad is no concern of the Board; it must take it as it finds it. The Court alone has the right to adjudicate on such matters and if the applicant questions either the validity or legality of the order-in-council it must do so in the proper forum.

In *Regina v. Unemployment Insurance Commission, Ex parte Heggen* (1964) 41 D.L.R. (2d) 436 Aikins J. said at page 442 that if the question: "Is Regulation 195(3) *ultra vires*?" were put to the Unemployment Insurance Commission "The Commission obviously lacks jurisdiction to deal with such question if put directly."

Thus it will be seen that if a formal declaration of invalidity of an administrative regulation is not considered effective towards all those who are subject thereto, it may mean that all other persons concerned with the application of the regulation, including subordinate administrative agencies, have to keep on giving effect to what has been declared a nullity. It is obviously for the purpose of avoiding this undesirable consequence that, in municipal law, the quashing of a by-law is held to be effective "*in rem*".

Should it be possible for an administrative agency to allow a declaration of invalidity to stand in a given case while ignoring it towards other parties, on the chance that in another case it might succeed in having it overruled by a higher court, if not by a different judge? Should the situation be viewed in the same way as in the case of declarations of invalidity of statutes which seem to have always been considered only as precedents?

Une jurisprudence écrasante permettait à M. Jolliffe d'agir ainsi.

Il appartient aux cours et non à un tribunal administratif de décider du caractère *ultra vires* d'un règlement. Cette proposition est tellement évidente et généralement acceptée, qu'on l'énonce rarement. M. Jolliffe en connaissait bien l'existence et en a parlé dans sa décision tout comme G. M. Blackstock, c.r., président de la Board of Public Utility Commissioners l'a fait, lorsqu'il a dit dans *In re Royalite Oil Company Limited and Tannas* [1943] 2 W.W.R. 348, à la page 352:

[TRADUCTION] ... la Régie [Board] n'a pas le pouvoir de se prononcer sur l'à-propos ou la légalité du règlement. On a tout simplement délégué à la Régie certains devoirs qu'elle doit exécuter en vertu d'un décret du conseil. Il importe peu pour la Régie que le décret du conseil soit bon ou mauvais, elle ne peut le modifier. Seule la Cour a le droit de se prononcer sur de telles questions et si la requérante conteste soit la validité ou la légalité du décret du conseil, elle doit le faire devant le bon tribunal.

Dans *Regina c. Unemployment Insurance Commission, Ex parte Heggen* (1964) 41 D.L.R. (2^e) 436 le juge Aikins a dit à la page 442 que si on posait la question suivante à la Commission d'assurance-chômage [TRADUCTION] «L'article 195(3) des Règlements est-il *ultra vires*?», «La Commission n'a manifestement pas compétence pour étudier cette question si on la lui pose directement.»

En conséquence, si l'invalidation formelle d'un règlement administratif ne s'applique pas à tous ceux qui y sont assujettis, cela peut signifier que toutes les autres personnes auxquelles s'adresse le règlement, y compris les organismes administratifs subalternes, sont tenues de continuer d'appliquer un texte invalidé. C'est évidemment pour éviter un pareil résultat qu'en droit municipal, on décide que l'annulation d'un règlement s'applique "*in rem*".

Peut-on permettre à un organisme administratif de laisser subsister une déclaration d'invalidité dans une affaire donnée et de n'en pas tenir compte envers les tiers pour le cas où, dans une autre affaire, elle pourrait réussir à faire décider le contraire par un tribunal d'instance supérieure, sinon par un autre juge? La décision devrait-elle être assimilée à la déclaration d'invalidité d'une loi à laquelle on semble n'avoir jamais donné que l'autorité d'un précédent?

After anxious consideration, I find it unnecessary to express an opinion on this difficult question because, assuming the respondent is entitled to ask that the judgment in *Ouimet* be overruled, I find no reason to do so. No argument was submitted to support the validity of s. 30(2) of the *Public Service Employment Regulations* which had not been considered and dealt with by the trial judge and the Federal Court of Appeal and no error was shown in the decisions rendered thereupon.

Having come to the conclusion that the provision of the *Public Service Employment Regulations* for an extension of the probationary period, s. 30(2), is to be considered ineffective, it follows that Emms was never properly dismissed because the notice given to him purported to be a rejection during probation. On the appeal it was submitted that even if it was so, the rejection should be considered as a dismissal effectively terminating plaintiff's employment. The Federal Court of Appeal did not consider this point, due to the conclusion that Emms had been properly rejected. It was however dealt with in *Ouimet* and in my view correctly disposed of, Jackett C.J. saying (at pp. 251-2):

While it was not really relied on during argument, I deem it advisable to refer to an alternative position taken in the appellant's memorandum, which would seem to be that the purported rejection action should be treated as a dismissal and is based to some extent on the prerogative right of the Crown to dismiss a servant at pleasure. (Compare *Zamulinski v. The Queen*, [1956-60] Ex. C.R. 175.) A prerogative right of the Crown is, of course, subject to statute and the relevant provision here is section 24 of the *Public Service Employment Act*, which reads:

24. The tenure of office of an employee is during the pleasure of Her Majesty, subject to this and any other Act and the regulations thereunder and, unless some other period of employment is specified, for an indeterminate period.

Under this provision, tenure at pleasure is "subject to this (the *Public Service Employment Act*) and any other Act and the regulations thereunder". Various methods are provided by statute for termination of a public servant's employment. (Compare *Wright v. Public Service Staff Relations Board*, [1973] F.C. 765, at pages 775 *et seq.*)

Après mûre réflexion, j'estime ne pas avoir à me prononcer sur cette question difficile parce que, en tenant pour acquis que l'intimée a le droit de demander une décision contraire à l'arrêt *Ouimet*, je ne trouve aucune raison de le faire. On n'a présenté à l'appui de la validité du par. 30(2) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique* aucun argument qui n'y ait été étudié par le juge de première instance et la Cour d'appel fédéral et on ne fait voir aucune erreur dans les jugements rendus à cet égard.

Ayant conclu que le par. 30(2) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique* visant la prolongation de la période de stage doit être considéré sans effet, il s'ensuit qu'Emms n'a jamais été valablement congédié parce que l'avis qu'on lui a donné visait un renvoi durant son stage. A l'audition, on a prétendu que ce renvoi devait néanmoins être considéré comme un congédiement ayant effectivement mis fin à l'emploi du demandeur. Vu sa conclusion qu'Emms avait été dûment renvoyé, la Cour d'appel n'a pas étudié cet argument. Il a cependant été analysé dans l'arrêt *Ouimet* et, à mon avis, c'est à juste titre qu'il y a été rejeté, le juge en chef Jackett disant (aux pp. 60 et 61):

Je pense qu'il y a lieu d'examiner également l'argument subsidiaire figurant au mémoire de l'appelante quoi qu'il n'ait pas été vraiment invoqué au cours des débats. Selon cet argument, il faut assimiler le renvoi à une révocation fondée, dans une certaine mesure, sur la prerogative de la Couronne de révoquer à volonté un fonctionnaire. (Comparer *Zamulinski c. La Reine*, [1956-60] R.C.É. 175.) Une prerogative royale, cela va de soi, est assujettie à la loi écrite et la disposition applicable en l'espèce est l'article 24 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Cet article porte:

24. Un employé occupe sa charge durant le bon plaisir de Sa Majesté sous réserve de la présente loi et de toute autre loi ainsi que des règlements établis sous leur régime et, à moins qu'une autre période ne soit spécifiée, pendant une période indéterminée.

Selon cette disposition, le bon plaisir s'exerce «sous réserve de la présente loi (la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*) et de toute autre loi ainsi que des règlements établis sous leur régime». La loi prévoit diverses manières de mettre fin aux services d'un fonctionnaire. (Comparer *Wright c. La Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1973] C.F. 765, aux pages 775 et suiv.)

In my view, the alternative position, which was not really relied on, cannot be accepted. At least for the purpose of the statutes that govern the Public Service, an ineffective attempt to reject under section 28 is not the equivalent of a dismissal. (Compare *Bell Canada v. Office and Professional Employees' International Union*, [1974] S.C.R. 335 at page 340, and *Jacmain v. Attorney General of Canada* (S.C. of C.) (1977), 18 N.R. 361). Rejection is a part of a probationary system designed to choose permanent employees from those who are employed on a trial basis, and any "cause" based on a view as to the probability of the person developing into an effective member of the "team" would be an acceptable basis for it. Dismissal is quite a different action. It is ordinarily the action whereby a permanent employee's employment status is terminated otherwise than on retirement; and what would be sufficient "cause" for dismissal would be the result of the application of principles quite different from those applicable in connection with rejection.

Another point which was similarly not considered by the Federal Court of Appeal in the present case but also dealt with in *Ouimet* is the propriety of a declaration, not only that the termination of employment was ineffective, but also that the plaintiff continues to be an employee of Her Majesty. That part of the declaration was struck out in *Ouimet*, Jaccett C.J. saying (at pp. 252-3):

I have difficulty, however, with upholding the latter part of paragraph (c) of the declaration in the judgment appealed against, whereby it is declared that the respondent "still retains his status as an employee as if his employment had not been terminated". As I see it, there is nothing either in the pleadings or the facts agreed upon on which to base this declaration. It is one thing to declare that the rejection action in 1976 was not effective to terminate the employment. It does not follow that nothing has happened since to terminate it. There is an infinite variety of possibilities as to what has happened in the interim; and each possible set of facts might raise different questions as to whether the respondent still retains his status in the Penitentiary Service and as to whether he has any right to salary or damages in respect of the interim period. There is simply no basis in the pleadings or in the facts established for a declaration with regard thereto. In my view, the judgment of this Court should be that the words "and that the Plaintiff still retains his status as an employee as if his employment had not been terminated" should be deleted from

Je ne saurais accueillir cet argument subsidiaire qui, à la vérité, n'a pas été soulevé. Tout au moins dans le contexte des lois régissant la Fonction publique, la vaine tentative de renvoi fondée sur l'article 28 ne peut être assimilée à une révocation. (Comparer *Bell Canada c. Office and Professional Employees' International Union*, [1974] R.C.S. 335, à la p. 340 et *Jacmain c. Procureur général du Canada* (C.S.C.) (1977), 18 N.R. 361.) Le renvoi fait partie intégrante du système de stage qui permet de sélectionner des fonctionnaires titulaires parmi les stagiaires engagés à titre d'essai. Tout «motif» tenant aux chances de l'intéressé de devenir un membre efficace de l'«équipe» pourrait justifier le renvoi. Il en est tout autre de la révocation. Elle vise normalement à mettre fin, autrement que par la retraite, aux services d'un fonctionnaire titulaire et les «motifs» de révocation sont régis par des principes tout à fait différents de ceux applicables au renvoi.

En outre, dans l'affaire *Ouimet*, la Cour d'appel fédérale s'est également prononcée sur une question qu'elle n'a pas étudiée en l'espèce; il s'agit de l'opportunité de déclarer non seulement que le renvoi est invalide, mais également que le demandeur continue d'être un employé de Sa Majesté. Dans *Ouimet*, cette partie de la déclaration a été rayée, le juge en chef Jaccett disant (à la p. 61):

Je ne saurais cependant souscrire au paragraphe c) *in fine* du jugement déclaratoire porté en appel, aux termes duquel l'intimé «conserve son statut d'employé comme si on n'avait pas mis fin à son emploi». Je ne vois rien, ni dans les plaidoiries ni dans les faits reconnus par les parties, qui puisse servir de fondement à cette déclaration. De déclarer que le renvoi effectué en 1976 n'avait pas mis fin à cet emploi ne signifie pas que rien ne s'est passé depuis pour y mettre fin. Une infinité de possibilités ont pu se produire dans l'intervalle et chaque combinaison possible d'événements pourrait donner lieu à des questions différentes lorsqu'il s'agit de savoir si l'intimé conserve toujours son statut d'employé du Service des pénitenciers ou s'il a quelque droit à un salaire ou à des indemnités pour ce qui est de cet intervalle de temps. Rien dans les plaidoiries ni dans les faits établis ne justifie une telle déclaration. A mon avis, la Cour devrait rayer du paragraphe c) du jugement de la Division de première instance les mots «et que le demandeur conserve son statut d'employé comme si on n'avait pas mis fin à son emploi». Par ces motifs et sous réserve de

paragraph (c) of the judgment of the Trial Division and that, subject thereto, the appeal should be dismissed with costs.

The situation in the present case is not identical with that in *Ouimet*. There were allegations and there was evidence given of what occurred after Emms' employment by the Department of Indian Affairs and Northern Development was *de facto* terminated. He promptly obtained employment with the Government of Saskatchewan, at first on a temporary basis, later on a permanent basis. The trial judge allowed damages only for the few days during which Emms was unemployed, saying (at p. 1116):

The relief sought in paragraph (c) (damages) is mutually inconsistent with the relief sought in paragraphs (a) and (b) which I have granted. Since I have found that the plaintiff's employment was not terminated, it follows that the plaintiff is entitled to continue in his employment and to receive his salary therefor. But to be entitled to receive his salary the plaintiff must perform the duties of his office or indicate his willingness to do so.

As against this, counsel for the Crown referred us to the judgment of the Privy Council in *Francis v. Municipal Councillors of Kuala Lumpur*⁹ where Lord Morris said (at p. 637):

Accepting, however, the decision of the Court of Appeal, which, as has been pointed out, has not been the subject of any cross-appeal, the position on Oct. 1 was that the removal of the appellant was a removal by the council and not by the president. The council were his employers, but having regard to the provisions of the ordinance their termination of his service constituted wrongful dismissal. Their Lordships consider that it is beyond doubt that on Oct. 1, 1957, there was *de facto* a dismissal of the appellant by his employers, the respondents. On that date, he was excluded from the council's premises. Since then he has not done any work for the council. In all these circumstances, it seems to their Lordships that the appellant must be treated as having been wrongly dismissed on Oct. 1, 1957 and that his remedy lies in a claim for damages. It would be wholly unreal to accede to the contention that since Oct. 1, 1957, he had continued to be and that he still continues to be in the employment of the respondents.

In their Lordship's view, when there has been a purported termination of a contract of service a declara-

ce qui précède, l'appel est rejeté avec dépens.

La situation en l'espèce n'est pas identique à celle de l'affaire *Ouimet*. On a allégué et mis en preuve ce qui s'est produit après la cessation *de facto* de l'emploi d'Emms au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. Emms a promptement obtenu un emploi au gouvernement de la Saskatchewan, d'abord sur une base temporaire et ensuite sur une base permanente. Le juge de première instance n'a accordé des dommages-intérêts que pour les quelques jours durant lesquels Emms avait été sans emploi; il a dit (à la p. 1116):

Le redressement demandé au paragraphe c) est incompatible avec ceux des paragraphes a) et b) que j'ai déjà accordés. Puisque j'ai conclu que l'emploi du demandeur n'avait pas pris fin, le demandeur a le droit de reprendre son travail et de recevoir le salaire qui lui est dû. Cependant, pour avoir droit à son salaire, le demandeur doit s'acquitter des fonctions de son poste ou manifester l'intention de ce faire.

A cet égard, l'avocat de Sa Majesté invoque l'arrêt du Conseil privé dans *Francis v. Municipal Councillors of Kuala Lumpur*⁹, où lord Morris a dit (à la p. 637):

[TRADUCTION] Cependant, si nous acceptons la décision de la Cour d'appel, qui, comme on l'a souligné, n'a pas fait l'objet d'un appel incident, au 1^{er} octobre, la révocation de l'appellant constituait une révocation par le conseil et non par le président. Le conseil était son employeur mais, compte tenu des dispositions de l'ordonnance, la cessation de son emploi constituait un congédiement illégal. Selon leurs Seigneuries, il est incontestable que le 1^{er} octobre 1957, les intimés, employeurs de l'appellant, l'ont congédié *de facto*. Ce jour-là, il a été exclu des locaux du conseil. Il n'a pas travaillé pour le conseil depuis. Compte tenu de toutes ces circonstances, leurs Seigneuries estiment que l'on doit considérer que l'appellant a été congédié illégalement le 1^{er} octobre 1957 et qu'il a le droit de recouvrer des dommages-intérêts. Il serait tout à fait irréaliste de dire que depuis le 1^{er} octobre 1957 il a continué d'être au service des intimés et l'est encore.

De l'avis de leurs Seigneuries, quand il existe une prétendue cessation d'un contrat de louage de services,

⁹ [1962] 3 All E.R. 633.

⁹ [1962] 3 All E.R. 633.

tion to the effect that the contract of service still subsists will rarely be made. This is a consequence of the general principle of law that the courts will not grant specific performance of contracts of service. Special circumstances will be required before such a declaration is made and its making will normally be in the discretion of the court. In their Lordships' view there are no circumstances in the present case which would make it either just or proper to make such a declaration.

In my view, the circumstances in the present case do not justify the making of a declaration of continued employment. It would imply that Emms is entitled to his salary for the whole period since the date of his *de facto* termination of employment, although he made himself unavailable by taking other employment which became of a permanent character. Also it seems this would mean that Emms would be entitled to receive back pay irrespective of what he has received from other employment. This last consequence might be avoided by amending the declaration. However, bearing in mind that the making of such a declaration is an equitable remedy seldom allowed, it appears to me that the circumstances are not such as to justify it here and the proper remedy is in damages.

At the hearing in this Court, counsel for Emms referred to an admission by the parties at trial that the difference in salary and benefits that Emms would have received had he been allowed to continue his employment with the Department amounted to \$6,899.40. This sum was claimed as damages which this Court was requested to assess. No objection to this request having been made, it appears proper to render judgment accordingly.

On the whole, I am of the opinion that the appeal should be allowed, the judgment of the Federal Court of Appeal should be set aside and the judgment at trial restored but varied by deleting from the declaration therein the words "and that the plaintiff still continues to be an employee of Her Majesty", and by increasing to \$6,899.40 the sum which the plaintiff shall recover. The appellant is entitled to costs throughout.

Appeal allowed and judgment at trial restored but varied, with costs.

une déclaration portant que le contrat continue d'exister sera rarement faite. Cela découle du principe général de droit selon lequel les cours n'accordent pas l'exécution intégrale des contrats de louage de services. Une telle déclaration ne sera faite que dans des circonstances particulières et est laissée à la discrétion de la cour. De l'avis de leurs Seigneuries, il n'existe en l'espèce aucune circonstance particulière rendant une telle déclaration juste ou appropriée.

A mon avis, les circonstances de l'espèce ne justifient pas une déclaration que l'emploi n'a pas été interrompu. Cela signifierait qu'Emms a droit à son salaire pour toute la période écoulée depuis la cessation *de facto* de son emploi, même s'il n'était pas disponible puisqu'il avait accepté un autre emploi et que celui-ci est devenu permanent. En outre, cela semblerait signifier qu'Emms aurait droit à un paiement rétroactif sans égard au salaire gagné dans son autre emploi. Cette dernière conséquence pourrait être écartée en modifiant la déclaration. Mais, une telle déclaration étant un redressement en *equity* rarement accordé, il me paraît que les présentes circonstances ne le justifient pas et que les dommages-intérêts constituent le redressement approprié.

A l'audition devant cette Cour, l'avocat d'Emms s'est référé à une déclaration des parties en première instance selon laquelle la différence de salaire et de bénéfices auxquels Emms aurait eu droit s'il avait pu conserver son emploi s'élève à \$6,899.40. Cette somme est réclamée au titre des dommages-intérêts qu'on demande à cette Cour d'évaluer. Aucune opposition n'ayant été formulée contre cette demande, il paraît convenable de rendre jugement en conséquence.

Sur le tout, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir le jugement de première instance, mais de modifier ce dernier jugement en retranchant de la déclaration y contenue les mots «et que le demandeur demeure un employé de Sa Majesté» et en augmentant à \$6,899.40 la somme que le demandeur a le droit de recouvrer. Le demandeur a droit aux dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli et le jugement de première instance rétabli mais modifié, avec dépens.

Solicitors for the plaintiff, appellant: Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady & Morin, Ottawa.

Solicitor for the defendants, respondents: Roger Tassé, Ottawa.

Procureurs du demandeur, appellant: Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady & Morin, Ottawa.

Procureur des défenderesses, intimées: Roger Tassé, Ottawa,