

A-394-09
2011 FCA 19

A-394-09
2011 CAF 19

Robert Kane (*Appellant*)

Robert Kane (*appelant*)

v.

c.

Attorney General of Canada and Public Service Commission (*Respondents*)

Procureur général du Canada et Commission de la fonction publique (*intimés*)

INDEXED AS: KANE v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : KANE c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court of Appeal, Evans, Dawson and Stratas J.J.A.—Ottawa, October 20, 2010 and January 19, 2011.

Cour d'appel fédérale, juges Evans, Dawson et Stratas, J.C.A.—Ottawa, 20 octobre 2010 et 19 janvier 2011.

Public Service — Selection Process — Merit Principle — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Public Service Staffing Tribunal decision dismissing complaint of abuse of authority made under Public Service Employment Act, s. 77(1)(b) — Appellant public servant, deployed to work as service delivery manager at Service Canada — Appellant's position replaced by regional manager position which appellant occupying in acting capacity — Advertised appointment process begun to fill regional manager position — Appellant taking part in competition but failing tests — Appellant alleging, in complaint filed with Tribunal, position not new but constituting appellant's old service delivery manager position — Tribunal concluding that, given breadth of discretion conferred on employer by Act, s. 33, abuse of authority complaint could not be based simply on fact position had been filled after advertised internal appointment process — Federal Court agreeing with Tribunal's decision — Whether Tribunal erring in deciding that employer not abusing authority herein; that appellant failing to prove that decision not to appoint him as regional manager caused by abuse of authority — Per Evans J.A. (Dawson J.A. concurring): Breadth of discretion conferred on employer by Act, s. 33 such that whether position new constituting factor employer may consider — Tribunal committing reviewable error when regarding as irrelevant to complaint distinction between new, reclassified positions; that employer's characterization of position as new incapable of grounding abuse of authority complaint — Decision made pursuant to s. 33 arbitrary if based on irrational finding of material fact, which employer may consider in exercise of power — Also unreasonable for Tribunal to dismiss appellant's complaint on basis failed to prove that, even if decision to advertise position constituting abuse of authority, not reason why appellant not appointed thereto — Appeal allowed — Per Stratas J.A. (dissenting): Tribunal adopting defensible interpretation, application, exercise of Parliament's law based on plain wording of Act, s. 33 — Tribunal's view that employer exercising authority within

Fonction publique — Procédure de sélection — Principe du mérite — Appel à l'encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle le Tribunal de la dotation de la fonction publique a rejeté la plainte d'abus de pouvoir présentée en vertu de l'art. 77(1)(b) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique — L'appellant est un fonctionnaire qui a fait l'objet d'une mutation pour travailler comme gestionnaire de la prestation des services à Service Canada — Le poste de l'appellant a été remplacé par le poste de gestionnaire régional que l'appellant occupait à titre intérimaire — Un processus de nomination annoncé a été lancé en vue de doter le poste de gestionnaire régional — L'appellant a pris part au concours mais a échoué aux tests — Dans la plainte qu'il a déposée auprès du Tribunal, l'appellant a allégué que le poste n'était pas nouveau, mais qu'il s'agissait de son ancien poste de gestionnaire de la prestation des services — Le Tribunal a conclu que, compte tenu de la portée du pouvoir discrétionnaire conféré à l'employeur par l'art. 33 de la Loi, une plainte d'abus de pouvoir ne pouvait être fondée sur le simple fait qu'un poste avait été doté au terme d'un processus annoncé de nomination interne — La Cour fédérale a souscrit à la décision du Tribunal — Il s'agissait de savoir si le Tribunal a commis une erreur en décidant que l'employeur n'a pas commis d'abus de pouvoir en l'espèce et que l'appellant n'a pas démontré que la décision de ne pas le nommer au poste de gestionnaire régional s'expliquait par un abus de pouvoir — Le juge Evans, J.C.A. (la juge Dawson, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La portée du pouvoir discrétionnaire conféré à l'employeur par l'art. 33 de la Loi est telle que celui-ci peut effectivement tenir compte de la question de savoir s'il s'agit d'un nouveau poste — Le Tribunal a commis une erreur susceptible de révision en considérant comme sans importance dans le cas d'une plainte la distinction entre un nouveau poste et un poste reclassifié, et que le fait que l'employeur qualifiait le poste de nouveau poste ne pouvait donner ouverture à une plainte d'abus de pouvoir — La décision rendue en vertu de

ambit of s. 33, not committing “abuse of authority” defensible particularly on unusual factual record in present case — Majority failing to engage in truly deferential reasonableness review when concluding that Tribunal failing to take into account relevant consideration (newness of position) — Resulting in insufficient deference to Tribunal’s decision.

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing a judicial review application of a Public Service Staffing Tribunal decision dismissing a complaint of abuse of authority made under paragraph 77(1)(b) of the *Public Service Employment Act*.

The appellant had worked as a federal public servant for 30 years. When the Government of Canada created Service Canada, the appellant was deployed to fill the position of service delivery manager therein. Later a regional manager position replaced the position the appellant had occupied. An advertised appointment process was started to fill, in particular, the regional manager position in question. While the appellant took part in the internal competition, he failed one component of the standardized tests and was no longer considered for that position. Nevertheless, the appellant occupied that position in an acting capacity until it was filled. On the appointment of the regional manager, the appellant filed his complaint of abuse of authority with the Tribunal, claiming that Service Canada had abused its authority by making the appointment from a pool of candidates selected as a result of an advertised internal competition and by not appointing him. He also alleged that the regional manager position was not new but his old position as service delivery manager reclassified. The Tribunal concluded that, given the breadth of the discretion conferred by section 33 of the Act over the appointment process, a complaint of abuse of authority could not be based simply on the fact that a position had been filled after an advertised internal appointment process. It also found that the appellant had not been appointed regional manager because he failed one of the standardized tests taken by

l’art. 33 est arbitraire si elle repose sur une conclusion irrationnelle portant sur un fait important dont l’employeur peut tenir compte pour exercer son pouvoir — Il était également déraisonnable de la part du Tribunal de rejeter la plainte de l’appelant parce qu’il n’a pas prouvé que, même si la décision d’annoncer le poste constituait un abus de pouvoir, ce n’était pas la raison pour laquelle il n’a pas été nommé à ce poste — Appel accueilli — Le juge Stratias, J.C.A. (dissident) : Le Tribunal a procédé à une interprétation et à une application d’une loi fédérale qui se justifiaient en raison des termes clairs de l’art. 33 de la Loi — L’avis du Tribunal selon lequel l’employeur a exercé son pouvoir en respectant le cadre prévu à l’art. 33 et n’a donc pas commis d’« abus de pouvoir » se justifiait, surtout si l’on tient compte du dossier factuel inusité de la présente affaire — Les juges majoritaires n’ont pas procédé à un contrôle de la raisonnablement véritablement empreint de déférence en concluant que le Tribunal n’a pas tenu compte d’une considération pertinente (la nouveauté du poste) — Cette approche s’est traduite par une déférence insuffisante à l’égard de la décision du Tribunal.

Il s’agissait d’un appel à l’encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle le Tribunal de la dotation de la fonction publique a rejeté la plainte d’abus de pouvoir présentée en vertu de l’alinéa 77(1)(b) de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*.

L’appelant travaillait comme fonctionnaire fédéral depuis 30 ans. Lorsque le gouvernement du Canada a créé Service Canada, l’appelant a fait l’objet d’une mutation pour y pourvoir au poste de gestionnaire de la prestation des services. Plus tard, le poste de gestionnaire régional a remplacé le poste que l’appelant avait occupé. Un processus de nomination annoncé a été lancé en vue de doter, notamment, le poste de gestionnaire régional en question. L’appelant a pris part au concours interne, mais a échoué à l’un des volets des tests standardisés et sa candidature n’a plus été considérée pour ce poste. L’appelant a néanmoins occupé ce poste à titre intérimaire jusqu’à ce qu’il soit doté. À la nomination du gestionnaire régional, l’appelant a déposé sa plainte d’abus de pouvoir auprès du Tribunal, alléguant que Service Canada avait abusé de ses pouvoirs en procédant à la nomination en cause à partir d’un répertoire de candidats sélectionnés à la suite d’un concours interne annoncé et en ne le nommant pas. Il a également allégué que le poste de gestionnaire régional n’était pas nouveau, mais qu’il s’agissait d’une reclassification de son ancien poste de gestionnaire de la prestation des services. Le Tribunal a conclu que, compte tenu de la portée du pouvoir discrétionnaire conféré par l’article 33 de la Loi en ce qui concerne le processus de nomination, une plainte d’abus de pouvoir ne pouvait être fondée sur le simple fait qu’un poste avait été doté au terme d’un processus annoncé de nomination

candidates for the position. The Federal Court found that the Tribunal's decision was not unreasonable.

The issues were whether the Tribunal erred in deciding that the decision to fill the regional manager position on the basis of an advertised internal appointment process was not an abuse of authority and, if there was an abuse of authority in the choice of an advertised process, whether it erred in finding that the appellant had failed to prove that the decision not to appoint him as regional manager was caused by the abuse of authority.

Held (Stratas J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

Per Evans J.A. (Dawson J.A. concurring): While the Act does not link the choice of internal appointment process under section 33 thereof to whether a position is new or reclassified, the breadth of the discretion conferred by section 33 on the employer is such that whether a position is new is a factor that the employer may consider. However, it is not a factor that the employer must take into account if section 33 is to be exercised lawfully. The Tribunal committed a reviewable error when it regarded as irrelevant to a complaint of abuse of authority under paragraph 77(1)(b) of the Act the distinction between new and reclassified positions when the employer gave the newness of the regional manager position as the principal reason for the decision to advertise. The Tribunal's error was to proceed on the assumption that, because section 33 does not require the employer to take into account whether the position was new or reclassified, the employer's characterization of the position as new was incapable of grounding a complaint of abuse of authority. This error rendered the Tribunal's resulting decision unreasonable because it precluded the appellant from attempting to establish that the employer's characterization of the position as new had no rational basis. A decision pursuant to section 33 is arbitrary if based on an irrational finding of a material fact, which the employer may consider in the exercise of the power. It was therefore unreasonable for the Tribunal to have declined to determine whether the decision to advertise was made on the basis of a finding of relevant fact for which there was no rational support in the facts or the applicable criteria, namely, the characterization of the regional manager's position as new.

interne. Il a également conclu que l'appelant n'avait pas été nommé gestionnaire régional parce qu'il avait échoué à l'un des tests standardisés administrés aux candidats à ce poste. La Cour fédérale a conclu que la décision du Tribunal n'était pas déraisonnable.

Il s'agissait de savoir si le Tribunal a commis une erreur en décidant que la décision de doter le poste de gestionnaire régional en recourant à un processus annoncé de nomination interne ne constituait pas un abus de pouvoir et, si le choix d'un processus annoncé constituait un abus de pouvoir, s'il a commis une erreur en concluant que l'appelant n'avait pas démontré que la décision de ne pas le nommer au poste de gestionnaire régional s'expliquait par cet abus de pouvoir.

Arrêt (le juge Stratas, J.C.A., dissident) : l'appel doit être accueilli.

Le juge Evans, J.C.A. (la juge Dawson, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Si la Loi ne fait pas dépendre le choix d'un processus de nomination interne en vertu de son article 33 de la question de savoir s'il s'agit d'un nouveau poste ou d'un poste reclassifié, la portée du pouvoir discrétionnaire conféré à l'employeur par l'article 33 est telle que l'employeur peut effectivement tenir compte de la question de savoir s'il s'agit d'un nouveau poste. Cependant, il ne s'agit pas d'un facteur dont l'employeur doit tenir compte pour exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 33. Le Tribunal a commis une erreur susceptible de révision en considérant comme sans importance dans le cas d'une plainte d'abus de pouvoir présentée en vertu de l'alinéa 77(1)b) de la Loi la distinction entre un nouveau poste et un poste reclassifié, alors que l'employeur invoque la nouveauté du poste de gestionnaire régional comme principale raison pour justifier sa décision d'annoncer le poste. L'erreur du Tribunal a été de partir à tort du principe que, parce que l'article 33 n'oblige pas l'employeur à tenir compte du fait qu'il s'agit d'un nouveau poste ou d'un poste reclassifié, le fait que l'employeur qualifiait le poste de nouveau poste ne pouvait donner ouverture à une plainte d'abus de pouvoir. Cette erreur a rendu déraisonnable la décision que le Tribunal a rendue parce qu'elle empêchait l'appelant de tenter de démontrer que le fait que l'employeur qualifiait le poste de nouveau poste n'avait aucun fondement rationnel. La décision rendue en vertu de l'article 33 est arbitraire si elle repose sur une conclusion irrationnelle portant sur un fait important dont l'employeur peut tenir compte pour exercer son pouvoir. Il était donc déraisonnable de la part du Tribunal de refuser de déterminer si la décision d'annoncer avait été prise sur le fondement d'une conclusion portant sur un fait pertinent qui ne trouvait aucun fondement rationnel dans les faits ou dans les critères applicables, à savoir le fait de qualifier le poste de gestionnaire régional de nouveau poste.

It was unreasonable for the Tribunal to dismiss the appellant's complaint because the appellant had failed to prove that, even if the decision to advertise constituted an abuse of authority, it was not the reason why he was not appointed. The Tribunal's reasoning assumed that, absent an abuse of authority in deciding to fill the position on the basis of an advertised internal appointment process, the employer would still have used the same methods to assess whether the appellant had the necessary skills and qualifications to fill the regional manager position on a permanent basis and this was pure speculation.

Per Stratas J.A. (dissenting): The Tribunal adopted a defensive interpretation, application and exercise of Parliament's law based on the plain wording of section 33 of the Act, Parliament's repeal of the new/reclassified distinction and the purposes of the Act. The Tribunal's view that the employer exercised its authority within the ambit of section 33 and did not commit an "abuse of authority" was defensible particularly on the unusual factual record in this case. The majority did not engage in truly deferential reasonableness review when it concluded that the Tribunal failed to take into account a relevant consideration (newness consideration), and this resulted in insufficient deference.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 10 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 10).

Public Service Employment Act, S.C. 2003, c. 22, ss. 12, 13, ss. 2(4), 15(1),(3), 30(1),(2)(a),(4), 33, 36, 47, 67(1),(3), 77, 81(1), 82, 88(1),(2),(3)(b), 95(2), 98(1), 99(3), 102.

Public Service Employment Regulations, 2000, SOR/2000-80, s. 5(2)(b).

CASES CITED

APPLIED:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577.

CONSIDERED:

Lavigne v. Canada (Deputy Minister of Justice), 2009 FC 684, 352 F.T.R. 269; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1

Il était déraisonnable de la part du Tribunal de rejeter la plainte de l'appelant parce que celui-ci n'avait pas prouvé que, même si la décision d'annoncer le poste constituait un abus de pouvoir, ce n'était pas la raison pour laquelle il n'avait pas été nommé à ce poste. Le raisonnement du Tribunal supposait qu'à défaut d'abus de pouvoir entachant la décision de doter le poste à la suite d'un processus de nomination interne annoncé, l'employeur aurait quand même employé les mêmes méthodes pour vérifier si l'appelant possédait les compétences et les qualifications nécessaires pour occuper de façon permanente le poste de gestionnaire régional et il s'agissait de pures spéculations.

Le juge Stratas, J.C.A. (dissident) : Le Tribunal a procédé à une interprétation et à une application d'une loi fédérale qui se justifiaient en raison des termes clairs de l'article 33 de la Loi, de l'abolition par le législateur de la distinction entre les nouveaux postes et les postes reclassifiés et des objectifs de la Loi. L'avis du Tribunal selon lequel l'employeur a exercé son pouvoir en respectant le cadre prévu à l'article 33 et n'a donc pas commis d'« abus de pouvoir » se justifiait, surtout si l'on tient compte du dossier factuel inusité de la présente affaire. Les juges majoritaires n'ont pas procédé à un contrôle de la raisonnablement véritablement empreint de déférence en concluant que le Tribunal n'a pas tenu compte d'une considération pertinente (le facteur de la nouveauté), ce qui s'est traduit par une déférence insuffisante.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.C. 2003, ch. 22, art. 12, 13, art. 2(4), 15(1),(3), 30(1),(2)(a),(4), 33, 36, 47, 67(1),(3), 77, 81(1), 82, 88(1),(2),(3)(b), 95(2), 98(1), 99(3), 102.

Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 10 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 10).

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(4) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

Règlement sur l'emploi dans la fonction publique (2000), DORS/2000-80, art. 5(2)(b).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Lavigne c. Canada (Sous-ministre de la Justice), 2009 CF 684; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226;

S.C.R. 226, 223 D.L.R. (4th) 599, [2003] 5 W.W.R. 1; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, 14 Admin. L.R. (3d) 173.

REFERRED TO:

Tibbs v. Deputy Minister of National Defence et al., 2006 PSST 8; *Bowman et al. v. Deputy Minister of Citizenship and Immigration Canada et al.*, 2008 PSST 12; *Chiasson v. Deputy Minister of Canadian Heritage et al.*, 2008 PSST 27; *Jacobsen v. Deputy Minister of Environment Canada et al.*, 2009 PSST 8; *Glasgow v. Deputy Minister of Public Works and Government Services Canada et al.*, 2008 PSST 7; *Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220, (1981), 127 D.L.R. (3d) 1, 38 N.R. 541; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, (1988), 35 Admin. L.R. 153, 95 N.R. 161; *Montréal (City) v. Montreal Port Authority*, 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427, 317 D.L.R. (4th) 193, 99 Admin. L.R. (4th) 167; *Dalton v. Criminal Injuries Compensation Board* (1982), 36 O.R. (2d) 394 (Div. Ct.); *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, 12 Admin. L.R. (5th) 161, 405 N.R. 193.

AUTHORS CITED

Jones, David Phillip and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2009.

Mullan, David. “Deference from *Baker* to *Suresh* and Beyond—Interpreting the Conflicting Signals” in David Dyzenhaus, ed. *The Unity of Public Law*, Oxford: Hart Publishing, 2004.

Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

Mullan, David J. “Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?” (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59. *Nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Dictionnaires Le Robert, 2010, “notamment”.

Public Service Commission of Canada. *Appointment Policy Questions and Answers*, online: <<http://www.psc-cfp.gc.ca/plcy-pltq/qa-qr/appointment-nomination/choice-choix-eng.htm>>.

Public Service Human Resources Management Agency of Canada. *Guidelines on reclassification*, online: <<http://www.tbs-sct.gc.ca/chro-dprh/pol/recls-eng.asp>>.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817.

DÉCISIONS CITÉES :

Tibbs c. le sous-ministre de la Défense nationale et al., 2006 TDFP 8; *Bowman et al. c. le sous-ministre de Citoyenneté et Immigration Canada et al.*, 2008 TDFP 12; *Chiasson c. le sous-ministre du Patrimoine canadien et al.*, 2008 TDFP 27; *Jacobsen c. le sous-ministre d'Environnement Canada et al.*, 2009 TDFP 8; *Glasgow c. le sous-ministre de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada et al.*, 2008 TDFP 7; *Crevier c. Procureur général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427; *Dalton v. Criminal Injuries Compensation Board* (1982), 36 O.R. (2d) 394 (C. div.); *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193.

DOCTRINE CITÉE

Agence de gestion des ressources humaines de la fonction publique du Canada. *Lignes directrices sur la reclassification*, en ligne : <<http://www.tbs-sct.gc.ca/chro-dprh/pol/recls-fra.asp>>.

Commission de la fonction publique du Canada. *Les lignes directrices en matière de nomination : questions et réponses*, en ligne : <<http://www.psc-cfp.gc.ca/plcy-pltq/qa-qr/appointment-nomination/choice-choix-fra.htm>>.

Jones, David Phillip et Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 5^e éd. Toronto : Carswell, 2009.

Mullan, David. « Deference from *Baker* to *Suresh* and Beyond—Interpreting the Conflicting Signals » dans David Dyzenhaus, éd. *The Unity of Public Law*, Oxford : Hart Publishing, 2004.

Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

Mullan, David J. « Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *R.C.D.A.P.* 59. *Nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2010, « notamment ».

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008.

APPEAL from a Federal Court decision (2009 FC 740, 356 F.T.R. 127) dismissing an application for judicial review of a Public Service Staffing Tribunal decision (2007 PSST 0035) dismissing the appellant's complaint of abuse of authority made pursuant to paragraph 77(1)(b) of the *Public Service Employment Act*. Appeal allowed, Stratas J.A. dissenting.

APPEL à l'encontre de la décision (2009 CF 740) par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire visant la décision (2007 TDFP 0035) par laquelle le Tribunal de la dotation de la fonction publique a rejeté la plainte d'abus de pouvoir présentée par l'appelant en vertu de l'alinéa 77(1)b) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. Appel accueilli, le juge Stratas, J.C.A., étant dissident.

APPEARANCES

Andrew Raven for appellant.
Martin Desmeules and *Richard Fader* for respondents.

ONT COMPARU

Andrew Raven pour l'appelant.
Martin Desmeules et *Richard Fader* pour les intimés.

SOLICITORS OF RECORD

Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP/s.r.l., Ottawa, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP/s.r.l., Ottawa, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

EVANS J.A.:

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

A. INTRODUCTION

A. INTRODUCTION

[1] It is an essential precept of the federal public service that appointments are based on merit. The merit principle as previously understood was modified by the *Public Service Employment Act*, S.C. 2003, c. 22, ss. 12, 13 (PSEA), part of a package of legislative measures to modernize employment and labour relations in the public sector.

[1] Un des principes fondamentaux au sein de la fonction publique fédérale est que les nominations sont fondées sur le mérite. Le principe du mérite, tel qu'on l'entendait, a été modifié par la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 12, 13 (la Loi), dans la foulée d'un train de mesures législatives visant à moderniser l'emploi et les relations de travail dans le secteur public.

[2] In particular, the PSEA removes the previous statutory distinction between comparative and individual merit, and confers more discretion on management to appoint on the basis that a person is qualified for an appointment, without having to consider whether he or she is necessarily the best qualified. In this way, the PSEA aims to introduce more flexibility and reduce delay in federal public service staffing and appointment decisions.

[2] En particulier, la Loi a supprimé la distinction que la loi faisait auparavant entre le mérite comparatif et le mérite individuel, et elle a conféré une plus grande latitude aux gestionnaires pour nommer une personne jugée qualifiée pour un poste, sans avoir à déterminer s'il s'agit nécessairement de la personne la plus qualifiée. La Loi vise ainsi à offrir une plus grande souplesse et à réduire les délais dans les décisions de dotation et de nomination au sein de la fonction publique fédérale.

[3] A key distinction now made by the PSEA is between an advertised and a non-advertised internal appointment process. Thus, section 33 confers an unnumbered discretion on the Public Service Commission (Commission), and its delegates, to decide whether to make an appointment on the basis of an advertised or a non-advertised internal appointment process. A disappointed candidate may complain to the Public Service Staffing Tribunal (Tribunal) of an abuse of authority by the employer in the exercise of this discretion.

[4] Although Robert Kane had been a federal public servant for 30 years, he was not appointed to the position that he was occupying in a temporary capacity. He complained to the Tribunal that the Deputy Head of Service Canada, as part of the Department of Human Resources and Social Development (Deputy Head), had abused her authority by making the appointment from a pool of candidates, selected as a result of an advertised internal competition, and by not appointing him. He alleged that the decision to advertise was based on the erroneous view that the position in question was newly created, whereas in fact, he maintained, it was a reclassification of the position that he had occupied.

[5] The Tribunal dismissed Mr. Kane's complaint in a decision dated August 3, 2007: 2007 PSST 0035 [*Kane v. Deputy Head of Service Canada et al.*]. It concluded that, given the breadth of the discretion conferred by section 33 over the appointment process, whether the position was newly created or reclassified was irrelevant. Mr. Kane's application for judicial review to set aside the Tribunal's decision was dismissed by the Federal Court: 2009 FC 740, 356 F.T.R. 127. He appeals that decision to this Court.

[6] The principal question to be decided in this appeal is whether it was unreasonable for the Tribunal to proceed on the assumption that the choice of an internal appointment process on the basis of an incorrect fact

[3] Une des distinctions les plus importantes que fait maintenant la Loi est celle qui existe entre les processus de nomination interne annoncés et les processus de nomination interne non annoncés. Ainsi, l'article 33 confère un pouvoir discrétionnaire absolu à la Commission de la fonction publique (la Commission) et à ses délégués pour décider si, en vue d'une nomination, il y a lieu d'avoir recours à un processus de nomination annoncé ou à un processus de nomination non annoncé. Le candidat malheureux peut porter plainte devant le Tribunal de la dotation de la fonction publique (le Tribunal) en cas d'abus de pouvoir commis par l'employeur dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

[4] Même s'il était un fonctionnaire fédéral depuis 30 ans, Robert Kane n'a pas été nommé au poste qu'il occupait à titre temporaire. Il a porté plainte devant le Tribunal en alléguant que l'administratrice générale de Service Canada, lequel relève du ministère des Ressources humaines et du Développement social (l'administratrice générale), avait abusé de ses pouvoirs en procédant à la nomination en cause à partir d'un répertoire de candidats sélectionnés à la suite d'un concours interne annoncé et en ne le nommant pas. Il alléguait que la décision d'annoncer le concours reposait sur l'opinion erronée que le poste en question venait d'être créé alors que, selon ce qu'il affirmait, il s'agissait d'une reclassification du poste qu'il avait occupé.

[5] Le Tribunal a rejeté la plainte de M. Kane dans une décision datée du 3 août 2007, 2007 TDFP 0035 [*Kane c. l'administrateur général de Service Canada et al.*]. Le Tribunal a conclu que, compte tenu de la portée du pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 33 en ce qui concerne le processus de nomination, il importait peu de savoir s'il s'agissait d'un nouveau poste ou d'une reclassification. La demande de contrôle judiciaire présentée par M. Kane en vue de faire annuler la décision du Tribunal a été rejetée par la Cour fédérale, 2009 CF 740. M. Kane interjette appel de cette décision devant notre Cour.

[6] La principale question à trancher dans le présent appel est celle de savoir s'il était déraisonnable de la part du Tribunal de partir du principe que le choix d'un processus de nomination interne fondé sur une erreur de

cannot constitute an abuse of authority. In my view, for the employer to base an exercise of discretion on an incorrect fact is *prima facie* unreasonable and can thus constitute an abuse of authority, if the fact in question is material and relevant. Thus, in assessing whether the employer's decision in this case was an abuse of authority, the Tribunal cannot ignore Mr. Kane's complaint that the employer based its decision to advertise on an erroneous finding that the position was new, a matter which section 33 permits, but does not require, the employer to consider.

[7] Accordingly, I would allow the appeal and remit the matter to the Tribunal for re-determination.

B. FACTUAL BACKGROUND

[8] In September 2005, the Government of Canada created Service Canada within the Department of Human Resources and Social Development. Its purpose was to facilitate Canadians' access to federal services and benefits through the provision of "one-stop shopping". In preparation for the launch of Service Canada, the Newfoundland and Labrador Region had announced in May of that year an interim organizational structure to provide for region-wide business line management, and set up an In-Person and Community Services (IPCS) business line which would be supported by a new regional unit.

[9] On August 30, 2005, the position of service delivery manager for the IPCS business line was created at the PM-05 level. On September 1, 2005, Mr. Kane was deployed in a lateral move to fill the position, without a competition. He was given only a generic work description, from which he was asked to identify the duties and functions of the position for inclusion in an up-to-date work description.

fait ne peut pas constituer un abus de pouvoir. À mon avis, le fait qu'un employeur fasse reposer l'exercice de son pouvoir discrétionnaire sur un fait inexact constitue à première vue une mesure déraisonnable qui est par conséquent susceptible de constituer un abus de pouvoir, si le fait en question est important et pertinent. Ainsi, pour déterminer si la décision que l'employeur a prise dans le cas qui nous occupe constituait un abus de pouvoir, le Tribunal ne peut faire fi de la plainte de M. Kane suivant laquelle l'employeur a fondé sa décision d'annoncer le concours sur la conclusion erronée qu'il s'agissait d'un nouveau poste, élément dont l'article 33 permet à l'employeur de tenir compte, sans toutefois l'y obliger.

[7] En conséquence, je suis d'avis d'accueillir l'appel et de renvoyer l'affaire au Tribunal pour qu'il rende une nouvelle décision.

B. CONTEXTE FACTUEL

[8] En septembre 2005, le gouvernement du Canada a créé Service Canada au sein du ministère des Ressources humaines et du Développement social, en vue de faciliter l'accès des Canadiens aux services et prestations fédéraux en offrant un « guichet unique ». En prévision du lancement de Service Canada, la région de Terre-Neuve-et-Labrador avait annoncé, en mai de la même année, la mise sur pied d'une nouvelle structure organisationnelle intérimaire en ce qui concerne la gestion des secteurs d'activités à l'échelle de la région ainsi que la création du secteur d'activités des Services aux collectivités et services en personne (SCSEP), qui devait être appuyé par une nouvelle unité régionale de soutien.

[9] Le 30 août 2005, le poste de gestionnaire de la prestation des services des SCSEP a été créé et classifié au niveau PM-05. Le 1^{er} septembre 2005, M. Kane a fait l'objet d'une mutation latérale pour pourvoir à ce poste, le tout sans concours. On ne lui a remis qu'une description de travail générale, à partir de laquelle on lui a demandé d'énumérer les attributions du poste en vue de les inclure dans une description de travail actualisée.

[10] On February 14, 2006, the Regional Management Board (RMB) approved an organizational structure for the Regional Headquarters office, including a regional manager position for the IPCS business line at the PM-06 level, supported by a staff of six, including two PM-05 positions. The PM-06 regional manager position would replace the PM-05 service delivery manager position occupied by Mr. Kane, who was asked to continue in this position pending the classification of the regional manager position.

[11] At about the same time, an advertised appointment process was started to establish a pre-qualified pool of candidates to fill these and other PM-06 and PM-05 positions. Early in February 2006, Mr. Kane applied to enter the competition.

[12] On March 1, 2006, the RMB informed employees that, if the regional manager position was classified at the PM-06 level, it would be filled from the pre-qualified pool of candidates selected after the internal competition. On May 1, 2006, Mr. Kane was advised that he would not be considered further for a PM-06 position, because he had failed one component of the standardized tests taken by candidates for inclusion in the pre-qualified pool.

[13] On June 15, 2006, the classification review process concluded that the regional manager position should be classified at the PM-06 level. Mr. Kane agreed to fill the position in an acting capacity. He testified that the duties and functions of the regional manager position were not materially different from those that he had been performing since his deployment to the IPCS business management line for Newfoundland and Labrador in September 2005.

[14] Following the classification of the position of regional manager at the PM-06 level, Mr. Kane claimed a retroactive PM-06 salary increase, on the ground that he had been performing the functions and duties of regional manager during his entire deployment. He was granted the increase, not to September 2005 as he requested, but to February 14, 2006, when the RMB

[10] Le 14 février 2006, le Comité régional de gestion (le CRG) a approuvé la structure organisationnelle du bureau de l'Administration centrale régionale, qui devait comprendre un poste de gestionnaire régional pour le secteur d'activités des SCSEP de niveau PM-06, avec l'appui de six employés, dont deux au niveau PM-05. Le poste de gestionnaire régional PM-06 devait remplacer le poste de gestionnaire de la prestation des services de niveau PM-05 occupé par M. Kane, à qui l'on a demandé de conserver ce poste en attendant la classification du poste de gestionnaire régional.

[11] Vers la même époque, un processus de nomination annoncé a été lancé en vue de constituer un répertoire de candidats préqualifiés afin de doter ces postes ainsi que d'autres postes PM-06 et PM-05. Au début de février 2006, M. Kane a posé sa candidature.

[12] Le 1^{er} mars 2006, le CRG a informé les employés que, si le poste de gestionnaire régional était classé au niveau PM-06, il serait doté à partir du répertoire de candidats préqualifiés qui seraient sélectionnés à la suite d'un concours interne. Le 1^{er} mai 2006, M. Kane a été informé que sa candidature ne serait plus considérée pour les postes de niveau PM-06, parce qu'il avait échoué à un des volets des tests standardisés auxquels devaient se soumettre les candidats en vue d'être inscrits au répertoire des candidats préqualifiés.

[13] Le 15 juin 2006, le processus d'examen de la classification s'est soldé par la décision de classer le poste de gestionnaire régional au niveau PM-06. M. Kane a accepté d'occuper le poste à titre intérimaire. Il a expliqué que les attributions du gestionnaire régional n'étaient pas très différentes de celles qu'il avait exercées depuis qu'il avait été muté à un poste de gestion au secteur d'activités des SCSEP pour Terre-Neuve-et-Labrador en septembre 2005.

[14] À la suite de la classification du poste de gestionnaire régional au niveau PM-06, M. Kane a demandé une augmentation de salaire rétroactive correspondant au niveau PM-06, faisant valoir qu'il avait exécuté les attributions de gestionnaire régional pendant toute son affectation. L'augmentation lui a été accordée rétroactivement, non pas au mois de septembre 2005 comme il

decided to create the regional manager position at the PM-06 level.

[15] In August 2006, Mr. Kane was offered a PM-05 position in IPCS after his previous position had been declared redundant. He was also asked to continue as acting regional manager until either the end of September or the position was filled, whichever happened first. On September 11, 2006, he filed his complaint of abuse of authority with the Tribunal on the appointment of the regional manager.

C. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[16] The nature of the merit principle before the enactment of the PSEA is indicated by the following provisions of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33 (the former Act). Merit was normally, but not always, comparative, and competitions were the norm [s. 10 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 10)]:

Appoint-
ments to be
based on
merit

10. (1) Appointments to or from within the Public Service shall be based on selection according to merit, as determined by the Commission, and shall be made by the Commission, at the request of the deputy head concerned, by competition or by such other process of personnel selection designed to establish the merit of candidates as the Commission considers is in the best interests of the Public Service.

Idem

(2) For the purposes of subsection (1), selection according to merit may, in the circumstances prescribed by the regulations of the Commission, be based on the competence of a person being considered for appointment as measured by such standard of competence as the Commission may establish, rather than as measured against the competence of other persons. [Emphasis added.]

[17] The *Public Service Employment Regulations, 2000*, SOR/2000-80, made under the former Act, set out the circumstances in which a selection could be

le demandait, mais bien au 14 février 2006, date à laquelle le CRG avait décidé de créer le poste de gestionnaire régional au niveau PM-06.

[15] En août 2006, M. Kane s'est vu offrir un poste de niveau PM-05 au sein des SCSEP après que son poste précédent eut été déclaré excédentaire. On lui a également demandé de continuer à agir comme gestionnaire régional par intérim jusqu'à la fin de septembre ou jusqu'à ce que le poste soit doté, selon la première de ces éventualités. Le 11 septembre 2006, il a déposé sa plainte d'abus de pouvoir auprès du Tribunal relativement à la nomination du gestionnaire régional.

C. CADRE LÉGISLATIF

[16] La nature du principe du mérite avant l'édiction de la Loi ressort des dispositions suivantes de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33 (l'ancienne loi). Le mérite était normalement, mais pas toujours, comparatif et les concours étaient la norme [art. 10 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 10)] :

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

Nomination
au mérite

(2) Pour l'application du paragraphe (1), la sélection au mérite peut, dans les circonstances déterminées par règlement de la Commission, être fondée sur des normes de compétence fixées par celle-ci plutôt que sur un examen relatif des candidats. [Non souligné dans l'original.]

Idem

[17] Le *Règlement sur l'emploi dans la fonction publique (2000)*, DORS/2000-80, pris en application de l'ancienne loi, précisait les cas dans lesquels une

made on individual rather than comparative merit pursuant to subsection 10(2) of the former Act:

5. ...

Individual merit circumstances

(2) A selection referred to in subsection 10(2) of the Act may be made in any of the following circumstances:

...

(b) when an employee is to be appointed to their reclassified position and

(i) the position has been reclassified as a result of a classification audit or grievance,

(ii) the position is one of a group of similar occupied positions in the same occupational group and level within the same part of an organization that have all been reclassified to the same occupational group and level, or

(iii) there are no other similar occupied positions in the same occupational group and level within the same part of the organization;

[18] The current PSEA sets out a version of the merit principle that emphasizes individual, rather than comparative merit:

Appointment on basis of merit

30. (1) Appointments by the Commission to or from within the public service shall be made on the basis of merit and must be free from political influence.

Meaning of merit

(2) An appointment is made on the basis of merit when

(a) the Commission is satisfied that the person to be appointed meets the essential qualifications for the work to be performed, as established by the deputy head, including official language proficiency; and

...

sélection pouvait être effectuée en fonction du mérite individuel plutôt que selon le mérite comparatif en vertu du paragraphe 10(2) de l'ancienne loi :

5. [...]

(2) La sélection au mérite visée au paragraphe 10(2) de la Loi peut se faire dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes :

[...]

b) la nomination d'un fonctionnaire à son poste après reclassification, si l'une des situations suivantes existe :

(i) la reclassification résulte d'une vérification ou d'un grief en matière de classification,

(ii) le poste fait partie d'un groupe de postes semblables, qui sont pourvus, qui sont des mêmes groupe et niveau professionnels au sein du même secteur de l'organisation et qui ont tous été reclassifiés aux mêmes groupe et niveau professionnels,

(iii) il n'y a aucun autre poste semblable qui est pourvu et qui est des mêmes groupe et niveau professionnels au sein du même secteur de l'organisation;

[18] La Loi actuelle énonce une version du principe du mérite qui insiste sur le mérite individuel plutôt que sur le mérite comparatif :

30. (1) Les nominations — internes ou externes — à la fonction publique faites par la Commission sont fondées sur le mérite et sont indépendantes de toute influence politique.

(2) Une nomination est fondée sur le mérite lorsque les conditions suivantes sont réunies :

a) selon la Commission, la personne à nommer possède les qualifications essentielles — notamment la compétence dans les langues officielles — établies par l'administrateur général pour le travail à accomplir;

[...]

Mérite individuel

Principes

Définition du mérite

Interpretation	(4) The Commission is not required to consider more than one person in order for an appointment to be made on the basis of merit.	(4) La Commission n'est pas tenue de prendre en compte plus d'une personne pour faire une nomination fondée sur le mérite.	Précision
	[19] In order to achieve more flexibility in staffing and appointment decisions, the PSEA confers an unencumbered discretion on the Commission, and its delegates, in selecting between advertised and non-advertised appointment processes, as well as in the design of instruments for assessing competence:	[19] Pour assurer une plus grande souplesse dans les décisions en matière de dotation et de nomination, la Loi confère un pouvoir discrétionnaire absolu à la Commission et à ses délégués dans le choix entre un processus de nomination annoncé et un processus de nomination non annoncé et dans la conception d'outils permettant d'évaluer la compétence :	
Appointment process	33. In making an appointment, the Commission may use an advertised or non-advertised appointment process.	33. La Commission peut, en vue d'une nomination, avoir recours à un processus de nomination annoncé ou à un processus de nomination non annoncé.	Processus de nomination
	...	[...]	
Assessment methods	36. In making an appointment, the Commission may use any assessment method, such as a review of past performance and accomplishments, interviews and examinations, that it considers appropriate to determine whether a person meets the qualifications referred to in paragraph 30(2)(a) ...	36. La Commission peut avoir recours à toute méthode d'évaluation — notamment prise en compte des réalisations et du rendement antérieur, examens ou entrevues — qu'elle estime indiquée pour décider si une personne possède les qualifications visées à l'alinéa 30(2)a) [...]	Méthode d'évaluation
	[20] The PSEA creates administrative institutions and mechanisms for dealing with complaints about staffing and appointment decisions. For present purposes, the Public Service Staffing Tribunal is of particular importance:	[20] La Loi crée des organes et des mécanismes administratifs pour traiter les plaintes portant sur les décisions en matière de dotation et de nomination. En l'espèce, le Tribunal de la dotation de la fonction publique revêt une importance particulière :	
Tribunal continued	88. (1) The Public Service Staffing Tribunal is continued, consisting of between five and seven permanent members appointed by the Governor in Council and any temporary members that are appointed under section 90.	88. (1) Est maintenu le Tribunal de la dotation de la fonction publique, composé de cinq à sept membres titulaires nommés par le gouverneur en conseil et des membres vacataires nommés en vertu de l'article 90.	Maintien
Mandate	(2) The mandate of the Tribunal is to consider and dispose of complaints made under ... sections ... 77....	(2) Le Tribunal a pour mission d'instruire les plaintes présentées en vertu [...] ou des articles [...] 77 [...]	Mission
Eligibility	(3) <u>In order to be eligible to hold office as a member, a person must</u>	(3) <u>Il faut, pour être membre du Tribunal :</u>	Qualités requises
	...	[...]	
	(b) <u>have knowledge of or experience in employment matters in the public sector.</u>	(b) <u>avoir de l'expérience ou des connaissances en matière d'emploi dans le secteur public.</u>	
	...	[...]	

	95. ...		95. [...]	
Experts and advisers	(2) <u>The Chairperson may retain on a temporary basis the services of mediators and other experts or persons having technical or special knowledge to assist the Tribunal in an advisory capacity</u> and, subject to the approval of the Treasury Board, fix their remuneration.		(2) <u>Le président peut retenir temporairement les services de médiateurs et d'autres experts chargés d'assister le Tribunal à titre consultatif</u> , et, sous réserve de l'approbation du Conseil du Trésor, fixer leur rémunération.	Assistance technique
	...		[...]	
Hearing by single member	98. (1) A complaint shall be determined by a single member of the Tribunal, who shall proceed as informally and expeditiously as possible.		98. (1) Les plaintes sont instruites par un membre agissant seul qui procède, dans la mesure du possible, sans formalisme et avec célérité.	Instruction par un membre unique
	...		[...]	
	99. ...		99. [...]	
Decision without oral hearing	(3) The Tribunal may decide a complaint without holding an oral hearing. [Emphasis added.]		(3) Le Tribunal peut statuer sur une plainte sans tenir d'audience. [Non souligné dans l'original.]	Décision sans audience
[21] Employees may complain to the Tribunal that there has been an abuse of authority in the making of specified decisions. The following is the provision relevant to this appeal:			[21] Un employé peut porter plainte au Tribunal au sujet d'un abus de pouvoir commis lors de la prise d'une décision particulière. Voici la disposition qui nous intéresse plus particulièrement dans le présent appel :	
Grounds of complaint	77. (1) When the Commission has made or proposed an appointment in an internal appointment process, a person in the area of recourse referred to in subsection (2) <u>may ... make a complaint to the Tribunal that he or she was not appointed or proposed for appointment by reason of</u>		77. (1) Lorsque la Commission a fait une proposition de nomination ou une nomination dans le cadre d'un processus de nomination interne, la personne qui est dans la zone de recours visée au paragraphe (2) peut [...] <u>présenter à celui-ci une plainte selon laquelle elle n'a pas été nommée ou fait l'objet d'une proposition de nomination pour l'une ou l'autre des raisons suivantes</u> :	Motifs des plaintes
	...		[...]	
	(b) <u>an abuse of authority by the Commission in choosing between an advertised and a non-advertised internal appointment process</u> ; or [Emphasis added.]		b) <u>abus de pouvoir de la part de la Commission du fait qu'elle a choisi un processus de nomination interne annoncé ou non annoncé, selon le cas</u> ; [Non souligné dans l'original.]	
[22] The PSEA does not provide a comprehensive definition of "abuse of authority". However, it does contain the following provision "[f]or greater certainty":			[22] La Loi ne donne pas de définition exhaustive de l'« abus de pouvoir ». Elle renferme toutefois la disposition suivante, qui permet d'en cerner le sens :	
	2. ...		2. [...]	

Refererees
to abuse of
authority

(4) For greater certainty, a reference in this Act to abuse of authority shall be construed as including bad faith and personal favouritism.

(4) Il est entendu que, pour l'application de la présente loi, on entend notamment par « abus de pouvoir » la mauvaise foi et le favoritisme personnel.

Abus de
pouvoir

[23] The PSEA sets out the remedial powers of the Tribunal when it upholds a complaint. They do not include a power to order either the Commission or a deputy head to make a new appointment or to conduct a new appointment process:

[23] La Loi prévoit les pouvoirs de réparation dont dispose le Tribunal lorsqu'il fait droit à une plainte. Elle ne lui accorde toutefois pas le pouvoir d'ordonner à la Commission ou à un administrateur général de faire une nomination ou d'entreprendre un nouveau processus de nomination :

Corrective
action when
complaint
upheld

81. (1) If the Tribunal finds a complaint under section 77 to be substantiated, the Tribunal may order the Commission or the deputy head to revoke the appointment or not to make the appointment, as the case may be, and to take any corrective action that the Tribunal considers appropriate.

81. (1) S'il juge la plainte fondée, le Tribunal peut ordonner à la Commission ou à l'administrateur général de révoquer la nomination ou de ne pas faire la nomination, selon le cas, et de prendre les mesures correctives qu'il estime indiquées.

Plainte
fondée

...

[...]

Restrictions

82. The Tribunal may not order the Commission to make an appointment or to conduct a new appointment process.

82. Le Tribunal ne peut ordonner à la Commission de faire une nomination ou d'entreprendre un nouveau processus de nomination.

Restriction

[24] Decisions of the Tribunal are protected by a preclusive clause:

[24] Les décisions du Tribunal sont protégées par une clause limitative :

Decisions
final

102. (1) Every decision of the Tribunal is final and may not be questioned or reviewed in any court.

102. (1) La décision du Tribunal est définitive et n'est pas susceptible d'examen ou de révision devant un autre tribunal.

Caractère
définitif de la
décision

No review
by
certiorari,
etc.

(2) No order may be made, process entered or proceeding taken in any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise, to question, review, prohibit or restrain the Tribunal in relation to a complaint.

(2) Il n'est admis aucun recours ni aucune décision judiciaire — notamment par voie d'injonction, de *certiorari*, de prohibition ou de *quo warranto* — visant à contester, réviser, empêcher ou limiter l'action du Tribunal en ce qui touche une plainte.

Interdiction
de recours
extraordi-
naires

[25] In addition to the right of employees to complain to the Tribunal of abuse of authority, employees who are informed during an internal appointment process that they have been eliminated from consideration for an appointment may ask the Commission to discuss that decision with them. As a result of that informal discussion, or otherwise, the Commission, or the deputy head to whom the power to make internal appointments has been delegated, may revoke an internal appointment and take corrective action, on being satisfied that

[25] Outre le droit qui leur est reconnu de saisir le Tribunal d'une plainte d'abus de pouvoir, les employés qui sont informés au cours d'un processus de nomination interne que leur candidature n'a pas été retenue peuvent demander à la Commission de discuter de sa décision avec eux. Par suite notamment de ces échanges informels, la Commission ou l'administrateur général à qui elle a délégué le pouvoir de faire des nominations internes peut révoquer la nomination — et prendre des mesures correctives à son égard — s'il ou elle est

an error, an omission, or improper conduct affected an appointment:

15. ...

Revocation of appointments

(3) Where the Commission authorizes a deputy head to make appointments pursuant to an internal appointment process, the authorization must include the power to revoke those appointments and to take corrective action whenever the deputy head, after investigation, is satisfied that an error, an omission or improper conduct affected the selection of a person for appointment.

...

Informal discussion with employee

47. Where a person is informed by the Commission, at any stage of an internal appointment process, that the person has been eliminated from consideration for appointment, the Commission may, at that person's request, informally discuss its decision with that person.

...

Internal appointment — no delegation

67. (1) The Commission may investigate an internal appointment process, other than one conducted by a deputy head acting under subsection 15(1), and, if it is satisfied that there was an error, an omission or improper conduct that affected the selection of the person appointed or proposed for appointment, the Commission may

(a) revoke the appointment or not make the appointment, as the case may be; and

(b) take any corrective action that it considers appropriate. [Emphasis added.]

D. DECISION OF THE TRIBUNAL

[26] The Tribunal stated that, because of the broad discretion conferred by section 33, a complaint of abuse of authority could not be based simply on the fact that a position had been filled after an advertised internal appointment process. It noted that the RMB had decided

convaincu(e) qu'une erreur, une omission ou une conduite irrégulière a influé sur le choix de la personne nommée :

15. [...]

(3) Dans les cas où la Commission autorise un administrateur général à exercer le pouvoir de faire des nominations dans le cadre d'un processus de nomination interne, l'autorisation doit comprendre le pouvoir de révoquer ces nominations — et de prendre des mesures correctives à leur égard — dans les cas où, après avoir mené une enquête, il est convaincu qu'une erreur, une omission ou une conduite irrégulière a influé sur le choix de la personne nommée.

[...]

47. À toute étape du processus de nomination interne, la Commission peut, sur demande, discuter de façon informelle de sa décision avec les personnes qui sont informées que leur candidature n'a pas été retenue.

[...]

67. (1) La Commission peut mener une enquête sur tout processus de nomination interne, sauf dans le cas d'un processus de nomination entrepris par l'administrateur général dans le cadre du paragraphe 15(1); si elle est convaincue qu'une erreur, une omission ou une conduite irrégulière a influé sur le choix de la personne nommée ou dont la nomination est proposée, la Commission peut :

a) révoquer la nomination ou ne pas faire la nomination, selon le cas;

b) prendre les mesures correctives qu'elle estime indiquées. [Non souligné dans l'original.]

D. DÉCISION DU TRIBUNAL

[26] Le Tribunal a déclaré qu'en raison du vaste pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 33, une plainte d'abus de pouvoir ne pouvait être fondée sur le simple fait qu'un poste avait été doté au terme d'un processus annoncé de nomination interne. Il a fait

Révocation

Discussions informelles

Nominations internes — absence d'autorisation

to adopt an advertised process before both the classification review of the regional manager position had been completed, and the results of the standardized tests were known.

[27] The Tribunal agreed with the employer that neither the PSEA nor any applicable policy mandates the internal appointment process to be followed, regardless of whether the position to be filled is newly created or a reclassified existing position. Further, unlike the former Act, section 33 explicitly confers broad discretion over the selection of an advertised or a non-advertised appointment process. Hence, the jurisprudence arising from the former Act is not relevant.

[28] The Public Service Human Resources Management Agency of Canada, *Guidelines on reclassification* (Guidelines) deal with, among other things, the criteria for distinguishing between a new and a reclassified position. The Tribunal held that these are not law, because they were not made in the exercise of a delegated statutory power. Hence, it wrote, even if the Commission had based its decision to advertise on a misinterpretation of the Guidelines, its decision would not constitute an abuse of authority as being erroneous in law, and therefore, presumably, not an abuse of discretion.

[29] As for Mr. Kane's complaint that he was not appointed Regional Manager, the Tribunal stated that section 36 of the PSEA gives the Commission an unfettered discretion to choose the assessment method that it considers appropriate to determine if a person is qualified for a position. Mr. Kane was not appointed because he failed one of the standardized tests taken by candidates for a PM-06 position. Accordingly, the Tribunal concluded, even if the decision to advertise constituted an abuse of authority, he had failed to establish that it caused him not to be appointed.

observer que le CRG avait décidé d'adopter un processus annoncé avant que l'examen de la classification du poste de gestionnaire régional ne soit terminé et avant que les résultats des tests standardisés ne soient connus.

[27] Le Tribunal a convenu avec l'employeur que ni la Loi ni aucune politique applicable n'obligeaient l'employeur à suivre le processus de nomination interne, indépendamment de la question de savoir si le poste à pourvoir était un nouveau poste ou un poste reclassifié qui existait déjà. De plus, à la différence de l'ancienne loi, l'article 33 confère explicitement un vaste pouvoir discrétionnaire quant au choix d'un processus de nomination annoncé ou d'un processus de nomination non annoncé. La jurisprudence relative à l'ancienne loi n'est donc pas pertinente.

[28] Les *Lignes directrices sur la reclassification* de l'Agence de gestion des ressources humaines de la fonction publique du Canada (les Lignes directrices) traitent notamment des critères permettant de distinguer entre un nouveau poste et un poste reclassifié. Le Tribunal a jugé que ces lignes directrices n'avaient pas force de loi, parce qu'elles n'avaient pas été élaborées dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir légal délégué. Le Tribunal a conclu que, même si la Commission avait fondé sa décision d'annoncer le poste sur une mauvaise interprétation des Lignes directrices, sa décision ne constituerait pas un abus de pouvoir en raison d'une erreur de droit et ne constituerait vraisemblablement pas un abus de son pouvoir discrétionnaire.

[29] Quant à la plainte formulée par M. Kane au sujet de la décision de ne pas le nommer gestionnaire régional, le Tribunal a déclaré que l'article 36 de la Loi conférait à la Commission le pouvoir discrétionnaire absolu de recourir à toute méthode d'évaluation qu'elle estimait indiquée pour décider si une personne possède les qualifications requises pour un poste. M. Kane n'avait pas été nommé parce qu'il avait échoué à l'un des tests standardisés administrés aux candidats aux postes de niveau PM-06. Le Tribunal a par conséquent conclu que, même si la décision d'annoncer le poste constituait un abus de pouvoir, M. Kane n'avait pas démontré qu'il n'avait pas été nommé au poste en question parce qu'il s'agissait d'un processus annoncé.

E. DECISION OF THE FEDERAL COURT

[30] The Judge identified the principal substantive issue as whether the Tribunal had erred in law in regarding as irrelevant to Mr. Kane's complaint of abuse of authority the characterization of the PM-06 regional manager position as either new or reclassified.

[31] First, though, she held on the basis of *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), that unreasonableness was the applicable standard of review. She noted that: the Tribunal's decisions are protected by a strong preclusive clause; the Tribunal is a specialized body created to adjudicate public service employment disputes; and whether an abuse of authority had occurred was essentially a factual question within the expertise of the Tribunal.

[32] After noting the shift in the PSEA from comparative to individual merit, and the absence of any statutory criteria limiting the choice of an advertised or a non-advertised internal appointment process, the Judge discounted the relevance of jurisprudence arising under the former Act. She said (at paragraph 40):

The question is not whether the Regional Manager PM-06 position was properly characterized as new rather than reclassified but whether the employer abused its authority in determining that the position would be staffed by an advertised process following the creation of a pool of candidates.

[33] She found that Mr. Kane had not proved that it was the practice in the Newfoundland and Labrador region to appoint incumbents to their positions after they had been reclassified, and that the RMB decided to fill the Regional Manager position through an advertised process before it knew either the result of the classification review or that Mr. Kane had not passed a standardized test.

E. DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[30] Selon la juge de première instance, la principale question de fond était celle de savoir si le Tribunal avait commis une erreur de droit en considérant qu'il était sans intérêt, pour trancher la plainte d'abus de pouvoir de M. Kane, de qualifier le poste de gestionnaire régional PM-06 de nouveau poste ou de poste reclassifié.

[31] Elle a toutefois d'abord jugé, sur le fondement de l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), que la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable. Elle a fait observer que les décisions du Tribunal étaient protégées par une forte clause limitative, que le Tribunal était un organisme spécialisé créé pour trancher les litiges en matière d'emploi au sein de la fonction publique et que la question consistant à décider s'il y avait eu abus de pouvoir était une question essentiellement factuelle relevant de l'expertise du Tribunal.

[32] Après avoir signalé que la Loi n'était plus axée sur la notion du mérite comparatif mais sur celle de mérite individuel, et après avoir constaté que la Loi ne prévoyait aucun critère qui limiterait le choix d'un processus annoncé ou d'un processus non annoncé, la juge a estimé que la jurisprudence découlant de l'ancienne loi n'était pas pertinente. Voici ce qu'elle écrit au paragraphe 40 :

La question n'est pas de savoir si le poste de gestionnaire régional PM-06 a été correctement défini comme un nouveau poste plutôt que comme un poste reclassifié, mais bien si l'employeur a commis un abus de pouvoir en décidant que le poste serait doté au moyen d'un processus annoncé après la création d'un répertoire de candidats.

[33] Elle a conclu que M. Kane n'avait pas prouvé qu'il existait une pratique dans la région de Terre-Neuve-et-Labrador qui consistait à nommer les titulaires de postes reclassifiés à leur ancien poste, et que le CRG avait décidé de pourvoir au poste de gestionnaire régional en recourant à un processus annoncé avant que les résultats du processus de classification ne soient connus ou que M. Kane ne prenne part au test standardisé.

[34] In view of the evidence and the statutory framework, the Judge was not persuaded that the Tribunal's decision was unreasonable, and dismissed Mr. Kane's application for judicial review.

F. ISSUES AND ANALYSIS

[35] Three issues must be decided in this appeal. First, what is the standard of review applicable to the Tribunal's decision? Second, did the Tribunal err in deciding that the decision to fill the regional manager position on the basis of an advertised internal appointment process was not an abuse of authority? Third, if there was an abuse of authority in the choice of an advertised process, did the Tribunal err in finding that Mr. Kane had failed to prove that the decision not to appoint him as regional manager was caused by the abuse of authority?

Issue 1: Standard of review

[36] The questions in dispute in this appeal principally concern the scope of the term "abuse of authority" in section 77 of the PSEA and its application to the facts of this case. I see no basis for departing from the presumption established in *Dunsmuir* (at paragraphs 53–54) that specialized tribunals' interpretation and application of their enabling statutes are reviewable on a standard of reasonableness.

[37] Experience or knowledge of employment matters in the public sector is a qualification for appointment to the Tribunal: PSEA, paragraph 88(3)(b). Thus, while undoubtedly having a legal aspect, the questions in dispute also concern the internal appointment process to fill a position, and are thus within the scope of the Tribunal's expertise. I also note in this context that subsection 95(2) empowers the Chairperson to retain experts as advisors to the Tribunal, including, presumably, lawyers.

[34] Vu l'ensemble de la preuve et le cadre législatif, le juge de première instance n'était pas convaincu que la décision du Tribunal était déraisonnable. Elle a rejeté la demande de contrôle judiciaire de M. Kane.

F. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

[35] Il y a trois questions à trancher dans le présent appel. Premièrement, quelle norme de contrôle s'applique à la décision du Tribunal? Deuxièmement, le Tribunal a-t-il commis une erreur en décidant que la décision de doter le poste de gestionnaire régional en recourant à un processus annoncé de nomination interne ne constituait pas un abus de pouvoir? Troisièmement, si le choix d'un processus annoncé constituait un abus de pouvoir, le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que M. Kane n'avait pas démontré que la décision de ne pas le nommer au poste de gestionnaire régional s'expliquait par cet abus de pouvoir?

Première question : La norme de contrôle

[36] Les questions en litige dans le présent appel concernent principalement la portée de l'expression « abus de pouvoir » à l'article 77 de la Loi et son application aux faits de la présente affaire. Je ne vois aucune raison d'écarter la présomption établie dans l'arrêt *Dunsmuir* (aux paragraphes 53 et 54) suivant laquelle c'est la norme de contrôle de la décision raisonnable qui s'applique à l'interprétation et à l'application que les tribunaux administratifs spécialisés font de leur loi habilitante.

[37] L'expérience ou des connaissances en matière d'emploi dans le secteur public sont des facteurs dont on tient compte pour nommer quelqu'un comme membre du Tribunal (alinéa 88(3)b) de la Loi). Ainsi, bien qu'elles comportent indéniablement un aspect juridique, les questions en litige concernent également le processus de nomination interne suivi pour doter un poste, et elles relèvent donc du champ d'expertise du Tribunal. Dans le même ordre d'idées, je constate aussi que le paragraphe 95(2) autorise le président à retenir les services

[38] The existence of finality and strong privative clauses in section 102 puts the matter beyond doubt: *Dunsmuir*, at paragraph 52. The effect of the “no *certiorari*” provision in subsection 102(2) is to exclude judicial review on the “non-jurisdictional” grounds set out in subsection 18.1(4) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)]. Consequently, since no statutory adjudicator is authorized to make unreasonable decisions, the Tribunal’s decision, if unreasonable, may be set aside under paragraph 18.1(4)(a) as beyond its jurisdiction.

[39] Unlike the Federal Court in *Lavigne v. Canada (Deputy Minister of Justice)*, 2009 FC 684, 352 F.T.R. 269 (*Lavigne*), at paragraph 46, I do not think that the term abuse of authority in section 77 raises a question of law “of central importance to the legal system” and outside the scope of the Tribunal’s expertise: the term merely defines conduct on which a federal public service employee may base a complaint to the Tribunal about specified employment decisions. That its scope may incidentally determine whether an employee can only pursue a particular complaint directly in the Federal Court through an application for judicial review, rather than through the Tribunal, does not, in my view, elevate it to a question of “central importance” to the Canadian legal system.

[40] Consequently, I agree with the Judge’s conclusion that reasonableness is the applicable standard of review in this case.

d’experts chargés d’assister le Tribunal à titre consultatif y compris, selon toute vraisemblance, les services d’avocats.

[38] Le fait que l’article 102 consacre le caractère définitif des décisions du Tribunal et contient une forte clause privative milite clairement en faveur de la norme de la raisonnable (*Dunsmuir*, au paragraphe 52). En écartant tout recours à un *certiorari*, le paragraphe 102(2) a pour effet d’exclure tout contrôle judiciaire fondé sur les motifs d’intervention non fondés sur la compétence qui sont énumérés au paragraphe 18.1(4) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)]. En conséquence, comme aucun organe juridictionnel créé par la loi n’est autorisé à rendre des décisions déraisonnables, la décision du Tribunal, en supposant qu’elle soit déraisonnable, peut être annulée en vertu de l’alinéa 18.1(4)a pour excès de compétence.

[39] Contrairement à ce que la Cour fédérale a dit dans la décision *Lavigne c. Canada (Sous-ministre de la Justice)*, 2009 CF 684 (*Lavigne*), au paragraphe 46, je ne crois pas que l’expression « abus de pouvoir » à l’article 77 soulève une question de droit « qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble » et qui est étrangère au domaine d’expertise du Tribunal. Cette expression ne fait que définir une conduite sur laquelle un fonctionnaire fédéral peut fonder la plainte dont il saisit le Tribunal relativement à des décisions d’emploi précises. Le fait que la portée de cette expression puisse accessoirement permettre de savoir si un employé ne peut exercer une plainte déterminée qu’en s’adressant directement à la Cour fédérale par voie de demande de contrôle judiciaire au lieu de saisir le Tribunal de la question n’a pas pour effet, à mon avis, de faire de cette plainte une question « qui revêt une importance capitale » pour le système juridique canadien.

[40] En conséquence, je souscris à la conclusion de la juge de première instance suivant laquelle la norme de contrôle applicable en l’espèce est celle de la décision raisonnable.

Issue 2: Was it unreasonable for the Tribunal to decide that the selection of an advertised internal appointment process for filling the position of regional manager could not be an abuse of authority?

[41] This issue needs to be unpacked because it involves four related inquiries: the basis of Mr. Kane's complaint of abuse of authority; the relevance of administrative guidelines and policy in the employer's decision-making; the scope of the term "abuse of authority"; and the reasonableness of the Tribunal's conclusion that Mr. Kane's complaint could not constitute an abuse of authority.

(i) *Mr. Kane's complaint*

[42] Mr. Kane complained to the Tribunal under paragraph 77(1)(b) that, on the facts of his case, the employer abused its authority by advertising the regional manager position, and by not appointing him to it. The Tribunal may only grant a remedy for breach of paragraph 77(1)(b) after determining that the complainant has proved that the Commission or its delegates committed an abuse of authority in choosing between an advertised and a non-advertised internal appointment process under section 33.

[43] Mr. Kane argues that the employer treated the "newness" of the regional manager position as relevant to the decision to advertise. However, he says, the position was not new, but his old position reclassified. For the employer to base an exercise of discretion under section 33 on a relevant fact, when that fact does not exist, can constitute an abuse of authority. Administrative decisions based on unreasonable findings of material fact are an arbitrary exercise of the statutory power under which they are made. Hence, Mr. Kane submits, for the Tribunal to conclude that such a decision was incapable of amounting to an abuse of authority would be unreasonable.

Deuxième question : Le Tribunal a-t-il agi de façon déraisonnable en décidant que la sélection d'un processus annoncé de nomination interne pour doter le poste de gestionnaire régional ne pouvait constituer un abus de pouvoir?

[41] Il convient de décortiquer la question parce qu'elle nous oblige à nous prononcer sur quatre aspects connexes : le fondement de la plainte d'abus de pouvoir de M. Kane, le rôle que les directives et politiques administratives ont joué dans la décision prise par l'employeur, la portée de l'expression « abus de pouvoir » et, enfin, le caractère raisonnable de la conclusion du Tribunal suivant laquelle la plainte de M. Kane ne pouvait pas constituer un abus de pouvoir.

i) *La plainte de M. Kane*

[42] M. Kane a, en vertu de l'alinéa 77(1)b), saisi le Tribunal d'une plainte selon laquelle l'employeur avait, vu l'ensemble des faits de l'espèce, abusé de ses pouvoirs en annonçant le poste de gestionnaire régional au lieu de le nommer à ce poste. Le Tribunal ne peut accorder une réparation pour manquement à l'alinéa 77(1)b) qu'après avoir conclu que le plaignant a prouvé que la Commission ou ses délégués ont commis un abus de pouvoir en choisissant entre un processus de nomination interne annoncé et un processus de nomination interne non annoncé conformément à l'article 33.

[43] M. Kane affirme que l'employeur a considéré la « nouveauté » du poste de gestionnaire régional comme un facteur pertinent pour décider d'annoncer le poste. Il explique cependant que le poste n'était pas nouveau, mais qu'il s'agissait d'une reclassification de son ancien poste. Le fait que l'employeur a fondé l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 33 sur un fait pertinent, alors que ce fait n'existe pas, peut constituer un abus de pouvoir. Les décisions administratives fondées sur des conclusions déraisonnables portant sur un fait important constituent un exercice arbitraire du pouvoir légal en vertu duquel elles sont prises. M. Kane affirme donc qu'en concluant qu'une telle décision ne pouvait équivaloir à un abus de pouvoir, le Tribunal a agi de manière déraisonnable.

(ii) *Statutory discretion, guidelines and policy*

[44] The PSEA does not link the choice of internal appointment process under section 33 to whether a position is new or reclassified. Unlike the former Act, section 33 does not require the employer to take into account whether a position is new or reclassified before deciding which internal appointment process to adopt. Nonetheless, the breadth of the discretion conferred by section 33 is such that whether a position is new is a factor that the employer may consider. The newness or otherwise of a position is thus relevant to the exercise of the statutory discretion conferred, in the sense that it is a factor that the employer may lawfully take into account, but is not one that it must take into account if the section 33 discretion is to be exercised lawfully.

[45] That the newness of a position is relevant in the above sense is underlined by the Guidelines and a Service Canada Policy (*Criteria for Non-Advertised Appointment Processes Policy* (Policy)), which point decision makers to this consideration when exercising their discretion under section 33. The Guidelines were promulgated before the PSEA was enacted, but were in force when the decision was taken to advertise the regional manager position. Counsel did not suggest that either the Guidelines, or the subsequently issued Policy, were unlawful as being inconsistent with the PSEA, or that it would be improper in this case for the employer to base an exercise of discretion under section 33 on them.

[46] Although primarily concerned with job classification, the Guidelines state (appeal book, at page 123):

The appointment process will differ depending on whether the classification action involves a reclassification or the establishment of a new position. Human resources advisors and managers should consult with their staffing advisors in

ii) *Pouvoir discrétionnaire prévu par la loi, lignes directrices et politiques*

[44] La Loi ne fait pas dépendre le choix d'un processus de nomination interne en vertu de l'article 33 de la question de savoir s'il s'agit d'un nouveau poste ou d'un poste reclassifié. À la différence de l'ancienne loi, l'article 33 n'oblige pas l'employeur à se demander s'il s'agit d'un nouveau poste ou d'un poste reclassifié avant d'opter pour un processus de nomination interne ou pour l'autre. Néanmoins, la portée du pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 33 est telle que l'employeur peut effectivement tenir compte de la question de savoir s'il s'agit d'un nouveau poste. La nouveauté du poste est donc pertinente lorsqu'il s'agit d'exercer le pouvoir discrétionnaire conféré par la loi, en ce sens qu'il s'agit d'un facteur dont l'employeur peut légalement tenir compte, mais non d'un facteur dont il doit tenir compte pour exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 33.

[45] La pertinence de la nouveauté du poste au sens que nous venons d'évoquer ressort des Lignes directrices, ainsi que d'une politique de Service Canada (*Modalités des lignes directrices concernant les processus de nomination non annoncés* (la Politique)), qui invitent les décideurs à tenir compte de ce facteur lorsqu'ils exercent le pouvoir discrétionnaire que leur confère l'article 33. Les Lignes directrices ont été adoptées avant que la Loi ne soit édictée, mais elles étaient en vigueur lorsque la décision d'annoncer le poste de gestionnaire régional a été prise. L'avocat n'a pas laissé entendre que les Lignes directrices, ou la Politique qui a été adoptée par la suite, étaient illégales parce qu'elles étaient incompatibles avec la Loi ou qu'il serait inacceptable en l'espèce que l'employeur fonde l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 33 sur ces documents.

[46] Quoiqu'elles portent principalement sur la classification des emplois, les Lignes directrices précisent ce qui suit (dossier d'appel, à la page 123) :

Le processus de nomination utilisé sera différent selon que la mesure de classification se rapporte à une reclassification ou à l'établissement d'un nouveau poste. Les conseillers en ressources humaines devraient consulter leurs conseillers en

advance of the classification action in order to understand the consequences of the proposed appointment process. [Emphasis added.]

[47] The Policy came into effect with the PSEA in order to provide guidance to deputy heads and managers on the exercise of discretion under section 33. It states (appeal book, at page 329):

The objective of the policy is to provide a common framework and objective criteria to guide managers and sub-delegated officials in deciding when to use a non-advertised appointment process to conduct staffing. In deciding between a non-advertised and advertised process they must respect the appointment values of fairness, access and transparency. The decision must respond to the need for flexibility, efficiency and affordability in staffing and support Service Canada in meeting its operational requirements.

[48] In other words, the Policy is aimed at ensuring a degree of consistency, coherence, and accountability in managerial decision-making under section 33. Thus, the Policy sets out (appeal book, at page 330) “circumstances in which a non-advertised process might be justified”. The criteria for non-advertised appointment processes include (appeal book, at page 335):

Appointment of an employee following the reclassification of their position in accordance with the policies and guidelines of the Public Service Human Resources Management Agency of Canada (PSHRMAC) and the PSC.

[49] In my view, these extracts are an acknowledgement by the employer that the newness of a position can be relevant to the exercise of the broad discretion under section 33. This is the important point for the purpose of this appeal. Indeed, the Guidelines go further by stating that the appointment process will differ depending on how the position is characterized. The Policy, however, is more nuanced.

[50] Whether a failure to have regard to the Guidelines or Policy (including their provisions on the appointment process consequences of characterizing a position as new or reclassified) would constitute an abuse

dotation et les gestionnaires avant de prendre la mesure de classification afin de comprendre les conséquences du processus de nomination proposé. [Non souligné dans l’original.]

[47] La Politique est entrée en vigueur en même temps que la Loi en vue d’offrir aux administrateurs généraux et aux gestionnaires des repères sur la façon d’exercer le pouvoir discrétionnaire que leur confère l’article 33. On y trouve ce qui suit (dossier d’appel, à la page 329) :

L’objectif de la ligne directrice vise à offrir aux gestionnaires et aux cadres subdélégués un cadre commun et des critères pour décider quand utiliser un processus de nomination non annoncé. Le choix du processus doit être fait de manière à respecter les valeurs liées à l’équité, l’accessibilité et la transparence dans les nominations tout en répondant aux besoins de souplesse, d’efficacité et d’économie et à aider l’organisation à répondre à ses besoins opérationnels.

[48] En d’autres termes, la Politique vise à assurer jusqu’à un certain point l’uniformité, la cohérence et l’obligation de rendre des comptes dans le processus de prise de décision par la direction prévu à l’article 33. Ainsi, la Politique énumère (dossier d’appel, à la page 330) « les situations où le recours à un processus non annoncé pourrait se justifier ». Parmi les critères applicables aux processus de nomination non annoncés, mentionnons les suivants (dossier d’appel, à la page 335) :

Nomination d’un employé à la suite de la reclassification de son poste en vertu des politiques et des lignes directrices de l’Agence de gestion des ressources humaines de la fonction publique du Canada (AGRHFPC) et de la CFP.

[49] À mon avis, ces extraits constituent une reconnaissance, par l’employeur, que la nouveauté du poste peut être un facteur pertinent lorsqu’il exerce le vaste pouvoir discrétionnaire que lui confère l’article 33. C’est le point important dans le présent appel. En fait, les Lignes directrices vont plus loin en déclarant que le processus de nomination sera différent selon la façon dont le poste est qualifié. La Politique est toutefois plus nuancée.

[50] La question de savoir si le défaut de tenir compte des Lignes directrices ou de la Politique (y compris de leurs dispositions relatives aux conséquences que comporte sur le processus de nomination le fait de qualifier

of authority is not a question that arises here. As the following extracts from the record show, the employer regarded the regional manager position as new and, consistently with the Guidelines and Policy, took this consideration into account in deciding to advertise.

[51] In a memorandum of March 1, 2006, the regional Executive Head, writing on behalf of the RMB, advised staff in the Newfoundland and Labrador region that the position of regional manager, IPCS, was being sent for classification review and, if it was classified at the PM-06 level, it would be filled from the pool of candidates who were successful in the competition then in progress. The classification of the position at the PM-06 level was confirmed on June 15, 2006.

[52] On June 20, 2006, the Director of IPCS for the region had advised Mr. Kane (appeal book, at page 204) that “the new PM 6 position has been established” (emphasis added), and that approval had been given for him to act in the position until it was filled on a permanent basis.

[53] On August 9, 2006, the Director responded as follows to a request by Mr. Kane for clarification of the method of staffing for the regional manager position (appeal book, at page 206):

There is no doubt that the work you did during the past several months was significant and contributed greatly to the organizational structure that was recommended and approved at the February 14 RMB meeting. Having said that, approval to staff the manager’s role at the PM 6 position required the establishment of a new position at that level. Since it was a new position at a higher level, it was deemed fair and appropriate to provide all managers with the opportunity to compete versus making an appointment via non-advertised process. [Emphasis added.]

[54] Further, in a letter to the Tribunal, dated October 17, 2006, an Assistant Deputy Minister, People

le poste de poste nouveau ou reclassifié) constituerait un abus de pouvoir ne se pose pas en l’espèce. Ainsi que les extraits suivants du dossier le démontrent, l’employeur a considéré le poste de gestionnaire régional comme un nouveau poste et, conformément aux Lignes directrices et à la Politique, il en a tenu compte pour décider d’annoncer le poste.

[51] Dans une note de service datée du 1^{er} mars 2006, le cadre dirigeant régional, qui écrivait au nom du CRG, a informé le personnel de la région de Terre-Neuve-et-Labrador que le poste de gestionnaire régional des SCSEP était envoyé à la classification aux fins de révision. La note de service précisait que, si le poste était classifié au niveau PM-06, il serait doté à partir du bassin de candidats créé à la suite du processus en cours. La classification du poste au niveau PM-06 a été confirmée le 15 juin 2006.

[52] Le 20 juin 2006, le directeur des SCSEP de la région a informé M. Kane (dossier d’appel, à la page 204) que [TRADUCTION] « le nouveau poste PM 6 a été créé » (non souligné dans l’original) et que l’approbation nécessaire avait été donnée pour qu’il occupe le poste jusqu’à ce qu’il soit doté de façon permanente.

[53] Le 9 août 2006, le directeur a répondu ce qui suit à la demande d’éclaircissements que M. Kane lui avait fait parvenir au sujet de la méthode de dotation suivie pour doter le poste de gestionnaire régional (dossier d’appel, à la page 206) :

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que vous avez accompli un travail considérable ces derniers mois, et que ce travail a grandement contribué à la structure organisationnelle qui a été recommandée et approuvée à la réunion du CRG tenue le 14 février. Cela dit, l’autorisation d’attribuer le niveau PM-06 aux fonctions du poste de gestionnaire à doter a nécessité la création d’un nouveau poste à ce niveau. Comme il s’agissait d’un nouveau poste à un niveau supérieur, il a été jugé équitable et indiqué de donner à tous les gestionnaires la possibilité de poser leur candidature plutôt que de procéder à une nomination au moyen d’un processus non annoncé. [Non souligné dans l’original.]

[54] Par ailleurs, dans une lettre adressée au Tribunal le 17 octobre 2006, le sous-ministre adjoint de la

and Culture Branch, Service Canada, wrote (appeal book, at page 210):

The respondent followed the above mentioned Guidelines for Reclassification and deemed the position to be a new position. In this particular circumstance, the Director responsible for the unit decided to run an internal advertised process to allow employees the opportunity to apply.

[55] The principal justification given by the employer for advertising was that the position was new. Accordingly, if Mr. Kane could establish that there was no rational basis on which the regional manager position at the PM-06 level could be classified as “new”, rather than “reclassified”, he might succeed in demonstrating that the decision to use an advertised appointment process was arbitrary. This is because the decision would have been based in large part on an unreasonable conclusion about a fact relevant to the exercise of discretion under section 33.

[56] Like the Guidelines, the Policy is not binding in law, and management is entitled to depart from it. Indeed, the Policy itself purports only “to provide a common framework and objective criteria to guide managers” in deciding when to use a non-advertised appointment process, and is far from prescriptive. Nonetheless, its function is to promote “fairness, access and transparency” in decision-making under section 33 (appeal book, at page 329). Since fairness includes consistency and treating like alike, the objectives of the Guidelines and Policy will not be achieved if decisions made in accordance with them, but based on unreasonable findings of relevant facts, are allowed to stand.

(iii) *Abuse of authority*

[57] Counsel for the respondents argued that, although not defined in the PSEA, the term “abuse of authority”

Direction générale des personnes et de la culture à Service Canada écrivait ce qui suit (dossier d’appel, à la page 210) :

[TRADUCTION] L’intimé a suivi les Lignes directrices susmentionnées en ce qui concerne la reclassification et a considéré le poste comme un nouveau poste. Dans ce cas bien précis, le Directeur chargé de l’unité en question a décidé d’organiser un processus de nomination interne annoncé pour donner aux employés la possibilité de se porter candidats.

[55] La principale raison invoquée par l’employeur pour justifier sa décision d’annoncer le poste était qu’il s’agissait d’un nouveau poste. En conséquence, si M. Kane était en mesure d’établir qu’il n’existait pas de raison logique de considérer comme « nouveau » le poste de gestionnaire régional de niveau PM-06 au lieu de le considérer comme un poste « reclassifié », il pouvait réussir à démontrer que la décision de recourir à un processus de nomination annoncé était arbitraire. Cela tient au fait que la décision aurait reposé en grande partie sur une conclusion déraisonnable portant sur un fait pertinent pour l’exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l’article 33.

[56] À l’instar des Lignes directrices, la Politique n’a pas force de loi et les gestionnaires ont le droit de s’en écarter. D’ailleurs la Politique elle-même précise qu’elle vise à « offrir aux gestionnaires et aux cadres subdélégués un cadre commun et des critères » pour décider quand utiliser un processus de nomination non annoncé. Elle est loin d’être contraignante. Néanmoins, elle vise à promouvoir « l’équité, l’accessibilité et la transparence » dans les décisions prises en vertu de l’article 33 (dossier d’appel, à la page 329). Comme on entend par équité le fait d’agir de façon uniforme de traiter de la même manière les cas semblables, les objectifs des Lignes directrices et de la Politique ne seront pas atteints si l’on confirme la validité de décisions prises en conformité avec ces documents, mais reposant sur des conclusions déraisonnables quant aux faits pertinents.

iii) *Abus de pouvoir*

[57] L’avocat des intimés affirme que, bien qu’elle ne soit pas définie dans la Loi, l’expression « abus de

in section 77 has a narrow scope. It is limited to serious misconduct that carries a moral stigma, and requires a mental element akin to that in the tort of misfeasance in public office. Thus, the respondents submit in their memorandum of fact and law (at paragraph 62) that “abuse of authority” connotes:

... an intentional element of bad faith, personal favouritism, discrimination, corruption, serious carelessness or recklessness, gross negligence or misfeasance of a similar egregious nature.

[58] The respondents reject the position taken by the Tribunal in many cases: namely, that the concept of abuse of discretion in administrative law, particularly as explained by David Phillip Jones and Anne S. de Villars, *Principles of Administrative Law*, 5th ed. (Toronto: Carswell, 2009), at pages 174 and 204, is an appropriate guide to the scope of abuse of authority in section 77. See, for example, *Tibbs v. Deputy Minister of National Defence et al.*, 2006 PSST 8, at paragraphs 68–74; *Bowman et al. v. Deputy Minister of Citizenship and Immigration Canada et al.*, 2008 PSST 12, at paragraph 81; *Chiasson v. Deputy Minister of Canadian Heritage et al.*, 2008 PSST 27, at paragraph 36; *Jacobsen v. Deputy Minister of Environment Canada et al.*, 2009 PSST 8, at paragraphs 46–48. Counsel for the respondents advanced two arguments in favour of a narrower interpretation of the term.

[59] First, it must be interpreted in light of subsection 2(4) of the PSEA, which states that “abuse of authority” includes “bad faith and personal favouritism.” The respondents say that the limited class, or *ejusdem generis*, presumption of statutory interpretation confines abuse of authority to conduct analogous to these examples.

[60] I do not agree. The limited class presumption is normally applied when a general term follows a list of items that have something in common; the scope of the general term is presumptively limited to items that

pouvoir » que l’on trouve à l’article 77 a une portée limitée. Elle se limite aux inconduites graves qui sont frappées d’un opprobre moral et elle requiert un élément moral qui s’apparente à celui qui est exigé dans le cas du délit de faute dans l’exercice d’une charge publique. Les intimés affirment dans leur mémoire des faits et du droit (au paragraphe 62) que l’« abus de pouvoir » comporte :

[TRADUCTION] [...] un élément intentionnel de mauvaise foi, de favoritisme personnel, de discrimination, de corruption, d’insouciance ou d’indifférence grave, de faute lourde ou d’un acte fautif d’une gravité semblable.

[58] Les intimés rejettent le point de vue que le Tribunal a retenu dans de nombreuses affaires, à savoir que le concept d’abus de pouvoir discrétionnaire en droit administratif, en particulier comme l’expliquent les auteurs David Phillip Jones et Anne S. de Villars dans leur ouvrage *Principles of Administrative Law*, 5^e éd. (Toronto : Carswell, 2009), aux pages 174 et 204, constitue un guide approprié pour définir la portée de l’abus de pouvoir à l’article 77 (voir, par exemple, les décisions *Tibbs c. le sous-ministre de la Défense nationale et al.*, 2006 TDFP 8, aux paragraphes 68 à 74; *Bowman et al. c. le sous-ministre de la Citoyenneté et Immigration Canada et al.*, 2008 TDFP 12, au paragraphe 81; *Chiasson c. le sous-ministre du Patrimoine canadien et al.*, 2008 TDFP 27, au paragraphe 36, et *Jacobsen c. le sous-ministre d’Environnement Canada et al.*, 2009 TDFP 8, aux paragraphes 46 à 48). L’avocat des intimés fait valoir deux arguments en faveur d’une interprétation plus étroite de cette expression.

[59] Premièrement, il affirme que cette expression doit être interprétée à la lumière du paragraphe 2(4) de la Loi, qui précise qu’« on entend notamment par “abus de pouvoir” la mauvaise foi et le favoritisme personnel ». Les intimés affirment qu’en matière d’interprétation des lois, la présomption *ejusdem generis*, ou règle des choses du même ordre, confine l’abus de pouvoir à des actes analogues à ceux qui sont cités à titre d’exemples.

[60] Je ne suis pas de cet avis. La présomption relative aux choses du même genre s’applique normalement lorsqu’un terme général suit une liste de choses qui ont quelque chose en commun; la portée du terme général

share the feature common to the listed items. However, there is authority for the proposition that the presumption does not apply to provisions where, like subsection 2(4), specific items are stated to be included in a preceding general term. See Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008), at pages 237–239; *Glasgow v. Deputy Minister of Public Works and Government Services Canada et al.*, 2008 PSST 7, at paragraphs 36–40.

[61] Professor Sullivan points out (at page 239) that Parliament may provide that a general term includes particular items for reasons other than to indicate the narrowness of the intended scope of the preceding general term, such as providing assurance that items likely to be of particular concern are indeed included in the general term.

[62] This interpretation is consistent with the French text of subsection 2(4), which reads: “on entend notamment par ‘abus de pouvoir’ la mauvaise foi et le favoritisme” [underlining added]. Like the adverbs “particularly” or “especially”, “notamment” may connote the relative importance of something: see *Le Nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris: Dictionnaires Le Robert, 2010, where the synonyms given for “notamment” are “particulièrement, singulièrement, spécialement”.

[63] Second, the respondents say that “abuse of authority” must be interpreted in light of the power of the Commission and deputy heads to take corrective action when satisfied that “an error, an omission or improper conduct” affected an appointment decision (PSEA, at subsections 15(3) and 67(1)). They argue that a ground on which a decision may be corrected under these provisions cannot also constitute an abuse of authority under section 77. Thus, in *Lavigne* the Federal Court stated (at paragraph 62): “Abuse of authority requires more than error, or omission or even improper conduct.” For the following reasons, a comparison of these provisions is

se limite, selon cette présomption, aux choses qui présentent une caractéristique en commun avec les éléments qui sont énumérés. Certains auteurs affirment toutefois que la présomption ne s’applique pas aux dispositions comme le paragraphe 2(4) qui indiquent que les éléments précis sont inclus dans le terme générique précédant (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008), aux pages 237 à 239; *Glasgow c. le sous-ministre de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada et al.*, 2008 TDFP 7, aux paragraphes 36 à 40).

[61] La professeure Sullivan souligne (à la page 239) qu’il arrive que le législateur englobe des éléments particuliers dans le terme générique pour d’autres raisons que pour restreindre la portée du terme générique qui précède l’énumération, notamment lorsqu’il souhaite confirmer que les éléments qui sont susceptibles de susciter des doutes sont effectivement compris dans le terme générique.

[62] Cette interprétation s’accorde avec la version française du paragraphe 2(4), qui dispose : « on entend notamment par “abus de pouvoir” la mauvaise foi et le favoritisme » [non souligné dans l’original]. Tout comme les adverbs « particulièrement » et « spécialement », l’adverbe « notamment » peut évoquer l’importance relative de quelque chose (voir *Le Nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris : Dictionnaires Le Robert, 2010, qui donne comme synonymes de « notamment » : « particulièrement, singulièrement, spécialement »).

[63] Deuxièmement, les intimés affirment que la notion d’« abus de pouvoir » doit être interprétée en tenant compte du pouvoir que possèdent la Commission et les administrateurs généraux de prendre des mesures correctives lorsqu’ils sont convaincus qu’« une erreur, une omission ou une conduite irrégulière » a influé sur le choix de la personne nommée (aux paragraphes 15(3) et 67(1) de la Loi). Ils soutiennent que le motif qui peut être invoqué pour corriger une décision en vertu de ces dispositions ne saurait en même temps constituer un abus de pouvoir au sens de l’article 77. Ainsi, dans la décision *Lavigne*, la Cour fédérale déclare

not, in my opinion, particularly helpful in interpreting the scope of section 77.

[64] First, the categories, abuse of authority on the one hand, and errors, omissions, and improper conduct on the other, overlap. All abuses of authority involve improper conduct and error, while some instances of error, omission, and improper conduct may also be an abuse of authority. In my opinion, the fact that not every error or omission, or every instance of misconduct, is sufficiently significant to constitute an abuse of authority does not shed much light on the latter's scope.

[65] Second, an employee's right of access to the Tribunal on the one hand, and, on the other, a managerial discretion to take corrective action, with or without a prior informal discussion with a concerned employee, are sufficiently different kinds of recourse that the scope in which one operates should not be viewed as mutually exclusive of the other.

[66] It would be inappropriate for the Court to attempt to formulate a comprehensive definition of abuse of authority as that term is used in section 77 of the PSEA. I recognize that by limiting the Tribunal's jurisdiction to adjudicate employees' complaints to instances of abuse of authority, Parliament no doubt intended to reduce the staffing delays, and overly intrusive surveillance, associated with what was effectively *do novo* appellate review under the former Act.

[67] Nonetheless, I reject the narrow meaning of abuse of authority advanced by the respondents as a suitable basis on which to consider the reasonableness of the Tribunal's decision to dismiss Mr. Kane's complaint. Such a limited interpretation is supported by neither the statutory text nor, as I explain further at paragraphs

(au paragraphe 62) : « L'abus de pouvoir exige plus que l'erreur ou l'omission, ou même une conduite irrégulière ». Pour les motifs qui suivent, la comparaison de ces dispositions n'est pas, à mon avis, particulièrement utile pour interpréter la portée de l'article 77.

[64] En premier lieu, les catégories en présence, à savoir l'abus de pouvoir, d'une part, et l'erreur, l'omission et la conduite irrégulière, d'autre part, sont des catégories qui se chevauchent. Tout abus de pouvoir comporte une conduite irrégulière et une erreur, alors que certains cas d'erreur, d'omission et de conduite irrégulière peuvent également constituer un abus de pouvoir. À mon avis, le fait que les erreurs, omissions ou conduites irrégulières ne constituent pas toutes un abus de pouvoir ne nous éclaire pas beaucoup sur la portée de cette dernière expression.

[65] En second lieu, le droit, d'une part, de l'employé de saisir le Tribunal, et le pouvoir discrétionnaire, d'autre part, du gestionnaire de prendre des mesures correctives avec ou sans discussion informelle préalable avec l'employé concerné, constituent des recours suffisamment différents pour que le cadre dans lequel chacun existe ne puisse être considéré comme excluant nécessairement l'autre.

[66] Il ne conviendrait pas que la Cour tente de formuler une définition exhaustive de l'abus de pouvoir au sens que l'article 77 de la Loi donne à cette expression. Je reconnais qu'en restreignant la compétence du Tribunal pour statuer sur les plaintes d'abus de pouvoir des employés, le législateur entendait certainement réduire les délais des processus de dotation et limiter la surveillance trop poussée engendrée par ce qui revenait en fait à un examen *de novo* en appel sous le régime de l'ancienne loi.

[67] Je rejette néanmoins l'interprétation étroite de l'abus de pouvoir proposée par les intimés et j'estime qu'elle ne constitue pas un fondement acceptable pour déterminer si la décision du Tribunal de débouter M. Kane de sa plainte était raisonnable. Une interprétation aussi restreinte ne se justifie ni par le libellé

74–77 of these reasons, its statutory context and the objectives of the legislation.

(iv) *Was the Tribunal's decision unreasonable?*

[68] The reasonableness of an administrative tribunal's decision is determined by reference to its reasons and the outcome. A reviewing court must decide if the tribunal's reasons for decision demonstrate justification, transparency and intelligibility within the decision-making process, and if the decision itself falls within the range of possible acceptable outcomes that are defensible on both the facts and the law: *Dunsmuir*, at paragraph 47.

[69] This case is about whether it was unreasonable for the Tribunal to preclude any consideration of whether the regional manager position at the PM-06 level was new, on the ground that section 33 does not require the employer to take this into consideration, but leaves the choice of appointment process to the discretion of the Deputy Head. The Tribunal regarded any breach of the Guidelines as immaterial, reasoning that, because they are not law, a misinterpretation of them cannot constitute an abuse of authority. Neither the Tribunal nor the Federal Court found it necessary to articulate an interpretation of the term "abuse of authority", but regarded the case as involving a largely factual question.

[70] Paragraph 77(1)(b) provides that the choice between an advertised and a non-advertised appointment process may constitute an abuse of authority. Parliament thus envisaged that although the scope of the discretion under section 33 is broad, its exercise can form the basis of a complaint to the Tribunal of abuse of authority.

[71] The question of law raised by this appeal is whether the Tribunal committed a reviewable error when it regarded as irrelevant to a complaint of abuse of

de la loi ni, comme je l'expliquerai plus loin aux paragraphes 74 à 77 des présents motifs, par le contexte législatif et les objectifs de la loi.

iv) *La décision du Tribunal était-elle déraisonnable?*

[68] Pour déterminer si la décision d'un tribunal administratif est raisonnable, on tient compte des motifs et du dispositif de la décision. La cour de révision doit décider si les motifs donnés par le tribunal pour justifier sa décision démontrent que la décision est justifiée et que le processus décisionnel est transparent et intelligible, et que la décision appartient aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit (*Dunsmuir*, au paragraphe 47).

[69] La présente affaire soulève la question de savoir s'il était déraisonnable de la part du Tribunal d'exclure tout examen de la question de savoir si le poste de gestionnaire régional de niveau PM-06 était un nouveau poste, au motif que l'article 33 n'oblige pas l'employeur à tenir compte de ce facteur, mais qu'il réserve toute latitude à l'administrateur général en ce qui concerne le choix du processus de nomination. Le Tribunal a estimé que tout manquement aux Lignes directrices ne portait pas à conséquence, en expliquant que, comme les Lignes directrices n'ont pas force de loi, toute erreur d'interprétation dont elles feraient l'objet ne pouvait constituer un abus de pouvoir. Ni le Tribunal ni la Cour fédérale n'ont jugé nécessaire de proposer une interprétation de l'expression « abus de pouvoir », se contentant de considérer que l'affaire soulevait essentiellement une question de fait.

[70] L'alinéa 77(1)(b) prévoit que le choix entre un processus de nomination annoncé et un processus de nomination non annoncé peut constituer un abus de pouvoir. Le législateur a donc envisagé la possibilité que, même si le pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 33 est étendu, son exercice peut donner ouverture à une plainte d'abus de pouvoir devant le Tribunal.

[71] La question de droit soulevée dans le présent appel est celle de savoir si le Tribunal a commis une erreur susceptible de révision en considérant comme

authority under paragraph 77(1)(b) the distinction between new and reclassified positions, when the employer gave the newness of the regional manager position as the principal reason for the decision to advertise. In my view, the Tribunal erred.

[72] Its error was to proceed on the assumption that, because section 33 does not require the employer to take into account whether the position was new or reclassified, the employer's characterization of the position as new was incapable of grounding a complaint of abuse of authority. This error rendered the Tribunal's resulting decision unreasonable because it precluded Mr. Kane from attempting to establish that the employer's characterization of the position as new had no rational basis.

[73] In my opinion, it was unreasonable for the Tribunal, in effect, to conclude that a complaint under paragraph 77(1)(b) could not be substantiated, even if the employer decided to use an advertised internal appointment process because the position to be filled was new, and Mr. Kane could show that it clearly was not. A decision pursuant to section 33 is arbitrary if based on an irrational finding of a material fact which the employer may consider in the exercise of the power. That the distinction between a new and a reclassified position is relevant to the exercise of the power (in the sense that the employer may lawfully take it into account) is confirmed by the Guidelines and the Policy.

[74] As Justices Bastarache and LeBel noted (at paragraph 42) when writing for the majority in *Dunsmuir*: "It is also inconsistent with the rule of law to retain an irrational decision." If the regional manager position at the PM-06 level was not new, the employer's decision to advertise was *prima facie* irrational because its basis was unfounded and, to that extent, would be inconsistent with values motivating the PSEA: fairness, accountability, and transparency. For the Tribunal to proceed on

sans importance dans le cas d'une plainte d'abus de pouvoir présentée en vertu de l'alinéa 77(1)b) la distinction entre un nouveau poste et un poste reclassifié, alors que l'employeur invoque la nouveauté du poste de gestionnaire régional comme principale raison pour justifier sa décision d'annoncer le poste. À mon avis, le Tribunal a commis une erreur.

[72] Son erreur a été de partir à tort du principe que, parce que l'article 33 n'oblige pas l'employeur à tenir compte du fait qu'il s'agit d'un nouveau poste ou d'un poste reclassifié, le fait que l'employeur qualifiait le poste de nouveau poste ne pouvait donner ouverture à une plainte d'abus de pouvoir. Cette erreur a rendu déraisonnable la décision que le Tribunal a rendue parce qu'elle empêchait M. Kane de tenter de démontrer que le fait que l'employeur qualifiait le poste de nouveau poste n'avait aucun fondement rationnel.

[73] À mon avis, il était effectivement déraisonnable de la part du Tribunal de conclure qu'une plainte présentée en vertu de l'alinéa 77(1)b) ne pouvait être fondée, et ce, même si l'employeur avait décidé de recourir à un processus de nomination interne annoncé parce que le poste à doter était nouveau et que M. Kane était en mesure de démontrer qu'il ne s'agissait manifestement pas d'un nouveau poste. La décision rendue en vertu de l'article 33 est arbitraire si elle repose sur une conclusion irrationnelle portant sur un fait important dont l'employeur peut tenir compte pour exercer son pouvoir. Le fait que la distinction entre un poste nouveau et un poste reclassifié constitue un facteur pertinent pour l'exercice de ce pouvoir (en ce sens que l'employeur peut légitimement en tenir compte) est confirmé par les Lignes directrices et la Politique.

[74] Ainsi que les juges Bastarache et LeBel l'ont fait remarquer au nom de la majorité dans l'arrêt *Dunsmuir* (au paragraphe 42) : « Le maintien d'une décision irrationnelle va aussi à l'encontre de la primauté du droit ». Si le poste de gestionnaire régional de niveau PM-06 n'était pas nouveau, la décision de l'employeur de l'annoncer était à première vue irrationnelle, parce qu'elle était non fondée et que, dans cette mesure, elle serait incompatible avec les valeurs consacrées par la

the basis that such a decision could not support a finding of abuse of authority is unreasonable.

[75] If courts do not permit irrational decisions to stand because they are inconsistent with the rule of law, it is not reasonable for the Tribunal to exclude from the scope of the term “abuse of authority” decisions under section 33 that are based on facts that have no rational support in the material before the managerial decision maker.

[76] That Parliament could not reasonably be taken to have intended to exclude irrational decisions from the Tribunal’s jurisdiction under section 77 is also supported by the statutory context: Mr. Kane’s complaint is the kind for which adjudication by an expert and independent administrative tribunal is ideally suited. It would also run counter to a rational allocation of functions under the PSEA regarding employees’ grievances to interpret “abuse of authority” so narrowly that Mr. Kane’s only remedies would be to request management to exercise its power to correct its mistakes (PSEA, at subsections 15(1) and 67(3) and section 47), or to make an application for judicial review directly to the Federal Court, which would not have the benefit of a decision by the specialized Tribunal. Parliament cannot have intended such a result.

[77] The PSEA was intended to introduce more flexibility into appointment and staffing decisions. However, these objectives do not require an interpretation of the Act that would preclude employees from pursuing an effective remedy for managerial arbitrariness in the exercise of a statutory discretion.

[78] In the present case, the Tribunal did not decide that the Deputy Head based her decision on the mistaken view that the regional manager position was new, rather than a reclassified position. The Tribunal did not get this

Loi : équité, responsabilité et transparence. Le Tribunal a agi de façon déraisonnable en partant du principe qu’une telle décision ne permettait pas de conclure à l’abus de pouvoir.

[75] Si les tribunaux judiciaires refusent de confirmer des décisions irrationnelles parce qu’elles vont à l’encontre de la primauté du droit, il n’est pas raisonnable de la part du Tribunal d’exclure de la portée de l’expression « abus de pouvoir » les décisions rendues en vertu de l’article 33 qui sont fondées sur des faits qui ne trouvent aucune base rationnelle dans les éléments dont disposait le gestionnaire décideur.

[76] Le contexte législatif confirme par ailleurs que l’on ne saurait raisonnablement penser que le législateur entendait soustraire les décisions irrationnelles à la compétence que l’article 77 confère au Tribunal. La plainte de M. Kane est du genre de celles qui se prêtent parfaitement à une décision par un tribunal administratif spécialisé et indépendant. Il irait également à l’encontre d’une répartition logique des attributions prévues par la Loi en ce qui concerne les griefs émanant des employés d’interpréter la notion d’« abus de pouvoir » si étroitement que les seuls recours dont disposerait M. Kane consisteraient à demander à la direction d’exercer son pouvoir de corriger ses propres erreurs (aux paragraphes 15(1) et 67(3) et à l’article 47 de la Loi), ou encore à présenter une demande de contrôle judiciaire directement à la Cour fédérale, qui n’aurait pas l’avantage de disposer d’une décision rendue par un tribunal spécialisé. Il n’est pas possible que le législateur ait voulu un tel résultat.

[77] La Loi visait à offrir une plus grande souplesse en ce qui concerne les décisions en matière de nomination et de dotation. Ces objectifs n’exigent cependant pas que l’on interprète la Loi de manière à empêcher les employés d’exercer un recours efficace en cas d’exercice arbitraire par la direction des pouvoirs discrétionnaires que lui confère la Loi.

[78] Dans le cas qui nous occupe, le Tribunal n’a pas décidé que l’administratrice générale avait fondé sa décision sur sa croyance erronée que le poste de gestionnaire régional était un nouveau poste plutôt qu’un poste

far, because it concluded that the distinction between new and reclassified was not relevant to Mr. Kane's complaint of abuse of authority in the exercise of the Deputy Head's discretion under section 33.

[79] However, for the reasons given in paragraphs 72–75 above, it was unreasonable for the Tribunal to hold that it could not be an abuse of authority under paragraph 77(1)(b) for the Deputy Head to decide to advertise because the position to be filled was new, even if, as Mr. Kane maintains, it clearly was not. It was therefore unreasonable for the Tribunal to have declined to determine whether the decision to advertise was, as Mr. Kane alleges, made on the basis of a finding of relevant fact for which there was no rational support in the facts or the applicable criteria, namely, the characterization of the regional manager's position as new.

[80] Of course, it is not the Court's role in this appeal to express an opinion on whether the regional manager position at the PM-06 level is new or a reclassification of the position previously occupied by Mr. Kane. As already noted, he says that the duties are the same, which indicates a reclassification. On the other hand, the organizational structure of the unit has changed, so that there are now two PM-05s reporting to the regional manager, which may suggest that the PM-06 position is new: see Guidelines at appeal book, at page 123. However, this is something for the Tribunal, not this Court, to decide.

[81] Accordingly, I would remit the matter to the Tribunal to re-determine Mr. Kane's complaint under paragraph 77(1)(b) on the basis that, since the employer principally justified its decision to advertise on the ground that the regional manager position at the PM-06 level was newly created, the Tribunal must decide if this characterization was rationally supportable. If the

reclassifié. Le Tribunal n'est pas allé aussi loin, parce qu'il a conclu que la distinction entre un nouveau poste et un poste reclassifié n'était pas pertinente lorsqu'il s'agissait de se prononcer sur la plainte d'abus de pouvoir de M. Kane dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que l'article 33 confère à l'administrateur général.

[79] Toutefois, pour les motifs exposés aux paragraphes 72 à 75, la Cour estime qu'il était déraisonnable de la part du Tribunal de juger qu'on ne pouvait conclure que l'administratrice générale avait commis un abus de pouvoir au sens de l'alinéa 77(1)b) en décidant d'annoncer le poste à doter en tant que nouveau poste même si, comme le maintient M. Kane, il ne s'agissait manifestement pas d'un nouveau poste. Il était donc déraisonnable de la part du Tribunal de refuser de déterminer si la décision d'annoncer avait, comme le soutenait M. Kane, été prise sur le fondement d'une conclusion portant sur un fait pertinent qui ne trouvait aucun fondement rationnel dans les faits ou dans les critères applicables, à savoir le fait de qualifier le poste de gestionnaire régional de nouveau poste.

[80] Évidemment, il n'appartient pas à la Cour, dans le cadre du présent appel, d'exprimer son opinion sur la question de savoir si le poste de gestionnaire régional de niveau PM-06 était un nouveau poste ou une reclassification du poste auparavant occupé par M. Kane. Comme nous l'avons déjà signalé, M. Kane affirme que les fonctions étaient identiques, ce qui donne à penser qu'il s'agissait d'une reclassification. En revanche, la structure organisationnelle de l'unité a été modifiée, de sorte qu'il y a maintenant deux employés PM-05 qui relèvent du gestionnaire régional, ce qui laisse entrevoir que le poste PM-06 est un nouveau poste (voir les Lignes directrices, dossier d'appel, à la page 123). Il s'agit toutefois là d'une question qu'il appartient au Tribunal, et non à notre Cour, de trancher.

[81] En conséquence, je renverrais l'affaire au Tribunal pour qu'il juge de nouveau la plainte portée par M. Kane en vertu de l'alinéa 77(1)b) en partant du principe que, comme l'employeur a principalement justifié sa décision d'annoncer le poste en invoquant le fait que le poste de gestionnaire régional de niveau PM-06 était un nouveau poste, le Tribunal doit décider si cette

Tribunal decides that it was not, it would be open to it, after considering all the circumstances, to conclude that the decision to fill the position on the basis of an advertised appointment process was an abuse of authority.

[82] Conversely, if Mr. Kane does not persuade the Tribunal that it was unreasonable for the employer to treat the regional manager position at the PM-06 level as new, rather than reclassified, it will dismiss his complaint.

Issue 3: Was it unreasonable for the Tribunal to dismiss Mr. Kane's complaint because he had failed to prove that, even if the decision to advertise constituted an abuse of authority, it was not the reason why he was not appointed?

[83] The Tribunal held that Mr. Kane was not appointed regional manager because he failed one component of the standardized tests administered to candidates for appointment to positions at the PM-05 and PM-06 levels. In other words, even if there had been an abuse of authority in the exercise of the section 33 discretion, he had failed to prove that it was the cause of his non-appointment, as is required before the Tribunal can uphold a complaint under paragraph 77(1)(b).

[84] I do not agree. The Tribunal's reasoning assumes that, absent an abuse of authority in deciding to fill the position on the basis of an advertised internal appointment process, the Deputy Head would still have used the same methods to assess whether Mr. Kane had the necessary skills and qualifications to fill the regional manager position on a permanent basis.

[85] This, with respect, is pure speculation. If Mr. Kane is correct and the regional manager position at the PM-06 level is not new but is a reclassification of his former position, the employer might well not have

qualification se justifiait rationnellement. Si le Tribunal répond par la négative à cette question, il lui sera loisible, après examen de l'ensemble des circonstances de l'espèce, de conclure que la décision de doter le poste en suivant un processus de nomination annoncé constituait un abus de pouvoir.

[82] En revanche, si M. Kane ne le convainc pas qu'il était déraisonnable de la part de l'employeur de considérer comme nouveau et non comme reclassifié le poste de gestionnaire régional de niveau PM-06, le Tribunal rejettera sa plainte.

Troisième question : Était-il déraisonnable de la part du Tribunal de rejeter la plainte de M. Kane parce qu'il n'avait pas prouvé que, même si la décision d'annoncer le poste constituait un abus de pouvoir, ce n'était pas la raison pour laquelle il n'avait pas été nommé?

[83] Le Tribunal a estimé que M. Kane n'avait pas été nommé gestionnaire régional parce qu'il avait échoué à l'un des volets des tests standardisés administrés aux candidats aux postes de niveaux PM-05 et PM-06. En d'autres termes, même s'il y avait eu un abus de pouvoir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 33, M. Kane n'avait pas démontré que cet abus de pouvoir était la raison pour laquelle il n'avait pas été nommé, ainsi qu'il était tenu de le démontrer pour que le Tribunal puisse faire droit à sa plainte en vertu de l'alinéa 77(1)b).

[84] Je ne suis pas de cet avis. Le raisonnement du Tribunal suppose qu'à défaut d'abus de pouvoir entachant la décision de doter le poste à la suite d'un processus de nomination interne annoncé, l'administratrice générale aurait quand même employé les mêmes méthodes pour vérifier si M. Kane possédait les compétences et les qualifications nécessaires pour occuper de façon permanente le poste de gestionnaire régional.

[85] Il s'agit à mon humble avis de pures spéculations. Si M. Kane a raison d'affirmer que le poste de gestionnaire régional de niveau PM-06 n'est pas un nouveau poste mais une reclassification de son ancien poste, il est

followed an advertised process. It is accordingly unreasonable to assume that, even if no competition was held, the standardized evaluative tools used in a competition would necessarily be used to assess if Mr. Kane was qualified to continue in the particular job, despite the broad discretion in the choice of methods of assessment conferred on the employer by section 36.

[86] Mr. Kane says that the duties of the regional manager do not differ materially from those of the service delivery manager, and that the position is therefore a reclassification of the position that he occupied. If this is correct, an assessment of Mr. Kane's ability to do the job can reasonably be expected to include, as a significant component, his performance in the 12 months of his deployment to IPCS, first as service delivery manager in the interim organization, and then as acting regional manager.

[87] Indeed, section 36 of the Act specifically includes "a review of past performance and accomplishments" as a basis for determining whether a person meets the qualifications for a job. The review in the record of Mr. Kane's performance during his deployment to the IPCS business line is positive (appeal book, at page 206), and there are no suggestions that his work had been unsatisfactory. A discrepancy between the performance assessments and the results of tests may cause management to examine the appropriateness of the tests in this context. Needless to say, Mr. Kane's incumbency did not entitle him to be appointed to the regional manager position.

[88] Thus, if, when the Tribunal re-determines the matter, it concludes that there was an abuse of authority in the exercise of the discretion conferred by section 33, it must also decide if the abuse caused Mr. Kane not to be appointed regional manager.

[89] Finally, Mr. Kane believes that he was arbitrarily "singled out" by being made to compete for his own job, and not being appointed to it. To the best of his

fort possible que l'employeur n'aurait pas suivi un processus annoncé. Il est par conséquent déraisonnable de supposer que, même si aucun concours n'avait eu lieu, les outils d'évaluation standardisés employés lors d'un concours seraient nécessairement employés pour vérifier si M. Kane était qualifié pour continuer à occuper ce poste particulier, malgré le vaste pouvoir que l'article 36 conférait à l'employeur au sujet du choix de méthodes d'évaluation.

[86] M. Kane affirme que les attributions du gestionnaire régional ne diffèrent pas sensiblement de celles de directeur de la prestation des services, et que le poste est par conséquent une reclassification du poste qu'il occupait. S'il a raison, on pouvait raisonnablement s'attendre à ce que l'évaluation de sa capacité de faire le travail comprendrait notamment une évaluation de son rendement au cours des 12 mois de son affectation aux SCSEP, d'abord comme directeur de la prestation des services au sein de l'organisation provisoire, puis comme gestionnaire régional par intérim.

[87] D'ailleurs, l'article 36 de la Loi prévoit expressément la « prise en compte des réalisations et du rendement antérieur » de l'intéressé pour décider si elle possède les qualifications requises pour un emploi. Le rapport de rendement de M. Kane qui a été versé au dossier au sujet de son affectation au secteur d'activités des SCSEP est favorable (dossier d'appel, à la page 206), et rien ne permet de penser que son travail était insatisfaisant. Des divergences constatées entre l'évaluation du rendement et les résultats des tests peuvent amener la direction à s'interroger sur le bien-fondé des tests dans ce contexte. Inutile de dire que le fait que M. Kane avait occupé ce poste ne lui donnait pas le droit d'être nommé au poste de gestionnaire régional.

[88] Ainsi, si lorsqu'il réexaminera l'affaire, le Tribunal conclut qu'il y a eu un abus de pouvoir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 33, il devra également décider si cet abus explique pourquoi M. Kane n'a pas été nommé gestionnaire régional.

[89] Enfin, M. Kane estime qu'on l'a arbitrairement « traité différemment » en le forçant à se présenter à un concours pour son propre emploi et en refusant de le

knowledge as an experienced federal public service employee in the Newfoundland and Labrador region, incumbents in the region have, for years, always been appointed to their positions after reclassification.

[90] I agree with the Federal Court that the Tribunal could reasonably conclude that, even though not contradicted, Mr. Kane's assertion is not enough to discharge the burden upon him, as the complainant, to prove that it was a consistently followed practice in the region to appoint incumbents to their position after reclassification. He has not challenged the Tribunal's refusal to require the employer to provide information on this topic.

G. CONCLUSIONS

[91] For these reasons, I would allow the appeal with costs here and below, set aside the decision of the Federal Court, grant Mr. Kane's application for judicial review, set aside the decision of the Tribunal, and remit the matter to the Tribunal, differently constituted, to re-determine in accordance with these reasons Mr. Kane's complaint that he was not appointed regional manager by reason of an abuse of authority by the employer in choosing an advertised internal appointment process. The re-determination shall be conducted on the basis of the existing record, although the Tribunal may permit the parties to supplement it, and to make oral submissions.

DAWSON J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[92] STRATAS J.A. (DISSENTING): I agree with my colleague's statement of the facts and issues. I agree that the standard of review of the Tribunal's decision is

nommer à ce poste. En tant que fonctionnaire fédéral expérimenté de la région de Terre-Neuve-et-Labrador, M. Kane déclare qu'à sa connaissance, les titulaires de poste de la région ont depuis des années toujours été nommés à leur poste à la suite d'une reclassification.

[90] Je suis d'accord avec la Cour fédérale pour dire que le Tribunal pouvait raisonnablement conclure que, même si elle n'était pas contredite, l'affirmation de M. Kane n'était pas suffisante pour lui permettre de s'acquitter du fardeau qui lui incombait, comme plaignant, de prouver qu'on a toujours suivi dans la région la pratique consistant à nommer les mêmes titulaires de postes après une reclassification. M. Kane n'a pas contesté le refus du Tribunal d'obliger l'employeur à fournir des renseignements sur le sujet.

G. DISPOSITIF

[91] Pour ces motifs, je ferais droit à l'appel avec dépens tant devant notre Cour que devant les tribunaux d'instance inférieure, j'annulerais la décision de la Cour fédérale, j'accueillerais la demande de contrôle judiciaire de M. Kane, j'annulerais la décision du Tribunal et je renverrais l'affaire au Tribunal, différemment constitué, pour qu'il procède à un nouvel examen en conformité avec les présents motifs en réponse à la plainte de M. Kane suivant laquelle il n'a pas été nommé comme gestionnaire régional en raison d'un abus de pouvoir commis par l'employeur lors du choix du processus de nomination interne annoncé. Ce nouvel examen aura lieu sur le fondement du dossier existant, bien que le Tribunal puisse permettre aux parties de le compléter et de formuler des observations oralement.

LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

* * *

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

[92] LE JUGE STRATAS, J.C.A. (DISSIDENT) : Je souscris à l'exposé des faits et des questions en litige de mon collègue. Je suis d'accord avec lui pour dire que la

reasonableness. However, my colleague has held that the Tribunal's decision fails under that standard and should be set aside.

[93] I disagree. In my view, the Federal Court was correct: the Tribunal's decision was reasonable and should be upheld.

[94] Our disagreement is not based on differing views of facts or differing subjective assessments of the reasonable standard. Instead, we differ at the level of fundamental principle on how courts should conduct reasonableness review.

A. MY COLLEAGUE'S APPROACH

[95] Distilling my colleague's reasons to their essence, my colleague says that the Tribunal's decision is unreasonable because the Tribunal failed to take into account a consideration relevant to the determination of "abuse of authority" under paragraph 77(1)(b) of the *Public Service Employment Act*, S.C. 2003, c. 22, ss. 12, 13 (the Act). The relevant consideration (the Newness Consideration) is that the employer thought that the PM-06 position was new and saw "newness" as a reason to advertise and hold a competition for the position, but the position might not be new at all.

[96] The Tribunal upheld the employer's staffing decision and found no "abuse of authority" under paragraph 77(1)(b) of the Act. The Tribunal held that the Newness Consideration was irrelevant to whether there was an "abuse of authority". As we shall see, those holdings were reasonable. But my colleague disagrees. In his view, the Newness Consideration is relevant to whether there was an "abuse of authority" and the Tribunal had to consider the Newness Consideration. Its failure to do so invalidated its decision.

norme de contrôle de la décision du Tribunal est celle de la décision raisonnable. Toutefois, suivant mon collègue, la décision du Tribunal ne peut être confirmée suivant la norme en question et elle devrait être annulée.

[93] Je ne suis pas d'accord avec sa conclusion. À mon avis, c'est à bon droit que la Cour fédérale a jugé que la décision du Tribunal était raisonnable et qu'elle devait être confirmée.

[94] Mon désaccord ne s'explique pas [par] une opinion différente au sujet des faits ou à une analyse subjective divergente de la norme du caractère raisonnable. Mon collègue et moi-même divergeons plutôt d'avis au niveau du principe fondamental régissant la façon dont les tribunaux judiciaires devraient procéder à l'examen du caractère raisonnable d'une décision.

A. L'APPROCHE SUIVIE PAR MON COLLÈGUE

[95] Si je résume l'essentiel de ses motifs, mon collègue affirme que la décision du Tribunal est déraisonnable parce que le Tribunal n'a pas tenu compte d'une considération pertinente pour décider de l'existence d'un « abus de pouvoir » au sens de l'alinéa 77(1)b) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 12, 13 (la Loi). Suivant la considération pertinente (le facteur de la nouveauté), l'employeur croyait que le poste PM-06 était un nouveau poste et a considéré cette « nouveauté » comme une raison le justifiant d'annoncer le poste et d'organiser un concours alors qu'il était possible qu'il s'avère que ce poste n'était pas nouveau.

[96] Le Tribunal a confirmé la décision de dotation de l'employeur et a estimé qu'aucun « abus de pouvoir » au sens de l'alinéa 77(1)b) de la Loi n'avait été commis. Le Tribunal a jugé que le facteur de la nouveauté n'était pas pertinent pour décider s'il y avait eu un « abus de pouvoir ». Comme nous le verrons, ces conclusions étaient raisonnables. Mais mon collègue n'est pas de cet avis. Selon lui, le facteur de la nouveauté est pertinent lorsqu'il s'agit de décider si un « abus de pouvoir » a été commis et le Tribunal devait tenir compte de ce facteur

[97] My colleague finds that the Newness Consideration is relevant—based not on the legal and factual findings made by the Tribunal, but rather on factual and legal findings he himself makes. My colleague finds as a fact that “[the employer’s] principal justification . . . for advertising [the PM-06 position] was that the position was new” (at paragraph 55), but the position may not be new. My colleague finds as a legal matter that newness of the PM-06 position is relevant to the employer’s decision under section 33 of the Act: he states that “the newness . . . of a position is thus relevant” (at paragraph 44), “the breadth of the discretion conferred by section 33 is such that whether a position is new is a factor that the employer may consider” (at paragraph 44), and “the newness of a position can be relevant to the exercise of the broad discretion under section 33” (at paragraph 49). If the position were not new, my colleague concludes, as a legal matter, that “the employer’s decision to advertise was *prima facie* irrational because its basis was unfounded” (at paragraph 74) and so the employer may have committed an “abuse of authority” under paragraph 77(1)(b) of the Act (at paragraphs 75–79). In his legal view, “abuse of authority” under paragraph 77(1)(b) of the Act must include “[employer] decisions . . . that are based on facts that have no rational support in the material before the [employer]” (at paragraph 75). Finally, turning to the Tribunal’s decision itself, he finds that it failed to take into account the Newness Consideration. To my colleague, that is the end of the matter—the Tribunal’s decision is unreasonable for that reason alone and so it must now reconsider the matter taking into account the Newness Consideration.

[98] That is no longer the accepted approach. No longer do we automatically invalidate decisions because they failed to take into account a relevant consideration.

et son omission de le faire a pour effet d’invalider la décision du Tribunal.

[97] Mon collègue conclut que le facteur de la nouveauté est pertinent — en raison non pas des conclusions de droit et de fait tirées par le Tribunal, mais plutôt à cause des conclusions de droit et de fait qu’il tire lui-même. Mon collègue conclut en fait que « [l]a principale raison invoquée par l’employeur pour justifier sa décision d’annoncer le poste [PM-06] était qu’il s’agissait d’un nouveau poste » (au paragraphe 55), mais il est possible qu’il ne s’agissait pas d’un nouveau poste. Mon collègue conclut en droit que la nouveauté du poste PM-06 était une considération pertinente relativement à la décision que l’employeur était appelé à prendre en vertu de l’article 33 de la Loi. Il déclare : « [l]a nouveauté du poste est donc pertinente » (au paragraphe 44), « la portée du pouvoir discrétionnaire conféré par l’article 33 est telle que l’employeur peut effectivement tenir compte de la question de savoir s’il s’agit d’un nouveau poste » et « la nouveauté du poste peut être un facteur pertinent lorsqu[e l’employeur] exerce le vaste pouvoir discrétionnaire que lui confère l’article 33 » (au paragraphe 49). Mon collègue conclut en droit que, si le poste n’était pas nouveau, « la décision de l’employeur de l’annoncer était à première vue irrationnelle, parce qu’elle était non fondée » (au paragraphe 74), de sorte que l’employeur avait pu commettre un « abus de pouvoir » au sens de l’alinéa 77(1)b) de la Loi (aux paragraphes 75 à 79). En droit, l’« abus de pouvoir » au sens de l’alinéa 77(1)b) de la Loi englobe notamment selon lui « les décisions [de l’employeur] qui sont fondées sur des faits qui ne trouvent aucune base rationnelle dans les éléments dont disposait [l’employeur] » (au paragraphe 75). Enfin, au sujet de la décision du Tribunal elle-même, il conclut qu’elle ne tient pas compte du facteur de la nouveauté. Pour mon collègue, le débat est clos : la décision du Tribunal est déraisonnable pour cette seule raison et le Tribunal doit réexaminer l’affaire en tenant compte du facteur de la nouveauté.

[98] Ce raisonnement ne correspond plus à la démarche reconnue. On n’invalide plus automatiquement une décision parce qu’il n’a pas été tenu compte d’une

Instead, today, our role is to engage in truly deferential reasonableness review, nothing more.

B. THE MOVEMENT AWAY FROM MY COLLEAGUE'S APPROACH

[99] My colleague's approach harkens back to a time long ago when courts would interfere much more readily with tribunal decisions. Courts would fasten onto a certain type of error, such as a failure to take into account a consideration that the reviewing court itself deems relevant, and then use that error to quash a tribunal decision.

[100] Today, we recognize that such an approach often leads to quite intensive, non-deferential review of tribunal decisions. In this case, my colleague, based on his own view of the facts and the law, determines that the Newness Consideration is relevant to "abuse of authority" under paragraph 77(1)(b), examines whether the Tribunal took the Newness Consideration into account, and then finds the Tribunal's decision wanting. Under my colleague's approach, the Tribunal's own assessments of what is or is not relevant do not fall for scrutiny, even deferential scrutiny. Put another way, this sort of approach "seems to leave little room for deference of respect for decision-maker appreciation of those factors or considerations that were relevant to the interpretation of a particular statutory provision or the exercise of a particular statutory power": David Mullan, "Deference from *Baker to Suresh* and Beyond—Interpreting the Conflicting Signals" in David Dyzenhaus, ed., *The Unity of Public Law* (Oxford: Hart Publishing, 2004), at page 24.

[101] In recent years, the Supreme Court has moved us toward a different approach: truly deferential reasonableness review. No longer is it "sufficient merely to

considération pertinente. De nos jours, notre rôle se borne à vérifier, dans un esprit de déférence, si la décision est raisonnable, et rien de plus.

B. L'ABANDON GRADUEL DE L'APPROCHE SUIVIE PAR MON COLLÈGUE

[99] L'approche préconisée par mon collègue remonte à l'époque révolue où les cours de justice n'hésitaient pas à intervenir pour sanctionner les décisions des tribunaux administratifs. Les tribunaux judiciaires s'attachaient à un certain type d'erreur, comme l'omission de tenir compte d'un élément que la cour de révision considérait elle-même pertinent pour ensuite invoquer cette erreur pour annuler la décision du tribunal administratif.

[100] De nos jours, on reconnaît que cette approche conduit souvent à un contrôle des décisions des tribunaux administratifs qui est intempestif et dénué de déférence. En l'espèce, mon collègue, se fondant sur son opinion personnelle des faits et du droit, conclut que le facteur de la nouveauté est pertinent pour se prononcer sur l'existence d'un « abus de pouvoir » au sens de l'alinéa 77(1)b), se demande si le Tribunal a tenu compte de ce facteur de la nouveauté, pour ensuite conclure que la décision du Tribunal est déficiente. Suivant la démarche de mon collègue, l'appréciation que le Tribunal a lui-même faite de ce qui est pertinent et de ce qui ne l'est pas échappe à tout examen, même à un examen empreint de déférence. Autrement dit, ce genre d'approche [TRADUCTION] « semble laisser peu de place à la déférence relativement à l'appréciation que l'auteur de la décision a faite des facteurs ou éléments qui étaient pertinents pour interpréter une disposition législative particulière ou l'exercice d'un pouvoir particulier conféré par la loi » (David Mullan, « Deference from *Baker to Suresh* and Beyond—Interpreting the Conflicting Signals » dans David Dyzenhaus, éd., *The Unity of Public Law* (Oxford : Hart Publishing, 2004), à la page 24).

[101] Au cours des dernières années, la Cour suprême a opté pour une approche différente en préconisant un contrôle de la raisonabilité qui soit véritablement

identify a categorical or nominate error” or to “slot a particular issue into a pigeon hole of judicial review”, such as the failure to take into account a relevant consideration: *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraphs 22 and 25, per McLachlin C.J.C. and see also *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 and *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. Instead, “[r]eview of the conclusions of an administrative decision-maker must begin by applying [the reasonableness standard of review]”: *Dr. Q*, above, at paragraph 25; David J. Mullan, “Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?” (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, at page 65.

[102] Under the Supreme Court’s approach, we do not determine what considerations are relevant and then impose our determinations of relevance on the tribunal. Rather, the tribunal is given “substantial leeway ... in determining the ... ‘relevant considerations’ involved in making a given determination”, and then we engage in reasonable review of what the tribunal has done: *Baker*, above, at paragraph 56. Reasonableness review is supposed to be truly deferential review: *Dunsmuir*, above, at paragraph 47.

C. TRULY DEFERENTIAL REASONABLENESS REVIEW

[103] As explained by the Supreme Court, truly deferential reasonableness review requires us to assess whether the Tribunal’s conclusions fall within a range of outcomes that are defensible on the facts and the law: *Dunsmuir*, above, at paragraph 47. Our posture must be one of deference; interference by us must be rare.

empreint de déférence. Il ne suffit plus « d’identifier simplement une erreur catégorisée ou désignée » ou « de classer une question donnée dans une catégorie précise de contrôle judiciaire », comme l’omission de tenir compte d’une considération pertinente (*Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, aux paragraphes 22 et 25, la juge en chef McLachlin; voir également *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, et *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190. Désormais, « [l]e contrôle des conclusions d’une instance administrative doit commencer par l’application de la [norme de contrôle de la décision raisonnable] » (*Dr Q*, précité, au paragraphe 25; David J. Mullan, « Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity? », (2004), 17 *R.C.D.A.P.* 59, à la page 65).

[102] Suivant la démarche proposée par la Cour suprême, on ne détermine pas quels facteurs sont pertinents pour ensuite imposer au tribunal administratif ses propres conclusions au sujet de la pertinence. On donne plutôt au tribunal administratif « une grande liberté d’action dans la détermination [...] des “considérations pertinentes” » pour ensuite procéder au contrôle en vérifiant si ce que le tribunal administratif a fait était raisonnable (*Baker*, précité, au paragraphe 56). Le contrôle de la raisonabilité est censé être un contrôle véritablement empreint de déférence (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47).

C. CONTRÔLE DE LA RAISONNABILITÉ VÉRITABLEMENT EMPREINT DE DÉFÉRENCE

[103] Ainsi que la Cour suprême l’a expliqué, le contrôle de la raisonabilité vraiment empreint de déférence nous oblige à déterminer si les conclusions que le Tribunal a tirées appartiennent aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47). Notre attitude doit être empreinte de déférence et nous devons rarement intervenir.

[104] In order to engage in truly deferential reasonableness review, we must have front of mind a proper understanding of our role.

[105] There are certain realities in the case at bar that remind us of our role. In the Act, Parliament has assigned the tasks of finding the facts, interpreting the legislation, arriving at conclusions and awarding appropriate relief to the Tribunal—not to us. For good measure, Parliament has forbidden us from questioning or reviewing any decision of the Tribunal: Act, section 102.

[106] Of course, the normal rule is that courts must obey Parliament’s law. However, the constitution is a higher law and courts have a “constitutional duty to ensure that public authorities do not overreach their lawful powers”: *Dunsmuir*, above, at paragraph 29; *Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220, at page 234; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at page 1090. In the case at bar, this duty allows us to review decisions of the Tribunal despite Parliament’s vesting of exclusive jurisdiction in the Tribunal and despite the privative clause in section 102.

[107] When do “public authorities ... overreach their lawful powers” and trigger our duty to interfere? In *Dunsmuir* [at paragraph 29], we are told that one situation is where a tribunal reaches an outcome that is indefensible on the basis of the law and all of the evidence, even taking into account the particular expertise and policy appreciation of the tribunal. Such an outcome, in the words of *Dunsmuir*, falls outside of the “range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (at paragraph 47). We interfere because the tribunal has reached an outcome based on an indefensible interpretation, application or exercise of Parliament’s law. We do not interfere simply because the tribunal has failed to consider something that we happen to think is relevant.

[104] Pour procéder à un contrôle de la raisonabilité qui soit véritablement marqué par la déférence, nous devons garder constamment en tête une juste compréhension de notre rôle.

[105] Il y a dans le cas qui nous occupe certaines réalités qui nous rappellent notre rôle. Dans la Loi, le législateur a confié la tâche de constater les faits, d’interpréter la loi, de tirer des conclusions et d’accorder la réparation appropriée non pas à nous, mais bien au Tribunal. Pour faire bonne mesure, le législateur nous interdit d’examiner ou de réviser les décisions du Tribunal (article 102 de la Loi).

[106] Évidemment, la règle habituelle veut que les cours de justice obéissent aux lois édictées par le Parlement. Toutefois, la Constitution a préséance sur toute autre loi et les cours de justice ont « l’obligation constitutionnelle de veiller à la légalité de l’action administrative » (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 29; *Crevier c. Procureur général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220, à la page 234; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, à la page 1090). En l’espèce, cette obligation nous permet d’examiner les décisions du Tribunal malgré le fait que le législateur a attribué une compétence exclusive au Tribunal et malgré la clause privative contenue à l’article 102.

[107] Dans quel cas notre « obligation constitutionnelle de veiller à la légalité de l’action administrative » est-elle enclenchée, nous forçant à intervenir? Suivant l’arrêt *Dunsmuir* [au paragraphe 29], un de ces cas est celui où lequel le tribunal administratif arrive à une solution qui ne peut se justifier au regard des faits et du droit et de l’ensemble de la preuve, même en tenant compte de l’expertise particulière du tribunal et de son appréciation des principes applicables. Une telle solution n’appartient pas, pour reprendre la formule employée dans l’arrêt *Dunsmuir*, « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (au paragraphe 47). La raison pour laquelle nous intervenons est que le tribunal est arrivé à un résultat qui repose sur une interprétation ou une application d’une loi fédérale qui ne peut se justifier. Nous n’intervenons pas simplement parce que le tribunal n’a pas tenu compte d’un élément qui est pertinent à notre avis.

[108] To be sure, this holistic approach to judicial review results in considerable deference, much more than my colleague’s approach. But given our narrow role, this is the correct approach.

[109] In this case, unless there is an indefensible interpretation, application or exercise of Parliament’s law—a decision outside of the range of acceptable outcomes—we cannot interfere. We must keep within our narrow role. We must mind our place.

D. SUBJECTING THE TRIBUNAL’S DECISION TO TRULY DEFERENTIAL REASONABLENESS REVIEW

[110] Does the Tribunal’s decision fail truly deferential reasonableness review? Is it indefensible in the sense that I have described? In my view, no. The Tribunal has adopted a defensible interpretation, application and exercise of Parliament’s law. We cannot interfere.

[111] The case at bar concerns an employer in a special employment sector, the public service. The employer made a discretionary judgment call about how to go about staffing a particular public service position in a particular staffing structure. The employer’s judgment call was placed before the Tribunal. The Tribunal is a public service staffing tribunal comprised of persons who “must ... have knowledge of or experience in employment matters in the public sector” (at subsection 88(3) of the Act). It had to consider whether, in these particularly unusual circumstances, the employer committed an “abuse of authority” within the meaning of paragraph 77(1)(b) of the Act, a statute governing public service employment. This case rests at the bull’s-eye of the exclusive mandate Parliament has given to the Tribunal, not us.

[108] Certes, cette approche globale du contrôle judiciaire donne lieu à déférence très grande, beaucoup plus grande que celle que prévoit l’approche de mon collègue. Mais compte tenu de notre rôle limité, c’est l’approche qu’il convient d’adopter.

[109] En l’espèce, à moins d’être en présence d’une interprétation ou d’une application d’une loi fédérale qui ne peut se justifier — et d’une décision qui n’appartient pas aux issues possibles acceptables — nous ne pouvons pas intervenir. Nous ne devons pas déborder le cadre du rôle limité qui nous est reconnu. Nous devons être conscients de notre mission.

D. ASSUJETTISSEMENT DE LA DÉCISION DU TRIBUNAL À UN CONTRÔLE DE LA RAISONNABILITÉ VÉRITABLEMENT EMPREINT DE DÉFÉRENCE

[110] La décision du Tribunal survit-elle au contrôle véritablement empreint de déférence de sa raisonnablement? Est-elle injustifiable au sens que j’ai évoqué? À mon avis, elle ne l’est pas. Le Tribunal a procédé à une interprétation et à une application d’une loi fédérale qui se justifient. Nous ne pouvons pas intervenir.

[111] La présente affaire concerne un employeur qui œuvre dans un secteur d’emploi spécial, la fonction publique. L’employeur a pris une décision discrétionnaire sur la façon de doter un poste précis de la fonction publique en recourant à un mécanisme de dotation précis. La décision de l’employeur a été soumise à l’appréciation du Tribunal, qui est un tribunal administratif qui s’occupe de la dotation en personnel de la fonction publique et qui est composé de personnes qui doivent « avoir de l’expérience ou des connaissances en matière d’emploi dans le secteur public » (au paragraphe 88(3) de la Loi). Le Tribunal devait déterminer si, vu les circonstances particulièrement inusitées de la présente affaire, l’employeur avait commis un « abus de pouvoir » au sens de l’alinéa 77(1)b) de la Loi, laquelle régit l’emploi dans la fonction publique. La présente affaire relève carrément du mandat exclusif que le législateur a confié, non pas à nous, mais bien au Tribunal.

[112] The facts before the Tribunal were unusual. Before the Tribunal was an interim staffing situation, in flux and evolving towards a more permanent structure. At the outset, the employer established a “new interim organizational structure” (Tribunal decision, at paragraph 4). It deployed the appellant, without open competition, into this new interim structure, as a service delivery manager, PM-05 level.

[113] One month later, the employer informed all staff that it was reviewing the new interim structure. Within a couple of months, the employer had finished its review. It announced a revised and finalized staffing structure. In that structure was a new position, a higher level PM-06 position. It was quite similar to the PM-05 position the appellant briefly held in the interim structure, but was within a different staffing and reporting structure.

[114] How should the higher level PM-06 position be staffed? The employer had two options to choose from:

(a) *No advertisement and no competition for the higher level position.* Under this option, assuming the appellant met the requirements of the final, higher level position, the employer would automatically promote the appellant from the PM-05 position he briefly held, into the final, higher level position.

(b) *Advertisement and open competition for the higher level position.* Under this option, the employer would advertise the higher level position and hold an open competition involving the appellant and other qualified employees.

[115] Section 33 authorizes the employer to choose between “an advertised or non-advertised appointment process”, i.e. either of the two above options. The section contains no words of limitation and, as the Tribunal found, it gives the employer much latitude. Alongside

[112] Les faits portés à la connaissance du Tribunal sont inusités. La situation sur laquelle le Tribunal était appelé à se prononcer était une situation de dotation provisoire en voie de transformation en une structure plus permanente. Au départ, l’employeur a créé « une nouvelle structure organisationnelle intérimaire » (décision du Tribunal, au paragraphe 4). Il a affecté l’appellant, sans tenir de concours public, à un poste de niveau PM-05 de directeur de la prestation de services au sein de cette nouvelle structure intérimaire.

[113] Un mois plus tard, l’employeur a informé l’ensemble du personnel qu’il était en train de réviser la nouvelle structure intérimaire. Quelques mois plus tard, l’employeur avait terminé son examen. Il a annoncé la mise sur pied d’une structure de dotation définitive, qui prévoyait la création d’un nouveau poste de niveau PM-06 plus élevé. Ce poste était très semblable au poste PM-05 que l’appellant avait brièvement occupé dans le cadre de la structure intérimaire, mais elle prévoyait une structure de dotation et une structure hiérarchique différentes.

[114] Comment allait-on doter le poste de niveau supérieur PM-06? L’employeur disposait de deux options :

a) *Ne pas annoncer le poste de niveau supérieur et ne pas tenir de concours pour ce poste.* Suivant cette option, en supposant qu’il satisfaisait aux exigences du poste définitif de niveau supérieur, l’appellant serait automatiquement promu par l’employeur du poste PM-05 qu’il avait brièvement occupé au poste définitif de niveau supérieur.

b) *Annoncer le poste de niveau supérieur et organiser un concours public.* Suivant cette option, l’employeur annoncerait le poste de niveau supérieur et organiserait un concours public auquel l’appellant et d’autres employés qualifiés seraient invités à poser leur candidature.

[115] L’article 33 permet à l’employeur de choisir entre « un processus de nomination annoncé [et] un processus de nomination non annoncé », c’est-à-dire entre l’une des deux options que nous venons de mentionner. Cet article n’a pas un libellé limitatif et, ainsi

section 33, however, is a purpose-laden preamble clause in the Act, a clause that guides the employer's discretion. It provides, among other things, that the public service is to "striv[e] for excellence" and "achieve results for Canadians". The preamble also sets out other important principles such as (in no particular order) diversity, linguistic duality, non-partisanship, "fair, transparent employment practices," "effective dialogue," "respect for employees," and giving employers the "flexibility" to hire the person that will deliver "services of highest quality to the public".

[116] On these facts and within this overall statutory context, the employer chose to advertise and run an open competition. The employer offered three reasons for this: the higher level position was new, it was a "position at a higher level" and "it was fair and appropriate to provide all managers with the opportunity to compete" for it.

[117] The employer advertised the position and the appellant entered the competition. He lost and, as a result, he was not promoted to the higher level position. Another candidate performed better in the competition and received the position.

[118] After the competition was held, the appellant complained that he should have been promoted to the higher level position by virtue of his brief incumbency: in his view, the PM-06 position was a reclassification of his old, albeit interim, PM-05 position and was not new. The appellant went to the Tribunal, alleging that in these circumstances and within this statutory context, the employer committed an "abuse of authority" under paragraph 77(1)(b) of the Act.

[119] As my colleague notes (at paragraph 66), in 2003 Parliament added the requirement of "abuse of

que le Tribunal l'a conclu, il accorde une grande latitude à l'employeur. Outre l'article 33, la Loi comporte par ailleurs un préambule dans lequel le législateur énumère les divers objets de la loi et qui est censé guider l'employeur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Ce préambule indique notamment que la fonction publique est « vouée à l'excellence » et doit « obtenir des résultats pour les Canadiens ». Il énonce également d'autres principes importants (que nous énumérons sans ordre précis), notamment : la diversité, la dualité linguistique, l'absence de partisanerie, des « pratiques d'emploi équitables et transparentes », une « volonté réelle de dialogue », « le respect [des] employés » et la possibilité pour les gestionnaires de disposer « de la marge de manœuvre dont ils ont besoin pour effectuer la dotation » en recrutant les personnes les plus aptes à rendre « des services de haute qualité à [la] population ».

[116] Vu l'ensemble des faits et compte tenu du contexte général de la Loi, l'employeur a choisi d'annoncer le poste et d'organiser un concours public. L'employeur a invoqué trois raisons pour expliquer sa décision : le poste de niveau supérieur était nouveau, il s'agissait d'un « nouveau poste à un niveau supérieur » et « il a été jugé équitable et indiqué de donner à tous les gestionnaires la possibilité de poser leur candidature ».

[117] L'employeur a annoncé le poste et l'appelant a postulé. Sa candidature n'a pas été retenue et il n'a donc pas été promu au poste de niveau supérieur. Un autre candidat a obtenu de meilleurs résultats lors du concours et il a été nommé au poste en question.

[118] Une fois le concours terminé, l'appelant a porté plainte en affirmant qu'il aurait dû être promu au poste de niveau supérieur en raison du bref moment où il en avait été titulaire. À son avis, le poste PM-06 était une reclassification de son ancien (quoique intérimaire) poste PM-05, et non un nouveau poste. L'appelant s'est adressé au Tribunal, en faisant valoir que, dans ces conditions et compte tenu du contexte de la Loi, l'employeur avait commis un « abus de pouvoir » au sens de l'alinéa 77(1)(b) de la Loi.

[119] Ainsi que mon collègue l'explique (au paragraphe 66), en 2003, le législateur a inséré à l'alinéa

authority” into paragraph 77(1)(b) to prevent “overly intrusive surveillance, associated with what was effectively *de novo* appellate review under the former Act.” It is not every employer mistake or misstatement or questionable judgment call that merits redress before the Tribunal. The Tribunal’s task under paragraph 77(1)(b) is to look at all of the facts, understand the breadth of section 33 of the Act and the Act’s purposes, apply its knowledge and experience concerning public service staffing, and reach a conclusion about whether the employer abused its authority. In carrying out this task, the Tribunal decided that the employer did not abuse its authority in making the choice it did.

[120] Specifically, the Tribunal made the following specific findings that, in my view, were defensible on the law and all of the evidence:

(a) The Tribunal found that the current Act, passed in 2003, “makes no distinction between a new or reclassified position”, unlike the old, pre-2003 Act (Tribunal decision, at paragraph 66).

The Tribunal’s finding is defensible. The plain wording of section 33 supports it. Further, under the old, pre-2003 legislation (*Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33 and the *Public Service Employment Regulations, 2000*, SOR/2000-80), an employer sometimes had to consider whether a position was new or reclassified: see section 10 of the old Act and paragraph 5(2)(b) of the old Regulations. Under the old legislation, in certain circumstances, a reclassified position could not be advertised and subject to open competition. Provided an incumbent met the requirements for the position, in many circumstances the incumbent could simply be slotted into the position, even a higher position, whether or not he or she was the best person for the job. In 2003, Parliament did away with the new/reclassified distinction. In its place was section 33, which, as the Tribunal observed, gives the employer a broad discretion to make an appropriate choice in all the circumstances. Also in 2003, Parliament enacted the

77(1)(b) la disposition relative à l’« abus de pouvoir » pour « limiter la surveillance trop poussée engendrée par ce qui revenait en fait à un examen *de novo* en appel sous le régime de l’ancienne loi ». Ce ne sont pas toutes les erreurs, mauvaises interprétations ou décisions discutables de l’employeur qui donnent ouverture à un recours devant le Tribunal. La mission qui est confiée au Tribunal aux termes de l’alinéa 77(1)(b) consiste à examiner l’ensemble des faits, à tenir compte de la portée de l’article 33 de la Loi et des objets de cette dernière, d’appliquer son expérience et ses connaissances en matière d’emploi dans le secteur public et de parvenir à une conclusion sur la question de savoir si l’employeur a commis ou non un abus de pouvoir. S’acquittant de cette mission, le Tribunal a décidé que l’employeur n’avait pas commis d’abus de pouvoir en faisant le choix qu’il avait fait.

[120] Plus précisément, le Tribunal a tiré les conclusions précises suivantes qui, à mon avis, se justifiaient tant en droit qu’en égard à l’ensemble de la preuve :

a) Le Tribunal a conclu que, contrairement à l’ancienne loi, la Loi actuelle, qui a été adoptée en 2003, « ne fait aucune distinction entre un poste nouveau et un poste reclassifié » (décision du Tribunal, au paragraphe 66).

La conclusion du Tribunal se justifie. Le libellé non ambigu de l’article 33 l’appuie. De plus, sous le régime de l’ancienne loi qui existait avant 2003 (*Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33 et du *Règlement sur l’emploi dans la fonction publique (2000)*, DORS/2000-80), l’employeur était parfois appelé à se demander si un poste était nouveau ou reclassifié (voir l’article 10 de l’ancienne loi et l’alinéa 5(2)(b) de l’ancien Règlement). Aux termes de l’ancienne loi, dans certaines circonstances, un poste reclassifié ne pouvait pas être annoncé et ne pouvait faire l’objet d’un concours public. Il arrivait fréquemment que, dès lors qu’il satisfaisait aux exigences du poste, le titulaire du poste pouvait simplement se voir attribuer ce poste, ou même un poste de niveau supérieur, qu’il soit ou non la meilleure personne pour l’occuper. En 2003, le législateur a aboli la distinction entre les nouveaux emplois et les emplois reclassifiés. Il a adopté à la place l’article 33 qui, ainsi que le Tribunal

preamble clause and the Tribunal's finding is consistent with many of the objectives in it.

(b) The Tribunal found that the employer's discretion to advertise under section 33 of the Act does not turn on whether the position was new or reclassified. An advertised or a non-advertised appointment process can be used in either case (Tribunal decision, at paragraphs 64 and 65).

This is a defensible interpretation supported by the broad wording of section 33, the preamble clause, and Parliament's abolition in 2003 of the new/reclassified distinction.

(c) The Tribunal found that no administrative policies or guidelines require the use in this case of a non-advertised process (Tribunal decision, at paragraphs 64 and 65).

This is a defensible finding. The Tribunal did not identify any particular policy statements, but my colleague does (the Policy and the Guidelines). The Guidelines are out of date: as my colleague mentions (at paragraph 45), they were drafted under the old legislation before Parliament abolished the new/reclassified distinction. As for the Policy, it only lists "internal appointment situations that might lend themselves to a non-advertised process" and adds that "[a]dditional circumstances may be considered" [emphasis added]: the Policy could be fairly read as providing no guidance on the matter. Finally, in the end result, a tribunal must have regard to Parliament's law, here section 33 and paragraph 77(1)(b) of the Act, not administrative policies. That is exactly what the Tribunal did.

l'a fait observer, confère à l'employeur un pouvoir discrétionnaire considérable pour choisir le meilleur candidat dans tous les cas. De plus, en 2003, le législateur a édicté le préambule et la conclusion du Tribunal s'accorde avec bon nombre des objectifs qui y sont énoncés.

b) Le Tribunal a conclu que le pouvoir discrétionnaire de l'employeur d'annoncer un poste en vertu de l'article 33 de la Loi ne dépend pas de la question de savoir si le poste est nouveau ou reclassifié. Il peut, dans un cas comme dans l'autre, recourir à un processus de nomination annoncé ou à un processus de nomination non annoncé (décision du Tribunal, aux paragraphes 64 et 65).

Cette interprétation se défend, et elle est appuyée par le libellé large de l'article 33, par le préambule de la Loi et par la décision du législateur d'abolir en 2003 la distinction entre les nouveaux postes et les postes reclassifiés.

c) Le Tribunal a estimé qu'il n'existait pas de politiques administratives ou de lignes directrices qui exigeaient en l'espèce l'utilisation d'un processus non annoncé (décision du Tribunal, aux paragraphes 64 et 65).

Cette conclusion se justifie. Le Tribunal n'a pas cité d'énoncé de principe particulier, contrairement à mon collègue (en l'occurrence, la Politique et les Lignes directrices). Les Lignes directrices sont caduques : ainsi que mon collègue l'explique (au paragraphe 45), elles ont été rédigées sous le régime de l'ancienne loi avant que le législateur n'abolisse la distinction entre les nouveaux postes et les postes reclassifiés. Quant à la Politique, elle ne fait que donner des [TRADUCTION] « exemples de situations qui pourraient se prêter bien à un processus de nomination non annoncé », ajoutant qu'« on peut tenir compte d'autres circonstances » [non souligné dans l'original]. On pourrait à juste titre considérer que la Politique ne donne pas d'indications en ce sens. Au bout du compte, le tribunal administratif doit tenir compte des lois édictées par le législateur, ce qui, dans le cas qui nous occupe, correspond à l'article 33 et à l'alinéa 77(1)b) de la Loi, et non à des politiques administratives. Or, c'est précisément ce que le Tribunal a fait.

(d) The Tribunal found that “[t]he mere choice of conducting an advertised or non-advertised process is not abuse of authority in itself as it is specifically allowed in the [Act]” (Tribunal decision, at paragraph 60). In its view, the employer exercised its authority within the ambit of section 33 of the Act. Therefore, it did not commit an “abuse of authority”.

This too is defensible, particularly on the unusual factual record in this case. An interim staffing structure was modified after a couple of months and a higher level position was created. The appellant held the PM-05 position for a very brief time. Section 33 is very broad, it was enacted as part of a reform that abolished the new/reclassified distinction, and many of the Act’s purposes set out in the preamble supported the employer’s choice of option in this case. In the latter regard, where the Tribunal reaches an outcome that is arguably consistent with the purpose of the legislative scheme, its decision is more likely to be found to be reasonable, than one which is not: *Montréal (City) v. Montreal Port Authority*, 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427, at paragraph 42.

E. PARTICULAR AREAS WHERE MY COLLEAGUE’S APPROACH HAS RESULTED IN INSUFFICIENT DEFERENCE

[121] It is true that, at paragraph 47 of *Dunsmuir*, my colleague sets out the classic statement about the reasonableness standard being a standard of deference. However, his approach in this case to review is not deferential at all. As I have said above, and as I shall further demonstrate below, this is because he has fastened onto the “nominate error” or “pigeon hole” of “failing to take into account a relevant consideration”, rather than engaging in truly deferential reasonableness review.

d) Le Tribunal a conclu que « [l]e simple fait de choisir un processus annoncé ou non annoncé ne constitue pas un abus de pouvoir en soi, car ce choix est permis aux termes de la [Loi] » (décision du Tribunal, au paragraphe 60). À mon avis, l’employeur a exercé son pouvoir en respectant le cadre prévu à l’article 33 de la Loi. Il n’a donc pas commis d’« abus de pouvoir ».

Cette conclusion se justifie elle aussi, surtout si l’on tient compte du dossier factuel inusité de la présente affaire. La structure de dotation intérimaire a été modifiée au bout de quelques mois et un poste de niveau supérieur a été créé. L’appelant a occupé le poste PM-05 pendant une très brève période. L’article 33 est très large et il a été édicté dans le cadre d’une réforme qui a eu pour effet d’abolir la distinction entre les nouveaux postes et les postes reclassifiés, et bon nombre des objectifs de la Loi qui étaient énoncés dans son préambule appuyaient l’option retenue par l’employeur en l’espèce. Sur ce dernier point, lorsque le Tribunal arrive à un résultat qu’on peut considérer comme conforme aux objectifs visés par le régime législatif, sa décision est davantage susceptible d’être considérée comme raisonnable qu’une décision qui n’est pas compatible avec les objectifs en question (*Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427, au paragraphe 42).

E. ASPECTS PARTICULIERS OÙ L’APPROCHE DE MON COLLÈGUE S’EST TRADUITE PAR UNE DÉFÉRENCE INSUFFISANTE

[121] Il est vrai qu’au paragraphe 47 de l’arrêt *Dunsmuir*, on trouve la formulation classique suivant laquelle la norme de la raisonabilité constitue une norme déférentielle. L’approche qu’a suivie mon collègue en l’espèce pour procéder au contrôle n’a toutefois rien de déférentielle. Comme je l’ai déjà dit et comme je vais le démontrer plus amplement plus loin, cela tient au fait qu’il s’attache à l’« erreur catégorisée » ou au classement d’une question dans « catégorie précise », soit l’omission « de tenir compte d’une considération pertinente », au lieu de procéder à un contrôle de la raisonabilité véritablement empreint de déférence.

[122] I would identify four particular areas where my colleague’s approach has resulted in insufficient deference, contrary to our proper role.

I

[123] To reiterate, the Newness Consideration that my colleague says the Tribunal failed to take into account was the following: the employer thought that the PM-06 position was new and saw “newness” as a reason to advertise and hold a competition for the position, but the position might not be new at all. In order to establish the relevance of this consideration, my colleague goes further and wades into the facts, finding that the newness of the position was the “principal justification” behind the employer’s decision to advertise and hold a competition (at paragraph 55). The employer’s other reasons—the fact that the position was higher and the need for other deserving employees to have a shot at the position (see paragraph 116, above)—are seen, factually, as subordinate. Further, as I have shown in paragraph 97 above and as I will discuss further below, the Newness Consideration is made relevant to section 33 and paragraph 77(1)(b) because my colleague interprets those sections in his own way.

[124] In short, in the manner in which it was developed and in the relevance assigned to it, the Newness Consideration is a judicial construction based on judicial views of the relevant facts and the law, not Tribunal views. Then, with the Newness Consideration in hand, the Tribunal’s decision is analysed to see whether that judicial construction is present. Only at this stage of the analysis are words of reasonableness review uttered, but by then it is too late: it is plain to all that the Tribunal did not take the judicially-constructed Newness Consideration into account. The Tribunal’s decision is then said to be “unreasonable” because it fits within the “nominate error” or “pigeon hole” of failing to take relevant considerations into account. This is an approach that the Supreme Court has told us not to follow. This is

[122] Je relève quatre aspects où l’approche suivie par mon collègue s’est traduite par une déférence insuffisante, contrairement au rôle que nous sommes appelés à jouer.

I

[123] Voici de nouveau le facteur de la nouveauté dont, suivant mon collègue, le Tribunal n’a pas tenu compte : l’employeur a estimé que le poste PM-06 était un nouveau poste et a considéré cette « nouveauté » comme une raison d’annoncer le poste et d’organiser un concours, alors qu’il était possible que le poste ne soit pas nouveau du tout. Pour démontrer la pertinence de cette considération, mon collègue va plus loin et s’aventure dans une analyse des faits, concluant que la nouveauté du poste constituait la « principale raison » invoquée par l’employeur pour justifier sa décision d’annoncer le poste et de tenir un concours (au paragraphe 55). Les autres raisons invoquées par l’employeur — le fait que le poste était d’un niveau supérieur et la nécessité de permettre à d’autres employés méritants de postuler (au paragraphe 116, précité) — sont considérées, sur le plan de faits, comme accessoires. De plus, ainsi que je l’ai démontré au paragraphe 97 et comme je l’explique plus loin, le facteur de la nouveauté devient pertinent en ce qui concerne l’application de l’article 33 et de l’alinéa 77(1)b) parce que mon collègue interprète ces dispositions à sa manière.

[124] En résumé, compte tenu de la façon dont il a été élaboré et de la pertinence qui lui est accordée, le facteur de la nouveauté est une interprétation judiciaire fondée sur le point de vue de cours de justice quant aux faits pertinents et à la loi et non sur celui du Tribunal. À la lumière donc du facteur de la nouveauté, la décision du Tribunal est analysée pour vérifier si on y décèle une telle interprétation judiciaire. Ce n’est qu’à cette étape de l’analyse que l’on évoque le concept de contrôle de la raisonabilité, mais il est alors trop tard : il est évident pour tous que le Tribunal n’a pas tenu compte du facteur de la nouveauté élaboré par les cours de justice. La décision du Tribunal est qualifiée de « déraisonnable » parce qu’elle répond à la définition de l’« erreur catégorisée » ou au classement d’une question dans une « catégorie

not truly deferential reasonableness review. This is the imposition of the views of the Court over the views of the Tribunal—the body whose views alone should hold sway, according to the lawmakers in Parliament.

[125] The factual and legal terrain that my colleague explores was already thoroughly explored by the Tribunal and, as I have shown in paragraph 120, the Tribunal, based on its own exploration, reached defensible conclusions. Before the Tribunal, the appellant urged it to find that the PM-06 position was not new. The Tribunal had evidence suggesting that, contrary to the appellant's submission, the position was, in a very real sense, new (see paragraphs 112–113, above). However, in the end, this factual issue simply did not matter to the Tribunal. It did not see the new/reclassified distinction as being relevant to the employer's discretion to advertise under section 33 of the Act or the issue of "abuse of authority" under paragraph 77(1)(b) of the Act. As we have seen, the Tribunal's interpretation was defensible based on the plain wording of the section, Parliament's repeal of the new/reclassified distinction, and the purposes of the Act.

II

[126] My colleague finds that an employer abuses its authority under paragraph 77(1)(b) of the Act when it relies on a fact that is wrong and that might have affected its decision. In his words, "abuse of authority" under paragraph 77(1)(b) must include "[employer] decisions ... that are based on facts that have no rational support in the material before the [employer]" (at paragraph 75). Here, my colleague is defining what "abuse of authority" means and he is travelling well down the road of fact-finding. These are the Tribunal's tasks, not ours. Parliament has given the Tribunal the exclusive

précise », soit l'omission de tenir compte de considérations pertinentes. Il s'agit là d'une démarche que la Cour suprême nous dit de ne pas suivre. Il ne s'agit pas d'un contrôle de la raisonnablement véritablement empreint de déférence, mais plutôt de l'imposition par la Cour de son point de vue à la place de celui du Tribunal, qui est le seul organe dont le point de vue devrait s'imposer, suivant le législateur fédéral.

[125] Les faits et le droit que mon collègue explore avaient déjà été analysés à fond par le Tribunal et, comme je l'ai démontré au paragraphe 120, le Tribunal a tiré des conclusions qui se justifiaient eu égard à sa propre analyse. L'appelant exhortait le Tribunal à conclure que le poste PM-06 n'était pas nouveau. Le Tribunal avait en main des éléments de preuve qui tendaient à démontrer que, contrairement à ce que l'appelant prétendait, le poste était au sens propre un nouveau poste (aux paragraphes 112 et 113 des présents motifs). Toutefois, au bout du compte, le Tribunal n'a pas accordé d'importance à cette question de fait, et a estimé que la distinction entre un poste nouveau et un poste reclassifié n'était pas pertinente en ce qui concerne le pouvoir discrétionnaire de l'employeur d'annoncer le poste en vertu de l'article 33 de la Loi ou en ce qui concerne la question de l'« abus de pouvoir » au sens de l'alinéa 77(1)b) de la Loi. Comme nous l'avons vu, l'interprétation du Tribunal se justifiait en raison des termes clairs de la Loi, de l'abolition par le législateur de la distinction entre les nouveaux postes et les postes reclassifiés et des objectifs de la Loi.

II

[126] Mon collègue estime qu'un employeur commet un abus de pouvoir au sens de l'alinéa 77(1)b) de la Loi lorsqu'il se fonde sur un fait qui est inexact et qui aurait pu influencer sur sa décision. Selon lui, l'« abus de pouvoir » dont il est question à l'alinéa 77(1)b) vise les décisions de l'employeur « qui sont fondées sur des faits qui ne trouvent aucune base rationnelle dans les éléments dont disposait [l'employeur] » (au paragraphe 75). Mon collègue donne ici une définition de l'« abus de pouvoir » et il s'aventure bien loin en ce qui concerne la constatation des faits. Il s'agit là de la prérogative du

power to decide whether an employer has abused its authority and on this it is entitled to deference: *Dunsmuir*, above, at paragraph 47. The Tribunal had all of the evidence before it, including the appellant’s submission that the position was not new and that it was the very basis of the employer’s decision. The Tribunal simply did not accept that. On all of the evidence before it, it found that the employer did not “abuse its authority” under paragraph 77(1)(b) of the Act. Following the truly deferential approach to reasonableness review, I have concluded that the Tribunal’s finding is defensible based on the law and all of the evidence.

[127] In paragraphs 59–62 of his reasons, my colleague discusses subsection 2(4) of the Act and whether it means that “abuse of authority” under paragraph 77(1)(b) covers only severe matters, as the respondent suggests. My colleague concludes that subsection 2(4) of the Act does not necessarily lead to that conclusion. I happen to agree with him on this. But it is not our job to decide this. Parliament has given it to the Tribunal. Provided that the Tribunal reaches a defensible conclusion, it is entitled to decide differently.

III

[128] My colleague finds that if the employer relied upon a wrong or irrational reason for advertising the position, it may have committed an “abuse of authority” under paragraph 77(1)(b) of the Act. In his view, the wrongness of employer reasons can result in an “abuse of authority”, and whether the employer’s decision was otherwise appropriate or acceptable is irrelevant. Here again, my colleague is interpreting “abuse of authority” in paragraph 77(1)(b). This is a matter for the Tribunal, not for us.

Tribunal et non la nôtre. Le législateur a conféré au Tribunal le pouvoir exclusif de décider dans quels cas un employeur a commis un abus de pouvoir et, sur ce point, les conclusions du Tribunal commandent la déférence (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47). Le Tribunal avait en main tous les éléments de preuve, y compris l’argument de l’appelant suivant lequel ce poste n’était pas nouveau et l’argument que c’était sur ce fondement précis que reposait la décision de l’employeur. Le Tribunal n’a tout simplement pas accepté ce fait. Vu l’ensemble de la preuve dont il disposait, le Tribunal a conclu que l’employeur n’avait pas commis d’« abus de pouvoir » au sens de l’alinéa 77(1)b) de la Loi. Appliquant la véritable approche déférentielle en matière de contrôle de la raisonabilité, je conclus que la conclusion du Tribunal se justifie tant en droit qu’en égard à l’ensemble de la preuve.

[127] Aux paragraphes 59 à 62 de ses motifs, mon collègue discute du paragraphe 2(4) de la Loi et se demande s’il faut en comprendre que « l’abus de pouvoir » au sens de l’alinéa 77(1)b) ne vise que les cas graves, comme le prétend l’intimé. Suivant mon collègue, le paragraphe 2(4) de la Loi ne conduit pas nécessairement à cette conclusion. Je suis d’ailleurs d’accord avec lui sur ce point. Mais il ne nous appartient pas de nous prononcer sur cette question. Le législateur a confié cette tâche au Tribunal. Dès lors qu’il arrive à une conclusion qui se justifie, le Tribunal a le droit de rendre une décision différente.

III

[128] Mon collègue estime que, si l’employeur s’est fondé sur une raison fausse ou irrationnelle pour annoncer le poste, il a pu commettre un « abus de pouvoir » au sens de l’alinéa 77(1)b) de la Loi. À son avis, le caractère fautif des raisons invoquées par l’employeur peut donner lieu à un « abus de pouvoir » et il importe peu de savoir si la décision de l’employeur était par ailleurs appropriée ou acceptable. Là encore, mon collègue interprète la notion d’« abus de pouvoir » prévue à l’alinéa 77(1)b). C’est au Tribunal et non à nous qu’il appartient de le faire.

[129] The Tribunal heard the appellant's submissions that the position was new and that the employer had erred, but the Tribunal nevertheless found that on these facts there had been no abuse of authority because of the broad discretion given to the employer under section 33. Put another way, the Tribunal implicitly rejected the proposition that if an employer invokes reasons in support of its decision that are "wrong", there is automatically an "abuse of authority" under paragraph 77(1)(b). Given the Tribunal's defensible interpretation of section 33, the purposes set out in the preamble clause, and all of the facts of this case, I cannot say that the Tribunal has done something indefensible here.

IV

[130] My colleague considers the Policy and Guidelines to be relevant, interprets and applies them, and uses them to help establish the relevance of the Newness Consideration. He concludes that they "are an acknowledgement by the employer that the newness of a position can be relevant to the exercise of the broad discretion under section 33" (at paragraph 49). He finds that a decision by the employer that is "based on unreasonable findings of relevant facts" will violate the objectives of the Policy (at paragraph 56). Finally, he notes that the Policy and Guidelines make the newness of a position relevant to the employer's discretion under section 33 (at paragraph 73).

[131] But the Tribunal considered the Policy and Guidelines to be irrelevant and, following the truly deferential approach to reasonableness review, I have found this to be defensible. It is for the Tribunal, not us, to decide when there is a violation of administrative policies in this area, and whether such a violation is relevant to the commission of an "abuse of authority" under paragraph 77(1)(b) of the Act.

[129] Le Tribunal a entendu les arguments de l'appellant suivant lesquels le poste était nouveau et l'employeur avait commis une erreur, mais le Tribunal a néanmoins conclu, vu l'ensemble des faits, qu'aucun abus de pouvoir n'avait été commis en raison du vaste pouvoir discrétionnaire conféré à l'employeur par l'article 33. Autrement dit, le Tribunal a implicitement rejeté la proposition que, si l'employeur invoque de « mauvaises » raisons à l'appui de sa décision, on a automatiquement affaire à un « abus de pouvoir » au sens de l'alinéa 77(1)b). Compte tenu de l'interprétation défendable que le Tribunal a donnée de l'article 33, des objectifs énumérés dans le préambule et de l'ensemble des faits de l'affaire, je ne puis dire que le Tribunal a agi en l'espèce d'une manière qui ne se justifiait pas.

IV

[130] Mon collègue juge pertinentes la Politique et les Lignes directrices. Il les interprète et les analyse et s'en sert pour essayer de démontrer la pertinence du facteur de la nouveauté. Il estime qu'elles constituent « une reconnaissance, par l'employeur, que la nouveauté du poste peut être un facteur pertinent lors de l'exercice du vaste pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 33 » (au paragraphe 49). Il conclut que les décisions de l'employeur « reposant sur des conclusions déraisonnables quant aux faits pertinents » vont à l'encontre des objectifs de la Politique (au paragraphe 56). Enfin, il signale qu'il ressort de la Politique et des Lignes directrices que la nouveauté du poste constitue un facteur pertinent pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire que l'article 33 confère à l'employeur (au paragraphe 73).

[131] Or, le Tribunal a estimé que la Politique et les Lignes directrices n'étaient pas pertinentes et, conformément à la véritable approche déférentielle en matière de contrôle de la raisonabilité, j'estime que cette conclusion se justifie. C'est au Tribunal, et non à nous, qu'il appartient de décider dans quel cas il y a violation d'une politique administrative dans ce domaine et de déterminer s'il y a lieu de tenir compte de cette violation pour décider si un « abus de pouvoir » a été commis au sens de l'alinéa 77(1)b) de la Loi.

[132] We must remember that administrative policies in specialized areas like this are best interpreted and applied by the administrators. The Tribunal is knowledgeable and expert in public service staffing matters and is familiar with all relevant administrative policies in this area. We are not. When we wade into a thicket of administrative policies, we are armed with legal tools but we lack specialized knowledge. We may get it wrong. For example, certain guidelines made by the respondent and probably known to the Tribunal are contrary to the policies identified by my colleague and are contrary to the conclusions he reaches. For one thing, they emphasize the irrelevance of the consideration of whether the position is new or reclassified. See [*Appointment Policy on Questions and Answers*] online: <<http://www.psc-cfp.gc.ca/plcy-pltq/qa-qr/appointment-nomination/choice-choix-eng.htm>> and [*Les lignes directrices en matière de nominations : questions et réponses*] <<http://www.psc-cfp.gc.ca/plcy-pltq/qa-qr/appointment-nomination/choice-choix-fra.htm>>. I do not rely on these guidelines as support for the reasonableness of the Tribunal's decision, as they are not in evidence before us. However, their existence serves to remind us of something important: it is dangerous for us to latch onto administrators' policy statements that counsel happened to put into the record, make our own pronouncements on them, and then use those pronouncements as a basis to meddle with the Tribunal's decision.

F. A FINAL COMMENT

[133] In this case, "abuse of authority" under paragraph 77(1)(b) of the Act is very broad, and Parliament has not constrained the Tribunal's ability to interpret and apply those words. As a result, as I have explained, given the facts and the law in this case, it was defensible for the Tribunal to find the way it did.

[132] Nous devons nous rappeler qu'il est préférable que les politiques administratives dans des domaines spécialisés comme celui-ci soient interprétées et appliquées par des décideurs administratifs. Le Tribunal possède les connaissances et la compétence spécialisées nécessaires en matière de dotation de la fonction publique et il y connaît bien toutes les politiques administratives applicables dans ce domaine, ce qui n'est pas notre cas. Lorsque nous nous hasardons à analyser un enchevêtrement de politiques administratives, nous sommes armés d'outils légaux, mais il nous manque les connaissances spécialisées nécessaires. Nous risquons de nous tromper. Par exemple, certaines lignes directrices établies par l'intimé et que le Tribunal connaît probablement vont à l'encontre des politiques citées par mon collègue et contredisent les conclusions auxquelles il parvient. Ainsi, elles insistent sur le fait qu'il est sans importance de se demander s'il s'agit d'un nouveau poste ou d'un poste reclassifié (voir [*Appointment Policy Questions and Answers*] en ligne : <<http://www.psc-cfp.gc.ca/plcy-pltq/qa-qr/appointment-nomination/choice-choix-eng.htm>> et [*Les lignes directrices en matière de nominations : questions et réponses*] <<http://www.psc-cfp.gc.ca/plcy-pltq/qa-qr/appointment-nomination/choice-choix-fra.htm>>). Je ne me fonde pas sur ces lignes directrices pour confirmer la raisonnable de la décision du Tribunal, étant donné qu'elles n'ont pas été déposées en preuve devant nous. Leur existence nous rappelle toutefois quelque chose d'important : il est dangereux de nous accrocher à des déclarations de principe faites par des décideurs administratifs que les avocats ont versées au dossier, de tirer nos propres conclusions à leur sujet et de nous servir ensuite de ces conclusions pour justifier notre ingérence dans une décision du Tribunal.

F. OBSERVATIONS FINALES

[133] En l'espèce, la notion d'« abus de pouvoir » à l'alinéa 77(1)b) de la Loi est très large et le législateur n'a pas voulu restreindre la capacité du Tribunal de l'interpréter et de l'appliquer. Il s'ensuit donc, comme je l'ai déjà expliqué que, compte tenu des faits et du droit, le Tribunal était justifié de conclure comme il l'a fait.

[134] However, other cases may be different. They may involve statutes where, expressly or by clear implication, Parliament has constrained the tribunal's decision-making in some way. For example, Parliament might constrain a tribunal by setting out a tightly-worded definition of a key statutory phrase, requiring that certain prerequisites be present before the tribunal makes a particular decision, enumerating factors that the tribunal must consider, or prescribing a particular test to be followed. The tribunal might not be able to legitimately interpret its way around or otherwise avoid these constraints. So if the tribunal disobeyed these constraints, its decision may represent an indefensible interpretation, application or exercise of Parliament's law and may have to be set aside: see, for example, *Dalton v. Criminal Injuries Compensation Board* (1982), 36 O.R. (2d) 394 (Div. Ct.); *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Ltd.*, 2010 FCA 193, 12 Admin. L.R. (5th) 161; David J. Mullan, *Administrative Law* (Toronto: Irwin Law, 2001), at page 115.

[135] I mention this only to make it clear that a tribunal's failure to take into account a relevant consideration can indeed lead to a finding of unreasonableness in a particular case. It may constitute a constraint or requirement that the tribunal cannot defensibly interpret around or otherwise avoid. But that finding of unreasonableness is made not because of the existence of the "pigeon hole" or "nominate error" of failing to take into account a relevant consideration, but because, the Court, engaging in truly deferential reasonableness review, finds the tribunal's decision to be an indefensible interpretation, application or exercise of Parliament's law.

[134] La situation pourrait toutefois être différente dans d'autres cas, qui pourraient porter sur des lois dans lesquelles, soit expressément soit tacitement, le législateur a limité d'une certaine manière le pouvoir décisionnel du tribunal administratif. Ainsi, le législateur pourrait limiter la latitude dont dispose un tribunal en donnant une définition restrictive d'une expression clé employée dans la loi, en exigeant que certaines conditions préalables soient remplies avant que le tribunal puisse rendre une décision déterminée, en énumérant les facteurs dont le tribunal doit tenir compte ou en prévoyant un critère particulier à respecter. Le tribunal pourrait ne pas être en mesure d'interpréter la loi comme il le souhaiterait ou d'échapper autrement à ces contraintes. Si le tribunal faisait fi de ces contraintes, sa décision pourrait alors représenter une interprétation ou une application d'une loi fédérale qui ne peut se justifier et qui doit être écartée (voir, par exemple, *Dalton v. Criminal Injuries Compensation Board* (1982), 36 O.R. (2d) 394 (C. div.); *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193; David J. Mullan, *Administrative Law* (Toronto : Irwin Law, 2001), à la page 115).

[135] Je ne mentionne cela que pour bien faire comprendre que le défaut du tribunal administratif de tenir compte d'un facteur pertinent peut effectivement conduire à conclure que sa décision est déraisonnable dans certaines circonstances. Il peut constituer une contrainte ou une obligation dont le tribunal ne peut se départir ou à laquelle il ne peut se soustraire en procédant à sa propre interprétation. Mais une telle conclusion quant au caractère déraisonnable ne s'explique pas par un classement d'une question dans une « catégorie précise » ou l'existence de l'« erreur catégorisée », soit l'omission de tenir compte d'une considération pertinente, mais par le fait qu'après avoir procédé à un contrôle de la raisonnablement véritablement empreint de déférence, la Cour conclut que la décision du tribunal constitue une interprétation ou une application des lois édictées par le législateur fédéral qui ne peut se justifier.

G. CONCLUSION

[136] I agree with the Federal Court that the Tribunal's decision was reasonable. Therefore, I would dismiss the appeal, with costs.

G. CONCLUSION

[136] Je suis d'accord avec la Cour fédérale pour dire que la décision du Tribunal était raisonnable. En conséquence, je rejetterais l'appel avec dépens.