

A-41-81

A-41-81

**Attorney General of Canada (Applicant)**

v.

**W. E. Greaves, Richard A. McNeill, S. L. Morris and Glen C. Waddy (Respondents)**

Court of Appeal, Pratte and Le Dain JJ. and Kerr D.J.—Ottawa, November 12, 1981 and January 5, 1982.

*Judicial review — Public Service — Application to review and set aside Appeal Board's decision under s. 21 of the Public Service Employment Act — Board allowed appeals by respondents against an appointment made without competition pursuant to s. 5(c) of the Public Service Employment Regulations — Board held that the selection violated the merit principle stated in s. 10 of the Act — Whether Board erred — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, ss. 10, 21 — Public Service Employment Regulations, C.R.C. 1978, Vol. XIV, c. 1337, s. 5 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.*

This is a section 28 application directed against the decision of an Appeal Board under section 21 of the *Public Service Employment Act* allowing the appeals made by the respondents against an appointment made without competition pursuant to paragraph 5(c) of the *Public Service Employment Regulations*. The Appeal Board held that a competition should have taken place because it was not satisfied that "a competition would not be in the best interests of the Public Service". (Respondents conceded however that that ground of attack could not support the Board's decision in view of a recent decision of this Court.) The Appeal Board also held that the selection violated the merit principle stated in section 10 of the Act, no consideration having been given to the qualifications of other persons who might wish to apply for the same position.

*Held*, the application is dismissed. A selection which has been made in accordance with the procedure laid down in the Act and the Regulations, be it by competition or otherwise, may nevertheless be successfully attacked under section 21 if the manner in which the selection was made was such that it violated the merit principle. The requirements of the merit principle are always the same. They do not vary with the method of selection chosen. That principle requires that the selection be made "according to merit", which means, "that the best persons possible will be found for the various positions in the Public Service." The Appeal Board had a valid reason for allowing the appeal.

*Per Le Dain J.*: The purpose of the merit principle is to find the best qualified persons from among those who are available. It is an implication of section 21 of the Act that the candidate's qualifications must be compared with those of the persons whose opportunities for advancement would be prejudicially affected by his or her appointment. Such persons are usually identified after a selection is made, as in the present case, but they may, as a practical matter, be identified before a selection

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

c.

**W. E. Greaves, Richard A. McNeill, S. L. Morris et Glen C. Waddy (Intimés)**

Cour d'appel, les juges Pratte et Le Dain et le juge suppléant Kerr—Ottawa, 12 novembre 1981 et 5 janvier 1982.

*Examen judiciaire — Fonction publique — Demande d'examen et d'annulation d'une décision rendue par un Comité d'appel sous le régime de l'art. 21 de la Loi sur l'emploi dans la Fonction publique — Le Comité a fait droit aux appels formés par les intimés contre une nomination faite sans concours en vertu de l'art. 5c) du Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique — Le Comité a décidé que la nomination contrevenait au principe du mérite énoncé à l'art. 10 de la Loi — Il s'agit d'examiner si le Comité a commis une erreur — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, c. P-32, art. 10, 21 — Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique, C.R.C. 1978, Vol. XIV, c. 1337, art. 5 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), c. 10, art. 28.*

La demande fondée sur l'article 28 attaque une décision rendue par un Comité d'appel sous le régime de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* faisant droit aux appels formés par les intimés contre une nomination faite sans concours en vertu de l'alinéa 5c) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique*. Le Comité d'appel a décidé qu'un concours aurait dû être tenu parce qu'il n'était pas convaincu qu'il n'était pas dans l'intérêt de la Fonction publique de tenir un concours. (Les intimés ont toutefois admis que la décision du Comité ne pouvait se fonder sur ce motif en raison d'une décision récente de cette Cour.) Le Comité d'appel a également décidé que la nomination contrevenait au principe du mérite énoncé à l'article 10 de la Loi, cette nomination ayant été faite sans considérer les qualités d'autres personnes qui auraient pu vouloir poser leur candidature au même poste.

*Arrêt*: la demande est rejetée. Une sélection faite conformément à la méthode établie dans la Loi et dans le Règlement, que ce soit par concours ou autrement, peut néanmoins être révoquée en vertu de l'article 21 si la méthode employée violait le principe du mérite. Les exigences du principe du mérite sont toujours les mêmes. Elles ne varient pas selon la méthode de sélection choisie. Ce principe exige que la sélection soit faite «au mérite», ce qui veut dire, «qu'il faut trouver les personnes les plus aptes à remplir les différents postes de la Fonction publique.» Le Comité d'appel avait un motif valide pour faire droit à l'appel.

Le juge Le Dain: Le principe du mérite a pour objet de trouver les personnes les mieux qualifiées parmi celles qui sont disponibles. Il découle de l'article 21 de la Loi que les qualités du candidat doivent être comparées avec celles des personnes dont les chances d'avancement seraient amoindries du fait de sa nomination. Ces personnes sont normalement identifiées après une sélection, comme en l'espèce, mais, en pratique, elles peuvent être identifiées avant qu'un choix ne soit fait, et si un

is made, and should there be any oversight in this respect it may be subsequently corrected.

*Attorney General of Canada v. Appeal Board established by the Public Service Commission* [1982] 1 F.C. 803, referred to. *Nanda v. Appeal Board Established by the Public Service Commission* [1972] F.C. 277, referred to.

#### APPLICATION for judicial review.

#### COUNSEL:

*W. L. Nisbet, Q.C.* for applicant.  
*M. W. Wright, Q.C.* and *A. J. Raven* for respondents.

#### SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady, Morin, Ottawa*, for respondents.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

PRATTE J.: This section 28 application is directed against the decision of an Appeal Board under section 21 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, allowing the appeals made by the respondents against the selection of one Brian Dougall for appointment to a position in the Department of Employment and Immigration at Vancouver, British Columbia.

The selection of Mr. Dougall was made without competition pursuant to paragraph 5(c) of the *Public Service Employment Regulations*, C.R.C. 1978, Vol. XIV, c. 1337.<sup>1</sup> It is common ground

<sup>1</sup> Section 5 of the *Public Service Employment Regulations* reads as follows:

5. Every appointment pursuant to section 10 of the Act shall be made, in accordance with selection standards, by one of the following processes of personnel selection:

- (a) an open competition between persons who
  - (i) respond to public notice, or
  - (ii) are identified by means of an inventory;
- (b) a closed competition between employees who

- (i) respond to notice, or
- (ii) are identified by means of an inventory; or
- (c) the consideration of such material and the conduct of such examinations, tests, interviews and investigations as

(Continued on next page)

oubli était fait à cet égard, il pourrait subséquemment y être remédié.

Arrêts mentionnés: *Le procureur général du Canada c. Le Comité d'appel établi par la Commission de la Fonction publique* [1982] 1 C.F. 803; *Nanda c. Le comité d'appel établi par la Commission de la Fonction publique* [1972] C.F. 277.

#### DEMANDE d'examen judiciaire.

#### AVOCATS:

*W. L. Nisbet, c.r.*, pour le requérant.  
*M. W. Wright, c.r.*, et *A. J. Raven* pour les intimés.

#### PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le requérant.  
*Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady, Morin, Ottawa*, pour les intimés.

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

LE JUGE PRATTE: La présente demande fondée sur l'article 28 attaque une décision rendue par un Comité d'appel sous le régime de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-32, faisant droit aux appels formés par les intimés contre le choix de Brian Dougall en vue de sa nomination à un poste au sein du ministère de l'Emploi et de l'Immigration à Vancouver (Colombie-Britannique).

La nomination de M. Dougall s'est faite sans concours en vertu de l'alinéa 5c) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique*, C.R.C. 1978, Vol. XIV, c. 1337<sup>1</sup>. Il est reconnu que ce dernier

<sup>1</sup> L'article 5 du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique* est ainsi rédigé:

5. Toute nomination faite en vertu de l'article 10 de la Loi doit être conforme aux normes de sélection et faite au moyen d'une des méthodes suivantes de sélection du personnel:

- a) concours publics auxquels participent des personnes qui
  - (i) répondent à un avis public, ou
  - (ii) sont identifiées au moyen d'un répertoire;
- b) concours restreints auxquels participent des employés qui
  - (i) répondent à un avis, ou
  - (ii) sont identifiés au moyen d'un répertoire, ou
- c) étude des documents ou tenue des examens, tests, entrevues et enquêtes que la Commission juge nécessaires

(Suite à la page suivante)

that he occupied, at the time he was selected for the Vancouver position, a similar position in the same Department, at Ottawa, and that his appointment to the Vancouver position was an appointment which met the requirement of subparagraph 5(c)(i) of the Regulations. It is also common ground that the selection of Mr. Dougall was made after the appropriate authorities had verified that he was qualified to occupy the Vancouver position and had formed the opinion that "a competition would not be in the best interests of the Public Service".

The respondents are employees of the Department of Employment and Immigration at Vancouver. If a closed competition had been held to fill the position for which Mr. Dougall was selected, they would have had the right to participate in it; on the other hand, Mr. Dougall, being from Ottawa, would not have had that right. For that reason, the Commission determined, pursuant to paragraph 21(b) of the Act, that the respondents' opportunity for advancement had been prejudicially affected by Mr. Dougall's selection. Following that determination, the respondents appealed under section 21 against Mr. Dougall's proposed appointment. The Appeal Board allowed their appeal on two grounds. First, it held that Mr. Dougall could not be appointed without a competition because it was not satisfied that "a competition would not be in the best interests of the Public Service". Second, the Board found that, in any

*(Continued from previous page)*

the Commission considers necessary to establish the merit of a candidate for appointment where the Commission is of the opinion that a competition would not be in the best interests of the Public Service and the appointment is one of the following, namely,

(i) the appointment of an employee to a position for which the maximum rate of pay does not exceed the maximum rate of pay for the position occupied by the employee immediately prior to the appointment,

(ii) the appointment of an employee to a reclassified position that the employee occupied immediately prior to the reclassification of the position,

(iii) the promotion of an employee in a position to which he was appointed at a level lower than the full level of the position,

(iv) the appointment for a specified period from outside the Public Service to meet an emergency situation, and

(v) an appointment by the Commission, other than an appointment described in subparagraphs (i) to (iv), that the Commission considers to be in the best interests of the Public Service.

occupait, au moment où il a été choisi pour le poste de Vancouver, un poste semblable au sein du même Ministère, à Ottawa, et que cette nomination satisfaisait à l'exigence prévue au sous-alinéa 5c)(i) du Règlement. Il est également reconnu que la nomination de M. Dougall a été faite après que les autorités compétentes eurent déterminé qu'il était qualifié pour occuper le poste de Vancouver et eurent conclu que [TRADUCTION] «il n'était pas dans l'intérêt de la Fonction publique de tenir un concours».

Les intimés sont des employés du ministère de l'Emploi et de l'Immigration à Vancouver. Si un concours restreint avait été tenu pour pourvoir au poste pour lequel M. Dougall a été choisi, ils auraient eu le droit d'y participer; par contre, M. Dougall, étant d'Ottawa, n'en aurait pas eu le droit. C'est pour cette raison que la Commission a déterminé, en application de l'alinéa 21b) de la Loi, que les chances d'avancement des intimés avaient été amoindries par la nomination de M. Dougall. A la suite de cette décision, les intimés ont interjeté appel en vertu de l'article 21 contre la nomination projetée de M. Dougall. Le Comité d'appel a fait droit à leur appel en se fondant sur deux motifs. Premièrement, il a statué que M. Dougall ne pouvait être nommé sans concours parce qu'il n'était pas convaincu qu'il n'était pas dans l'intérêt de la Fonction publique de tenir un concours». Deuxièmement, le Comité a conclu que,

*(Suite de la page précédente)*

pour établir qu'un candidat est qualifié, lorsque la Commission est d'avis qu'il n'est pas dans l'intérêt de la Fonction publique de tenir un concours, dans le cas

(i) de la nomination d'un employé à un poste dont le traitement maximum ne dépasse pas le traitement maximum du poste occupé par cette personne immédiatement avant la nomination,

(ii) de la nomination d'un employé à un poste dont on a changé la classification, et que l'employé occupait immédiatement avant ce changement,

(iii) de la promotion d'un employé dans son poste lorsque cet employé y avait été nommé à un niveau inférieur à celui du poste,

(iv) de la nomination pour une période spécifiée d'une personne de l'extérieur de la Fonction publique pour répondre à des besoins d'urgence, et

(v) d'une nomination, par la Commission, autre que celles décrites dans les dispositions (i) à (iv), lorsque la Commission considère que cette nomination se fait dans l'intérêt de la Fonction publique.

event, Mr. Dougall's selection violated the merit principle stated in section 10 of the Act<sup>2</sup> since that selection had been made on the sole ground that he was qualified for the position and without even considering the possibility that there might be persons more qualified than him among those who might have wanted to apply for the position.

Counsel for the respondents conceded at the hearing that the decision under attack could not be supported on the first ground put forward by the Board. Mr. Wright made that concession in the light of the recent decision of this Court in *Attorney General of Canada v. Appeal Board established by the Public Service Commission* (*supra*, page 803)<sup>1</sup> where it was held that an Appeal Board cannot, on an appeal under section 21 against an appointment made without competition pursuant to paragraph 5(c) of the Regulations, review the opinion of the Commission or of its delegate that "a competition would not be in the best interests of the Public Service". I may as well mention immediately that Mr. Wright also said at the hearing that he did not want to put in doubt the validity of paragraph 5(c) of the Regulations. In other words, for the purposes of this case, he conceded, as I understood him, that paragraph 5(c) prescribes a process of personnel selection which the Commission has the authority to prescribe by virtue of the last part of section 10 of the Act.

The argument put forward by counsel for the applicant may be briefly summarized. This is clearly a case, said he, where the appointment could be made without competition pursuant to paragraph 5(c) of the Regulations. The selection procedure laid down in that paragraph was followed to the letter and does not involve a comparison between the qualifications of the person pro-

<sup>2</sup> Section 10 of the *Public Service Employment Act* reads as follows:

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

de toute façon, la nomination de M. Dougall contrevenait au principe du mérite énoncé à l'article 10 de la Loi<sup>2</sup> parce que cette nomination avait été faite en se fondant sur le seul critère qu'il était qualifié pour le poste, sans même considérer la possibilité qu'il aurait pu y avoir d'autres personnes plus qualifiées que lui parmi celles qui auraient pu avoir voulu poser leur candidature pour ce poste.

L'avocat des intimés a admis à l'audience que la décision attaquée ne pouvait se fonder sur le premier motif énoncé par le Comité. M<sup>e</sup> Wright a concédé ce point à la lumière de la décision récente de la présente Cour dans *Le procureur général du Canada c. Le Comité d'appel établi par la Commission de la Fonction publique* (précitée à la page 803) dans laquelle on a statué qu'un Comité d'appel saisi d'un appel formé sous le régime de l'article 21 contre une nomination faite sans concours en application de l'alinéa 5c) du Règlement, ne pouvait contrôler l'opinion de la Commission ou de la personne à laquelle ce pouvoir est délégué qu'«il n'est pas dans l'intérêt de la Fonction publique de tenir un concours». Autant mentionner tout de suite que M<sup>e</sup> Wright a également dit à l'audience qu'il n'entendait pas contester la validité de l'alinéa 5c) du Règlement. En d'autres termes, il a admis aux fins de la présente affaire, si j'ai bien compris, que l'alinéa 5c) prévoit une méthode de sélection du personnel que la Commission a le pouvoir de prescrire en vertu de la dernière partie de l'article 10 de la Loi.

On peut résumer brièvement l'argument présenté par l'avocat du requérant. Il s'agit manifestement, dit-il, d'un cas où la nomination peut être faite sans concours conformément à l'alinéa 5c) du Règlement. La méthode de sélection prévue à cet alinéa a été suivie à la lettre et ne comporte pas une comparaison entre les qualités de la personne dont on propose la nomination à un poste et celles

<sup>2</sup> L'article 10 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* est ainsi rédigé:

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

posed for appointment to a position and those of other persons who might wish to apply for the same appointment. Mr. Dougall's selection, therefore, was made in accordance with the rules prescribed by paragraph 5(c) of the Regulations. It was also made in accordance with the "merit principle" enunciated in section 10 of the Act ("Appointments to or from within the Public Service shall be based on selection according to merit") since that principle, when the selection is not made by competition, merely requires the selection of competent persons and does not require the selection of the best possible persons.

It is clear, in my view, that paragraph 5(c) of the Regulations does not impose the obligation to compare the qualifications of the person proposed for appointment with those possessed by other persons. And counsel for the applicant is right, in my view, when he asserts that Mr. Dougall's appointment was made in accordance with the requirements of the Regulations. However, this is not the end of the matter. A selection which has been made in accordance with the procedure laid down in the Act and the Regulations, be it by competition or otherwise, may nevertheless be successfully attacked under section 21 if the manner in which the selection was made was such that it violated the merit principle. For instance, a selection made by competition following all the statutory requirements may be tainted by the fact the qualifications of the candidates have been wrongfully assessed. This is true when the selection is made by competition; it is also true if the selection is made without a competition. The requirements of the merit principle are, in my view, always the same. They do not vary with the method of selection chosen. That principle requires that the selection be made "according to merit", which means, "that the best persons possible will be found for the various positions in the Public Service . . .".<sup>3</sup> In the present case, the Appeal Board, as I understand its decision, was not satisfied that the appointment had been made "according to merit" because the qualifications of the selected candidate had never been in any way compared with those of

<sup>3</sup> *Nanda v. Appeal Board Established by the Public Service Commission* [1972] F.C. 277, at p. 297, per Jackett C.J.

d'autres personnes qui pourraient vouloir poser leur candidature pour le même poste. Le choix de M. Dougall a donc été fait conformément aux règles prescrites par l'alinéa 5c) du Règlement. Il était également conforme au «principe du mérite» énoncé à l'article 10 de la Loi («Les nominations à des postes de la Fonction publique, faites parmi des personnes qui en sont déjà membres ou des personnes qui n'en font pas partie, doivent être faites selon une sélection établie au mérite») étant donné que, lorsque la sélection n'est pas faite par concours, ce principe exige seulement la sélection de personnes compétentes et n'exige pas la sélection des personnes les mieux qualifiées.

Il est clair, d'après moi, que l'alinéa 5c) du Règlement n'impose pas l'obligation de comparer les qualités de la personne dont la nomination est proposée avec celles d'autres personnes. Et j'estime que l'avocat du requérant a raison d'affirmer que la nomination de M. Dougall a été faite conformément aux exigences du Règlement. Mais cela ne règle pas la question. Une sélection faite conformément à la méthode établie dans la Loi et dans le Règlement, que ce soit par concours ou autrement, peut néanmoins être révoquée en vertu de l'article 21 si la méthode employée violait le principe du mérite. Par exemple, une sélection faite à la suite d'un concours conforme à toutes les exigences statutaires peut être viciée du fait que les qualités des candidats ont été incorrectement appréciées. C'est vrai lorsque la sélection est faite à la suite d'un concours; c'est également vrai si la sélection est faite sans concours. J'estime que les exigences du principe du mérite sont toujours les mêmes. Elles ne varient pas selon la méthode de sélection choisie. Ce principe exige que la sélection soit faite «au mérite», ce qui veut dire, «qu'il faut trouver les personnes les plus aptes à remplir les différents postes de la Fonction publique . . .». En l'espèce, le Comité d'appel, si je comprends bien sa décision, n'était pas convaincu que la nomination avait été faite «au mérite» parce que les qualités du candidat choisi n'avaient jamais été comparées avec celles d'autres personnes qui, comme les intimés, auraient pu vouloir poser leur candidature pour le poste. J'estime que c'était un motif valide

<sup>3</sup> *Nanda c. Le comité d'appel établi par la Commission de la Fonction publique* [1972] C.F. 277, à la p. 297, le juge en chef Jackett.

other persons who, like the respondents, might have wished to apply for the position. This was, in my view, a valid reason for allowing the appeal.

For these reasons, I would dismiss the application.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

LE DAIN J.: I agree that the section 28 application should be dismissed. The difficulty that I have experienced in this case is in seeing how the merit principle is to be applied, as a practical matter, where there is only one candidate for a position. Sections 10 and 21 of the *Public Service Employment Act* indicate that an appointment may be made in the Public Service without competition. To that extent paragraph 5(c) of the *Public Service Employment Regulations*, which provides for appointment without competition, finds support in the legislation. But the alternative process of personnel selection chosen by the Commission must be one which, in the words of section 10 of the Act, is "designed to establish the merit of candidates." The merit established by competition is obviously relative merit. I agree that we would not be justified in concluding that the word "merit" in the part of section 10 which reads, "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," is intended to have the different and more limited meaning of simply being qualified for a position. I believe the merit principle was intended to achieve more than merely the appointment of qualified persons in the Public Service. Its purpose is to find the best qualified persons from among those who are available. In the case of a competition the persons who are available are identified as candidates for the position. The Commission, or those exercising its delegated authority, know for certain the persons whose qualifications for the position must be compared in the light of the merit principle in order to comply with the requirement of section 10 of the Act. In the case of an appointment without competition there is not an identification of other candidates for the position. This is clear from a comparison of paragraphs (a) and (b) with paragraph (c) of section 5 of the Regulations. How, then, is the Commission, or those exercising

pour faire droit à l'appel.

Par ces motifs, je rejeterais la demande.

\* \* \*

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

LE JUGE LE DAIN: Je suis d'accord que cette demande fondée sur l'article 28 devrait être rejetée. La question que je me suis posée en l'espèce est de savoir comment le principe du mérite doit être appliqué, en pratique, lorsqu'il n'y a qu'une seule candidature à un poste. Les articles 10 et 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* prévoient que les nominations à des postes de la Fonction publique peuvent être faites sans concours. Dans cette mesure, l'alinéa 5c) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique* qui prévoit la nomination sans concours est fondé sur la loi. Mais l'autre méthode de sélection du personnel choisie par la Commission doit, aux termes de l'article 10 de la Loi, être «établie afin de déterminer le mérite des candidats.» Le mérite déterminé par un concours est manifestement le mérite relatif. Je reconnais que nous ne pourrions, à bon droit, conclure que le terme «mérite» dans le passage suivant de l'article 10 «telle autre méthode de sélection du personnel établie afin de déterminer le mérite des candidats que la Commission estime la mieux adaptée aux intérêts de la Fonction publique» a le sens différent et plus restreint d'être simplement qualifié pour occuper un poste. Je crois que le principe du mérite a été conçu pour faire plus que simplement assurer la nomination de personnes qualifiées à des postes de la Fonction publique. Il a pour objet de trouver les personnes les mieux qualifiées parmi celles qui sont disponibles. Dans le cas d'un concours, les personnes qui sont disponibles sont identifiées comme candidats à ce poste. La Commission ou les personnes qui exercent son pouvoir délégué connaissent avec certitude les personnes dont les qualités pour remplir le poste doivent être comparées à la lumière du principe du mérite pour satisfaire à l'exigence de l'article 10 de la Loi. Dans le cas d'une nomination sans concours, il n'y a pas d'identification d'autres candidats à ce poste. Cela ressort clairement d'une comparaison des alinéas a) et b) avec l'alinéa c) de

its delegated authority, to know who the candidate for appointment is to be compared with in order to satisfy the requirement of section 10? In my opinion, it is an implication of section 21 of the Act, which gives a right of appeal, in the case of an appointment without competition, to “every person whose opportunity for advancement, in the opinion of the Commission, has been prejudicially affected”, that the candidate’s qualifications must be compared with those of the persons whose opportunities for advancement would be prejudicially affected by his or her appointment. Such persons are usually identified after a selection is made, as happened in the present case after the first selection which led to the first decision of the Appeal Board, but they may, as a practical matter, be identified before a selection is made, and should there be any oversight in this respect it may be subsequently corrected. I am mindful that the conclusion reached in this case may severely limit the flexibility provided by the power of transfer in the Public Service, to the extent that a particular transfer constitutes an appointment within the meaning of the Act, but if more is required in this regard it should be clearly provided by the legislation.

\* \* \*

KERR D.J.: I agree.

l’article 5 du Règlement. Comment la Commission ou ceux qui exercent son pouvoir délégué pourront-ils savoir avec qui le candidat dont la nomination est prévue doit être comparé pour satisfaire à l’exigence de l’article 10? Selon moi, il découle de l’article 21 de la Loi, qui confère un droit d’appel, dans les cas de nomination sans concours, à «chaque personne dont les chances d’avancement, de l’avis de la Commission, sont ainsi amoindries», que les qualités du candidat doivent être comparées avec celles des personnes dont les chances d’avancement seraient amoindries du fait de sa nomination. Ces personnes sont normalement identifiées après une sélection, comme il est arrivé en l’espèce après la première sélection qui est à l’origine de la première décision du Comité d’appel, mais, en pratique, elles peuvent être identifiées avant qu’un choix ne soit fait, et si un oubli était fait à cet égard, il pourrait subséquemment y être remédié. Je suis conscient du fait que la conclusion en l’espèce peut limiter sérieusement la flexibilité que permet le pouvoir de mutation au sein de la Fonction publique, dans la mesure où une mutation précise constitue une nomination au sens de la Loi, mais si on a besoin de plus à cet égard, il faudrait le prévoir expressément dans la loi.

\* \* \*

LE JUGE SUPPLÉANT KERR: Je souscris à ces motifs.