

A-753-88

A-753-88

Attorney General of Canada (Applicant)

v.

Edward Pearce (Respondent)*INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. PEARCE (C.A.)*

Court of Appeal, Pratte, Mahoney and Desjardins J.J.A.—Ottawa, March 16 and April 3, 1989.

Public service — Selection process — Merit principle — Employee temporarily assigned to position subsequently successful candidate in competition to permanently staff position — Public Service Appeal Board allowing appeal from proposed appointment — Board correctly holding merit principle compromised when temporary assignment in combination with selection process conferring unfair advantage — Although Board erred in holding temporary assignment required to be based on merit, not ground to set aside decision.

This was an application to set aside the Public Service Appeal Board's decision allowing an appeal from a proposed appointment. An employee who had been temporarily assigned to a position was the successful candidate in the subsequent competition to permanently staff the position. The proposed appointment was appealed on the ground that there was an element of preselection. The Appeal Board held that the merit principle had been compromised, since it was not clear that it had been applied in making the temporary assignment.

Held (Pratte J.A. dissenting), the application should be dismissed.

Per Mahoney J.A. (Desjardins J.A. concurring): The Board correctly held that a temporary assignment in combination with a selection process that gave an unfair advantage to the candidate assigned to the position could compromise application of the merit principle. The conclusion that in the particular circumstances the merit principle had been compromised was a finding of fact which was open to the Board to make. Although the Board erred in law in holding that the assignment had to be made on the basis of merit, since the temporary assignment was not an appointment within the contemplation of the *Public Service Employment Act*, section 10, its decision was not subject to being set aside on a section 28 application based on the second ground.

Per Pratte J.A. (dissenting): The Board erred in considering the basis of the temporary assignment on an appeal from the proposed permanent appointment. If the temporary assignment was an appointment it had to have been made on the basis of merit, and as it had been made without competition it could be challenged under the *Public Service Employment Act*, section 21. Such an appeal would be distinct from an appeal against the permanent appointment. A Board established to rule on an

Procureur général du Canada (requérant)

c.

Edward Pearce (intimé)*RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. PEARCE (C.A.)*

b Cour d'appel, juges Pratte, Mahoney et Desjardins, J.C.A.—Ottawa, 16 mars et 3 avril 1989.

Fonction publique — Procédure de sélection — Principe du mérite — L'employée désignée pour occuper temporairement un poste a été titularisée à la suite d'un concours pour pourvoir à la vacance — Le Comité d'appel de la Fonction publique a accueilli l'appel interjeté contre la nomination envisagée — Le Comité a conclu à bon droit que l'affectation provisoire en cause, combinée au processus de sélection conférant un avantage injuste, compromettait le principe de la sélection au mérite — Bien que le Comité ait commis une erreur de droit en statuant que l'affectation provisoire en cause devait respecter le principe de la sélection au mérite, cela ne justifiait pas l'annulation de la décision.

La demande vise l'annulation de la décision par laquelle le Comité d'appel de la Fonction publique accueillait un appel interjeté contre une nomination projetée. Une employée affectée provisoirement à un poste avait été titularisée à la suite d'un concours visant à pourvoir au poste de façon permanente. Il a été interjeté appel contre la nomination projetée au motif qu'il y avait eu présélection. Le Comité d'appel a conclu que le principe de la sélection au mérite avait été compromis, parce qu'il n'était pas clair qu'il avait été appliqué lors de l'affectation provisoire.

Arrêt (le juge Pratte, J.C.A., dissident): la demande devrait être rejetée.

Le juge Mahoney (J.C.A.) (le juge Desjardins, J.C.A., y souscrivant): Le Comité a conclu à bon droit qu'une affectation provisoire, jointe à un processus de sélection qui a donné un avantage injuste au bénéficiaire de l'affectation, pouvait nuire à l'application du principe de la sélection au mérite. La conclusion que dans les circonstances de l'espèce il avait été porté atteinte au principe de la sélection au mérite était une conclusion de fait qui s'offrait au Comité. Bien que le Comité ait commis une erreur de droit en concluant que l'affectation en cause devait respecter le principe de la sélection au mérite, puisque l'affectation n'était pas une nomination au sens donné à ce terme par l'article 10 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, sa décision n'est pas susceptible d'annulation à la suite d'une demande fondée sur l'article 28 si l'on se reporte au second motif.

Le juge Pratte, J.C.A. (dissident): Le Comité a commis une erreur en prenant en considération le fondement de l'affectation provisoire dans le cadre d'un appel contre une nomination permanente envisagée. Si l'affectation provisoire se trouvait être une nomination, elle devait se faire au mérite, et comme il n'y avait pas eu de concours, elle pouvait être contestée au moyen d'un appel en vertu de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Un tel appel serait différent de tout

appeal against a permanent appointment is not entitled to determine the validity of the temporary assignment that preceded that appointment. Any advantage gained by the temporary assignment was irrelevant to the Board's decision as to whether the competition violated the merit principle. If the temporary assignment was not an appointment, it was not subject to the merit principle and it did not matter whether the assignment was part of the selection process.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED:

Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.
Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, ss. 10, 21.

CASE JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Doré v. Canada, [1987] 2 S.C.R. 503.

COUNSEL:

Yvonne E. Milosevic and *M. Turgeon* for applicant.
Andrew J. Raven for respondent.

SOLICITORS:

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

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PRATTE J.A. (*dissenting*): This section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] application is directed against a decision of a board established by the Public Service Commission allowing an appeal brought by the respondent under section 21 of the *Public Service Employment Act* [R.S.C. 1970, c. P-32].

In 1987, a position of Investigations/Conciliation Officer (PE-04) with the Investigations Directorate of the Public Service Commission in Vancouver, B.C., became vacant. Soon afterwards, steps were taken to fill that position temporarily until a competition was held. In late June, one Mrs. Scholefield was given that temporary assign-

appel interjeté contre une affectation provisoire. Le Comité établi pour statuer sur un appel interjeté contre une nomination permanente n'est pas habilité à déterminer la validité de l'affectation temporaire qui a précédé la nomination. Tout avantage conféré par l'affectation provisoire n'était pas pertinent à la détermination du Comité, qui devait décider si le concours en cause avait violé le principe de la sélection au mérite. Si l'affectation temporaire n'était pas une nomination, elle n'avait pas à respecter le principe de la sélection au mérite, et il importait peu que l'affectation ait ou non fait partie du processus de sélection.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 28.

Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 10, 21.

JURISPRUDENCE

DÉCISION EXAMINÉE:

Doré c. Canada, [1987] 2 R.C.S. 503.

AVOCATS:

Yvonne E. Milosevic et *M. Turgeon* pour le requérant.

Andrew J. Raven pour l'intimé.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.

Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady, Morin, Ottawa, pour l'intimé.

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

LE JUGE PRATTE, J.C.A. (*dissident*): Cette demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10] est dirigée contre la décision par laquelle un comité établi par la Commission de la Fonction publique accueillait l'appel interjeté par l'intimé en vertu de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* [S.R.C. 1970, chap. P-32].

En 1987, le poste d'agent d'enquêtes et de conciliation (PE-04) à la Direction générale des enquêtes à la Commission de la Fonction publique à Vancouver (C.-B.) est devenu vacant. Peu après, des mesures ont été prises pour pourvoir à ce poste temporairement en attendant la tenue d'un concours. À la fin juin, une certaine Mme Scholefield

ment. This, apparently, was not considered by the Commission to be an "appointment" within the meaning of the *Public Service Employment Act* since none of the requirements of the Act relating to appointments were complied with. For instance, no public notice was ever given and the criteria according to which Mrs. Scholefield was determined to be qualified for that assignment are unknown. The Board stated in its decision that Mrs. Scholefield had been "chosen to assume those duties on a 'secondment' basis" and this, according to the Board, "meant that she would perform the duties that she was able to perform and receive training to perform additional duties as she became familiar with the demands of the position."¹

Shortly after Mrs. Scholefield's temporary assignment, notice was given that a competition would be held to fill the position on a permanent basis. The closing date for the receipt of applications was October 5, 1987, and those who took part in that competition were assessed by a selection board primarily on the basis of their answers to a series of preset questions during individual interviews. Among the 14 participants were the respondent and Mrs. Scholefield who was ultimately chosen as the best qualified candidate. The respondent appealed against her proposed appointment pursuant to section 21 of the *Public Service Employment Act*. One of his grounds of appeal was stated in the following terms in his notice of appeal:

An element of preselection took place as the successful candidate Mrs. W. Scholefield was on assignment to the position for several months prior to the selection board . . .

The Appeal Board allowed the appeal on that ground for reasons stated in the following passages of its decision:

I see the principle of making selections for appointment on the basis of merit, the cornerstone of the system of promotion

¹ In order to fully understand certain of the passages of the Board's decision, it is necessary to know that, at approximately the same time, an employee from the Department of National Health and Welfare was also seconded to the Investigations Directorate so that she could receive training as an Investigations/Conciliation Officer. This fact is not otherwise relevant to the issues to be decided in this case.

s'est vue confier cette affectation temporaire. Apparemment, la Commission n'a pas considéré cette mesure comme étant une « nomination » au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* puisqu'aucune des exigences de la Loi relatives aux nominations n'a été respectée. Par exemple, aucun avis public n'a été donné et les critères en vertu desquels Mme Scholefield a été jugée compétente à recevoir l'affectation en cause ne sont pas connus. Le Comité a déclaré dans sa décision que Mme Scholefield avait « été choisie pour remplir ces fonctions à titre d'employée en "détachement" » et, selon le Comité, cela signifiait que « Mme Scholefield devait remplir les fonctions qu'elle était capable de remplir et recevoir de la formation pour remplir les autres fonctions au fur et à mesure qu'elle se familiarisait avec ce qui était exigé d'elle' ».

Peu après l'affectation temporaire de Mme Scholefield, avis a été donné qu'un concours aurait lieu dans le but de pourvoir au poste en cause de façon permanente. Les demandes devaient être soumises au plus tard le 5 octobre 1987, et ceux qui ont pris part au concours ont été jugés par un jury de sélection principalement en fonction de leurs réponses à une série de questions préétablies qui leur étaient posées au cours d'entrevues particulières. Parmi les 14 participants se trouvaient l'intimé et Mme Scholefield, qui a en fin de compte été choisie comme étant la candidate la mieux qualifiée. L'intimé a interjeté appel contre la nomination proposée de Mme Scholefield en vertu de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. L'un de ses moyens d'appel est exposé en ces termes dans son avis d'appel:

[TRADUCTION] Un élément de présélection s'est trouvé présent car la candidate choisie, Mme Scholefield, avait été affectée à ce poste plusieurs mois avant que ne soit institué le jury de sélection . . .

Le Comité d'appel a accueilli l'appel à l'égard de ce moyen pour des motifs exprimés dans les passages suivants de sa décision:

À mes yeux, le principe de la sélection au mérite de candidats en vue de nominations, qui est la pierre angulaire du système de

¹ Pour bien comprendre certains passages de la décision du Comité, il faut savoir qu'à peu près à la même époque, une employée du ministère de la Santé et du Bien-être social avait aussi été détachée auprès de la Direction des enquêtes pour lui permettre d'acquérir la formation d'agent d'enquêtes et de conciliation. Ce fait n'est pas ailleurs pertinent aux questions qui doivent être tranchées en l'espèce.

in the Public Service, as a daily working principle and not one that operates in a vacuum separate from the working environment. By that I mean that the merit principle is not suddenly pulled out of a hat when a notice of competition is posted and locked away in a cupboard once an eligible list is established. It is a principle which should be acknowledged when staffing actions are taken to address operational problems. Operational problems are not always resolved by making indeterminate appointments. Sometimes they are resolved by acting appointments or by appointments made for training purposes allowing persons to develop skills not specifically required for the performance of the position that an employee occupies but for a position to which an employee might aspire. In such cases, the merit principle cannot simply be ignored. The merit principle has application in the broad area of personal development for promotion. That is not to say that I see the merit principle demanding that all employees have exactly the same opportunity for development and promotion. Luck and happenstance are facts of life. The merit principle is therefore not always compromised by advantages gained by "being in the right place at the right time". Whether the merit principle has been applied in a given case must obviously be determined on the facts of the case itself.

In this case, I am of the view that the opportunities afforded to the trainees and Mrs. Scholefield in particular go beyond luck and happenstance. Consequently, I am of the view that the principle of making selections for appointment on the basis of merit can be seen to have been compromised

In the circumstances of this case, I find it difficult to convince myself when the task of selecting someone for appointment actually began and actually finished. The notice of competition certainly did not start the search for someone to carry out the duties of the position of Investigations/Conciliation Officer. The search was started when the operational requirements demanded attention and when the opportunity to create training assignments was identified. The search was limited to a small group of known employees. The ultimate selections were not shown to have been made on the basis of merit. The employees selected were invited to perform what duties of the position they could and trained to perform additional duties. Then a notice of competition was prepared and distributed and other persons invited to apply for appointment. Candidates were required to respond to a series of preset questions. It might well be that it was not necessary to perform the duties of the position in order to be able to successfully respond to those questions. However, a review of the questions leads me to believe that actually having performed the duties would allow a person the opportunity to respond to those questions more completely than someone who had not performed the duties

. . . In the circumstances, it is difficult to know the extent to which the opportunity given to the two trainees resulted in the selection of one of them for appointment. Had the merit principle been applied in making the selections for training, I could accept the contention that the selection for appointment

promotion dans la fonction publique, est un principe fonctionnel et non un principe qui s'applique en vase clos, indépendamment du milieu de travail. Ce que je veux dire, c'est que ce principe n'est pas quelque chose que l'on fait apparaître soudainement lorsqu'un avis de concours est affiché et que l'on fait disparaître bien loin lorsqu'une liste d'admissibilité est dressée. C'est un principe qu'il faudrait reconnaître lorsque des mesures de dotation sont prises pour faire face aux problèmes opérationnels. Ces problèmes ne se règlent pas toujours à coups de nominations pour des périodes indéterminées. Parfois, on les règle au moyen de nominations intérimaires ou de nominations à des postes de formation qui permettent à des personnes d'acquérir des compétences qui ne sont pas vraiment exigées pour accomplir les tâches de leurs postes d'attache, mais qui sont exigées pour un poste auquel elles peuvent aspirer. En pareils cas, on ne peut tout simplement omettre de tenir compte du principe du mérite. Ce principe a sa place dans la vaste sphère du perfectionnement personnel à des fins d'avancement. Je ne dis pas que ce principe équivaut à assurer à tous les employés exactement les mêmes chances de perfectionnement et d'avancement. La fortune et le hasard sont des réalités de la vie. Le principe du mérite n'est donc pas toujours compromis par les avantages qu'il y a à se trouver au bon endroit au bon moment. La question de savoir si le principe du mérite a été appliqué dans un cas donné doit manifestement être tranchée en fonction des faits du cas lui-même.

Dans le cas présent, je suis d'avis que les occasions offertes aux stagiaires, et à Mme Scholefield en particulier, vont au-delà de la fortune et du hasard. Par conséquent, j'estime qu'on peut conclure au fait que le principe de la sélection établie au mérite a été compromis . . .

Dans les circonstances, j'ai de la difficulté à déterminer sérieusement quand le processus de sélection a véritablement commencé et véritablement fini. L'avis de concours n'en a certainement pas marqué le début. La recherche de candidats a commencé lorsqu'on a constaté qu'il fallait répondre à certains besoins opérationnels et lorsque s'est présentée l'occasion de créer des postes de formation. La recherche s'est limitée à un petit groupe d'employés connus. On n'a pas prouvé que les selections elles-mêmes avaient été faites en fonction du principe du mérite. Les employées sélectionnées ont été invitées à remplir les fonctions qu'elles étaient aptes à remplir et on leur a donné la formation nécessaire pour remplir les autres fonctions. Puis, on a préparé et distribué un avis de concours et invité d'autres personnes à présenter leur candidature. Les candidats ont dû répondre à une série de questions préétablies. Peut-être n'était-il pas nécessaire de remplir les fonctions du poste pour être capable de bien répondre à ces questions. Cependant, un examen des questions m'amène à croire qu'une personne qui aurait eu l'occasion de les remplir aurait été en mesure de donner des réponses plus complètes qu'une autre . . .

. . . Dans les circonstances, il est difficile de savoir dans quelle mesure l'occasion qui a été offerte aux deux stagiaires a influé sur la sélection de l'une d'elles en vue de la nomination. Si l'on avait respecté le principe du mérite dans la sélection des personnes à affecter aux postes de formation, je pourrais accep-

could be seen to have been based on merit in as much as the most meritorious trainee had developed her skills to good advantage. However, since it is not clear that the merit principle was applied when the search to identify someone for appointment began in the first instance, I cannot conclude whether the person selected for appointment from among those who responded to the notice of competition was indeed the best qualified or whether the specific training that she had received simply allowed her to better answer a series of questions related to duties she had been allowed to perform under direction. In other words, the validity of the responses to a series of preset questions as a basis for evaluating the real value of the candidates' qualifications is a contentious issue in the circumstances of this case.

To summarize my views, I believe that the principle of making selections for appointment on the basis of merit would be ill-served if the proposed appointment was allowed to stand. The procedures followed in this case honor that principle more in illusion than reality and I therefore allow the appeal against the proposed appointment.

As I read that decision, it does not rest on the finding that the competition which led to Mrs. Scholefield's proposed appointment was designed not to establish the merits of the various candidates for the position but, rather, to determine who among them had the most practical experience in that position. Indeed, the reasons given by the Board make that clear since they indicate that the decision would have been different if Mrs. Scholefield had acquired her practical experience in circumstances that did not lead the Board to think that she owed that experience to the employer's favouritism.

The decision, as I read it, is based on three propositions:

(a) Mrs. Scholefield's temporary assignment had to be made on the basis of merit because "the merit principle has application in the broad area of personal development for promotion";

(b) the respondent's appeal to the Board was directed against a selection process that included Mrs. Scholefield's temporary assignment so that it was the duty of the Board to determine whether that assignment had been made on the basis of merit; and

(c) the fact that Mrs. Scholefield's temporary assignment had not been based on merit tainted the competition that led to her proposed perma-

ter l'argument selon lequel la sélection en vue de la nomination pourrait être considérée comme ayant été fondée sur le mérite dans la mesure où la stagiaire la mieux qualifiée avait développé ses compétences à son avantage. Cependant, comme il n'est pas évident que le principe du mérite a été respecté au départ lorsqu'on a cherché des personnes pour occuper les postes, je ne peux déterminer si la personne choisie en vue de la nomination parmi celles qui avaient répondu à l'avis de concours était effectivement la mieux qualifiée ou si la formation qu'elle avait reçue lui avait simplement permis de mieux répondre à une série de questions se rapportant aux fonctions qu'on lui avait donné l'occasion de remplir, sous la direction de supérieurs. En d'autres termes, la validité des réponses fournies à une série de questions préétablies comme moyen d'évaluer véritablement les qualités des candidats est un point litigieux dans la présente cause.

En résumé, j'estime que le principe qui consiste à sélectionner un candidat en vue d'une nomination en fonction du mérite serait mal appliqué si l'on permettait que la nomination projetée se fasse. Le respect du principe du mérite dans ce cas est plus une illusion qu'une réalité, et je fais donc droit à l'appel interjeté de la nomination projetée.

Selon mon interprétation de la décision, celle-ci ne repose pas sur la conclusion que le concours dont a résulté la nomination proposée de Mme Scholefield était conçu non pas de façon à déterminer la compétence des divers candidats à occuper le poste à combler, mais plutôt de façon à établir lequel des candidats avait le plus d'expérience pratique à l'égard de ce poste. En effet, cela ressort clairement des motifs du Comité puisqu'ils laissent entendre que la décision aurait été différente si Mme Scholefield avait acquis son expérience pratique dans des circonstances qui n'auraient pas amené le Comité à croire qu'elle devait cette expérience au favoritisme de l'employeur.

Si je comprends bien, la décision du Comité se fonde sur trois propositions:

a) L'affectation temporaire de Mme Scholefield devait respecter le principe de la sélection au mérite parce que «ce principe a sa place dans la vaste sphère du perfectionnement personnel à des fins d'avancement»;

b) l'appel de l'intimé auprès du Comité était dirigé contre le processus de sélection qui comprenait l'affectation temporaire de Mme Scholefield, de sorte que le Comité était tenu de déterminer si cette affectation avait respecté le principe de la sélection au mérite; et

c) le fait que l'affectation temporaire de Mme Scholefield n'avait pas été faite selon le principe de la sélection au mérite viciait le concours dont

ment appointment since her temporary assignment had given her an advantage over the other candidates in the competition.

In my view, those propositions are inaccurate. The so-called "merit principle" is a compendious reference to the rule stated in section 10 of the *Public Service Employment Act*. A mere reading of that section shows that it applies only to "appointments . . . within the Public Service". It does not apply to temporary assignments that are not appointments within the meaning of the Act.² If, therefore, Mrs. Scholefield's temporary assignment was not an "appointment", it was not subject to the merit principle and, consequently, it did not matter whether or not that assignment was part of the selection process that the Appeal Board had to examine.

If, however, the temporary assignment was an appointment, it followed that it was required to be made on the basis of merit and, as it had been made without a competition, that it could be challenged by way of an appeal under section 21 of the *Public Service Employment Act* if the appeal was brought by a "person whose opportunity for advancement, in the opinion of the Commission, ha[d] been prejudicially affected" by the assignment. Such an appeal against the temporary assignment would, of course, be different from any appeal brought against the permanent appointment. In fact, there would be no relationship between those appeals save that the making of a valid permanent appointment would render moot and academic the appeal against the temporary assignment. Therefore, a board established by the Commission to rule on an appeal against a permanent appointment is not entitled to determine the validity of the temporary assignment that preceded that appointment.

Finally, the fact that Mrs. Scholefield's temporary assignment may have given her an advantage over the other candidates was not relevant to the determination that the Board had to make. The Board had to decide whether the competition which resulted in Mrs. Scholefield's proposed

² All temporary assignments are not appointments: *Doré v. Canada*, [1987] 2 S.C.R. 503, at p. 511.

a résulté sa nomination permanente envisagée, puisque son affectation temporaire lui avait accordé un avantage sur les autres candidats ayant participé au concours.

^a À mon sens, ces propositions sont inexactes. Ce que l'on appelle le «principe de la sélection au mérite» est une allusion sommaire à la règle énoncée à l'article 10 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. On constate à la simple lecture de cet article qu'il vise uniquement «les nominations à des postes de la Fonction publique». Il ne s'applique pas aux affectations temporaires qui ne sont pas des nominations au sens de la Loi². Si par conséquent l'affectation temporaire de Mme Scholefield n'était pas une «nomination», elle n'avait pas à se fonder sur la sélection au mérite et, par conséquent, il était sans importance que cette affectation fasse ou non partie du processus de sélection qu'avait à examiner le Comité d'appel.

^e Cependant, si l'affectation temporaire se trouvait être une nomination, il s'ensuit qu'elle devait se faire selon le mérite et, comme il n'y avait pas eu de concours, elle pouvait être contestée au moyen d'un appel en vertu de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* pourvu que l'appelant soit une «personne dont les chances d'avancement, de l'avis de la Commission, [ont été] ainsi amoindries». Naturellement, un tel appel contre une affectation temporaire serait différent de tout appel interjeté contre une nomination permanente. Il n'y aurait de fait aucun rapport entre les deux appels, sauf qu'une nomination permanente valide enlèverait tout intérêt pratique à l'appel contre l'affectation temporaire. Par conséquent, le comité établi par la Commission pour statuer sur un appel interjeté contre une nomination permanente n'est pas habilité à déterminer la validité de l'affectation temporaire qui a précédé la nomination.

ⁱ Finalement, le fait que l'affectation temporaire de Mme Scholefield puisse lui avoir donné un avantage sur les autres candidats n'était pas pertinent à la détermination que devait faire le Comité. Celui-ci devait décider si le concours ayant donné lieu à la nomination envisagée de Mme Scholefield

² Les affectations temporaires ne sont pas toutes des nominations: voir l'arrêt *Doré c. Canada*, [1987] 2 R.C.S. 503, à la p. 511.

appointment violated the merit principle; it could not inquire into the circumstances in which the various candidates had acquired their respective merits.

I would allow the application, set aside the decision of the Board and refer the matter back to it for decision on the basis that the manner in which Mrs. Scholefield was temporarily assigned or seconded to the position of Investigations/Conciliation Officer (PE-04) with the Investigations Directorate of the Public Service Commission in Vancouver must not be taken into consideration in determining whether her subsequent proposed appointment to that same position violated the merit principle.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MAHONEY J.A. This application under section 28 of the *Federal Court Act* seeks to set aside a decision of an Appeal Board which, pursuant to section 21 of the *Public Service Employment Act*, allowed the respondent's appeal against the decision to appoint Wendy Scholefield to the position of Investigations/Conciliation Officer in the Investigations Directorate of the Public Service Commission in its Vancouver office. The incumbent in the position resigned early in 1987 and, on May 5, the office requested a replacement. In late June, the office recognized an operational need to have the work of the position done. Mrs. Scholefield, employed in another position in the office, was assigned to do the work in late June or early July. One of the difficulties encountered during argument of this application arose out of the Appeal Board's use of the terms "assignment", "secondment" and "acting appointment" interchangeably. As counsel and the Court agreed, Mrs. Scholefield's occupation of the position was by virtue of an assignment. Notice of a competition was published with a closing date of October 5. Mrs. Scholefield entered and, on October 26, was among the eight candidates deemed qualified by the Selection Board. The Selection Board had not, at that time, assessed the candidates as to discretion and initiative, which were to be assessed on the basis of information gathered through reference checks. It was, however, satisfied that the four top-rated candidates could not be replaced by

avait violé le principe de la sélection au mérite; il ne lui était pas loisible de s'enquérir des circonstances dans lesquelles les divers candidats avaient acquis leurs compétences respectives.

^a J'accueillerais la demande, j'annulerais la décision du Comité et je lui renverrais l'affaire pour qu'il la décide en tenant pour acquis qu'il ne faut pas tenir compte du fait que Mme Scholefield a rempli temporairement, aux termes d'une affectation ou d'un détachement, les fonctions d'agent d'enquêtes et de conciliation (PE-04) auprès de la Direction des enquêtes de la Commission de la Fonction publique à Vancouver, quand il s'agit de déterminer si la titularisation subséquente qu'on envisageait de lui accorder violait le principe de la sélection au mérite.

* * *

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

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Cette demande fondée sur l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* vise l'annulation de la décision par laquelle un Comité d'appel accueillait, en vertu de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, l'appel de l'intimé contre la décision de nommer Wendy Scholefield agente d'enquêtes et de conciliation à la Direction générale des enquêtes de la Commission de la Fonction publique au bureau de Vancouver. Le titulaire du poste a donné sa démission au début de 1987 et, le 5 mai, le bureau a demandé un remplaçant. À la fin juin, le bureau a constaté qu'il était nécessaire, sur le plan opérationnel, que se fasse le travail afférent au poste. Donc, à la fin juin ou au début du mois de juillet, ce travail a été assigné à Mme Scholefield, qui remplissait d'autres fonctions au bureau. L'une des difficultés qui se sont présentées au cours de la plaidoirie dans le cadre de cette demande tient au fait que le Comité d'appel a employé indifféremment les expressions «affectations», «détachement» et «nomination intérimaire». Les avocats et la Cour ont été d'accord pour dire que Mme Scholefield a rempli les fonctions du poste en cause en vertu d'une affectation. Un avis de concours a été publié, les demandes devant être reçues au plus tard le 5 octobre. Mme Scholefield a posé sa candidature et, le 26 octobre, elle était au nombre des huit personnes dont le jury de sélection avait retenu la candidature. Le jury de sélection n'avait pas, à l'époque, apprécié les candidats

the bottom four so it directed reference checks only as to the top four. After the reference checks, Mrs. Scholefield was identified as the top-ranked candidate and, following an "enhanced reliability check", her appointment was proposed. The respondent appealed.

This application is entirely concerned with whether, in the circumstances, the merit principle mandated by section 10 of the *Public Service Employment Act* was duly observed in the process that led to Mrs. Scholefield's selection for appointment to the position to which she had been assigned.

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.

Mr. Justice Pratte has quoted extensively from Appeal Board's decision. It is unnecessary for me to repeat that. My appreciation of the bases for the decision is somewhat different from his. As I read it, the Appeal Board reached its conclusion on two discrete bases: firstly, that the merit principle applied to the assignment of Mrs. Scholefield to the position because "the merit principle has application in the broad area of personal [*sic*] development for promotion" and, secondly, that the advantage given Mrs. Scholefield in the competition by the combination of her assignment and the nature of the questions posed by the Selection Board compromised the merit principle.

I agree with Mr. Justice Pratte that the Appeal Board erred in law in holding that Mrs. Scholefield's assignment had to be made on the basis of merit. The assignment was not an appointment within the contemplation of section 10. However, I am also of the view that the decision, based on the second ground, is not subject to be set aside on a section 28 application.

quant à leur discrétion et leur initiative, s'en remettant à cet égard à la vérification postérieure des références fournies. Il était cependant convaincu que les quatre candidats les mieux classés ne pouvaient être supplantés par les quatre candidats les moins bien classés. Par conséquent, il a ordonné seulement la vérification des références des quatre candidats les mieux classés. Une fois terminé ce contrôle, Mme Scholefield s'est trouvée au sommet de la liste, et à la suite d'une «vérification approfondie de la fiabilité», sa nomination a été proposée. L'intimé a interjeté appel.

Cette demande vise entièrement à savoir si, dans ces circonstances, le principe de la sélection au mérite, imposée par l'article 10 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, a été dûment observé au cours du processus ayant mené à la sélection de Mme Scholefield en vue de sa nomination au poste qu'on lui a confié.

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.

Le juge Pratte cite longuement la décision du Comité d'appel, aussi est-il inutile que je répète ces extraits. Je conçois quelque peu différemment le fondement de la décision du Comité. À mon sens, la conclusion du Comité d'appel se fonde sur deux motifs distincts, à savoir: premièrement, le principe de la sélection au mérite s'appliquait à l'affectation de Mme Scholefield au poste en cause parce que «ce principe a sa place dans la vaste sphère du perfectionnement personnel à des fins d'avancement», et, deuxièmement, l'avantage accordé à Mme Scholefield dans le cadre du concours grâce à son affectation et à la nature des questions que lui a posées le jury de sélection a compromis le principe de la sélection au mérite.

Je suis d'accord avec le juge Pratte pour dire que le Comité d'appel a commis une erreur de droit en statuant que l'affectation de Mme Scholefield devait respecter le principe de la sélection au mérite. L'affectation n'était pas une nomination au sens donné à ce terme par l'article 10. Cependant, je suis aussi d'avis que la décision, si l'on se reporte au second motif, n'est pas susceptible d'annulation à la suite d'une demande fondée sur l'article 28.

In *Doré v. Canada*, [1987] 2 S.C.R. 503, at page 511, Le Dain J., for the Court, said:

The ultimate issue in the appeal is whether the assignment of the mis en cause on a temporary basis to the position of supervisor of the reception and inquiries section, pending the classification of the position, was an appointment to the position within the meaning of s. 21 of the *Public Service Employment Act*. On this issue, I am of the view that while it must be possible for the administration to assign a person in the Public Service to new functions on a temporary basis without giving rise to the application of the merit principle and the right of appeal, that reasonable flexibility should no longer be available where, as in the present case, the assignment is permitted to become one of such significant and indefinite duration as may be presumed to place the occupant of the position at a distinct advantage in any subsequent selection process. In my opinion the assignment of the mis en cause to the position of supervisor of the reception and inquiries section on a full-time basis for some nine months had acquired that character when the appellant's appeal was heard by the appeal board in November, 1984. I am, therefore, of the opinion that there was an appointment of the mis en cause to a position within the meaning of s. 21 of the *Public Service Employment Act* and that since, on the admission of the Department, the appointment was not based on selection according to merit, as required by s. 10 of the Act, the appeal board properly revoked the appointment.

That is not, in my respectful opinion, authority, as the applicant has argued, for the proposition that the only circumstance associated with an assignment which can offend the merit principle is if it persists for so long as to become an appointment. It seems to me that other circumstances taken together with an assignment may equally offend the merit principle. The merit principle requires the appointment of the candidate best qualified to fill a position. That is not necessarily the candidate best informed about it.

The Appeal Board did not err in law in concluding that an assignment in combination with a selection process that gave an unfair advantage to the candidate assigned to the position could compromise application of the merit principle. The conclusion that the assignment in combination with the preset questions asked by the Selection Board had that result in the present instance was a finding of fact which cannot be said to have been erroneous as contemplated by section 28 of the *Federal Court Act*.

I would dismiss this section 28 application.

DESJARDINS J.A.: I agree.

Dans l'arrêt *Doré c. Canada*, [1987] 2 R.C.S. 503, à la page 511, le juge Le Dain, qui s'exprimait pour le compte de la Cour, a dit ce qui suit:

La dernière question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si l'affectation temporaire de la mise en cause au poste de surveillant à l'accueil et aux renseignements, en attendant la classification du poste, était une nomination à ce poste au sens de l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. À l'égard de cette question, je suis d'avis que, bien que l'administration doive être en mesure d'affecter temporairement un fonctionnaire à de nouvelles fonctions sans donner lieu à l'application du principe du mérite et au droit d'appel, cet accommodement ne devrait plus pouvoir être utilisé lorsque, comme en l'espèce, on permet que la durée de l'affectation soit considérable et indéterminée au point que le titulaire du poste est présumé détenir un net avantage dans tout processus de sélection subséquent. À mon avis, l'affectation de la mise en cause au poste de surveillant à l'accueil et aux renseignements à plein temps pendant environ neuf mois avait acquis ce caractère au moment où l'appel de l'appelante a été entendu par le comité d'appel en novembre 1984. Par conséquent, je suis d'avis qu'il y a eu une nomination de la mise en cause à un poste au sens de l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et comme, de l'aveu même du Ministère, la nomination n'était pas fondée sur la sélection établie au mérite, comme l'exige l'art. 10 de la Loi, le comité d'appel a eu raison de révoquer la nomination.

À mon humble avis, cela n'appuie pas la proposition, comme l'a affirmé le requérant, selon laquelle la seule caractéristique d'une affectation qui puisse être contraire à la sélection au mérite est son prolongement de façon à se transformer en une nomination. Il me semble que d'autres circonstances, jointes à une affectation, peuvent également violer le principe de la sélection au mérite. Ce principe exige que le candidat le plus apte à occuper un emploi obtienne celui-ci, et cette personne n'est pas nécessairement celle qui est la mieux renseignée sur l'emploi en question.

Le Comité d'appel n'a pas commis d'erreur de droit quand il a conclu qu'une affectation, jointe à un processus de sélection qui a donné un avantage injuste au bénéficiaire de l'affectation, pouvait nuire à l'application du principe de la sélection au mérite. La conclusion que l'affectation en cause, combinée avec les questions préétablies posées par le jury de sélection, a eu cette conséquence en l'espèce est une conclusion de fait qui ne peut être considérée erronée au sens accordé à ce mot par l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Je rejeterais cette demande fondée sur l'article 28.

DESJARDINS, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.