

T-2982-89

T-2982-89

**Michael Kennedy (Applicant)**

v.

**Public Service Commission (Respondent)**

INDEXED AS: *KENNEDY v. CANADA (PUBLIC SERVICE COMMISSION) (T.D.)*

Trial Division, Strayer J.—Ottawa, January 18; February 27, 1990.

*Public service — Jurisdiction — Application to quash Public Service Commission decision applicant's opportunity for advancement not prejudicially affected by reclassification of positions of co-workers who underwent additional training — Incumbents appointed without competition — Commission finding reclassification of employees based solely on individual performance within own positions rather than upgrade of specific positions — Role of Commission under s. 21(1) — Review of role of appeal boards — Within Commission's jurisdiction to form opinion persons not appointed not prejudicially affected by non-exclusive appointments.*

This was an application to quash the Public Service Commission's decision that the applicant's opportunity for advancement had not been prejudicially affected by the reclassification of certain positions, and for *mandamus* requiring the Commission to decide that question. The applicant is a cartographic technologist at the Canada Centre for Mapping. The Centre acquired computerized mapping equipment and training was offered to those who were interested and willing to accept shift work. The applicant did not take the training because he was unable to do shift work. His was the only position out of twenty-four not reclassified to a higher level. The incumbents were appointed without competition. Further to the applicant's request, the Commission stated its opinion that his opportunity for advancement had not been prejudicially affected because the reclassification was based solely on individual performance within their own positions; therefore there was no selection of persons for appointment. The applicant submitted that the Commission decided either that the applicant was not qualified or that the elevation of his colleagues did not constitute an "appointment". The Commission argued that it had decided that the applicant was not prejudicially affected because there was no limit on the number of positions to be reclassified. The issues were the role of the Public Service Commission under subsection 21(1) of the *Public Service Employment Act* and whether the Commission's opinion fell within that role.

*Held*, the application should be dismissed.

In light of the provision in subsection 21(1) for a hearing before an appeal board, the role of the Commission under subsection 21(1) in respect of appointments made without

**Michael Kennedy (requérant)**

c.

**a Commission de la fonction publique (intimée)**

RÉPERTORIÉ: *KENNEDY c. CANADA (COMMISSION DE LA FONCTION PUBLIQUE) (1<sup>re</sup> INST.)*

b Section de première instance, juge Strayer—Ottawa, 18 janvier; 27 février 1990.

*Fonction publique — Compétence — Demande d'annulation de la décision par laquelle la Commission de la fonction publique a statué que les chances d'avancement du requérant n'avaient pas été amoindries par la reclassification des postes de ses collègues qui avaient suivi des cours d'entraînement additionnels — Titulaires nommés sans concours — La Commission a conclu que la reclassification des employés reposait uniquement sur leur rendement individuel au sein de leurs propres postes plutôt que sur une élévation de postes particuliers — Rôle de la Commission sous le régime de l'art. 21(1) — Examen du rôle des comités d'appel — La Commission peut former une opinion selon laquelle les chances des personnes non nommées n'ont pas été amoindries par des nominations sans exclusion.*

Il s'agit d'une demande visant à faire annuler la décision par laquelle la Commission de la fonction publique a statué que les chances d'avancement du requérant n'avaient pas été amoindries par la reclassification de certains postes, et à obtenir un bref de *mandamus* enjoignant à la Commission de trancher cette question. Le requérant travaille au Centre canadien de cartographie en tant que technologue en cartographie. Le Centre a acquis un équipement de cartographie informatisé, et il a offert de former ceux qui s'intéressaient au travail posté et étaient disposés à travailler par roulement. Le requérant n'a pas suivi le cours d'entraînement parce qu'il ne pouvait travailler par roulement. Son poste était le seul, sur vingt-quatre postes, à n'avoir pas été reclassifié à un niveau supérieur. Les titulaires ont été nommés sans concours. Sur requête du requérant, la Commission a donné son avis selon lequel les chances d'avancement du requérant n'avaient pas été amoindries parce que la reclassification reposait uniquement sur le rendement individuel des titulaires nommés, au sein de leurs propres postes; par conséquent, il n'y a pas eu sélection de personnes aux fins de nomination. Le requérant soutient que la Commission a décidé soit qu'il n'avait pas les qualités requises, soit que l'élévation des postes de ses collègues ne constituait pas une « nomination ». La Commission prétend avoir décidé que les chances du requérant n'avaient pas été amoindries parce qu'il n'existait pas de restriction du nombre de postes à reclassifier. Il s'agit de déterminer le rôle de la Commission de la fonction publique sous le régime du paragraphe 21(1) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, et de trancher la question de savoir si l'avis exprimé par la Commission est conforme à ce rôle.

*Jugement*: la demande devrait être rejetée.

j Compte tenu du paragraphe 21(1) qui prévoit une audience devant un comité d'appel, le rôle de la Commission sous le régime de ce paragraphe à l'égard des nominations faites sans

competition is to act as a screening mechanism to identify those who have sufficient standing to challenge the appointment on the basis of an alleged departure from the merit principle. This includes a determination whether in law the would-be appellant can show that he has lost some advantage if all he alleges is true. The Commission has power to form the opinion that where the appointment complained of is non-exclusive i.e. one which in no way limits the possibility of other similar appointments to other similarly reclassified positions, then persons not appointed to that position cannot in law be prejudicially affected. The Commission's opinion was an exercise of such power. The words "there has not been a selection of persons for appointment" can reasonably be interpreted as meaning that there has not been a selection among a larger number of people for a limited number of posts. Rather, each position had been reclassified upward where the incumbent met the requirements and the appointment of one incumbent to his reclassified position did not affect the opportunity for appointment of the incumbent of another position to his own position as reclassified.

concours consiste dans l'exercice d'une fonction de mécanisme de présélection pour relever ceux qui ont la qualité suffisante pour contester la nomination en raison d'une prétendue dérogation au principe du mérite. À cet égard, il s'agit de déterminer si, en droit, le prétendu appelant peut rapporter la preuve qu'il a perdu un avantage à supposer que tout ce qu'il allègue soit vrai. La Commission est en droit de former une opinion selon laquelle lorsque la nomination reprochée est sans exclusion, c'est-à-dire celle qui ne limite nullement la possibilité d'autres nominations semblables à d'autres postes pareillement reclassés, on ne peut dire que, en droit, les chances d'avancement des personnes qui n'ont pas été nommées ont été amoindries. L'avis exprimé par la Commission constitue l'exercice d'un tel pouvoir. L'expression «il n'y a pas eu sélection de personnes aux fins de nomination» peut raisonnablement être interprétée comme signifiant qu'il n'y a pas eu sélection parmi un plus grand nombre de gens pour un nombre limité de postes. Plus exactement, chaque poste a fait l'objet d'une reclassification ascendante lorsque le titulaire a rempli les conditions et que la nomination d'un titulaire à son poste reclassé n'amoindrit pas les chances de nomination du titulaire d'un autre poste à son propre poste reclassé.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 10, 21(1).

#### d LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), chap. P-33, art. 10, 21(1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Yergeau v. Public Service Commission Appeal Board*, [1978] 2 F.C. 129; (1978), 22 N.R. 514 (C.A.).

#### e JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Yergeau c. Le comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*, [1978] 2 C.F. 129; (1978), 22 N.R. 514 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Kennedy v. Public Service Commission (Can.)* (1988), 25 F.T.R. 184 (F.C.T.D.); *Nenn v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 631; (1981), 122 D.L.R. (3d) 577; 36 N.R. 487; *Sorobey v. Canada (Public Service Commission Appeal Board)*, [1987] 1 F.C. 219; (1986), 72 N.R. 318 (C.A.); *Keenan v. Canada (Public Service Commission)*, [1989] 3 F.C. 643; (1989), 27 F.T.R. 160; 100 N.R. 232 (C.A.); *Blagdon v. Public Service Commission*, [1976] 1 F.C. 615 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Pearce*, [1989] 3 F.C. 272; (1989), 99 N.R. 338 (C.A.).

#### f

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Kennedy c. Commission de la Fonction publique (Can.)* (1988), 25 F.T.R. 184 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Nenn c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 631; (1981), 122 D.L.R. (3d) 577; 36 N.R. 487; *Sorobey c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique)*, [1987] 1 C.F. 219; (1986), 72 N.R. 318 (C.A.); *Keenan c. Canada (Commission de la Fonction publique)*, [1989] 3 C.F. 643; (1989), 27 F.T.R. 160; 100 N.R. 232 (C.A.); *Blagdon c. Commission de la Fonction publique*, [1976] 1 C.F. 615 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Pearce*, [1989] 3 C.F. 272; (1989), 99 N.R. 338 (C.A.).

#### COUNSEL:

*Andrew J. Raven* for applicant.  
*Geoffrey Lester and Marie-Claude Turgeon* for respondent.

#### AVOCATS:

*Andrew J. Raven* pour le requérant.  
*Geoffrey Lester et Marie-Claude Turgeon* pour l'intimée.

#### SOLICITORS:

*Soloway, Wright*, Ottawa, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

#### PROCUREURS:

*Soloway, Wright*, Ottawa, pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

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

STRAYER J.:

### Relief Requested

This is an application for *certiorari* to quash a decision of the Public Service Commission delivered on July 10, 1989 which determined that the applicant's opportunity for advancement had not been prejudicially affected by the reclassification of certain positions in the Department of Energy, Mines and Resources; and for *mandamus* requiring the Commission to decide that question again in accordance with the requirements of section 21 of the *Public Service Employment Act*.<sup>1</sup>

### Facts

The applicant is employed at the Canada Centre for Mapping, part of the Department of Energy, Mines and Resources, in Ottawa. He is employed as a cartographic technologist and occupies a position classified at the DD-04 level. To the extent that the factual background is relevant, there seems to be no disagreement as to what actually happened. The applicant had been employed for some time at the Canada Centre for Mapping along with twenty-three other cartographic technologists, all in positions classified DD-04. In about 1983 the centre acquired new computerized mapping equipment and offered training in respect of it to those who were interested and willing to accept shift-work. The applicant takes the position that at that time he was unable to accept shift-work with the result that he did not get training. He states that he later requested training and it was refused him. The other twenty-three cartographic technologists in question each took training and as they completed their training they received acting pay at the DD-05 level. In 1988 the positions of these twenty-three technologists were all classified as DD-05 and on July 28, 1988 the Public Service Commission gave notice of the appointment without competition of the twenty-three incumbents of DD-04 positions to their respective reclassified positions now at the DD-05 level. Shortly thereafter the applicant requested an

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. P-33 which is the same in substance as the comparable section in the previous Act which was in force when most of the relevant events occurred.

*Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par*

LE JUGE STRAYER:

### a La réparation demandée

Il s'agit d'une demande visant à obtenir un bref de *certiorari* qui annulerait la décision par laquelle la Commission de la fonction publique a, le 10 juillet 1989, statué que les chances d'avancement du requérant n'avaient pas été amoindries par la reclassification de certains postes au sein du ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources, et un bref de *mandamus* enjoignant à la Commission de trancher de nouveau cette question conformément aux exigences de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*<sup>1</sup>.

### Les faits

Le requérant travaille au Centre canadien de cartographie du ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources, à Ottawa, en tant que technologue en cartographie classé DD-4. Pour ce qui est des faits de base, il semble qu'il n'y ait pas désaccord quant à ce qui s'est réellement passé. Le requérant avait travaillé pendant quelque temps au Centre canadien de cartographie avec vingt-trois autres technologues en cartographie, tous classés DD-4. Vers 1983, le Centre a acquis un nouvel équipement de cartographie informatisé, et il a offert de former ceux qui s'intéressaient au travail posté et acceptaient de travailler par roulement. Le requérant prétend que, à cette époque, il ne pouvait accepter un tel travail, ce qui fait qu'il n'a pas reçu de formation. Selon lui, il a plus tard demandé à recevoir la formation mais on la lui a refusée. Les vingt-trois autres technologues en cartographie en question ont chacun suivi des cours d'entraînement, et ils ont reçu une rémunération provisoire au niveau DD-5. En 1988, les postes de ces vingt-trois technologues ont tous été reclassés DD-5 et, le 28 juillet 1988, la Commission de la fonction publique a annoncé la nomination sans concours des vingt-trois titulaires des postes DD-4 à leur poste reclassifié respectif qui est maintenant au niveau DD-5. Peu de temps après, le requérant a demandé à la Commission de donner un avis, comme l'exige l'article 21 de la *Loi sur l'emploi*

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), chap. P-33 qui ressemble essentiellement à l'article comparable figurant dans la Loi antérieure qui était en vigueur lors de la survenance des événements pertinents.

opinion from the Commission, as required by section 21 of the *Public Service Employment Act* as a precondition to an appeal by him to an appeal board. Subsection 21(1) of that Act which is identical in substance to the provision current when the applicant first requested the Commission's opinion, provides as follows:

21. (1) Where a person is appointed or is about to be appointed under this Act and the selection of the person for appointment was made from within the Public Service, every unsuccessful candidate, in the case of selection by closed competition, or, in the case of selection without competition, every person whose opportunity for advancement, in the opinion of the Commission, has been prejudicially affected, may, within such period as the Commission prescribes, appeal against the appointment to a board established by the Commission to conduct an inquiry at which the person appealing and the deputy head concerned, or their representatives, shall be given an opportunity to be heard.

On September 30, 1988 the Commission stated its opinion that the opportunity for advancement of the applicant had not been prejudicially affected by the appointment without competition of the other twenty-three cartographic technologists to DD-05 positions. The reason given for that opinion was as follows:

It was clearly established that the requestor does not meet a basic requirement of the positions in question. His opportunity for advancement cannot be considered as prejudicially affected by the appointments of other individuals to positions for which he is not qualified.

The applicant sought *certiorari* and *mandamus* in this Court and such was granted by my colleague Martin J. on December 21, 1988.<sup>2</sup> Martin J. concluded that the Commission had erred in law in deciding whether the applicant was qualified for the positions in question. He held that in the circumstances the Commission was [at page 186]:

... exercising the jurisdiction which should properly be exercised by the appeal board and not by the Commission.

He therefore quashed the decision and directed that the Commission "render its opinion in accordance with the law" [at page 186].

In the course of his reasons Martin J. observed [at page 186]:

In this case, 23 similarly classified co-workers of the applicant were appointed to related positions at higher classification

<sup>2</sup> *Kennedy v. Public Service Commission (Can.)* (1988), 25 F.T.R. 184 (F.C.T.D.).

*dans la fonction publique* à titre de condition préalable à un appel qu'il saisirait un comité d'appel. Le paragraphe 21(1) de cette Loi, qui ressemble essentiellement à la disposition en vigueur à l'époque où le requérant a demandé pour la première fois l'avis de la Commission, est ainsi rédigé:

21. (1) Tout candidat non reçu à un concours interne ou, s'il n'y a pas eu concours, toute personne dont les chances d'avancement sont, selon la Commission, amoindries par une nomination interne, déjà effective ou en instance, peut, dans le délai imparti par la Commission, en appeler devant un comité chargé par celle-ci de faire une enquête, au cours de laquelle l'appelant et l'administrateur général en cause, ou leurs représentants, ont l'occasion de se faire entendre.

Le 30 septembre 1988, la Commission a exprimé l'avis que les chances d'avancement du requérant n'avaient pas été amoindries par la nomination sans concours des vingt-trois autres technologues en cartographie aux postes de niveau de classification DD-5. Elle a motivé son avis en ces termes:

[TRADUCTION] Il a été clairement établi que l'auteur de la demande ne respecte pas une des exigences fondamentales du poste en question. On ne peut considérer que la nomination d'autres personnes à des postes pour lesquels il ne possède pas les qualités requises a amoindri ses chances d'avancement.

Le requérant s'est adressé à cette Cour pour demander un bref de *certiorari* et un bref de *mandamus*, et mon collègue le juge Martin les lui a accordés le 21 décembre 1988<sup>2</sup>. Le juge Martin a conclu que la Commission avait commis une erreur de droit en tranchant la question de savoir si le requérant avait les qualités requises pour les postes en question. Il a jugé que, dans les circonstances, la Commission avait [à la page 186]:

... exercé la compétence qui devrait à juste titre être exercée par le comité d'appel et non par la Commission.

Il a donc annulé la décision et il a enjoint à la Commission de «donner un avis conforme à la loi» [à la page 186].

Dans ses motifs, le juge Martin a fait cette remarque [à la page 186]:

En l'espèce, 23 compagnons de travail possédant la même classification que le requérant ont été nommés sans concours à

<sup>2</sup> *Kennedy c. Commission de la Fonction publique (Can.)* (1988), 25 F.T.R. 184 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

levels without competition. In my view the Commission had no need to go further than to consider those facts in order to determine, not whether the applicant should or should not have been appointed to one of those positions, but the prejudice which may or may not have been caused to the applicant as a result of those appointments without competition . . .

The Commission reconsidered the matter and by letter of July 10, 1989 advised the applicant of its opinion, dated June 23, 1989, that it still considered that his opportunity for advancement had not been prejudicially affected by the appointment of the twenty-three appointees. The reason given for this opinion was as follows:

The reclassification of these employees was based solely on individual performance within their own positions rather than an upgrade of the twenty-three specific positions; therefore, there has not been a selection of persons for appointment.

The applicant has brought this proceeding to have the June, 1989 opinion of the Commission quashed on the ground that the Commission erred in law or exceeded its jurisdiction in giving such opinion. The applicant characterizes the second opinion as involving either a conclusion that the applicant was not qualified for the positions to which his twenty-three colleagues were appointed, or that their elevation to the rank of DD-05 did not constitute an "appointment" and therefore does not come within the language of subsection 21(1) of the *Public Service Employment Act*. The applicant contends that the Commission had no authority under that subsection to decide either of those matters. The Commission contends that it did not purport to decide such matters by the opinion which it formulated on June 23, 1989: instead, it says that it decided that the applicant was not prejudicially affected because there was no limit on the number of positions to be reclassified. That is, the reclassification of each position and the appointment thereto of the incumbent depended on the qualifications of the particular incumbent of that DD-04 position and thus the applicant suffered no disadvantage in the non-reclassification of his position by the fact that the positions of twenty-three of his colleagues were reclassified to DD-05.

#### Issues

The essential issues here are:

des postes connexes de niveaux de classification plus élevés. À mon avis, il suffisait à la Commission de tenir compte de ces faits pour se prononcer, non pas sur la question de savoir si le requérant aurait dû ou non être nommé à l'un de ces postes, mais sur la question du préjudice qu'a pu ou non subir le requérant en raison de ces nominations sans concours . . .

La Commission a réexaminé la question et, par lettre en date du 10 juillet 1989, elle a informé le requérant de son avis, en date du 23 juin 1989, selon lequel elle estimait toujours que ses chances d'avancement n'avaient pas été amoindries par la nomination des vingt-trois titulaires. Elle a justifié son avis en ces termes:

[TRADUCTION] La reclassification de ces employés reposait uniquement sur le rendement individuel au sein de leur propre poste plutôt que sur une élévation des vingt-trois postes particuliers. Il n'y a donc pas eu sélection de personnes aux fins de nomination.

Le requérant a intenté la présente action pour faire annuler l'avis exprimé par la Commission en juin 1989, invoquant le motif que celle-ci a commis une erreur de droit ou a outrepassé sa compétence en donnant un tel avis. Le requérant considère le second avis comme comportant une conclusion que le requérant n'avait pas les qualités requises pour les postes auxquels ses vingt-trois collègues avaient été nommés, ou que leur élévation au niveau de DD-5 ne constituait pas une « nomination » et n'est donc pas visée par le texte du paragraphe 21(1) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. Le requérant fait valoir que ce paragraphe n'autorisait pas la Commission à trancher l'une ou l'autre de ces questions. La Commission prétend qu'elle n'a pas voulu trancher ces questions par l'avis qu'elle avait exprimé le 23 juin 1989, et qu'elle a plutôt décidé que les chances d'avancement du requérant n'avaient pas été amoindries parce que le nombre de postes à reclasser n'était nullement limité. Cela veut dire que la reclassification de chaque poste et la nomination du titulaire à ce poste dépendaient des qualifications du titulaire particulier de ce poste DD-4, et que par conséquent le requérant, son poste n'ayant pas fait l'objet d'une reclassification, n'a nullement été désavantagé par le fait que les postes des vingt-trois de ses collègues avaient été reclassés pour être au niveau de DD-5.

#### j Les points litigieux

En l'espèce, les points litigieux essentiels sont:

- (1) What is the role of the Public Service Commission under subsection 21(1) of the *Public Service Employment Act*?
- (2) Can the opinion of the Commission formulated on June 23, 1989 and issued July 10, 1989 be characterized as within that role?

1) Quel est le rôle de la Commission de la fonction publique sous le régime du paragraphe 21(1) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*?

2) Peut-on qualifier l'avis exprimé par la Commission le 23 juin 1989 et qu'elle a envoyé le 10 juillet 1989 de conforme à ce rôle?

### Conclusions

The respective responsibilities under subsection 21(1) of the Commission and of an appeal board are not well defined.

At the outset one can assume that both are bound to respect the fundamental principle stated in section 10 of the Act that:

10. Appointments to or from within the Public Service shall be based on selection according to merit . . .

whether they are made with or without competition. If one took literally the words of subsection 21(1) requiring the Commission, when requested, to give an opinion as to whether a given person's "opportunity for advancement . . . has been prejudicially affected" by a selection without competition, and if one ignored the other words of the subsection, one could attribute to the Commission a plenary power to decide whether the merit principle had been applied. That is, the Commission could address all matters such as whether there had indeed been an "appointment" and whether the person in question was better qualified for that appointment than the person who was in fact appointed. These decisions could all be seen as part of a determination as to whether that person ever had an "opportunity for advancement". One who never had the necessary talent for the job could not be "prejudicially affected". Nor could he be prejudiced by an "appointment" if there has not, in law, been an "appointment". But such a broad interpretation would make meaningless the provision for hearing before an appeal board.

It is also apparent that there must be some functional difference between the giving of an opinion by the Commission and the determination

### b Les conclusions

Les responsabilités respectives, en vertu du paragraphe 21(1), de la Commission et d'un comité d'appel ne sont pas bien définies.

c Au départ, on peut présumer que ces deux organismes sont liés par le principe fondamental énoncé à l'article 10 de la Loi selon lequel:

10. Les nominations internes ou externes à des postes de la fonction publique se font sur la base d'une sélection fondée sur le mérite . . .

d qu'elles soient effectuées avec ou sans concours. Si l'on interprétait littéralement les mots du paragraphe 21(1) qui exigent de la Commission, lorsqu'on le lui demande, de donner son avis sur la question de savoir si les «chances d'avancement [d'une personne particulière] sont . . . amoindries» par une sélection sans concours, et si l'on faisait abstraction des autres mots du paragraphe, on pourrait attribuer à la Commission un pouvoir absolu, celui de décider si le principe du mérite a été appliqué. Dans ce sens, la Commission pourrait aborder toutes les questions telles que celle de savoir s'il y a eu en fait «nomination» et si la personne en question était mieux qualifiée pour cette nomination que la personne qui a dans les faits été nommée. On pourrait considérer ces décisions comme faisant partie d'une décision sur la question de savoir si cette personne a déjà eu une «chance d'avancement». On ne pourrait dire de celui qui n'a jamais eu le talent nécessaire pour le travail que ses chances d'avancement sont «amoindries». Ses chances d'avancement ne sauraient être amoindries par une nomination s'il n'y a pas eu, en droit, «nomination». Mais une interprétation large de ce genre ferait que la disposition prévoyant une audience devant un comité d'appel serait dénuée de sens.

j Il appert également qu'il doit y avoir une différence fonctionnelle entre le fait pour la Commission de donner un avis et le fait pour un comité

of an appeal by an appeal board. The Commission in issuing an opinion has been held to perform an administrative function in which it is expected to exercise its expertise.<sup>3</sup> On the other hand, appeal boards are regarded as exercising quasi-judicial functions. Thus subsection 21(1) specifically provides for the right of the appellant to be heard by the appeal board whereas he has no such statutory right to be heard by the Commission in respect of the issue of an opinion by it under that subsection. The Federal Court of Appeal has underlined the need for the appeal board to give an appellant a fair hearing, including the right to cross-examine witnesses called on behalf of the deputy head in opposition to the appeal.<sup>4</sup> The Court of Appeal has attributed to appeal boards exclusive jurisdiction over fundamental questions such as whether the filling of a position is an "appointment" within the meaning of the section.<sup>5</sup> The Court of Appeal has also stated that the essential question for an appeal board to determine is whether the selection of the successful candidate has been made in accordance with the merit principle,<sup>6</sup> and that in doing so it can take a broad look at the circumstances leading up to the selection (such as a temporary assignment to the position in question having been made of the successful candidate for several months prior to a competition, and the nature of the questions put to the candidates by the selection board).<sup>7</sup>

If there is any unifying concept to define the jurisdiction of the appeal board, as opposed to that of the Commission, under subsection 21(1) it would appear to be that it should be for the boards to decide disputed questions of fact pertinent to a determination as to whether the merit principle has been applied in the making of an appointment. This is demonstrated, for example, in the decision of the Federal Court of Appeal in the *Keenan* case. There the Court held that it was for the appeal

d'appel de trancher un pourvoi. Il a été jugé que la Commission, en donnant son avis, s'acquittait d'une fonction administrative dans laquelle on s'attend à ce qu'elle fasse usage de ses connaissances<sup>3</sup>.  
 a D'autre part, les comités d'appel sont considérés comme exerçant des fonctions quasi judiciaires. Ainsi donc, le paragraphe 21(1) prévoit expressément le droit de l'appelant de se faire entendre devant le comité d'appel alors que la Loi ne prévoit  
 b pas qu'il peut se faire entendre par la Commission à l'égard d'un avis que celle-ci exprime en vertu de ce paragraphe. La Cour d'appel fédérale a souligné la nécessité pour le comité d'appel de donner à un appelant une audience équitable, notamment le  
 c droit de contre-interroger les témoins cités pour le compte du sous-chef pour s'opposer à l'appel<sup>4</sup>. La Cour d'appel a attribué aux comités d'appel le pouvoir exclusif d'examiner les questions fondamentales telles que celle de savoir si le fait de  
 d pourvoir à un poste est une «nomination» au sens de l'article<sup>5</sup>. La Cour d'appel a également statué que la question principale soumise à un comité d'appel est de savoir si le choix du candidat reçu a été effectué conformément au principe du mérite<sup>6</sup>,  
 e et que, en le faisant, il peut examiner généralement les circonstances conduisant au choix (par exemple une affectation provisoire du candidat retenu au poste en question ayant été effectuée plusieurs mois avant la tenue d'un concours, et la nature des  
 f questions posées aux candidats par le jury de sélection)<sup>7</sup>.

S'il existe un concept unificateur permettant de définir le pouvoir du comité d'appel, par opposition  
 g à celui de la Commission, sous le régime du paragraphe 21(1), il semblerait qu'il devrait incomber aux comités de trancher les questions de fait contestées qui se rapportent à la décision de savoir si  
 h le principe du mérite a été appliqué dans une nomination. On peut en trouver un exemple dans l'arrêt *Keenan* de la Cour d'appel fédérale. Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'il appartenait au

<sup>3</sup> *Nenn v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 631, at p. 637.

<sup>4</sup> See e.g. *Sorobey v. Canada (Public Service Commission Appeal Board)*, [1987] 1 F.C. 219 (C.A.), at p. 221.

<sup>5</sup> *Keenan v. Canada (Public Service Commission)*, [1989] 3 F.C. 643 (C.A.).

<sup>6</sup> *Blagdon v. Public Service Commission*, [1976] 1 F.C. 615 (C.A.), at p. 618.

<sup>7</sup> *Canada (Attorney General) v. Pearce*, [1989] 3 F.C. 272 (C.A.).

<sup>3</sup> *Nenn c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 631, à la p. 637.

<sup>4</sup> Voir p. ex. *Sorobey c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique)*, [1987] 1 C.F. 219 (C.A.), à la p. 221.

<sup>5</sup> *Keenan c. Canada (Commission de la Fonction publique)*, [1989] 3 C.F. 643 (C.A.).

<sup>6</sup> *Blagdon c. Commission de la Fonction publique*, [1976] 1 C.F. 615 (C.A.), à la p. 618.

<sup>7</sup> *Canada (Procureur général) c. Pearce*, [1989] 3 C.F. 272 (C.A.).

board to determine whether a secondment or assignment amounted to an "appointment" and Mahoney J.A. writing for the Court stated:

The jurisprudence makes it amply clear that either may, or may not, be an appointment depending on the particular circumstances, *vid. Canada (Attorney General) v. Brault*, [1987] 2 S.C.R. 489; *Doré v. Canada*, [1987] 2 S.C.R. 503; and *Lucas v. Canada (Public Service Commission Appeal Board)*, [1987] 3 F.C. 354 (C.A.). I cite these decisions only to demonstrate that the question is an arguable one very much dependent on the circumstances of each case.

In my respectful opinion, the Act does not authorize the Commission to make that decision. Its authority, in the relevant circumstances, is limited by section 21 to the formation and expression of an opinion as to whether the staffing action taken or proposed has prejudicially affected the opportunity for advancement of a person seeking to appeal. If put in issue, the question whether or not that staffing action was or will be an appointment is a matter to be decided by the appeal board. If it decides that the staffing action entailed no appointment, it will have decided that it is without jurisdiction to proceed but that is its decision to be made after the required hearing, not a decision to be reached by the Commission following investigation.<sup>8</sup>

While this of course involves a certain interpretation of the law as well, it appears that fairly disputable questions of fact should be determined by an appeal board after a fair hearing in which both parties may participate.

Thus it appears that the role of the Commission under subsection 21(1) in respect of appointments made without competition is of a relatively limited nature. It is apparent that the Commission is to act as a screening mechanism to identify those who ought to be seen as having sufficient standing to challenge the appointment that has been made on the basis of an alleged departure from the merit principle. This includes, among other things, a determination whether in law the would-be-appellant can show that he has lost some advantage even if all that he alleges is true. I respectfully agree with the decision of my colleague Martin J., who quashed the first opinion rendered by the commission on September 30, 1988 in respect of this applicant on the basis that the Commission had no authority under subsection 21(1) to determine whether the applicant was qualified for the position in question. That is clearly an issue potentially involving the relative qualifications of the

<sup>8</sup> *Supra*, note 5, at p. 646.

comité d'appel de déterminer si un détachement ou affectation équivalait à une « nomination », et le juge Mahoney, J.C.A., qui rédigeait l'arrêt de la Cour, s'est prononcé en ces termes:

<sup>a</sup> La jurisprudence est claire à ce sujet: tous deux peuvent constituer ou non une nomination, selon les circonstances; voir notamment *Canada (Procureur général) c. Brault*, [1987] 2 R.C.S. 489; *Doré c. Canada*, [1987] 2 R.C.S. 503; et *Lucas c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique)*, [1987] 3 C.F. 354 (C.A.). Je n'évoque ces décisions <sup>b</sup> que pour illustrer que la question n'est pas réglée et qu'elle dépend grandement des circonstances de chaque cas.

J'estime, avec égards, que la Loi ne permet pas à la Commission de prendre cette décision. Dans les circonstances, l'article 21 ne confère à la Commission que le pouvoir de former et d'exprimer un avis sur la question de savoir si la mesure de dotation en personnel qui a été prise ou est sur le point de l'être <sup>c</sup> a amoindri les chances d'avancement de la personne qui interjette appel. Si elle fait l'objet du litige, la question de savoir si la mesure de dotation était ou sera une nomination relève du comité d'appel. Si celui-ci estime que la mesure ne constituait pas une nomination, il conclura qu'il n'a pas compétence pour <sup>d</sup> entendre l'appel, mais c'est au comité de rendre cette décision après audition de l'affaire et non à la Commission, après enquête<sup>8</sup>.

<sup>e</sup> Certes, une certaine interprétation du droit s'impose à cet égard; mais il semble que les questions de fait suffisamment discutables doivent être tranchées par un comité d'appel après la tenue d'une audience à laquelle les deux parties peuvent participer.

<sup>f</sup> Il appert donc que le rôle de la Commission sous le régime du paragraphe 21(1) à l'égard des nominations faites sans concours est, par nature, relativement restreint. Il est évident que la Commission <sup>g</sup> doit faire fonction de mécanisme de présélection pour relever ceux qui devraient être considérés comme ayant la qualité suffisante pour contester la nomination qui a été effectuée à raison d'une prétendue dérogation au principe du mérite. À cet <sup>h</sup> égard, il s'agit notamment de déterminer si, en droit, le prétendu appelant peut rapporter la preuve qu'il a perdu un avantage même si tout ce qu'il allègue est vrai. Avec égards, je suis d'accord avec la décision de mon collègue, le juge Martin, <sup>i</sup> qui a annulé le premier avis exprimé par la Commission le 30 septembre 1988 à l'égard du requérant à l'instance pour le motif que la Commission ne tenait pas du paragraphe 21(1) le pouvoir de déterminer si le requérant avait les qualités requises pour occuper le poste en question. À l'évidence, <sup>j</sup>

<sup>8</sup> *Supra*, renvoi 5, à la p. 646.

applicant and his twenty-three colleagues, a matter on which he should be entitled to a fair hearing before an appeal board. But there are other more objective questions which may properly be determined by the Commission.

Without attempting to define the category of decisions left to the Commission, I believe it has the power in the exercise of its expertise to form the opinion that where the appointment complained of is non-exclusive (i.e. one which in no way limits the possibility of other similar appointments to other similarly reclassified positions) then persons not appointed to that position can not in law be regarded as prejudicially affected. If any content is to be given to the power granted to the Commission in subsection 21(1) to form an opinion, it seems to me that this at least must be within that power. I also derive support for this conclusion from the decision of the Court of Appeal in *Yergeau v. Public Service Commission Appeal Board*<sup>9</sup> where it was held that the Commission could not fulfill its responsibilities under subsection 21(1) by adopting a general regulation implying that where a person is appointed to a reclassified position which he occupied prior to its reclassification this would be deemed not to have prejudicially affected the opportunity for advancement of any other person. Instead, it was held that such a decision had to be taken individually by the Commission with respect to any person seeking to appeal, and the Court of Appeal specifically referred that question back to the Commission for its opinion. That question was essentially identical to the one facing the Commission in the present case.

Further, I believe that the second opinion formulated by the Commission in this matter of June 23, 1989 can be characterized as an exercise of such a power. While the language of the reasons for the opinion is somewhat ambiguous, I think it is reasonable to interpret the words

... there has not been a selection of persons for appointment

<sup>9</sup> [1978] 2 F.C. 129 (C.A.).

il s'agit d'une question susceptible de mettre en cause les qualifications respectives du requérant et de ses vingt-trois collègues, question à l'égard de laquelle il devrait avoir droit à une audience équitable devant un comité d'appel. Mais il existe d'autres questions plus objectives que la Commission peut trancher de façon appropriée.

Sans tenter de définir la catégorie de décisions que la Commission peut prendre, j'estime qu'elle a le pouvoir, en faisant usage de ses connaissances, de former une opinion selon laquelle, lorsque la nomination reprochée est sans exclusion (c.-à-d. celle qui ne limite nullement la possibilité d'autres nominations semblables à d'autres postes pareillement reclassés), on ne peut dire que, en droit, les chances d'avancement des personnes qui n'ont pas été nommées à ce poste ont été amoindries. Si le pouvoir que tient la Commission du paragraphe 21(1) de former une opinion doit avoir un sens, il me semble qu'elle soit à tout le moins habilitée à tirer cette conclusion. À mon avis, cet argument se trouve également étayé par l'arrêt que la Cour d'appel a rendu dans l'affaire *Yergeau c. Le comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*<sup>9</sup>, où il a été jugé que la Commission ne pouvait s'acquitter de ses responsabilités en vertu du paragraphe 21(1) en adoptant un règlement général qui laisse entendre que lorsqu'une personne est nommée à un poste reclassé qu'il a occupé antérieurement à sa reclassification, ce fait serait considéré comme n'ayant pas amoindri les chances d'avancement d'une autre personne. Au lieu de cela, il a été statué qu'une telle décision devait être prise dans chaque cas individuel par la Commission, et la Cour d'appel a expressément renvoyé cette question à la Commission pour qu'elle forme son opinion. Cette question est essentiellement identique à celle dont est saisie la Commission en l'espèce.

De plus, j'estime qu'on peut qualifier le second avis formé à cet égard par la Commission le 23 juin 1989 d'exercice d'un tel pouvoir. Bien que le texte des motifs de l'avis soit quelque peu ambigu, j'estime qu'il est raisonnable d'interpréter les mots

[TRADUCTION] ... il n'y a pas eu sélection de personnes aux fins de nomination

<sup>9</sup> [1978] 2 C.F. 129 (C.A.).

in the context to mean that there has not been a selection among a larger number of people for a limited number of posts. Rather, each position has been reclassified upward where the incumbent met the requisite requirements and the appointment of one incumbent to his reclassified position does not affect the opportunity for appointment of the incumbent of another position to his own position as reclassified.

Notwithstanding the submissions of the applicant, I do not accept that the Commission ignored the opinion of Martin J. that it need go no further than consider that twenty-three similarly classified workers were appointed to reclassified positions and the applicant was not. The Commission obviously has now considered those uncontroverted facts but has concluded that in law they do not demonstrate any prejudicial affectation of the applicant's opportunities for the reclassification of his position and his appointment thereto.

It must be remembered at all times that an application for judicial review is not an appeal and the Court is not at liberty to substitute its own opinion on the facts for that of the authority being reviewed. I am satisfied that the Commission has not misdirected itself on the permissible legal interpretation of subsection 21(1) or as to its jurisdiction under that subsection. There is therefore no basis for quashing the decision.

#### Disposition

The application is therefore dismissed with costs.

dans le contexte pour dégager le sens qu'il n'y a pas eu sélection parmi un plus grand nombre de gens pour un nombre limité de postes. Plus exactement, chaque poste a fait l'objet d'une reclassification ascendante lorsque le titulaire a rempli les conditions requises et que la nomination d'un titulaire à son poste reclassé n'amointrit pas les chances de nomination du titulaire d'un autre poste à son propre poste reclassé.

b Malgré les arguments invoqués par le requérant, je ne conviens pas que la Commission n'ait pas tenu compte de l'opinion du juge Martin selon laquelle il suffisait de considérer que vingt-trois employés possédant la même classification que le requérant avaient été nommés à des postes reclassés et que celui-ci ne l'avait pas été. À l'évidence, la Commission a alors examiné ces faits constants, mais elle conclut que, en droit, ils n'amointrissent nullement les chances du requérant en ce qui concerne la reclassification de son poste et sa nomination à celui-ci.

e Il faut toujours se rappeler qu'une demande de contrôle judiciaire n'est pas un appel, et qu'il n'est pas loisible à la Cour de substituer sa propre opinion sur les faits à celle de l'autorité qui fait l'objet d'un contrôle. Je suis convaincu que la Commission ne s'est pas fourvoyée dans l'interprétation juridique permise du paragraphe 21(1) ni quant à son pouvoir sous le régime de ce paragraphe. En conséquence, rien ne justifie d'annuler sa décision.

#### La décision

g La demande est donc rejetée avec dépens.