

T-2608-95

T-2608-95

Attorney General of Canada (*Applicant*)Procureur général du Canada (*requérant*)

v.

c.

S. Bates (*Respondent*)S. Bates (*intimée*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. BATES (T.D.)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) c. BATES (1^{re} INST.)

Trial Division, Campbell J.—Ottawa, January 14 and April 9, 1997.

Section de première instance, juge Campbell—Ottawa, 14 janvier et 9 avril 1997.

Public Service — Selection process — Merit principle — Role and function of P.S.C. Appeal Board on hearing appeal of employee not reappointed to term position for failing written knowledge examination though having successful performance record for five years — Appeal Board justified in concluding employee should be reassessed under knowledge factor with due regard to qualifications demonstrated by performance record — Merit principle to be applied in recognition of contextual realities — Purpose of appeal to expose, correct errors in application of standards having effect of undermining merit principle — Merit principle must be cognizant of, and responsive to, history of case, life situation of individuals involved.

Fonction publique — Procédure de sélection — Principe du mérite — Rôle et fonction du comité d'appel de la C.F.P. lorsqu'il entend l'appel d'une employée qui n'a pas été reconduite dans son poste à durée déterminée parce qu'elle a échoué à un examen écrit malgré le fait qu'elle a eu un excellent dossier de rendement pendant cinq ans — Le comité d'appel était justifié de conclure que l'employée devait être réévaluée pour ce qui était du facteur des connaissances en tenant dûment compte de sa compétence démontrée par ses dossiers de rendement — Le principe du mérite doit être appliqué en tenant compte des réalités contextuelles — L'appel a pour but de révéler et de corriger les erreurs commises dans l'application de normes qui ont pour effet de saper le principe de la sélection au mérite — En appliquant le principe du mérite, on doit être conscient de la réalité critique des faits de l'affaire et de la situation personnelle des personnes en cause et, au besoin, y réagir.

The respondent had been employed, on a term basis, for five years by Employment and Immigration Canada as a client service representative at the Toronto Telecentre, and had a successful performance record. The Department conducted a selection process to choose, from among employees whose contracts were about to expire, those who would be offered new term appointments. The respondent failed two written knowledge examinations and was accordingly found unqualified for reappointment.

L'intimée avait été engagée pour une période déterminée (cinq ans) par Emploi et Immigration Canada à titre de représentante du service à la clientèle au Téléc centre de Toronto. Elle avait un excellent dossier de rendement. Le Ministère a suivi une procédure de sélection dans le but de choisir, parmi les fonctionnaires dont le contrat était sur le point d'expirer, ceux à qui il offrirait une nouvelle nomination pour une période déterminée. Le Ministère a jugé que l'intimée ne remplissait pas les conditions requises pour être reconduite dans ses fonctions en raison du fait qu'elle avait échoué à deux examens écrits portant sur ses connaissances.

A first Public Service Commission Appeal Board decision concluded that the assessment was invalid and did not conform to the merit principle. The Appeal Board stated that greater importance should have been given to the completely favourable performance reports and little importance to two less favourable subsequent monitoring reports generated shortly following the initial pilot stages of a new monitoring system which suggested that respondent's knowledge had deteriorated and revealed an overall drop of service. The Appeal Board also stated that it was incumbent upon the selection board to address the contra-

Dans une première décision, le comité d'appel de la Commission de la fonction publique du Canada a conclu que l'évaluation était invalide et qu'elle ne respectait pas le principe du mérite. Le comité d'appel a déclaré qu'on aurait dû accorder une plus grande importance aux rapports de rendement entièrement favorables et peu d'importance aux deux rapports de contrôle subséquents moins favorables qui avaient été rédigés peu de temps après les étapes de rodage initial du nouveau système de contrôle et qui affirmaient que les connaissances de l'intimée s'étaient détériorées et qui constataient une baisse générale de

diction between the respondent's performance reviews and her failure on the written examination. The Appeal Board concluded that the respondent should be reassessed under the knowledge factor with due regard to her demonstrated qualifications in the performance of the duties of the position.

The new selection board assessed the respondent's qualifications on the basis of her performance reports, monitoring reports, and her performance on the two written knowledge examinations, and found her unqualified with respect to the knowledge qualification.

The second Appeal Board faulted the second selection board for repeating the first board's error in not reconciling its assessment of the respondent against the knowledge qualification with the performance reports. The selection board was also faulted for using the unfavourable monitoring reports as assessment tools because there was sufficient doubt as to their reliability as to render their use inappropriate. The Appeal Board also faulted the selection board for using the written knowledge examinations since they were now out of date. The second Appeal Board decision thus effectively reinforced the earlier one.

This was an application for judicial review of the second Appeal Board decision. The main issue was the role and function of an appeal board of the Public Service Commission of Canada. Essentially, the applicant argued that so long as everyone is judged in exactly the same way whatever assessment tools are used, and regardless of whether the results seem fair, the merit principle has been properly applied and an appeal board should not interfere.

Held, the application should be dismissed, with costs.

Although the Federal Court of Appeal in *Charest v. Attorney General of Canada*, [1973] F.C. 1217, stated that the right of appeal under section 21 of the Public Service Employment Act was not meant to protect the appellant's rights, but to prevent an appointment being made contrary to the merit principle, it also endorsed the corrective approach adopted by the Appeal Board which voided the result of a competition which was, in its opinion, so organized as to be of questionable validity. The essential point to be taken from that case is not only that the merit principle is the guiding feature of the selection process, but also that it is to be applied recognizing contextual realities. That decision also endorsed the ability of an appeal board to be critical in the exercise of its obligations.

Le comité d'appel a également déclaré qu'il incombait au jury de sélection de résoudre la contradiction entre les rapports d'examen du rendement de l'intimée et son échec à l'examen écrit. Le comité d'appel a conclu que l'intimée devait être réévaluée pour ce qui était du facteur des connaissances en tenant dûment compte de sa compétence manifeste dans l'exécution des fonctions du poste.

Le nouveau jury de sélection a évalué les compétences de l'intimée en fonction de ses rapports de rendement, des rapports de contrôle de son travail et de ses résultats aux deux examens écrits de connaissances, et a conclu qu'elle ne remplissait pas les conditions requises au chapitre des connaissances.

Le second comité d'appel a reproché au second jury de sélection d'avoir répété l'erreur du premier jury en ne conciliant pas son évaluation des connaissances de l'appelante avec les rapports de rendement. Il a également reproché au second jury de sélection d'avoir utilisé comme outils d'évaluation les rapports de contrôle défavorables, au motif qu'il y avait suffisamment de doutes au sujet de leur fiabilité pour les écarter. Le comité d'appel a en outre reproché au jury de sélection d'avoir utilisé comme outils d'évaluation les examens écrits, étant donné qu'ils n'étaient plus à jour. La seconde décision d'appel a donc eu pour effet de renforcer la première.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du second comité d'appel. Le litige tourne principalement autour du rôle et de la fonction d'un comité d'appel de la Commission de la fonction publique du Canada. Le requérant soutenait essentiellement que le principe du mérite est correctement appliqué et que le comité d'appel ne doit pas intervenir aussi longtemps que chacun est jugé exactement de la même façon, peu importe les outils d'évaluation qui sont utilisés et indépendamment de la question de savoir si les résultats semblent justes.

Jugement: la demande doit être rejetée avec dépens.

Bien que, dans l'arrêt *Charest c. Procureur général du Canada*, [1973] C.F. 1217, la Cour d'appel fédérale ait déclaré que le droit d'appel prévu à l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* n'a pas pour but de protéger les droits de l'appelant, mais d'empêcher qu'une nomination soit faite au mépris du principe de la sélection au mérite, elle a également souscrit à la conception corrective retenue par le comité d'appel, qui avait annulé le résultat d'un concours qui lui paraissait avoir été organisé de telle façon qu'on pouvait douter de sa valeur. L'idée essentielle que l'on doit retenir de cet arrêt est non seulement que le principe du mérite est le principe directeur du processus de sélection, mais que, pour l'appliquer, on doit tenir compte des réalités contextuelles. Dans cet arrêt, la Cour a également souscrit à l'idée que, pour remplir ses obligations, le comité d'appel peut formuler des critiques.

To adopt the proposition contended for by the applicant, that the appeal process is not corrective, would be to narrow its function to the point of making it useless. The purpose of an appeal is to expose and correct errors in the application of standards which have the effect of undermining the principle of selection by merit. To expose and correct errors is not to attack merit, but rather to protect it as a concept. It is entirely within the proper role of an appeal board to identify an error, and be instructive by saying what should be done to rectify the situation at hand, and what to do, or not to do, to avoid making the same error in the future. The merit principle must be cognizant of, and where necessary responsive to, the critical reality of the history of the case and the life situation of the individuals involved.

To properly apply the merit principle, the selection boards should have ascertained why the respondent scored so poorly on her written examinations. If some disability was the cause, it might very well be that an accommodation in the testing process would have to be made.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, Tariff B (as am. by SOR/95-282, s. 5).
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 10(1),(2) (as enacted by S.C. 1992, c. 54, s. 10), 21 (as am. *idem*, s. 16).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Charest v. Attorney General of Canada*, [1973] F.C. 1217; (1973), 2 N.R. 288 (C.A.).

APPLICATION for judicial review of a Public Service Commission Appeal Board decision allowing the respondent's appeal from a selection board decision that she was unqualified for reappointment to a term position at a Government Department because she had failed a written knowledge examination. Application dismissed.

En souscrivant à l'idée du requérant suivant laquelle le processus d'appel ne constitue pas une mesure corrective, on limiterait à tel point son rôle qu'on le rendrait inutile. L'appel a pour but de révéler et de corriger les erreurs commises dans l'application de normes qui ont pour effet de saper le principe de la sélection au mérite. En révélant et en corrigeant des erreurs, on n'attaque pas le principe du mérite, mais on le protège en tant que concept. Il relève parfaitement du rôle et de la fonction d'un comité d'appel de mettre le doigt sur les erreurs et de formuler des recommandations en précisant les mesures qui devraient être prises pour corriger la situation en cause et ce qui doit être fait ou ne pas être fait pour éviter que la même erreur ne se répète à l'avenir. En appliquant le principe du mérite, on doit être conscient de la réalité critique des faits de l'affaire et de la situation personnelle des personnes en cause et, au besoin, y réagir.

Pour bien appliquer le principe du mérite, les jurys de sélection auraient dû chercher à savoir pourquoi l'intimée avait obtenu une note aussi faible à ses examens écrits. Si ces mauvais résultats étaient attribuables à une déficience quelconque, il se pourrait fort bien qu'on doive prendre des mesures lors de l'examen pour tenir compte de sa situation.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 10(1),(2) (édicte par L.C. 1992, ch. 54, art. 10), 21 (mod., *idem*, art. 16).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, tarif B (mod. par DORS/95-282, art. 5).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

- Charest c. Procureur général du Canada*, [1973] C.F. 1217; (1973), 2 N.R. 288 (C.A.).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un comité d'appel de la Commission de la fonction publique a accueilli l'appel interjeté par l'intimée d'une décision par laquelle un jury de sélection avait jugé qu'elle ne remplissait pas les conditions requises pour être reconduite dans son poste à durée déterminée au sein d'un ministère du gouvernement parce qu'elle avait échoué à un examen écrit portant sur ses connaissances. La demande est rejetée.

COUNSEL:

Dogan D. Akman for applicant.
Andrew J. Raven for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Raven, Jewitt & Allen, Ottawa, for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

1 CAMPBELL J.: This judicial review focusses upon two federal government employment appeal decisions prompted by the respondent Ms. Suzanne Bates for the reasons that, although recognized as doing a fine job during her almost five years as a client service representative for Human Resources Canada, she was considered unqualified for reappointment to the position because she failed a two-hour written qualification examination.

2 The first of the appeal decisions (the Preto decision) set out reasons for why the process and decision making was flawed in allowing this “unacceptable result”. The second appeal decision (the Rosenbaum decision), which is under review here, effectively reinforced the Preto decision, and in so doing, was critical of the selection process which responded to the Preto decision and which allowed the “unacceptable result” to continue. It is from this criticism that the grounds for attacking the Rosenbaum decision are alleged to arise by way of judicial review under section 18.1 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)].

3 This is a case with precedent value but little practical value to Ms. Bates. As will be seen in the outline of the facts, the chain of events against

AVOCATS:

Dogan D. Akman pour le requérant.
Andrew J. Raven pour l’intimée.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.
Raven, Jewitt & Allen, Ottawa, pour l’intimée.

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

1 LE JUGE CAMPBELL: La présente instance en contrôle judiciaire concerne deux décisions d’appel relatives à des postes au sein de l’administration fédérale. Ces deux décisions découlaient du fait que malgré que l’on reconnaissait qu’elle avait fait un excellent travail au cours de la période de presque cinq ans où elle avait travaillé comme représentante au service à la clientèle à Ressources humaines Canada, on jugeait que M^{me} Suzanne Bates ne remplissait pas les conditions requises pour être reconduite dans ses fonctions en raison du fait qu’elle avait échoué à un examen écrit de deux heures.

2 La première des décisions d’appel (la décision Preto) exposait les motifs pour lesquels la procédure de sélection et le processus de prise de décision étaient défectueux puisqu’ils avaient abouti à un [TRADUCTION] «résultat inacceptable». La seconde décision d’appel (la décision Rosenbaum), qui fait l’objet du présent contrôle judiciaire, a eu pour effet de renforcer la décision Preto. Ce faisant, elle critiquait la procédure de sélection qui avait été suivie en réponse à la décision Preto et qui avait permis au «résultat inacceptable» susmentionné de continuer. C’est de cette critique que les moyens invoqués pour contester la décision Rosenbaum découleraient dans la présente demande de contrôle judiciaire fondée sur l’article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)].

3 La présente décision est susceptible de faire jurisprudence, mais a peu de valeur pratique pour M^{me} Bates. Ainsi que l’exposé des faits le démontrera, la

which Ms. Bates has fought in this case was started with an appeal board decision which preceded the Preto decision and, by the time it was rendered, was academic because the two employees who had instigated it had already been reappointed as was their goal. The decision, however, caused actions to be taken which generated the two subsequent appeal decisions. Before Appeal Board Chairperson, Mr. A. H. Rosenbaum, commenced hearing the appeal, the three appointments which Ms. Bates contested in launching that appeal had expired and, in fact, the three people concerned had been reappointed to new employment terms, thus making the appeal entirely moot. It is from that moot decision that this review has been initiated.

série d'événements contre lesquels M^{me} Bates s'est battue en l'espèce a été déclenchée par une décision que le comité d'appel a rendue avant le prononcé de la décision Preto et qui était devenue sans objet au moment où elle a été rendue, étant donné que les deux employés qu'elle visait avaient déjà été reconduits dans leurs fonctions, conformément à leur désir. La décision a toutefois donné lieu à la prise de certaines mesures qui ont provoqué les deux décisions d'appel ultérieures. Avant que le président du comité d'appel, M. A. H. Rosenbaum, ne commence l'audition de l'appel, les trois nominations que M^{me} Bates contestait en interjetant l'appel en question étaient venues à expiration et, de fait, les trois personnes concernées avaient été reconduites dans leurs fonctions à de nouvelles conditions d'emploi, ce qui rendait l'appel sans objet. C'est cette décision sans objet que la présente instance en contrôle judiciaire vise.

4 At the opening of the hearing Mr. Akman, counsel for the applicant, was candid in saying that the reason the application is being brought is that, after all that has occurred in this case, the applicant does not want to be left with the precedent set by the Rosenbaum decision. In attacking the decision many discrete arguments have been made, but they all go to the same issue: What is the role and function of an appeal board of the Public Service Commission of Canada?

4 À l'ouverture de l'audience, l'avocat du requérant, M^e Akman, a déclaré en toute franchise que la raison pour laquelle la présente demande était introduite était que, vu la série d'événements qui s'étaient produits dans la présente affaire, le requérant ne voulait pas être lié par le précédent créé par la décision Rosenbaum. De nombreux moyens distincts ont été invoqués pour contester la décision, mais ils concernent tous la même question: quels sont le rôle et la fonction d'un comité d'appel de la Commission de la fonction publique du Canada?

5 The applicant argues that an appeal board's sole statutory function is to conduct an inquiry to determine whether an impugned selection process, and its outcome, are in accordance with the concept of relative merit. Therefore, it is argued that an appeal board is precluded from substituting its function for those of the alternate redress mechanisms available in the Public Service. That is, the appeal board does not possess the statutory authority to right a "bad" decision of a redress mechanism so long as that decision is made in accordance with the merit principle. As will be seen in the examination of the Preto and Rosenbaum decisions, both decision makers were critical and instructive in their efforts. The applicant argues that to be so is an error in law.

5 Le requérant affirme que la seule fonction que la loi attribue à un comité d'appel est de faire enquête pour déterminer si un processus de sélection contesté, et son issue, sont conformes au concept du mérite relatif. Il soutient en conséquence que la procédure du comité d'appel ne saurait remplacer les autres recours qui sont ouverts aux employés de la fonction publique. En d'autres termes, le comité d'appel ne possède pas le droit légal de corriger une «mauvaise» décision résultant de l'exercice d'un recours si cette décision respecte le principe du mérite. Ainsi qu'il ressortira de l'examen des décisions Preto et Rosenbaum, les deux personnes qui ont rendu ces décisions ont formulé des critiques et des recommandations dans leur décision. Le requérant affirme

As will be detailed in the following analysis, I do not agree.

A. The Basic History

6 The history of Ms. Bates' experience with the Public Service Commission of Canada appointment process is highly detailed, but must be reviewed to provide the context in which the Rosenbaum decision was made.

7 In early 1994, *Employment and Immigration Canada*, which is now *Human Resources Canada* (the Department), conducted a selection process in order to select, among employees whose contracts for their positions were about to expire, those who would be offered new term appointments in their positions of Customer Service Representative at the Unemployment Insurance Telecentre in Toronto. After reviewing each employee's quarterly monitoring reports prepared by their supervisors in Toronto, the manager of the Telecentre, Ms. Linda Brant, offered new contracts to 49 of the 52 employees for the period April 1, 1994 to September 30, 1994. Ms. Bates was selected and reappointed.

8 As a result of the selection process, two of the three employees who were not reappointed appealed pursuant to section 21 of the *Public Service Employment Act* [R.S.C., 1985, c. P-33 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 16)]. The two employees, Ammirante and Strain, were reappointed prior to the appeal being heard. Thus, all but one of the 52 employees were reappointed. Despite this, the two employees continued with their appeal. On August 19, 1994, Appeal Board Chairperson, J. R. Ojalammi, concluded that the appeal should be allowed on the basis that:

1. The Department failed to establish a statement of qualification for the staffing process;

qu'elles ont de ce fait commis une erreur de droit. Ainsi que je l'expliquerai en détail dans l'analyse qui suit, je ne suis pas de son avis.

A. Genèse de l'instance

6 Le récit des événements vécus par M^{me} Bates en ce qui concerne le processus de nomination de la Commission de la fonction publique est très long. Il faut cependant l'examiner pour comprendre le contexte dans lequel la décision Rosenbaum a été rendue.

7 Au début de l'année 1984, *Emploi et Immigration Canada*, qui s'appelle maintenant *Ressources humaines Canada* (le Ministère), a suivi une procédure de sélection dans le but de choisir, parmi les fonctionnaires dont le contrat était sur le point d'expirer, ceux à qui il offrirait une nomination pour une période déterminée relativement à leur poste de représentant du service à la clientèle au Téléc centre de l'assurance-chômage à Toronto. Après avoir examiné les rapports trimestriels de contrôle qui avaient été établis pour chacun des employés en question par leurs supérieurs de Toronto, la directrice du Téléc centre, M^{me} Linda Brant, a offert de nouveaux contrats à 49 des 52 employés pour la période du 1^{er} avril 1994 au 30 septembre 1994. M^{me} Bates a été choisie et reconduite dans ses fonctions.

8 Par suite du processus de sélection, deux des trois employés qui n'avaient pas été reconduits dans leurs fonctions ont interjeté appel en vertu de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* [L.R.C. (1985), ch. P-33 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 16)]. Or, les deux employés en question, Ammirante et Strain, ont été reconduits dans leurs fonctions avant que leur appel ne soit entendu. Ainsi, les 52 employés ont tous été reconduits dans leurs fonctions, à l'exception d'un seul. Malgré tout, les deux employés en question ne se sont pas désistés de leur appel. Le 19 août 1994, le président du comité d'appel, M. J. R. Ojalammi, a conclu que l'appel devait être accueilli pour les motifs suivants:

1. Le Ministère n'avait pas rédigé d'énoncé de qualités dans le cadre du processus de dotation;

2. The Department appeared to view the process as an administrative function and the assessments conducted did not allow for differentiation between candidates according to merit; and

3. The Department had failed to properly disclose the monitoring reports to the appellants' representatives.

9 The Department recognized the absence of merit in the first selection process. Between April and July 1994, the Department conducted a new closed competition in which all the employees of the Toronto region were entitled to participate and compete for appointments to anticipated future vacancies, on an indeterminate, determinate, and acting basis.

10 In September 1994, the Public Service Commission determined that the second selection process, being a closed competition, constituted appropriate remedial action for the difficulties identified by the Appeal Board in the decision concerning the employees Ammirante and Strain. After this closed competition, Ms. Bates was one of two employees who did not qualify, as her written knowledge examination conducted in May was 6 points short of the passing grade.

11 From August to September 1994, the Staffing Programs Branch of the Public Service Commission initiated further corrective measures with respect to the five contract employees who did not apply to the closed competition, and the two who applied to the closed competition but failed to qualify. Ms. Bates was in this latter category. In September 1994, the seven employees were assessed anew by a selection board with selection tools of "equal or comparable value" to those used in the second closed competition. The selection board, composed of three members, including Ms. Brant, the manager of the Telecentre, assessed the qualifications of the seven candidates by means of a written examination, and the abilities, skills and personal suitability of the candidates were assessed by means of reference

2. Le Ministère semblait considérer le processus comme une fonction administrative et les évaluations effectuées ne tenaient pas compte des différences qui existaient entre les candidats selon leur mérite;

3. Le Ministère n'avait pas régulièrement divulgué les rapports de contrôle aux représentants des appellants.

Le Ministère a reconnu que le principe du mérite n'avait pas été respecté dans le premier processus de sélection. Entre avril et juillet 1994, le Ministère a tenu un nouveau concours interne auquel tous les employés de la région de Toronto avaient le droit de participer et de se porter candidat pour de futurs postes à pourvoir pour une période indéterminée, pour une période déterminée ou à titre intérimaire.

En septembre 1994, la Commission de la fonction publique a estimé que le second processus de sélection, qui était un concours interne, constituait une mesure corrective appropriée pour remédier aux difficultés signalées par le comité d'appel dans la décision rendue au sujet des fonctionnaires Ammirante et Strain. Au terme de ce concours interne, M^{me} Bates était l'une des deux employés qui ne remplissaient pas les conditions requises, étant donné qu'il lui manquait six points pour obtenir la note de passage à l'examen écrit portant sur ses connaissances.

Aux mois d'août et de septembre 1994, la Direction générale des programmes de dotation de la Commission de la fonction publique a pris d'autres mesures correctives relativement aux cinq contractuels qui ne s'étaient pas inscrits au concours interne et aux deux employés qui s'étaient inscrits au concours interne mais qui ne remplissaient pas les conditions requises. M^{me} Bates faisait partie de cette dernière catégorie. En septembre 1994, les sept employés ont été évalués de nouveau par un jury de sélection au moyen d'outils de sélection [TRADUCTION] «de valeur égale ou comparable» à ceux qui avaient été utilisés lors du second concours interne. Le jury de sélection, qui était composé de trois personnes, dont M^{me} Brant, la directrice du Télécen- tre, a évalué les titres de compétence des sept candi-

checks and monitoring reports. Ms. Bates and three other candidates failed to attain the passing mark in the written knowledge examination. Ms. Bates failed the second written knowledge examination with a score of 113/200 against the pass mark of 140/200, with her deficit thereby increasing from 6 to 27 points.

Les compétences, les capacités et les qualités personnelles des candidats ont été évaluées par la vérification des références et par l'examen de rapports de contrôle. M^{me} Bates et trois autres candidats n'ont pas obtenu la note de passage au test écrit de connaissances. M^{me} Bates a échoué au second test écrit de connaissances avec une note de 113 sur 200, alors que la note de passage était de 140 sur 200. Le nombre de points qui lui manquaient pour atteindre la note de passage est donc passé de six à 27.

12 Ms. Bates and the other three candidates who failed appealed the appointment of the three successful candidates pursuant to section 21 of the *Public Service Employment Act*. While the other three appellants ultimately abandoned their appeals, Ms. Bates proceeded with hers and argued that the written examination was not a reliable assessment of her qualification under the knowledge factor. Ms. Bates alleged that the selection board erred in failing to reconcile her performance on the second written examination with the selection board members' personal knowledge that she had a successful performance record for nearly five years. Given that Ms. Bates had been reappointed to her position for several terms, she alleged that this performance record did not align with her poor performance on her written examinations.

M^{me} Bates et les trois autres candidats qui ont échoué ont interjeté appel en vertu de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* de la décision de nommer les trois candidats reçus. Les trois autres appelants se sont finalement désistés de leur appel, mais M^{me} Bates a poursuivi son appel et a fait valoir que l'examen écrit ne constituait pas une évaluation fiable de sa compétence sur le plan de ses connaissances. M^{me} Bates a affirmé que les membres du jury de sélection avaient commis une erreur en n'interprétant pas ses résultats au second examen écrit en tenant compte du fait qu'ils étaient personnellement au courant du fait qu'elle avait un excellent rendement depuis près de cinq ans. Compte tenu du fait qu'elle avait été reconduite dans ses fonctions à plusieurs reprises, M^{me} Bates faisait valoir que ses mauvais résultats aux examens écrits contredisaient son rendement.

B. The Preto Decision

B. La décision Preto

13 Ms. Anna E. Preto heard Ms. Bates' appeal, and on April 21, 1995, found in her favour. Ms. Preto concluded that there were several reasons why this assessment was invalid and did not conform to the "merit" principle.

M^{me} Anna E. Preto a entendu l'appel de M^{me} Bates et, le 21 avril 1995, elle lui a donné gain de cause. M^{me} Preto a conclu qu'il y avait plusieurs motifs pour lesquels l'évaluation susmentionnée était invalide et ne respectait pas le principe du «mérite».

14 First, after reviewing the evidence, Ms. Preto concluded that Ms. Brant should have also relied on the Performance Review and Employee Appraisal (PREA) reports for Ms. Bates. About the performance reviews, Ms. Preto said: "[they] represent detailed documentary evidence of an in-depth assessment of the [Ms. Bates'] on-the-job performance of the duties of positions identical to that under

En premier lieu, après avoir examiné la preuve, M^{me} Preto a conclu que M^{me} Brant aurait également dû se fier aux rapports d'évaluation et d'examen du rendement concernant M^{me} Bates. Au sujet des examens de rendement, M^{me} Preto a déclaré: [TRADUCTION] «Ils représentent des éléments de preuve documentaire détaillés portant sur une évaluation en profondeur du rendement de M^{me} Bates au travail

appeal. . . the PREA's can only be characterized as completely favourable, containing numerous references to the monitoring of the complainant's performance in providing client service on the telephones."¹ The reviews were completely favourable and showed degrees of excellence ranging from 95% to 100%.

- 15 About this evidence, Ms. Preto added the following remark:

Clearly the department had not refuted the appellant's [Ms. Bates'] highly favourable performance record, nor its indisputable link to the duties of the position under appeal, nor the fact that the requisite Knowledge qualifications are implicit in such a high level of performance.²

- 16 Second, Ms. Preto was not convinced by the two subsequent monitoring reports which suggested that Ms. Bates' knowledge had deteriorated. The subsequent performance reviews were generated shortly following the initial "pilot" stages of the new monitoring system, during which an overall drop of service was detected.

- 17 Third, Ms. Preto expressed concern about use of advice that Mr. George Collins, Chief, Consultant Services, Central and Southwestern Ontario Region, Staffing Programs Branch, Public Service Commission, had given that the qualifications of the candidates should be assessed by means of selection tools of "comparable or equal value" to those previously utilized in the closed competition. She said:

Based on the department's own explanation of what it understood Mr. Collins' advice to mean, it would appear that somewhere along the line, "of comparable or equal value" turned into "identical". On the basis of Mr. Collins' own testimony, "identical" was not the advice that he had given to the department. That being the case, I can only conclude that the department either misunderstood or ignored Mr. Collins' advice on how to proceed in the instant selection process.³

pour des fonctions identiques à celles qui sont visées par le présent appel . . . les rapports ne peuvent être qualifiés que d'entièrement favorables et on y mentionne à plusieurs reprises qu'on a contrôlé le rendement de la plaignante en ce qui concerne la prestation de services à la clientèle au téléphone»¹. Les examens étaient entièrement favorables et indiquaient des degrés d'excellence variant de 95 pour 100 à 100 pour 100.

- Au sujet de cet élément de preuve, M^{me} Preto a 15 ajouté la remarque suivante:

[TRADUCTION] De toute évidence, le Ministère n'a pas contredit le dossier de rendement très favorable de l'appelante [M^{me} Bates], ni le lien incontestable qui existe entre les fonctions qu'elle exerçait et celles du poste visé par l'appel, ni le fait qu'il est implicite que la personne qui a un aussi bon rendement possède les qualités requises sur le plan des connaissances².

- En second lieu, M^{me} Preto n'a pas été convaincue 16 par les deux rapports de contrôle subséquents qui affirmaient que les connaissances de M^{me} Bates s'étaient détériorées. Les rapports de contrôle subséquents avaient été rédigés peu de temps après les étapes «pilotes» initiales du nouveau système de contrôle au cours desquelles une baisse générale de service avait été constatée.

- En troisième lieu, M^{me} Preto a exprimé des réserves 17 au sujet de l'utilisation qui avait été faite d'un conseil donné par M. George Collins, chef des Services de consultation, Région du Centre et du Sud-Ouest de l'Ontario, à la Direction générale des programmes de dotation de la Commission de la fonction publique. M. Collins avait suggéré que les titres de compétence des candidats soient évalués au moyen d'outils de sélection de «valeur comparable ou égale» à ceux qui avaient déjà été utilisés pour le concours interne. M^{me} Preto a déclaré:

[TRADUCTION] Compte tenu de l'explication que le Ministère lui-même a donnée au sujet de ce qu'il croyait que le conseil de M. Collins voulait dire, il semblerait qu'en cours de route, le critère des outils de «valeur comparable ou égale» se soit transformé en celui des outils «identiques». Suivant son propre témoignage, M. Collins n'a jamais conseillé au Ministère d'utiliser des outils de sélection «identiques». Dans ces conditions, force m'est de conclure soit que le Ministère a mal compris le conseil

que M. Collins a donné au sujet de la façon de procéder pour le processus de sélection en cause, soit qu'il n'en a pas tenu compte³.

18 Finally, Ms. Preto stated her opinion that it was incumbent upon the selection board to address the contradiction between Ms. Bates' performance reviews and her failure on the written examination as follows:

Which brings me to the main concern that this hearing has brought to light. I find it completely unacceptable that the appellant, having been continuously employed and reappointed in the same location to positions identical to the position under appeal for five (5) years (give or take a few days), by Ms. Brant (in her capacity as Manager of the UNIT), and told by that same Manager (in her capacity as PREA Review Committee), that she is doing a fine job, could be told, by that same Ms. Brant (now in her capacity as Selection Board chairperson), on the basis of a two (2) hour exam, that she is suddenly not qualified for appointment to the position. In spite of her protestations to the contrary, which I find less than convincing, Ms. Brant clearly had access to and knowledge of the appellant's track record, and must have realized that the situation with regard to the appellant was completely contradictory, and quite simply made no sense within the context of merit. That being the case, in my view, it was then incumbent upon Ms. Brant, as part of the Selection Board, given her personal knowledge of the appellant, to address the apparent contradiction between the appellant's proven successful track record and her failure in the written examination, with a view to reconciling it. That Ms. Brant and the rest of the Selection Board clearly failed to do, possibly as a result of poor and/or ambiguous advice. However, that does not detract from the responsibility which in my opinion the Selection Board had, under the circumstances, to deliberate the matter further.⁴

19 The following passage shows that Ms. Preto was instructive in granting the appeal by giving clear guidelines for what she expected should be done in order to correct the errors found:

In *Halbert* the Appeal Board provides an insight into the type of deliberations which would be appropriate in such circumstances. I believe that it would be helpful to the department to quote from this decision, although I would like to preface the quote by saying that the examples

18 Finalement, M^{me} Petro s'est dite d'avis qu'il incombaît au jury de sélection de résoudre la question de la contradiction qui existait entre les rapports d'examen du rendement de M^{me} Bates et son échec à l'examen écrit. Voici en quels termes elle s'est exprimée:

[TRADUCTION] Ce qui m'amène à la principale question que la présente audience a mise en lumière. Je trouve tout à fait inacceptable qu'ayant été constamment engagée et reconduite par M^{me} Brant (en sa qualité de directrice du service) au même endroit dans des fonctions identiques à celles du poste visé par l'appel pendant cinq (5) ans (à quelques jours près) et que s'étant fait dire par la même gestionnaire (en sa qualité de membre du comité d'examen des rapports d'évaluation et d'examen du rendement) qu'elle faisait un excellent travail, l'appelante se fasse dire par la même M^{me} Brant (cette fois-ci en sa qualité de présidente du jury de sélection), sur le fondement d'un examen de deux (2) heures, qu'elle ne remplit soudainement plus les conditions requises pour être nommée à ce poste. Malgré ses protestations, que je trouve loin d'être convaincantes, M^{me} Brant avait de toute évidence accès à la feuille de route de l'appelante et connaissait ses antécédents professionnels, et elle doit s'être aperçue que les renseignements relatifs à l'appelante étaient totalement contradictoires et tout simplement entièrement illogiques dans le contexte du principe du mérite. Dans ces conditions, j'estime qu'il incombaît alors à M^{me} Brant, en sa qualité de membre du jury de sélection et compte tenu de sa connaissance personnelle de l'appelante, de résoudre la contradiction qui existait entre les excellents antécédents avérés de l'appelante et son échec à l'examen écrit. Or, M^{me} Brant et les autres membres du jury de sélection ne l'ont tout simplement pas fait, à cause des conseils mauvais ou ambigus qu'ils ont reçus. Cela ne dégage cependant nullement le jury de sélection de la responsabilité qu'il avait, dans ces circonstances, d'examiner la question plus à fond⁴.

19 Il ressort du passage suivant que M^{me} Preto a effectivement donné des directives en accueillant l'appel en précisant bien ce qui devait être fait, selon elle, pour corriger les erreurs constatées:

[TRADUCTION] Dans la décision *Halbert*, le comité d'appel donne un aperçu du type de délibérations qui conviendraient dans un cas pareil. J'estime qu'il est utile de citer des extraits de cette décision pour le bénéfice du Ministère. J'aimerais toutefois introduire cette citation en préci-

contained therein should not be taken as an exhaustive list. In *Halbert*, the discrepancy existed between the appellant's track record and her performance during a selection interview:

. . . Having noted that the Rating Board was aware that its findings with respect to the appellant's qualifications were at odds with other established facts, I find it surprising that the Rating Board did not feel it necessary to investigate the matter further. In fact, I consider that the Rating Board acted irresponsibly in intentionally ignoring the evidence before it which pointed out that the appellant's immediate supervisor, who had spent four months observing her day-to-day performance of the advertised duties, had found her to be 'fully satisfactory'. Before concluding that the appellant was unqualified for the position, it seems to me that the Rating Board would want to find out, for example, if the supervisor's appraisal of the appellant was unreliable; if he had used qualifications or standards significantly different from the ones used by the Rating Board; if he had felt that he had not had enough time to appraise her; if the appellant was still going through a protracted period of training since she was still on probation; or if the work environment and management's expectations in Selkirk were different from those in Winnipeg. In my view, these considerations and others that could be mustered, may have reasonably accounted for the apparent inconsistency between the appellant's 'track record' and her performance at the interview. In acting as it did, the Rating Board deprived itself of valuable pertinent information on which to make an intelligent staffing decision.

After all, surely the whole point of using the interview as a selection tool is not to determine how a candidate will perform at an interview, but rather to provide the Rating Board with sufficient information to enable it to make some predictions respecting the candidates' [*sic*] likelihood of success in performing the duties of the advertised job. (p. 7)

I can find no reason to distinguish the instant case from the above-cited. With regard to the instant appeal, I am not convinced that the appellant's qualifications were fairly and fully taken into account by the Selection Board. In sum, I conclude that the appellant's representative has cast sufficient doubt on the Selection Board's assessment of the appellant's qualifications under the Knowledge factor in this selection process so as to impugn it.⁵

sant que les exemples qui y sont cités ne devraient pas être considérés comme exhaustifs. Dans la décision *Halbert*, la divergence constatée était celle qui existait entre les antécédents de l'appelante et son rendement à l'entrevue de sélection:

[TRADUCTION] . . . Ayant constaté qu'il était conscient du fait que ses conclusions sur les titres de compétence de l'appelante contredisaient d'autres faits établis, je trouve étonnant que le comité de cotation n'ait pas jugé nécessaire de faire enquête plus à fond sur la question. De fait, j'estime que le comité de cotation a agi de façon irresponsable en ignorant délibérément des éléments de preuve qui avaient été portés à sa connaissance et qui permettaient de penser que le supérieur immédiat de l'appelante, qui avait consacré quatre mois à observer le rendement quotidien de l'appelante dans les fonctions annoncées, avait jugé ce rendement «entièrement satisfaisant». Il me semble qu'avant de conclure que l'appelante ne possédait pas les qualités requises pour le poste, le comité de cotation aurait dû déterminer, par exemple, si l'évaluation que le supérieur avait faite de l'appelante était fiable ou non, s'il avait retenu des titres de compétence ou des normes très différentes de celles qui avaient été utilisées par le comité de cotation, s'il avait estimé qu'il n'avait pas disposé de suffisamment de temps pour l'évaluer, si l'appelante se trouvait encore dans une période de formation prolongée, étant donné qu'elle était encore à l'essai ou si le milieu de travail et les attentes de la direction de Selkirk étaient différents de ceux de Winnipeg. À mon avis, ces considérations, ainsi que d'autres facteurs auxquels on peut penser, peuvent expliquer la contradiction apparente entre les «antécédents» de l'appelante et son rendement à l'entrevue. En agissant comme il l'a fait, le comité de cotation s'est privé de renseignements précieux et pertinents qui lui auraient permis de rendre une décision intelligente en matière de dotation.

Après tout, tout l'intérêt de l'utilisation de l'entrevue comme outil de sélection n'est pas de déterminer comment un candidat se comportera à l'entrevue, mais bien de fournir au comité de cotation suffisamment de renseignements pour lui permettre de faire des prédictions sur les chances de succès du candidat en ce qui concerne l'exécution des fonctions du poste annoncé. (À la page 7)

Je ne vois aucune raison d'établir une distinction entre la présente espèce et l'affaire précitée. En ce qui concerne le présent appel, je ne suis pas convaincu que le jury de sélection a tenu dûment compte de tous les titres de compétence de l'appelante. En somme, je conclus que le représentant de l'appelante a mis suffisamment en doute l'évaluation que le jury de sélection a faite des titres de compétence de l'appelante dans le présent processus de sélection pour ce qui est du facteur des connaissances pour pouvoir le contester.⁵

20 Accordingly, Ms. Preto concluded that Ms. Bates “should be reassessed under the knowledge factor and, if necessary under the remaining factors with due regard to her demonstrated qualifications in the performance of the duties of the position”.⁶

C. The Response to the Preto Decision

21 In response to the Preto decision, on June 6, 1995, Mr. Collins again became involved and this time directed the following corrective action:

Given the Appeal Board’s decision and remarks, I am directing that a Selection Board be convened to assess the appellant’s [Ms. Bates’] qualifications, beginning with the aggregate of Knowledge. While the tools used for selection are discretionary, the Selection Board must be cognizant of the fact that all available information which they are aware of, is to be considered and integrated into the evaluation of her qualifications.⁷

22 In accordance with this directive, a new selection board was established. The board assessed Ms. Bates’ qualifications on the basis of the following:

1. Information contained in the Performance Review and Employee Appraisal Reports respecting her work performance from October 1989 to October 1994;
2. Monitoring reports of her work from February 1990 to September 1994;
3. Performance on the two written knowledge examinations taken by her in March and September 1994.

23 Because Ms. Bates’ score was 44, the Selection Board found that she did not meet a minimum 70 marks out of 100 marks on the knowledge qualification.

24 On July 4, 1995, Ms. Bates appealed again to the Appeal Board, presenting several arguments regarding the Department’s corrective action. Ms. Bates alleged that:

20 Par conséquent, M^{me} Preto a conclu que M^{me} Bates devait [TRADUCTION] «être réévaluée pour ce qui est du facteur des connaissances et, au besoin, en ce qui concerne les autres facteurs en tenant dûment compte de ses titres de compétence avérés relativement à l’exécution des fonctions du poste»⁶.

C. Réponse à la décision Preto

21 En réponse à la décision *Preto*, M. Collins est de nouveau intervenu le 6 juin 1995 et il a cette fois-ci ordonné la mesure corrective suivante:

[TRADUCTION] Compte tenu de la décision et des observations du comité d’appel, j’ordonne qu’un jury de sélection soit formé pour évaluer les titres de compétence de M^{me} Bates, en commençant par le facteur des connaissances. Bien que les outils utilisés pour la sélection soient discrectionnaires, le jury de sélection doit être conscient du fait qu’il doit tenir compte de tous les renseignements dont il est au courant et du fait qu’il doit les intégrer dans son évaluation de ses qualités⁷.

22 Conformément à cette directive, un nouveau jury de sélection a été constitué. Le jury a évalué les qualités de M^{me} Bates en tenant compte des éléments suivants:

1. Les renseignements contenus dans les rapports d’évaluation et d’examen du rendement de l’appelante entre octobre 1989 et octobre 1994;
2. Les rapports de contrôle de son travail entre février 1990 et septembre 1994;
3. Le rendement de l’appelante aux deux examens écrits de connaissances qu’elle a subis en mars et en septembre 1994.

23 Comme l’appelante avait obtenu la note de 44, le jury de sélection a conclu qu’elle n’avait pas obtenu la note minimale de 70 points sur 100 au chapitre des connaissances.

24 Le 4 juillet 1995, M^{me} Bates a de nouveau interjeté appel devant le comité d’appel. Elle a invoqué plusieurs moyens au sujet des mesures correctives du Ministère. Ainsi, elle a allégué que:

1. The corrective action taken as a result of the Preto decision did not fully take into consideration the grounds upon which the appeal had been allowed in that decision. In particular, the Department failed to reconcile Ms. Bates' favourable performance with the Selection Board's own assessment of her knowledge through other means. The Selection Board did not contact Ms. Brant who had information regarding Ms. Bates' knowledge.
 2. The Selection Board used the two monitoring reports of August and September 1994 as assessment tools even though the Preto decision questioned the reliability of these reports.
 3. The Selection Board used the performance on the two written knowledge examinations which were, at that time, out of date.
 4. The 100% score on the monitoring report from May 1994 indicated a degree of excellence for Ms. Bates which contradicted the results of the written examination administered in that month.
 5. The scoring system used by the Selection Board was flawed, since it viewed her final year as worth 50% of the total marks.
 6. The Selection Board abdicated its duty of assessing Ms. Bates by relying on the assessments of two earlier Selection Boards.
1. La mesure corrective prise par suite de la décision Preto ne tenait pas pleinement compte des motifs pour lesquels l'appel avait été accueilli dans cette décision. En particulier, le Ministère n'avait pas concilié le rendement favorable de M^{me} Bates avec l'évaluation que le jury de sélection avait lui-même faite de ses connaissances par d'autres moyens. Le jury de sélection n'avait pas communiqué avec M^{me} Brant, qui possédait des renseignements au sujet des connaissances de M^{me} Bates.
 2. Le jury de sélection avait utilisé les deux rapports de contrôle d'août et de septembre 1994 comme outils d'évaluation même si, dans la décision Preto, on avait remis en question la fiabilité de ces rapports.
 3. Le jury de sélection avait utilisé les données concernant les résultats de l'appelante aux deux examens écrits portant sur ses connaissances alors que ces examens n'étaient plus à jour, à l'époque.
 4. La note de 100 pour 100 obtenue par M^{me} Bates dans le rapport de contrôle de mai 1994 indiquait un degré d'excellence qui contredisait les résultats de l'examen écrit administré le même mois.
 5. Le système de cotation utilisé par le jury de sélection était fautif, étant donné qu'il considérait que sa dernière année comptait pour la moitié des points.
 6. Le jury de sélection avait manqué à son obligation d'évaluer M^{me} Bates en se fiant aux évaluations de deux jurys de sélection antérieurs.

D. The Rosenbaum Decision

25 In response to Ms. Bates' appeal, on November 7, 1995 Mr. Rosenbaum gave a careful decision, the challenged parts of which are as follows:

However, before providing those reasons, I note that the Appeal Board in the *Bates* case (*supra*) attributed the problems that arose out of the corrective action taken, following the decision in the *Ammirante and Strain* case (*supra*), in part, to Mr. Collins. Accordingly, I would have thought that Mr. Collins would have been very clear in indicating the corrective action to be taken as a result of the decision in the *Bates* case (*supra*) and, in particular, quite specific as to what the new Selection Board should and should not take into consideration, when assessing the

D. La décision Rosenbaum

25 En réponse à l'appel de M^{me} Bates, M. Rosenbaum a, le 7 novembre 1995, rendu une décision soignée dont voici les extraits contestés:

[TRADUCTION] Toutefois, avant d'exposer ces motifs, je tiens à souligner que, dans l'affaire *Bates* (précitée), le comité d'appel a imputé en partie à M. Collins les problèmes découlant de la mesure corrective prise par suite de la décision rendue dans l'affaire *Ammirante et Strain*. En conséquence, j'aurais cru que M. Collins aurait pris le soin de bien préciser la mesure corrective qui devait être prise par suite de la décision *Bates* (précitée) et, en particulier, qu'il aurait bien précisé ce dont le nouveau jury de sélection devait et ne devait pas tenir compte pour évaluer les

appellant's qualifications. However, rather than provide such direction, Mr. Collins choose to indicate, in general terms, what corrective action the new Board should take, i.e., "assess the appellant's qualifications, beginning with the aggregate of Knowledge" and "be cognizant of the fact that all available information which they are aware of, is to be considered and integrated into the evaluation of her qualifications". In my opinion, the absence of such direction resulted in the new Selection Board being left to determine how to implement the corrective action, without any guidance from Mr. Collins. That, in turn, resulted in the Selection Board making some unsound decisions as to the assessment tools to be used, when assessing the appellant against the "Knowledge" qualification, which raises considerable doubt as to whether she was properly assessed against it.

I agree with the appellant that the Board was remiss in not contacting Ms. Brant in order to elicit information about the appellant's "knowledge" insofar as it relates to her performance of the duties of the (CR 4) Client Service Representative position. The Selection Board's failure to do so, resulted in it not reconciling its assessment of the appellant against the "Knowledge" qualification with the favourable Performance Review and Employee Appraisal Reports on her work performance. The Appeal Board in the *Bates* case (*supra*) faulted the previous Selection Board in that regard and find it absolutely amazing that the new one, would commit the same error.

The Selection Board must also be faulted for using the monitoring reports on the appellant's work performance in August and September, 1994, as assessment tools. The comments of the Appeal Board in the *Bates* case (*supra*), coupled with what it noted as Ms. Brant's testimony on that subject, leads me to conclude that there is sufficient doubt as to the reliability of the information in those reports, so as to render them inappropriate tools to be used for an assessment to the appellant's "knowledge".

Likewise, I am of the opinion that the Board should be faulted for using the written examinations that the appellant underwent in May and September, 1994, as assessment tools. Considering that the Selection Board assessed the appellant against the "Knowledge" qualification in June, 1995, I find that her performance on those examinations to be data which is out of date. In other words, I find that the *MacKintosh* case (*supra*) is indeed applicable and that the lapse of time, in both instances, was too long. A further concern is that the assessment of the appellant's "knowledge" on the basis of her performance on the examinations, was made by other Selection Boards and therefore the Selection Board abdicated its responsibility

qualités de l'appelante. Toutefois, au lieu de donner ces directives, M. Collins a choisi d'indiquer en termes généraux la mesure corrective que le nouveau jury devait prendre, c'est-à-dire «évaluer les titres de compétence de l'appelante en commençant par le facteur des connaissances» et «être conscient du fait qu'il doit tenir compte de tous les renseignements dont il est au courant et du fait qu'il doit les intégrer dans son évaluation de ses qualités». A mon avis, faute de directives, le nouveau jury de sélection s'est retrouvé avec la tâche de déterminer comment mettre en application la mesure corrective sans la moindre directive de la part de M. Collins. Cette situation a, à son tour, amené le jury de sélection à rendre des décisions mal fondées au sujet des outils à utiliser pour évaluer l'appelante sur le plan de ses «connaissances», ce qui permet de se demander si celle-ci a été correctement évaluée à ce chapitre.

Je suis d'accord avec l'appelante pour dire que le jury a fait preuve de négligence en ne communiquant pas avec M^{me} Brant pour obtenir des renseignements au sujet des «connaissances» de l'appelante relativement à l'exécution de ses fonctions de représentante du service à la clientèle (CR 4). En raison de cette omission, le jury de sélection n'a pas concilié l'évaluation des «connaissances» de l'appelante avec les rapports favorables d'examen du rendement et d'évaluation qui avaient déjà été établis au sujet de son rendement au travail. Dans l'affaire *Bates* (précitée), le comité d'appel avait conclu que le jury de sélection avait commis une faute à cet égard et je trouve renversant que le nouveau jury de sélection ait commis la même erreur.

Il y a également lieu de reprocher au jury de sélection d'avoir utilisé comme outils d'évaluation les rapports de contrôle portant sur le rendement au travail de l'appelante en août et en septembre 1994. Les commentaires formulés par le comité d'appel dans la décision *Bates* (précitée), ainsi que ses constatations sur le témoignage donné par M^{me} Brant sur la question, m'amènent à conclure qu'il y a suffisamment de doutes au sujet de la fiabilité des renseignements contenus dans ce rapport pour écarter ces outils comme moyen d'évaluation des «connaissances» de l'appelante.

De même, j'estime qu'il y a lieu de reprocher au jury d'avoir utilisé comme outils d'évaluation les examens écrits que l'appelante a subis en mai et en septembre 1994. Compte tenu du fait que le jury de sélection a évalué les «connaissances» de l'appelante en juin 1995, je conclus que ses résultats à ces examens constituent des éléments d'information qui ne sont plus à jour. En d'autres termes, je conclus que la décision *MacKintosh* (précitée) s'applique bel et bien au cas qui nous occupe et que le temps qui s'est écoulé, dans les deux cas, était trop long. Un autre problème qui a été soulevé est le fait que l'évaluation des «connaissances» de l'appelante en fonction de ses résultats aux examens avait déjà été faite par

in basing its assessment of her in that regard, in part, on those assessments.⁸

E. Analysis

26 As mentioned at the outset, the grounds raised for attacking the Rosenbaum decision concern the authority and function of the appeal process under the *Public Service Employment Act* (R.S.C., 1985, c. P-33, as amended) [subsection 10(2) (as enacted by S.C. 1992, c. 54, s. 10)] and from which the following provisions are particularly relevant to this case:

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

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

...

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 by closed competition, every unsuccessful candidate may, within the period provided for by the regulations of the Commission, 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.

27 The first appeal decision rendered by Chairperson Ojalammı on August 19, 1994 was with respect to a process conducted under subsection 10(1), whereas the processes that were appealed resulting in the Preto and Rosenbaum decisions were under subsection 10(2). All appeals, however, were conducted pursuant to the authority of section 21.

d'autres jurys de sélection et qu'en conséquence, le jury de sélection s'est soustrait à ses responsabilités en fondant son évaluation de l'appelante en partie sur ces évaluations⁸.

E. Analyse

Ainsi qu'il a été mentionné dans l'introduction, 26 les moyens qui sont invoqués pour contester la décision Rosenbaum portent sur les pouvoirs et la fonction de la procédure d'appel prévue par la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* (L.R.C. (1985), ch. P-33, modifiée) [le paragraphe 10(2) (édicte par L.C. 1992, ch. 54, art. 10)], dont les dispositions suivantes s'appliquent particulièrement à la présente affaire:

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

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

...

21. (1) Dans le cas d'une nomination, effective ou imminente, consécutive à un concours interne, tout candidat non reçu peut, dans le délai fixé par règlement de la Commission, en appeler de la nomination devant un comité chargé par elle 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.

La première décision d'appel qu'a rendue la présidente Ojalammı le 19 août 1994 concernait un cas relevant du paragraphe 10(1), alors que la procédure qui a fait l'objet d'un appel dans les affaires Preto et Rosenbaum était visée par le paragraphe 10(2). Tous les appels ont cependant été interjetés en vertu de l'article 21. 27

28 With respect to selection according to merit as required under subsection 10(1) and subsection 10(2), the applicant relies upon the following phrase in the Federal Court of Appeal decision of *Charest v. Attorney General of Canada*, [1973] F.C. 1217, at page 1221 as a statement of law which limits the role and function of the Appeal Board:

If a right of appeal is created by section 21, this is not to protect the appellant's rights, it is to prevent an appointment being made contrary to the merit principle.

29 In his argument, Mr. Akman has made it very clear that the applicant takes the position that the phrase stipulates a very narrow role and function to the Appeal Board. In bringing this position to life in his argument about the errors in both the Preto and Rosenbaum decisions, he made the statement that "it wasn't the Appeal Board's business to mess around with the merit principle to rectify an unfair situation,—no one was happy with the way matters turned out, no one wanted her to lose her job, but to say to successful candidates 'we are going to give Bates your job' [is wrong]".⁹

30 On the question about what to say to successful candidates, in his written argument Mr. Akman emphasizes these points: during the hearing Ms. Bates did not question either the validity of the two-hour written knowledge examination as a selection tool or the accuracy of her failing mark; at no time did Ms. Bates' representative allege that the successful candidates were not qualified for the position; and at no time did Ms. Bates' representative allege that Ms. Bates is as well or better qualified than the successful candidates.

31 From the quoted phrase in *Charest*, and the arguments made about it, I take it that the position of the applicant is that the proper administration of the merit principle is accomplished so long as, on applying the exact same criteria, it can be said that the successful candidates are qualified and the unsuccessful candidates are not equally or more qualified. That is, so long as everyone is judged in the exact

28 En ce qui concerne le principe de la sélection au mérite qui est posé aux paragraphes 10(1) et 10(2), le requérant invoque l'extrait suivant du jugement *Charest c. Procureur général du Canada*, [1973] C.F. 1217, à la page 1221, comme énoncé de droit limitant le rôle et la fonction du comité d'appel:

Si l'article 21 prévoit un droit d'appel, ce n'est donc pas pour protéger les droits de l'appelant, c'est pour empêcher qu'une nomination soit faite au mépris du principe de la sélection au mérite.

29 Dans son plaidoyer, M^e Akman a bien précisé que le requérant adoptait le point de vue selon lequel cet extrait ne reconnaît qu'un rôle et qu'une fonction très limités au comité d'appel. Pour bien illustrer sa thèse, M^e Akman a déclaré dans le plaidoyer qu'il a fait sur les erreurs dont sont entachées les décisions Petro et Rosenbaum que [TRADUCTION] «ce n'était pas au comité d'appel de fourrer son nez dans la question du principe du mérite pour rectifier une situation injuste; personne n'est satisfait de la façon dont les choses ont tourné, personne ne voulait qu'elle perde son emploi; mais c'est mal de dire aux candidats reçus: "nous allons donner votre poste à Bates"»⁹.

30 Sur la question de savoir ce qu'on doit dire aux candidats reçus, M^e Akman insiste sur trois points dans son mémoire: à l'audience, M^{me} Bates n'a remis en question ni la validité de l'examen écrit de deux heures portant sur les connaissances comme outil de sélection, ni l'exactitude de sa note, le représentant de M^{me} Bates n'a jamais prétendu que les candidats reçus ne possédaient pas les qualités requises pour le poste, et il n'a jamais prétendu que M^{me} Bates était aussi ou mieux qualifiée que les candidats reçus.

31 Si j'ai bien compris, il ressort de l'extrait précité du jugement *Charest* et des moyens qui ont été invoqués à son sujet que la thèse du requérant est que le principe du mérite est correctement appliqué tant que, en appliquant exactement les mêmes critères, on peut dire que les candidats reçus sont qualifiés et que les candidats non reçus ne sont pas autant ou plus qualifiés. En d'autres termes, aussi long-

same way whatever assessment tools are used, and regardless of whether the results seem fair, the merit principle has been properly applied and the Appeal Board should not interfere.

temps que chacun est jugé exactement de la même façon, peu importe les outils d'évaluation qui sont utilisés, et indépendamment de la question de savoir si les résultats semblent justes, le principe du mérite est correctement appliqué et le comité d'appel ne devrait pas intervenir.

32 I have a great deal of difficulty with this approach, and apparently so did Ms. Preto and Mr. Rosenbaum.

J'ai beaucoup de difficulté à accepter cette thèse, tout comme il semble que cela a été le cas pour M^{me} Preto et M. Rosenbaum. 32

33 First, I agree that *Charest* is binding authority on the role and function of an appeal board, but I do not agree that the above phrase captures the meaning of the decision rendered.

En premier lieu, je suis d'accord pour dire que l'arrêt *Charest* constitue un précédent obligatoire en ce qui concerne le rôle et la fonction d'un comité d'appel, mais je ne suis pas d'accord pour dire que la phrase précitée donne une idée exacte du sens de la décision qui a été rendue. 33

34 In the *Charest* case, Ms. Charest was a candidate for a closed competition which required all candidates to be asked the same questions in their oral interview. After the interviews were completed, Ms. Charest was the highest ranking candidate, but the Appeal Board voided the results of the competition since it found that, before her interview took place, Ms. Charest obtained information about the questions from another candidate who was interviewed before her.

Dans l'affaire *Charest*, M^{me} Charest s'était inscrite à un concours interne qui exigeait que l'on pose les mêmes questions à tous les candidats lors de l'entrevue. Après que les entrevues eurent été terminées, M^{me} Charest était la candidate qui s'était classée au premier rang, mais le comité d'appel avait annulé les résultats du concours après avoir constaté qu'avant son entrevue, M^{me} Charest avait obtenu d'un autre candidat qui avait été reçu en entrevue avant elle des renseignements au sujet des questions qui allaient lui être posées. 34

35 Pratte J.A. in rendering the unanimous judgment of the Court upheld this action, and in so doing made the following statement [at pages 1220-1221], a small part of which is the above-quoted phrase:

Le juge Pratte, J.C.A., a rendu le jugement unanime de la Cour. Il a confirmé cette façon de procéder et, pour ce faire, il a fait la déclaration suivante [aux pages 1220 et 1221], dont la phrase précitée constitue un court extrait: 35

Under section 10 of the *Public Service Employment Act*, "Appointments to . . . the Public Service shall be based on selection according to merit . . ." The holding of a competition is one means provided by the Act to attain the objective of selection by merit. However, it is important to remember that the purpose of section 21 conferring a right of appeal on candidates who were unsuccessful in a competition is also to ensure that the principle of selection by merit is observed. When an unsuccessful candidate exercises this right, he is not challenging the decision which has found him unqualified, he is, as section 21 indicates, appealing against the appointment which has been, or is about to be, made on the basis of the competition. If a right of appeal is created by section 21,

Suivant l'article 10 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, «les nominations à des postes de la Fonction publique . . . doivent être faites . . . selon une sélection établie au mérite». La tenue d'un concours est un des moyens que prévoit la loi pour atteindre cet objectif de la sélection au mérite. Or, il est important de voir que c'est également dans le but d'assurer le respect du principe de la sélection au mérite que l'article 21 accorde un droit d'appel aux candidats qui n'ont pas été reçus à un concours. Lorsqu'un candidat malheureux exerce ce droit, il n'attaque pas la décision qui l'a déclaré non qualifié, il appelle, comme le dit l'article 21, de la nomination qui a été faite ou qui est sur le point d'être faite en conséquence du concours. Si l'article 21 prévoit un droit d'appel, ce

this is not to protect the appellant's rights, it is to prevent an appointment being made contrary to the merit principle. As, in my view, this is what the legislator had in mind in enacting section 21, it seems clear that a Board appointed under this section is not acting in an irregular manner if, having found that a competition was held in circumstances such that there could be some doubt as to its fitness to determine the merit of candidates, it decides that no appointment should be made as a result of that competition. Such a decision may well cause some hardship to qualified candidates who have done nothing wrong. However, aside from the fact that it is not an undue hardship (since candidates can always enter another competition), one cannot admit, in order to avoid this hardship, that appointments be made in the Public Service without ensuring that the merit principle is observed. [Emphasis added.]

36 Thus, I find that the Federal Court of Appeal in *Charest* endorsed the corrective approach adopted by the Appeal Board which "voided the result of a competition which was in its opinion so organized as to be of questionable validity".¹⁰ In doing so, Pratte J.A. in effect gave support to some criticism the Appeal Board had for the selection committee being that "The selection committee did not take the necessary precautions to avoid leaks".¹¹ The essential point to be taken from *Charest* is not only that the merit principle is the guiding feature of the selection process, but its application must be in recognition of contextual realities. The decision is also an endorsement of the ability of the Appeal Board to be critical in the exercise of its obligations.

37 Second, to characterize the Rosenbaum decision as "mucking around with the merit principle" leads me to say two things: it depends on your perspective as to whether an appeal decision is interference or correction; and to adopt the idea that the appeal process is not corrective is to narrow its function to the point of making it useless.

38 In the context of this case, I find that the purpose of an appeal is to expose and correct errors in the application of standards which have the effect of

n'est donc pas pour protéger les droits de l'appelant, c'est pour empêcher qu'une nomination soit faite au mépris du principe de la sélection au mérite. Tel étant le but que, à mon avis, le législateur avait en vue en édictant l'article 21, il m'apparaît clair qu'un comité nommé en vertu de cet article n'agit pas irrégulièrement si, constatant qu'un concours a été tenu dans des conditions telles qu'on puisse douter qu'il permette de juger du mérite des candidats, il décide qu'aucune nomination ne devra être faite suite à ce concours. Une pareille décision peut certes causer un certain préjudice à des candidats qualifiés qui n'ont rien à se reprocher. Mais, outre que ce préjudice est bien minime (puisque les candidats pourront toujours se présenter à un autre concours), il serait anormal d'admettre, pour l'éviter, que des nominations se fassent dans la Fonction publique sans que l'on soit assuré que le principe de la sélection au mérite est respecté. [Non souligné dans l'original.]

Ainsi, je conclus que, dans l'arrêt *Charest*, la Cour d'appel fédérale a souscrit à la conception corrective retenue par le comité d'appel, qui avait «annulé le résultat d'un concours qui lui paraissait avoir été organisé de telle façon que l'on pouvait douter de sa valeur»¹⁰. Ce faisant, le juge Pratte, J.C.A., a effectivement appuyé en partie les critiques que le comité d'appel avait formulées à l'endroit du comité de sélection en reprochant à celui-ci de ne pas avoir «pris les précautions nécessaires en vue d'éviter le coulage»¹¹. L'idée essentielle que l'on doit retenir de l'arrêt *Charest* est non seulement que le principe du mérite est le principe directeur du processus de sélection, mais aussi que, pour l'appliquer, on doit tenir compte des réalités contextuelles. Dans l'arrêt *Charest*, la Cour a également souscrit à l'idée que, pour remplir ses obligations, le comité d'appel peut formuler des critiques.

En second lieu, le fait que l'on reproche à l'auteur de la décision Rosenbaum d'avoir «fourré son nez dans la question du principe du mérite» m'amène à dire deux choses: tout dépend du point de vue où l'on se place pour déterminer si la décision d'appel constitue une ingérence ou une mesure corrective; en second lieu, en souscrivant à l'idée que le processus d'appel ne constitue pas une mesure corrective, on limite à tel point son rôle qu'on le rend inutile.

Dans le contexte de la présente affaire, je conclus que l'appel a pour but de révéler et de corriger les erreurs commises dans l'application de normes qui

undermining the principle of selection by merit being that the best qualified and most suitable candidate be appointed. That is, to expose and correct errors is not to attack merit, but rather to protect it as a concept.

ont pour effet de saper le principe de la sélection au mérite qui veut que l'on nomme le candidat le plus qualifié. En d'autres termes, en révélant et en corrigeant des erreurs, on n'attaque pas le principe du mérite, mais on le protège en tant que concept.

39 Elements of the corrective function of the Appeal Board necessarily involve critical analysis and an instructive response. For the Appeal Board to be effective it has to say where the selection process went wrong, and, while it is true that such critical analysis might be viewed as criticism or vindication depending upon your perspective, it is a necessary element of the appeal process. I think it is entirely within the proper role and function of an Appeal Board to identify an error, and be instructive in saying what should be done to rectify the situation in hand, and what to do, or not to do, to avoid making the same error in the future.

Les divers aspects que comporte la fonction corrective du comité d'appel impliquent nécessairement que celui-ci procède à une analyse critique et qu'il réponde en donnant des directives. Pour être efficace, le comité d'appel doit préciser en quoi le processus de sélection est imparfait et, bien qu'il soit vrai que cette analyse critique pourrait être considérée comme une critique ou une défense, selon le point de vue que l'on adopte, elle constitue néanmoins un élément nécessaire du processus d'appel. J'estime qu'il relève parfaitement du rôle et de la fonction d'un comité d'appel de mettre le doigt sur les erreurs et de formuler des recommandations en précisant les mesures qui devraient être prises pour corriger la situation en cause et ce qui doit être fait ou ne pas être fait pour éviter que la même erreur ne se répète à l'avenir.

40 And third, the merit principle must be cognizant of, and where necessary responsive to, the critical reality of the history of the case and the life situation of the individuals involved. There is no question that both the Preto and Rosenbaum decisions reflect strong concern for how there can be such a disparity between practical performance and a written examination. It is obvious that the concern in both was not to grant Ms. Bates a benefit, but to have this discrepancy rectified to ensure that she was treated fairly and equally with all other candidates.

Et, en troisième lieu, en appliquant le principe du mérite, on doit être conscient de la réalité critique des faits de l'affaire et de la situation personnelle des personnes en cause et, au besoin, y réagir. Il est incontestable qu'on peut conclure, à la lecture de leurs décisions, que M^{me} Preto et M. Rosenbaum étaient vivement préoccupés par l'existence d'un écart aussi grand entre le rendement pratique au travail et les résultats à un examen écrit. Il est évident que, dans ces deux décisions, M^{me} Preto et M. Rosenbaum ne cherchaient pas à accorder un avantage à M^{me} Bates, mais plutôt à corriger l'écart constaté pour s'assurer que M^{me} Bates soit traitée avec justice et sur un pied d'égalité avec tous les autres candidats.

41 The fact that Ms. Bates scored so poorly on her written examinations raises the undeniable concern as to "why?". Although it has not been expressed on the record, I wonder whether she might have a learning disability or literacy problem which would make it impossible to score well on the written test. Whatever the cause, not to take up the issue as both

Il y a indéniablement lieu de se demander pourquoi M^{me} Bates a obtenu une note aussi faible à ses examens écrits. Bien que cet aspect n'ait pas été soulevé dans le dossier, je me demande si elle ne souffre pas d'un trouble d'apprentissage ou si elle n'a pas de la difficulté à lire et à écrire, ce qui ferait qu'il lui serait impossible d'obtenir une note élevée

Ms. Preto and Mr. Rosenbaum did I think would be an error, since how can the merit principle process be properly applied without the answer? Neither decision maker suggested the answer. They each merely asked that the answer be found.

à l'examen écrit. Peu importe la cause, le fait de ne pas aborder la question, comme M^mc Preto et M. Rosenbaum l'ont fait, constitue à mon avis une erreur. En effet, comment peut-on appliquer correctement le principe du mérite sans répondre à cette question? Or, ni l'une ni l'autre des personnes qui ont rendu ces décisions n'a suggéré de réponse. Elles se sont contentées de demander que l'on trouve une réponse.

42 It might very well be that when a candidate such as Ms. Bates cannot be expected to score as high as others on the written examination due to some disability, an accommodation in the testing process would have to be made

Il se pourrait fort bien que, lorsqu'on ne peut s'attendre à ce qu'une candidate comme M^mc Bates obtienne une note aussi élevée que les autres candidats à un examen écrit en raison d'une déficience quelconque, il faille prendre des mesures à l'examen pour tenir compte de sa situation. 42

43 In this respect, Mr. Akman asked whether the effect of the Rosenbaum decision was fair to other candidates who passed the written examination and whom she might "bump" by being found qualified. On the facts of this case the question is wholly academic, but in general I would say that by accommodating the reality of Ms. Bates' performance on the written examination does not establish a dangerous precedent. This is a case of potentially establishing a dangerous prejudice to Ms. Bates, and anyone else in her situation, by failing to respond to a serious malfunction in the assessment process.

À cet égard, M^c Akman a demandé si les répercussions de la décision Rosenbaum étaient justes pour les autres candidats qui avaient réussi à l'examen écrit et qui pourraient être «évincés» par M^mc - Bates si celle-ci était jugée qualifiée. Vu les faits de la présente affaire, la question est purement théorique, mais, de façon générale, je dirais qu'en tenant compte de la situation de M^mc Bates à l'examen écrit, on ne crée pas de dangereux précédent. Dans le cas qui nous occupe, M^mc Bates et toutes les personnes qui se trouvent dans sa situation risquent de subir un grave préjudice si l'on ne corrige pas la grave imperfection dont est entaché le processus d'évaluation. 43

44 I also think that it is proper for an appeal board to have full regard for the history of the case under consideration in order to judge whether an error has occurred, and if so, what to do about it. Mr. Akman argued that, in Mr. Rosenbaum reaching his decision, the Preto decision was "none of his business; he was only paid to interpret the merit principle; because he was motivated by moral values, the decision is not fair to the Department; it was not open to him to find fault; and this was a moral judgment not a judgment on merit."¹² The import of Mr. Akman's argument was that Mr. Rosenbaum was to consider the last decision of the Selection Board in isolation of any knowledge or concern which caused that decision to take place.

J'estime par ailleurs qu'il convient que le comité d'appel tienne pleinement compte de l'ensemble des faits de l'affaire soumise à son examen pour déterminer si une erreur a été commise et, dans l'affirmative, pour décider des mesures à prendre pour la corriger. M^c Akman soutient que, pour rendre sa décision, M. Rosenbaum [TRADUCTION] «n'avait absolument pas à tenir compte de la décision Preto; il n'était payé que pour interpréter le principe du mérite. Parce qu'il était motivé par des valeurs morales, la décision qu'il a rendue n'est pas juste pour le Ministère; il ne lui était pas possible de conclure à l'existence d'une faute; il a posé un jugement moral et ne s'est pas prononcé en fonction du principe du mérite»¹². Le sens de l'intervention de M^c Akman est 44

que M. Rosenbaum devait considérer isolément la dernière décision du jury de sélection, sans tenir compte des connaissances ou préoccupations ayant influencé cette décision.

45 In my opinion, not only does such a view deny the importance of the context to ensure that actions are relevant to the parties concerned, but also it defies common sense. No appeal process can accomplish its purpose if it is myopic and constricted to the point of being blind to critical realities, including the contextual history of the case.

À mon avis, non seulement cette façon de voir nie l'importance du contexte dont on doit tenir compte pour s'assurer que les mesures prises s'appliquent aux personnes en cause, mais elle va aussi à l'encontre de toute logique. Aucun processus d'appel ne peut atteindre ses objectifs s'il est myope et borné au point d'ignorer des réalités critiques, y compris le contexte historique de l'affaire. 45

46 The Preto decision is part of the context of Ms. Bates' case, and I think that Mr. Rosenbaum would properly be expected to operate within the context. That is, Mr. Rosenbaum was entitled and required to respect the previous decisions of the Appeal Board, including the Preto decision, even if not bound by them.

La décision Preto fait partie du contexte de l'affaire de M^{me} Bates, et je crois que l'on pouvait raisonnablement s'attendre à ce que M. Rosenbaum en tienne compte. Autrement dit, M. Rosenbaum avait le droit et était tenu de respecter les décisions antérieures du comité d'appel, y compris la décision Preto, même s'il n'était pas lié par elles. 46

47 In fact, the Preto decision created an expectation about the proper application of the merit principle to the facts of the case in hand. As a result it is not at all surprising that Mr. Rosenbaum effectively enforced and reinforced the Preto decision because of the apparent inability of the Selection Board to get the points that Ms. Preto had carefully made. And for this very same reason, it is also not surprising that Mr. Rosenbaum showed some frustration in hearing the case and writing his decision. The criticism that he offered does not show partiality, but a willingness to be direct and constructive in ensuring that the merit principle is properly applied.

De fait, la décision Preto a créé des attentes au sujet de l'application correcte du principe du mérite aux faits de la présente affaire. Il n'est donc pas étonnant que M. Rosenbaum ait effectivement appliqué et renforcé la décision Preto en raison de l'apparente incapacité du jury de sélection de saisir les arguments que M^{me} Preto avait soigneusement formulés. Et pour cette même raison, il n'est pas étonnant non plus que M. Rosenbaum ait manifesté une certaine irritation en entendant l'affaire et en rédigeant sa décision. Les critiques qu'il a formulées ne révèlent pas de la partialité, mais une volonté de sa part d'être direct et constructif pour s'assurer que le principe du mérite soit correctement appliqué. 47

F. Decision

48 I find that Mr. Rosenbaum made no reviewable error in reaching his decision, and, accordingly, this application for judicial review is dismissed.

F. Dispositif

Je conclus que M. Rosenbaum n'a commis aucune erreur justifiant un contrôle judiciaire dans sa décision; en conséquence, la présente demande de contrôle judiciaire est rejetée. 48

49 Twice in 1995, on the merits of her case, Ms. Bates was successful before the Appeal Board of the Public Service Commission of Canada. Even so, the

À deux reprises en 1995, M^{me} Bates a obtenu gain de cause sur le fond de sa cause devant le comité d'appel de la Commission de la fonction publique du 49

applicant brought this judicial review to test the Appeal Board's role and function. Having regard to my decision, Ms. Bates ought not to suffer any financial burden for being put through this experience. For this special reason, I award costs to her in column III of Part II of Tariff B of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/95-282, s. 5)].

Canada. Malgré cela, le requérant a introduit la présente instance en contrôle judiciaire pour mettre à l'épreuve le rôle et la fonction du comité d'appel. Compte tenu de ma décision, M^{me} Bates ne devrait avoir à supporter aucuns frais du fait qu'elle a dû subir cette situation. Pour ce motif spécial, je lui adjuge les dépens selon la colonne III de la partie II du tarif B des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663 (mod. par DORS/95-282, art. 5)].

¹ Applicant's Application Record, at p. 34.

² *Ibid.*, at p. 35.

³ *Ibid.*, at pp. 37-38.

⁴ *Ibid.*, at pp. 38-39.

⁵ *Ibid.*, at pp. 39-40.

⁶ *Ibid.*, at p. 19.

⁷ *Ibid.*, at pp. 45-46.

⁸ *Ibid.*, at pp. 52-54.

⁹ This quotation is taken from my bench notes, and while it might not be precisely correct, does convey the import of the point made.

¹⁰ Pratte J.A. in *Charest, supra*, at p. 1220.

¹¹ *Ibid.*, at p. 1219.

¹² This quotation is again taken from my bench notes.

¹ Dossier de la demande de la requérante, à la p. 34.

² *Ibid.*, à la p. 35.

³ *Ibid.*, aux p. 37 et 38.

⁴ *Ibid.*, aux p. 37 et 38.

⁵ *Ibid.*, aux p. 39 et 40.

⁶ *Ibid.*, à la p. 19.

⁷ *Ibid.*, aux p. 45 et 46.

⁸ *Ibid.*, aux p. 52 à 54.

⁹ Ce passage est tiré des notes que j'ai prises à l'audience. Bien qu'il ne soit pas textuel, il permet de dégager le sens de ce qui a été dit.

¹⁰ Le juge Pratte, dans l'arrêt *Charest*, précité à la p. 1220.

¹¹ *Ibid.*, à la p. 1219.

¹² Cette citation est elle aussi tirée des notes que j'ai prises à l'audience.