

A-175-81

A-175-81

Attorney General of Canada (Applicant)

v.

Haig Bozoian (Respondent)

Court of Appeal, Thurlow C.J., Jerome A.C.J. and Kerr D.J.—Ottawa, April 19 and May 7, 1982.

Judicial review — Applications to review — Public Service — Appeal Board decision allowing respondent's appeal against appointment made without competition — Respondent and other candidates unqualified to fill position — Incumbent, seeking lateral transfer, appointed without competition — Respondent's appeal against appointment allowed by Board, on ground of appearance of procedural unfairness not serving best interests of Public Service — Whether Board erred — Failure of Board to consider relative merits of persons whose opportunities for advancement prejudiced by appointment without competition — Dissenting opinion (in part): Board not entitled to substitute its opinion for that of Department — Application granted — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28 — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, ss. 10, 21 — Public Service Employment Regulations, C.R.C. 1978, Vol. XIV, c. 1337, s. 5.

Application to review and set aside the decision of a Public Service Appeal Board which allowed an appeal brought by the respondent under section 21 of the *Public Service Employment Act*. A competition was held to fill a position; however, all the candidates, including the respondent, failed to meet the minimum knowledge requirements. Following that result, the incumbent, who had sought a lateral transfer, was appointed without competition pursuant to paragraph 5(c) of the *Public Service Employment Regulations*. Respondent appealed; the Appeal Board, having found that there had been an appearance of want of procedural fairness, allowed the appeal on the ground that the best interests of the Public Service had not been served. Pursuant to section 10 of the Act, appointments are based on selection according to merit and made by competition or other process of personnel selection designed to establish the merits of candidates as the Commission considers in the best interests of the Public Service. Respondent construes the Board's decision as being to the effect that the merit principle had not been observed in making the selection. The issue is whether the Board erred in making its decision.

Held, the application is granted, the Board's decision is set aside and the matter referred back to the Commission for determination by an appeal board. Respondent's interpretation of the Board's reasons is not sustainable. The Board found that there was an appearance of procedural unfairness due to the fact that the earlier competition had not been extended or that a new competition had not been held. However, it left unanswered a critical question, i.e. whether the selection without

Le procureur général du Canada (requérant)

c.

Haig Bozoian (intimé)

Cour d'appel, juge en chef Thurlow, juge en chef adjoint Jerome et juge suppléant Kerr—Ottawa, 19 avril et 7 mai 1982.

Contrôle judiciaire — Demandes d'examen — Fonction publique — Demande d'examen et d'annulation de la décision par laquelle un Comité d'appel a accueilli l'appel formé par l'intimé contre une nomination sans concours — L'intimé et les autres candidats n'étaient pas qualifiés pour remplir le poste — Le titulaire, demandant une mutation latérale, a été nommé sans concours — L'appel formé par l'intimé contre la nomination a été accueilli par le Comité d'appel, au motif d'apparence d'iniqité procédurale, ce qui n'était pas dans l'intérêt de la Fonction publique — Il échet de déterminer si le Comité a commis une erreur — Le Comité n'a pas examiné les mérites respectifs des personnes dont les chances d'avancement seraient amoindries par la nomination sans concours — Opinion dissidente (en partie): le Comité n'a pas le droit de substituer son opinion à celle du Ministère — Demande accueillie — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 28 — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 10, 21 — Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique, C.R.C. 1978, Vol. XIV, chap. 1337, art. 5.

Il s'agit d'une demande d'examen et d'annulation de la décision par laquelle un Comité d'appel de la Fonction publique a accueilli l'appel formé par l'intimé en vertu de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Un concours fut organisé pour pourvoir à un poste; toutefois, aucun des candidats, dont l'intimé, ne possédait les connaissances minimales requises. Par la suite, le titulaire, qui avait demandé une mutation latérale, fut nommé sans concours en vertu de l'alinéa 5c) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique*. L'intimé fit appel; le Comité d'appel, ayant conclu à une apparence d'iniqité procédurale, accueillit l'appel au motif que la nomination n'avait pas été faite dans l'intérêt de la Fonction publique. En vertu de l'article 10 de la Loi, les nominations sont fondées sur une sélection établie au mérite et faites à la suite d'un concours ou selon telle autre méthode de sélection du personnel établie afin de déterminer le mérite des candidats que la Commission estime la mieux adaptée aux intérêts de la Fonction publique. L'intimé interprète la décision du Comité comme disant que la sélection n'avait pas été faite conformément au principe du mérite. Est-ce à tort que le Comité a rendu sa décision?

Arrêt: la demande est accueillie, la décision du Comité annulée, et l'affaire renvoyée devant la Commission pour qu'un comité d'appel statue sur celle-ci. L'interprétation donnée par l'intimé des motifs du Comité n'est pas défendable. Le Comité a conclu à une apparence d'iniqité procédurale due au fait qu'on n'avait pas prolongé le premier concours ou qu'on n'avait pas tenu un nouveau concours. Le Comité a toutefois laissé non résolue la question cruciale de savoir si la sélection sans con-

competition took into account the relative merits of the persons whose opportunities for advancement would be prejudiced by the appointment. The answer is "no". The results achieved by the candidates in the examination could not serve as a basis for comparison of their qualifications with those of the person selected as the latter did not enter the competition. Moreover, the case put forward by the Department contains no suggestion that the qualifications of anyone but the incumbent were considered in the selection process or that his qualifications were compared with those of any of the persons whose opportunities for advancement would be prejudiced.

Per Kerr D.J. dissenting in part: The Appeal Board exceeded its jurisdiction and erred in law in substituting its opinion for that of the Department and holding that the competition process should have been continued or extended to seek a second series of candidates. The Department, on consideration of the result of the competition and of the incumbent's qualifications, rightfully exercised its authority under paragraph 5(c) of the Regulations. Nothing in the record indicates that the Department did not act reasonably and in good faith, or that the appointment was not made "according to merit". The *Greaves* case is to be distinguished as the appointment in that case was made without any competition having been held.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Attorney General of Canada v. Appeal Board established by the Public Service Commission, [1982] 1 F.C. 803;

Attorney General of Canada v. Greaves et al., [1982] 1 F.C. 806.

APPLICATION for judicial review.

COUNSEL:

E. R. Sojonky for applicant.
M. W. Wright, Q.C. and *A. J. Raven* for respondent.

SOLICITORS:

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

The following are the reasons for judgment rendered in English by

THURLOW C.J.: This is an application under section 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, to review and set aside a decision of an Appeal Board under section 21 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, which allowed an appeal by the respondent against the appointment of one Vince Dunne to the position of Superintendent of Traffic Opera-

cours a tenu compte des mérites respectifs des personnes dont les chances d'avancement seraient amoindries par la nomination. La réponse est «non». Les résultats obtenus par les candidats au concours ne sauraient servir de base à la comparaison de leurs qualités avec celles de la personne choisie, celle-ci ne s'étant pas présentée au concours. De plus, l'exposé des arguments avancés par le Ministère ne permet nullement de conclure qu'on a examiné les qualités d'autres que le titulaire dans le cadre de cette sélection, ou que les qualités de ce dernier ont été comparées avec celles de l'une quelconque des personnes dont les chances d'avancement seraient amoindries.

Le juge suppléant Kerr, dissident en partie: le Comité d'appel a outrepassé sa compétence et commis une erreur de droit en substituant son opinion à celle du Ministère et en jugeant que le concours aurait dû être poursuivi ou élargi en vue de rechercher une deuxième série de candidats. Compte tenu du résultat du concours et des qualités du titulaire, le Ministère était fondé à exercer son pouvoir conféré par l'alinéa 5c) du Règlement. Rien dans le dossier ne permet de conclure que le Ministère n'a pas agi raisonnablement et de bonne foi, ou que la nomination n'a pas été faite «au mérite». La situation dans l'affaire *Greaves* est différente car dans cette affaire, la nomination a été faite sans aucun concours.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Le procureur général du Canada c. Le Comité d'appel établi par la Commission de la Fonction publique, [1982] 1 C.F. 803;

Le procureur général du Canada c. Greaves et autres, [1982] 1 C.F. 806.

DEMANDE de contrôle judiciaire.

AVOCATS:

E. R. Sojonky pour le requérant.
M. W. Wright, c.r. et *A. J. Raven* pour l'intimé.

PROCUREURS:

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

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

LE JUGE EN CHEF THURLOW: Cette demande fondée sur l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, tend à l'examen et à l'annulation d'une décision rendue par un Comité d'appel en vertu de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32. Par cette décision, le Comité accueillait l'appel formé par l'intimé

tions, classified at the PM 3 level with the Department of National Revenue (Customs and Excise) at the area port of Pacific Highway, B.C. The selection of Mr. Dunne for the position was made without competition under subparagraph 5(c)(i) of the *Public Service Employment Regulations*, C.R.C. 1978, Vol. XIV, c. 1337. In allowing the appeal, the Appeal Board concluded that:

The appearance of a want of procedural fairness in the circumstances of this case leads me to conclude that the best interests of the Public Service have not been served by selecting Mr. Dunne for appointment without competition and I allow the appeal against his appointment.

Before setting out the facts it will be convenient to set out the applicable statutory provisions. Regulation 5 prescribes alternative selection procedures. It provides:

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

(a) an open competition between persons who

- (i) respond to public notice, or
- (ii) are identified by means of an inventory;

(b) a closed competition between employees who

- (i) respond to notice, or
- (ii) are identified by means of an inventory; or

(c) the consideration of such material and the conduct of such examinations, tests, interviews and investigations as the Commission considers necessary to establish the merit of a candidate for appointment where the Commission is of the opinion that a competition would not be in the best interests of the Public Service and the appointment is one of the following, namely,

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

With respect to the basis of selection for appointment, section 10 of the Act provides:

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

contre la nomination d'un certain Vince Dunne au poste de surintendant des opérations du trafic, classifié au niveau PM 3, au ministère du Revenu national (Douanes et Accise), au port régional de Pacific Highway (C.-B.). La nomination de M. Dunne à ce poste a été faite sans concours en vertu du sous-alinéa 5c)(i) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique*, C.R.C. 1978, Vol. XIV, chap. 1337. En accueillant l'appel, le Comité d'appel a tiré la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Comme l'équité procédurale paraît n'avoir pas été respectée en l'espèce, je conclus que la nomination de M. Dunne sans concours n'a pas été faite dans l'intérêt de la Fonction publique, et j'accueille l'appel formé contre sa nomination.

Avant d'exposer les faits, il convient de citer les dispositions légales applicables. L'article 5 du Règlement, qui prévoit diverses méthodes de sélection, est ainsi rédigé:

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

(a) concours publics auxquels participent des personnes qui

- (i) répondent à un avis public, ou
- (ii) sont identifiées au moyen d'un répertoire;

(b) concours restreints auxquels participent des employés qui

- (i) répondent à un avis, ou
- (ii) sont identifiés au moyen d'un répertoire; ou

(c) étude des documents ou tenue des examens, tests, entrevues et enquêtes que la Commission juge nécessaires pour établir qu'un candidat est qualifié, lorsque la Commission est d'avis qu'il n'est pas dans l'intérêt de la Fonction publique de tenir un concours, dans le cas

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

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

Pour ce qui est du critère de sélection en vue d'une nomination, l'article 10 de la Loi est ainsi conçu:

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

In *Attorney General of Canada v. Greaves et al.* [[1982] 1 F.C. 806], this Court held that the concept of "selection according to merit" involves not merely that a successful candidate be qualified for the appointment but that he be the best qualified of the candidates available for appointment. As between candidates, therefore, what is required is not merely an assessment of the qualifications of the candidates but as well an assessment of their relative merits.

When a candidate has been selected for appointment section 21 of the Act comes into play. It provides:

21. Where a person is appointed or is about to be appointed under this Act and the selection of the person for appointment was made from within the Public Service

(a) by closed competition, every unsuccessful candidate, or

(b) without competition, every person whose opportunity for advancement, in the opinion of the Commission, has been prejudicially affected,

may, within such period as the Commission prescribes, appeal against the appointment to a board established by the Commission to conduct an inquiry at which the person appealing and the deputy head concerned, or their representatives, are given an opportunity of being heard, and upon being notified of the board's decision on the inquiry the Commission shall,

(c) if the appointment has been made, confirm or revoke the appointment, or

(d) if the appointment has not been made, make or not make the appointment,

accordingly as the decision of the board requires.

The basic subject matter of the inquiry that is required to be made by a board when an appeal is asserted under this section is whether the selection has been made according to merit as required by section 10. When, therefore, an appellant is being heard pursuant to the section it is open to him to show in any way that he can that the selection has not been made "according to merit" as required by section 10. One conceivable approach would be to show that the selected candidate could not possibly be the best qualified of the candidates or did not meet the requirements for selection whether in terms of personal qualifications or of eligibility for consideration. Another approach might be to challenge the way the selection was made so as to show that the selection process itself was illegal or, though legal as a process, was not carried out in a manner calculated to identify the most meritorious candidate. In such an approach it must be remembered that, under section 10,

Dans l'affaire *Le procureur général du Canada c. Greaves et autres* [[1982] 1 C.F. 806], cette Cour a jugé que le concept de «sélection établie au mérite» exige non seulement qu'un candidat reçu soit qualifié pour la nomination, mais qu'il soit aussi le mieux qualifié des candidats disponibles pour la nomination. Il ne s'agit donc pas seulement d'évaluer les qualités des candidats, mais aussi d'établir leur mérite respectif.

Lorsqu'un candidat a été choisi en vue d'une nomination, l'article 21 de la Loi entre alors en jeu. Il porte ce qui suit:

21. Lorsque, en vertu de la présente loi, une personne est nommée ou est sur le point de l'être et qu'elle est choisie à cette fin au sein de la Fonction publique

a) à la suite d'un concours restreint, chaque candidat non reçu, ou

b) sans concours, chaque personne dont les chances d'avancement, de l'avis de la Commission, sont ainsi amoindries,

peut, dans le délai que fixe la Commission, en appeler de la nomination à un comité établi par la Commission pour faire une enquête au cours de laquelle il est donné à l'appelant et au sous-chef en cause, ou à leurs représentants, l'occasion de se faire entendre. La Commission doit, après avoir été informée de la décision du comité par suite de l'enquête,

c) si la nomination a été faite, la confirmer ou la révoquer, ou

d) si la nomination n'a pas été faite, la faire ou ne pas la faire,

selon ce que requiert la décision du comité.

Le principal objet de l'enquête que l'on demande à un comité de tenir lorsqu'un appel est formé en vertu de cet article est de savoir si la sélection a été faite au mérite, tel qu'il est prévu à l'article 10. Donc, au cours de l'audition tenue en vertu de l'article, il est loisible à l'appelant de démontrer, par tous les moyens, que la sélection n'a pas été faite «au mérite» comme l'exige l'article 10. Il pourrait, par exemple, démontrer que le candidat choisi n'est certainement pas le mieux qualifié des candidats ou qu'il n'a pas satisfait aux conditions de sélection sur le plan des qualités personnelles ou sur le plan de l'admissibilité au concours. Ou encore, il pourrait contester la façon dont la sélection a été faite en vue de démontrer que la méthode de sélection elle-même était illégale, ou que, quoique légale en tant que méthode, elle n'a pas été suivie de manière à identifier le candidat le plus méritant. En ayant recours à ce moyen, on doit se rappeler qu'en vertu de l'article 10,

(1) the selection is not necessarily to be made by competition but is to be made by competition or other process of personnel selection designed to establish the merit of candidates, and

(2) the decision as to which type of selection process is to be followed is to be made by the Commission on the basis of which process it considers is in the best interests of the Public Service.

In *Attorney General of Canada v. Appeal Board established by the Public Service Commission* [[1982] 1 F.C. 803], this Court held that an appeal board cannot, on an appeal under section 21 against an appointment made without competition pursuant to paragraph 5(c) of the Regulations, substitute its opinion for that of the Commission or of its delegate to determine whether a competition would not be in the best interests of the Public Service. That, however, leaves untouched the requirement that the selection when made, and by whatever process of selection it is made, be made according to merit. (*Attorney General of Canada v. Greaves et al., supra.*)

I turn now to the facts. They are recited as follows in the judgment of the Appeal Board:

The facts of the case appear not to be in dispute. In September 1980, the Department initiated a competition to fill the position of Superintendent Traffic Operations. Prior to the competition, the appellant had requested a "lateral transfer" from his present position which was also classified at the PM 3 level to a Superintendent position. However, it was anticipated that a number of employees would be interested in the position of Superintendent of Traffic Operations and O. McCrae, the manager responsible for the position, expressed the view that it would be better to conduct a competition in order to identify someone for appointment. Consequently, no consideration was given to the requests for "lateral transfers" that had been submitted. The competition was conducted and the qualifications of five candidates, including the appellant, were assessed on the basis of their responses to a series of preset questions at an interview. None of the five candidates were considered to have demonstrated the minimum knowledge required to efficiently perform the duties of the position and all were eliminated from the competition. All candidates were advised that the competition had not been fruitful in terms of identifying someone for appointment by letter dated December 10, 1980.

On December 15, 1980, V. Dunne who occupied a position of Training and Development Advisor, classified at the PE 2 level, requested a "lateral transfer" to the position of Superintendent Traffic Operations. Mr. McCrae knew Mr. Dunne because he had supervised him from 1974 to 1976 when Mr. Dunne occupied a position similar to the position to be filled. Mr.

(1) la sélection ne doit pas nécessairement être faite par concours, mais doit être faite par un concours ou une autre méthode de sélection du personnel établie afin de déterminer le mérite des candidats, et

(2) c'est la Commission qui choisit la méthode de sélection selon ce qu'elle estime être le mieux adapté aux intérêts de la Fonction publique.

Dans l'affaire *Le procureur général du Canada c. Le Comité d'appel établi par la Commission de la Fonction publique* [[1982] 1 C.F. 803], cette Cour a décidé qu'un comité d'appel ne pouvait, à l'occasion d'un appel formé en vertu de l'article 21 contre une nomination faite sans concours sous le régime de l'alinéa 5c) du Règlement, substituer son opinion à celle de la Commission ou de son délégué pour déterminer si un concours ne serait pas dans l'intérêt de la Fonction publique. Toutefois, cela laisse intacte la condition selon laquelle le choix doit être fait au mérite, quelle que soit la méthode de sélection. (*Le procureur général du Canada c. Greaves et autres*, susmentionnée.)

J'aborde maintenant les faits. Ils sont exposés comme suit dans la décision du Comité d'appel:

[TRADUCTION] Il semble que les faits de l'espèce ne soient pas contestés. En septembre 1980, le Ministère a organisé un concours pour remplir un poste de surintendant des opérations du trafic. Avant ce concours, l'appelant avait demandé une «mutation latérale» de son poste actuel, qui était aussi classifié au niveau PM 3, à un poste de surintendant. On prévoyait toutefois qu'un certain nombre d'employés serait intéressé au poste de surintendant des opérations du trafic, et O. McCrae, le gestionnaire responsable du poste, a estimé qu'il vaudrait mieux procéder par concours. Par conséquent, on n'a pas donné suite aux demandes de «mutation latérale» soumises. Dans le cadre du concours tenu à cette fin, on a établi les qualités de cinq candidats, dont l'appelant, sur la base de leurs réponses, au cours d'une entrevue, à une série de questions déterminées à l'avance. Aucun des cinq candidats n'a été considéré comme ayant démontré qu'il possédait les connaissances minimales requises pour exécuter, avec efficacité, les fonctions du poste, et tous ont été éliminés du concours. Par lettre en date du 10 décembre 1980, tous les candidats ont été avisés que le concours n'avait pas permis de pourvoir au poste, aucune candidature n'ayant été retenue.

Le 15 décembre 1980, V. Dunne, qui occupait le poste de conseiller en formation et perfectionnement, classifié au niveau PE 2, a demandé une «mutation latérale» au poste de surintendant des opérations du trafic. M. McCrae connaissait M. Dunne, parce que ce dernier, alors qu'il occupait un poste semblable au poste à pourvoir, avait travaillé sous ses ordres de

McCrae was also aware that since 1976 Mr. Dunne had been a Training and Development Coordinator and had been active in developing technical training programs for Customs Inspectors and Superintendents. On the basis of his personal knowledge of Mr. Dunne's qualifications, Mr. McCrae concluded that he could carry out the duties of the position to be filled and selected him for appointment. Mr. McCrae prepared the following narrative comments on Mr. Dunne:

Knowledge—Mr. V. J. Dunne previously encumbered a position titled Superintendent Outside Services, at the PM 3 level at Pacific Highway during the period 1973-1976.

Mr. Dunne was under my general supervision from September 1974 through December 1976. During this period Mr. Dunne demonstrated he possessed a very good knowledge of the Customs Act, Excise Act, Excise Tax Act, Customs Tariff and related regulations, directives and procedures as well as those of other government agencies administered on their behalf by Customs and Excise.

Abilities—Mr. Dunne has satisfactorily demonstrated the ability to identify and resolve problems and implement remedial action, apply the provisions of the collective agreements, communicate effectively, direct and train staff.

Personal Suitability—Mr. Dunne enjoys the ability to establish and maintain good interpersonal working relations with representatives of Customs House, brokerage firms, transportation companies and members of other enforcement agencies.

He is tactful and exercises discretion and good judgement.

The position Superintendent Traffic Operations to which he is being appointed is almost identical to the former position of Superintendent Outside Services.

The Department posted a "notice of right to appeal" the appointment and Mr. Bozoian lodged an appeal.

This recital of the facts was followed by a recital of the case raised on behalf of the respondent.

The appellant, through his representative, argued that Mr. McCrae could not have fully assessed Mr. Dunne's qualifications solely on the basis of his personal knowledge of Mr. Dunne's past employment history. Firstly, Mr. McCrae had not supervised Mr. Dunne for some four years and, therefore, his knowledge of Mr. Dunne's skills was outdated. Secondly, the position to be filled was a new position and there was no real grounds on which Mr. McCrae could reasonably conclude whether Mr. Dunne would be able to effectively perform the duties.

As to these contentions, the Board said:

Secondly, was there sufficient information on the candidate being considered for appointment from which it could be concluded whether the candidate possessed the qualifications to efficiently perform the duties of the position to be filled? These questions arise with respect to the obligation that the regulation appears to impose. In this case, the appellant has raised only the question dealing with Mr. Dunne's qualifications. I am of the view that a reasonable assessment can be made of an

1974 à 1976. M. McCrae savait également que depuis 1976, M. Dunne était coordonnateur en formation et perfectionnement et qu'il avait été très actif dans l'élaboration de programmes de formation technique pour inspecteurs et contrôleurs de douanes. Fort de sa connaissance personnelle des qualités de M. Dunne, M. McCrae a conclu que ce dernier pourrait exécuter les fonctions du poste à remplir et l'a choisi en vue de la nomination. M. McCrae a préparé les remarques suivantes sur M. Dunne:

Connaissances: De 1973 à 1976, M. V. J. Dunne a occupé un poste de surintendant des services extérieurs, classifié au niveau PM 3, au Pacific Highway.

M. Dunne a été sous mes ordres de septembre 1974 à décembre 1976. Pendant cette période, M. Dunne a démontré qu'il avait une très bonne connaissance de la Loi sur les douanes, de la Loi sur l'accise, de la Loi sur la taxe d'accise, du Tarif des douanes et des règlements, directives et procédures afférents, ainsi que de ceux d'autres organismes gouvernementaux appliqués pour leur compte par Douanes et Accise.

Aptitudes: M. Dunne a, d'une manière satisfaisante, démontré l'aptitude à cerner et à résoudre les problèmes, ainsi qu'à prendre des mesures de redressement, à appliquer les dispositions des conventions collectives, à communiquer efficacement, à diriger et à former le personnel.

Qualités personnelles: M. Dunne jouit de l'aptitude à établir et à maintenir de bons rapports avec des représentants du bureau de la douane, d'entreprises de courtage, de compagnies de transport, et avec des membres d'autres organismes d'exécution.

Il fait preuve de tact, de discrétion et de bon discernement.

Le poste de surintendant des opérations du trafic auquel on va le nommer est presque identique à l'ancien poste de surintendant des services extérieurs.

Le Ministère a affiché un «avis du droit d'appel» de la nomination, et M. Bozoian a interjeté appel de celle-ci.

Cet exposé des faits a été suivi d'un exposé des arguments avancés par l'intimé.

[TRADUCTION] L'appellant, par l'entremise de son représentant, a fait valoir que M. McCrae n'avait pas pu établir adéquatement les qualités de M. Dunne uniquement sur la base de sa connaissance personnelle des antécédents de ce dernier en matière de travail. Premièrement, M. McCrae n'avait pas dirigé M. Dunne depuis environ quatre années, et, par conséquent, sa connaissance des aptitudes de M. Dunne était surannée. Deuxièmement, le poste à pourvoir était un nouveau poste, et M. McCrae ne pouvait se fonder sur aucune base concrète pour déterminer valablement si M. Dunne pourrait exercer efficacement les fonctions.

A propos de ces arguments, le Comité dit ceci:

[TRADUCTION] En second lieu, est-ce qu'il existait sur ce candidat suffisamment de renseignements pour permettre de déterminer s'il possédait les qualités pour exercer efficacement les fonctions du poste à remplir? Ces questions se posent relativement à l'obligation que le règlement semble imposer. En l'espèce, l'appellant a soulevé seulement la question portant sur les qualités de M. Dunne. J'estime qu'on peut raisonnablement évaluer les qualités d'une personne en se fondant sur une

individual's qualifications on the basis of past observation and the appellant has provided no convincing argument to lead me to conclude that Mr. McCrae could not have made some intelligent assessment of Mr. Dunne's qualifications on the basis of his knowledge of Mr. Dunne's work history.

It will be observed that what was raised on behalf of the respondent was not whether he, Mr. Bozoian, was qualified for the appointment. Nor was it whether he was better qualified for it than Mr. Dunne. What was raised was simply whether Mr. Dunne was qualified for the appointment and on this the Board upheld the assessment made by Mr. McCrae. As I see it, there is nothing wrong in law with that particular finding of the Appeal Board and I do not recall any challenge to it having been made on the hearing of the present application.

The Appeal Board, however, went on to consider whether or not it was in the best interests of the Public Service to select Mr. Dunne for appointment without competition and, having concluded that there had been an appearance of want of procedural fairness, went on to allow the appeal, as already indicated, on the ground that the best interests of the Public Service had not been served by selecting Mr. Dunne for appointment without competition.

On the hearing in this Court counsel for the respondent did not seek to support the authority of the Appeal Board to decide what process of selection is in the best interests of the Public Service. His submission, as I understood it, was that the substance of what the Board had decided was that the merit principle had not been observed in making the selection.

In the way the reasons of the Appeal Board are expressed there is something to be said for the submission but after reading and re-reading the reasons I am unable to conclude that that interpretation should be put on what the Board said.

What the Board, as I read the reasons, purported to decide was that the earlier competition should have been extended or a new competition should have been held and that because it was not held there was an appearance of procedural unfairness which was not in the best interests of the Public Service. However, having made that finding and having also found that Mr. Dunne was quali-

observation antérieure de cette personne, et l'appelant n'a invoqué aucun argument convaincant pour m'amener à conclure que M. McCrae n'a pas pu évaluer d'une façon avisée les qualités de M. Dunne sur la base de sa connaissance des antécédents de M. Dunne en matière de travail.

^a Il est à remarquer que l'avocat de l'intimé n'a pas soulevé la question de savoir si lui, M. Bozoian, était qualifié pour la nomination, ni la question de savoir si ce dernier était mieux qualifié pour la nomination que M. Dunne. La question soulevée était simplement de savoir si M. Dunne était qualifié pour la nomination, et à ce sujet, le Comité a confirmé l'appréciation faite par M. McCrae. A mon avis, cette conclusion particulière du Comité d'appel n'est entachée d'aucune erreur de droit, et je ne me rappelle pas qu'il y ait eu contestation de cette conclusion à l'audition de la présente demande.

^d Le Comité d'appel a toutefois examiné en outre la question de savoir s'il était dans l'intérêt de la Fonction publique de nommer M. Dunne sans concours et, ayant conclu à un manque d'équité procédurale, a accueilli l'appel, comme il a été indiqué, au motif que la nomination de M. Dunne sans concours n'avait pas été faite dans l'intérêt de la Fonction publique.

^f A l'audition devant cette Cour, l'avocat de l'intimé n'a pas cherché à soutenir que le Comité d'appel a le pouvoir de décider quelle méthode de sélection est la mieux adaptée à l'intérêt de la Fonction publique. Selon lui, si je comprends bien, l'essentiel de la décision du Comité est que la sélection n'avait pas été faite conformément au principe du mérite.

Étant donné la manière dont les motifs du Comité d'appel sont rédigés, cet argument est défendable, mais, après avoir lu et relu ces motifs, je ne puis conclure que c'est de cette façon qu'il faille interpréter les propos du Comité.

ⁱ Selon moi, il ressort des motifs du Comité, qu'il a semblé vouloir décider qu'on aurait dû prolonger le premier concours ou tenir un nouveau concours, et que, parce qu'on n'en a pas tenu de nouveau, il y avait apparence d'iniquité procédurale, ce qui n'était pas dans l'intérêt de la Fonction publique. Toutefois, après avoir tiré cette conclusion et conclu également que M. Dunne était qualifié pour

fied for the appointment, it appears to me that what the Board has done is to leave unanswered and undecided what I conceive to be the critical question for the inquiry, that is to say, whether in the circumstances disclosed the process of selection of Mr. Dunne for appointment without competition was carried out in a manner that took into account the relative merits of the persons whose opportunity for advancement would be prejudiced by the appointment.

It must be remembered that Mr. Dunne had not been a candidate in the competition that had been held earlier. As he had not been asked the questions that were required to be answered by those who were candidates, no one knows what score he might have made. There is thus nothing in the record to show that he would have fared any better than the candidates fared on that examination. The results achieved by the candidates in it could not, therefore, in my opinion, serve as a basis for comparison of their qualifications with those of Mr. Dunne in a selection for appointment subsequently made without competition. Moreover, the recital by the Board of the case put forward by the Department at the inquiry, while setting out facts from which it might be concluded that Mr. Dunne had the necessary qualifications, contains no suggestion that the qualifications of anyone but Mr. Dunne were considered in the selection process or that his qualifications were compared with those of any of the persons whose opportunities for advancement would be prejudiced by his being selected for appointment.

I would set aside the decision and refer the matter back to the Commission for determination by an appeal board after considering the question whether the selection of Mr. Dunne for appointment without competition was made according to merit as required by section 10 of the *Public Service Employment Act*.

JEROME A.C.J.: I concur.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

KERR D.J. (*dissenting in part*): This is an application pursuant to section 28 of the *Federal*

être nommé au poste en cause le Comité a, il me semble, laissé non résolue et non tranchée la question que je considère comme cruciale pour l'enquête, de savoir si, d'après les faits établis, la méthode de sélection de M. Dunne en vue d'une nomination sans concours a été suivie de manière à tenir compte des mérites respectifs des personnes dont les chances d'avancement seraient amoindries par cette nomination.

b

Il faut se rappeler que M. Dunne n'a pas pris part au concours initialement organisé. Comme on ne lui a pas posé les questions auxquelles les candidats ont dû répondre, personne ne connaît le résultat qu'il aurait pu obtenir. Donc, il n'y a rien dans le dossier qui indique qu'il aurait pu faire mieux que les candidats à cet examen. Les résultats obtenus par les candidats à ce concours ne sauraient donc, à mon sens, servir de base à la comparaison de leurs qualités avec celles de M. Dunne dans le cadre d'une sélection en vue d'une nomination ultérieurement faite sans concours. De plus, bien que l'exposé qu'a fait le Comité des arguments avancés par le Ministère à l'enquête contienne des faits à partir desquels on pourrait conclure que M. Dunne avait les qualités nécessaires, cet exposé ne permet nullement de conclure qu'on a examiné les qualités d'autres que M. Dunne dans le cadre de cette sélection, ou que les qualités de ce dernier ont été comparées avec celles de l'une quelconque des personnes dont les chances d'avancement seraient amoindries du fait de sa nomination.

g

J'estime qu'il y a lieu d'infirmer la décision et de renvoyer l'affaire devant la Commission pour qu'un comité d'appel statue sur celle-ci après avoir examiné la question de savoir si la sélection de M. Dunne en vue de le nommer sans concours a été faite au mérite, comme l'exige l'article 10 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*.

LE JUGE EN CHEF ADJOINT JEROME: Je sous-cris à ces motifs.

i

* * *

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

j

LE JUGE SUPPLÉANT KERR (*dissident en partie*): La demande fondée sur l'article 28 de la

Court Act to review and set aside a decision of the Public Service Appeal Board dated March 10, 1981. The decision, signed by the Board's Chairman, allowed an appeal brought by the respondent herein, Haig Bozoian, against the selection of Mr. V. J. Dunne to fill a vacant position of Superintendent Traffic Operations with the Department of National Revenue (Customs and Excise) at the area port of Pacific Highway, British Columbia.

In September 1980 the Department initiated a competition to fill the position. The qualifications of five candidates, including Mr. Bozoian, were assessed by a Rating Board on the basis of their responses to a series of questions at an interview held by the Board on December 2, 1980. The Board decided that none of the candidates had demonstrated the essential minimum "Knowledge" requirement to efficiently perform the duties of the position. That essential knowledge requirement is set forth in the statement of qualifications for the position, as follows:

ESSENTIAL REQUIREMENTS

Knowledge

- Knowledge of the Customs Act, Customs Tariff and parts of the Excise Tax Act, and related regulations, directives and procedures governing the movement of people, goods and vehicles entering Canada;
- Knowledge of the relevant parts of Acts and regulations of other Departments, administered by Customs on their behalf;
- Knowledge of departmental practices and procedures in respect to administrative and personnel matters.

One other person had filed an application in the competition, but too late, and, therefore, he was not interviewed. Mr. Dunne was not a candidate in the competition. The candidates were advised by letter dated December 10, 1980 that the competition had not been fruitful in terms of identifying someone for appointment to the vacant position. I think that the decisions of the Rating Board should be treated as valid.

The next development in the process of filling the position is set forth in the following portion of the Appeal Board's decision:

On December 15, 1980, V. Dunne who occupied a position of Training and Development Advisor, classified at the PE 2 level, requested a "lateral transfer" to the position of Superintendent

Loi sur la Cour fédérale tend à l'examen et à l'annulation d'une décision rendue le 10 mars 1981 par le Comité d'appel de la Fonction publique. Cette décision, portant la signature du président du Comité, a accueilli un appel formé par l'intimé à l'instance, Haig Bozoian, contre la sélection de M. V. J. Dunne pour remplir un poste vacant de surintendant des opérations du trafic au ministère du Revenu national (Douanes et Accise), au port régional de Pacific Highway, en Colombie-Britannique.

En septembre 1980, le Ministère a tenu un concours pour remplir le poste. Les qualités de cinq candidats, dont M. Bozoian, ont été évaluées par un comité d'évaluation, sur la base de leurs réponses à une série de questions au cours d'une entrevue organisée par le comité le 2 décembre 1980. Ce dernier a décidé qu'aucun des candidats n'avait démontré qu'il possédait les [TRADUCTION] «Connaissances» minimales requises pour exercer efficacement les fonctions du poste. Cette exigence essentielle concernant les connaissances est exposée comme suit dans l'énoncé de qualités pour le poste:

[TRADUCTION] EXIGENCES ESSENTIELLES

Connaissances

- Connaissance de la Loi sur les douanes, du Tarif des douanes, des parties de la Loi sur la taxe d'accise, et des règlements, directives et procédures afférents, régissant le mouvement de personnes, de marchandises et de véhicules entrant au Canada;
- Connaissance des parties pertinentes des lois et règlements d'autres ministères, appliqués par les Douanes en leur nom;
- Connaissance des pratiques et procédures ministérielles en matière d'administration et de personnel.

Une autre personne a déposé une demande dans le cadre du concours, mais trop tard. Elle n'a donc pas été convoquée à une entrevue. M. Dunne n'était pas candidat au concours. Par lettre en date du 10 décembre 1980, les candidats ont été avisés que le concours n'avait pas permis de pourvoir au poste, aucune candidature n'ayant été retenue. A mon avis, les décisions du comité d'évaluation devraient être tenues pour valides.

L'étape suivante dans le processus de remplir le poste est exposé dans la partie suivante de la décision du Comité d'appel:

Le 15 décembre 1980, V. Dunne, qui occupait le poste de conseiller en formation et perfectionnement, classifié au niveau PE 2, a demandé une «mutation latérale» au poste de surinten-

Traffic Operations. Mr. McCrae knew Mr. Dunne because he had supervised him from 1974 to 1976 when Mr. Dunne occupied a position similar to the position to be filled. Mr. McCrae was also aware that since 1976 Mr. Dunne had been a Training and Development Coordinator and had been active in developing technical training programs for Customs Inspectors and Superintendents. On the basis of his personal knowledge of Mr. Dunne's qualifications, Mr. McCrae concluded that he could carry out the duties of the position to be filled and selected him for appointment. Mr. McCrae prepared the following narrative comments on Mr. Dunne:

Knowledge—Mr. V. J. Dunne previously encumbered a position titled Superintendent Outside Services, at the PM 3 level at Pacific Highway during the period 1973-1976.

Mr. Dunne was under my general supervision from September 1974 through December 1976. During this period Mr. Dunne demonstrated he possessed a very good knowledge of the Customs Act, Excise Act, Excise Tax Act, Customs Tariff and related regulations, directives and procedures as well as those of other government agencies administered on their behalf by Customs and Excise.

Abilities—Mr. Dunne has satisfactorily demonstrated the ability to identify and resolve problems and implement remedial action, apply the provisions of the collective agreements, communicate effectively, direct and train staff.

Personal Suitability—Mr. Dunne enjoys the ability to establish and maintain good interpersonal working relations with representatives of Customs House, brokerage firms, transportation companies and members of other enforcement agencies.

He is tactful and exercises discretion and good judgement.

The position Superintendent Traffic Operations to which he is being appointed is almost identical to the former position of Superintendent Outside Services.

The Department posted a "notice of right to appeal" the appointment and Mr. Bozoian lodged an appeal.

It appears from the Appeal Board's decision that the Board had queried why Mr. Dunne did not attend the Board's inquiry or enter the competition, and also that it had given consideration to the question "whether or not it was in the best interests of the Public Service to select Mr. Dunne for appointment without competition." The last two paragraphs of the decision read as follows:

I pointed out my concerns to the Department at the inquiry and invited the representative to comment on the suggestion that it appeared unfair for Mr. Dunne to be considered for appointment without competition. It was, in my view, difficult to understand why Mr. Dunne did not compete for the position if he was interested in it when the competition was advertised. The Department's representative explained that he did not know why Mr. Dunne did not participate in the competition nor did he know why Mr. Dunne requested a "lateral transfer" only after the results of the competition had been released. He

dant des opérations du trafic. M. McCrae connaissait M. Dunne, parce que ce dernier, alors qu'il occupait un poste semblable au poste à pourvoir, avait travaillé sous ses ordres de 1974 à 1976. M. McCrae savait également que depuis 1976, M. Dunne était coordonnateur en formation et perfectionnement et qu'il avait été très actif dans l'élaboration de programmes de formation technique pour inspecteurs et contrôleurs de douanes. Fort de sa connaissance personnelle des qualités de M. Dunne, M. McCrae a conclu que ce dernier pourrait exécuter les fonctions du poste à remplir et l'a choisi en vue de la nomination. M. McCrae a préparé les remarques suivantes sur M. Dunne:

Connaissances: De 1973 à 1976, M. V. J. Dunne a occupé un poste de surintendant des services extérieurs, classifié au niveau PM 3, au Pacific Highway.

M. Dunne a été sous mes ordres de septembre 1974 à décembre 1976. Pendant cette période, M. Dunne a démontré qu'il avait une très bonne connaissance de la Loi sur les douanes, de la Loi sur l'accise, de la Loi sur la taxe d'accise, du Tarif des douanes et des règlements, directives et procédures afférents, ainsi que de ceux d'autres organismes gouvernementaux appliqués pour leur compte par Douanes et Accise.

Aptitudes: M. Dunne a, d'une manière satisfaisante, démontré l'aptitude à cerner et à résoudre les problèmes, ainsi qu'à prendre des mesures de redressement, à appliquer les dispositions des conventions collectives, à communiquer efficacement, à diriger et à former le personnel.

Qualités personnelles: M. Dunne jouit de l'aptitude à établir et à maintenir de bons rapports avec des représentants du bureau de la douane, d'entreprises de courtage, de compagnies de transport, et avec des membres d'autres organismes d'exécution.

Il fait preuve de tact, de discrétion et de bon discernement.

Le poste de surintendant des opérations du trafic auquel on va le nommer est presque identique à l'ancien poste de surintendant des services extérieurs.

Le Ministère a affiché un «avis du droit d'appel» de la nomination, et M. Bozoian a interjeté appel de celle-ci.

Il ressort de la décision du Comité d'appel que ce dernier a cherché à savoir pourquoi M. Dunne n'avait pas assisté à l'enquête tenue par le Comité et ne s'était pas porté candidat au concours, et qu'il a examiné la question de [TRADUCTION] «savoir s'il était dans l'intérêt de la Fonction publique de nommer M. Dunne sans concours». Les deux derniers paragraphes de la décision sont ainsi rédigés:

[TRADUCTION] A l'enquête, j'ai fait part de mes doutes au Ministère, et j'ai invité le représentant à commenter la proposition qu'il paraissait injuste qu'on envisage de nommer M. Dunne sans concours. A mon avis, il est difficile de comprendre pourquoi M. Dunne n'a pas posé sa candidature si ce poste l'intéressait au moment de l'affichage du concours. Le représentant du Ministère a expliqué qu'il ne savait pas pourquoi M. Dunne n'avait pas participé au concours, ni pourquoi il avait demandé une «mutation latérale» seulement après la divulgation des résultats du concours. Selon lui, chercher à connaître les

suggested that it would only be conjecture to search for Mr. Dunne's motives. He could only clearly explain the actions taken by the Department and on the basis of the information before it he considered that the Department had acted in a reasonable manner.

I agree that the best person to explain Mr. Dunne's motives would be Mr. Dunne himself. Unfortunately, he chose not to attend the appeal inquiry even though he was invited to do so. Consequently, Mr. Dunne himself has provided no information on why he did not participate in the competition even though he was eligible to do so. As a result, the perception of a want of procedural fairness in making the selection for appointment remains with me and I am left with the impression that Mr. Dunne hovered in the wings until he had nobody to compete with for the position. As I noted in the case of Kelly (identified earlier), in my view it is intended that selections for appointment from within the Public Service normally be made by competition. A competition was initiated in this case and I am of the opinion that the competition should have been extended before attempting to fill the vacant position by other means. If, after the results of the competition were released, other potential candidates identified themselves, then the competition could easily have been continued so that the relative merit of the second series of candidates could be easily compared with that of the first group. Alternatively, the area of competition could have been expanded. In other words, a thorough pursuit for a successful candidate should be made by competition before considering the merit of only one person for appointment without competition. The appearance of a want of procedural fairness in the circumstances of this case leads me to conclude that the best interests of the Public Service have not been served by selecting Mr. Dunne for appointment without competition and I allow the appeal against his appointment.

I see no useful purpose in speculating as to why Mr. Dunne did not enter the competition or attend the Board's inquiry. The competition ran its course without him; and a representative of the Department that appointed him to the vacant position attended before the Board to speak in respect of the Department's action, the procedure followed, and the selection and appointment of Mr. Dunne.

In several recent cases this Court has considered the "merit principle" and requirements and procedures for appointments to or from within the Public Service, particularly sections 10 and 21 of the *Public Service Employment Act* and section 5 of the *Public Service Employment Regulations*. I will refer to two of the cases and repeat here verbatim certain portions of the respective reasons for judgment.

In *Attorney General of Canada v. Appeal Board established by the Public Service Commission* [*supra*], Heald J. said [at pages 803-804]:

motifs de M. Dunne relève de l'hypothèse. Il était seulement en mesure d'expliquer clairement les mesures prises par le Ministère, et sur la base des renseignements dont disposait ce dernier, il était d'avis que le Ministère avait agi de façon raisonnable.

^a Je conviens que la meilleure façon d'obtenir une explication des motifs de M. Dunne est de le demander à M. Dunne lui-même. Malheureusement, il a choisi, malgré l'invitation qui lui avait été faite, de ne pas assister à l'enquête tenue à la suite d'un appel. Par conséquent, M. Dunne lui-même n'a fourni aucun renseignement quant à la raison pour laquelle il n'avait pas pris part au concours même s'il était en droit de le faire. En conséquence, je vois là un manque d'équité procédurale dans la sélection et j'ai l'impression que M. Dunne se tenait dans la coulisse en attendant le moment où il ne resterait personne pour lui disputer ce poste. Comme je l'ai indiqué dans l'affaire Kelly (susmentionnée), à mon avis, les sélections en vue d'une nomination au sein de la Fonction publique doivent normalement être faites par concours. Un concours a été ouvert en l'espèce, et j'estime que ce concours aurait dû être prolongé avant d'essayer de pourvoir au poste vacant par d'autres moyens. Si, après divulgation des résultats du concours, d'autres candidats s'étaient présentés, alors le concours aurait pu facilement être prolongé en vue de rendre possible la comparaison du mérite respectif de la deuxième catégorie de candidats avec celui du premier groupe. Subsidiairement, la zone de concours aurait pu être élargie. Autrement dit, une recherche minutieuse parmi les candidats devrait être faite par voie de concours avant d'examiner le mérite d'une seule personne pour la nommer sans concours. Comme l'équité procédurale paraît n'avoir pas été respectée en l'espèce, je conclus que la nomination de M. Dunne sans concours n'a pas été faite dans l'intérêt de la Fonction publique, et j'accueille l'appel formé contre sa nomination.

^f Je ne vois pas l'utilité de tenter de savoir pourquoi M. Dunne n'a pas pris part au concours ou n'a pas assisté à l'enquête tenue par le Comité. Le concours a suivi son cours sans lui; et un représentant du Ministère qui l'a nommé au poste vacant a comparu devant le Comité pour expliquer les mesures prises par le Ministère, la procédure suivie, la sélection et la nomination de M. Dunne.

^h Dans plusieurs causes récentes, cette Cour a examiné le [TRADUCTION] «principe du mérite», les exigences et les procédures en matière de nomination à la Fonction publique ou au sein de la Fonction publique, particulièrement les articles 10 et 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et l'article 5 du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction*. Voici deux de ces affaires dont je reproduis verbatim certaines parties des motifs respectifs de jugement.

^j Dans *Le procureur général du Canada c. Le Comité d'appel établi par la Commission de la Fonction publique* [susmentionnée], le juge Heald dit ceci [aux pages 803 et 804]:

We are all of the opinion that the respondent Board, having found (Case, page 124):

... that the Department had sufficient evidence upon which to conclude that Mrs. McArthur had the qualifications required to perform the duties of the position under appeal

... exceeded its jurisdiction in proceeding to substitute its opinion for the opinion of the Department to which the Public Service Commission had delegated the authority to determine whether a competition would or would not be in the best interests of the Public Service pursuant to subparagraph 5(c)(i) of the *Public Service Employment Regulations*, C.R.C. 1978, Vol XIV, c. 1337, as amended.

The function of an Appeal Board appointed pursuant to section 21 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, is to determine, after inquiry, whether the selection made in the instant case was a "selection according to merit" pursuant to section 10 of that Act. The Appeal Board has a right and duty to satisfy itself that the opinion required by subsection 5(c)(i) of the Regulations, *supra*, was in fact formed but it cannot review the reasonableness of the opinion so long as there was some basis for it. The opinion formed would have to be so unreasonable that no reasonable person could form that opinion. The Appeal Board is not entitled to substitute its opinion for that of the Department exercising the delegated authority to form that opinion. The question whether there has been the required opinion formed is relevant to the application of the merit principle, but as to the reasonableness of such opinion, an Appeal Board should be bound by the same limits as a Court exercising judicial review or sitting on a statutory appeal. In our view, on the facts of this case, there was ample evidence upon which the Department could reach the conclusion which it did, namely, that it was necessary to transfer Mrs. McArthur for humanitarian or compassionate reasons. On this basis, the Appeal Board was not entitled to substitute its opinion for that of the Department and thus, exceeded its jurisdiction.

In *Attorney General of Canada v. Greaves et al.* [*supra*] in which this Court dismissed an application to set aside a decision of the Appeal Board that had allowed appeals against the appointment of one Brian Dougall under paragraph 5(c) of the *Public Service Employment Regulations*, Pratte J. said [at pages 810-811]:

A selection which has been made in accordance with the procedure laid down in the Act and the Regulations, be it by competition or otherwise, may nevertheless be successfully attacked under section 21 if the manner in which the selection was made was such that it violated the merit principle. For instance, a selection made by competition following all the statutory requirements may be tainted by the fact the qualifications of the candidates have been wrongfully assessed. This is true when the selection is made by competition; it is also true if the selection is made without a competition. The requirements of the merit principle are, in my view, always the same. They

La Cour juge à l'unanimité que le Comité intimé, pour avoir conclu (dossier conjoint, page 124):

[TRADUCTION] ... que le Ministère disposait de preuves suffisantes pour conclure que M^{me} McArthur avait les qualités requises pour remplir les fonctions du poste en cause ...

a excédé sa compétence en substituant son opinion à celle du Ministère, auquel la Commission de la Fonction publique a délégué le pouvoir d'apprécier, conformément au sous-alinéa 5c(i) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique*, C.R.C. 1978, Vol. XIV, chap. 1337, modifié, si la tenue d'un concours est conforme à l'intérêt de la Fonction publique.

Un Comité d'appel établi en application de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32, a pour fonction de déterminer, après enquête, si la sélection faite dans un cas donné est une «sélection établie au mérite» au sens de l'article 10 de la même Loi. Le Comité d'appel est tenu de s'assurer que l'appréciation visée au sous-alinéa 5c(i), rappelé ci-dessus, du Règlement a été effectivement faite, mais il n'a pas le droit d'en contrôler le caractère raisonnable si l'appréciation n'est pas dénuée de fondement. Ou alors il faudrait que celle-ci soit si déraisonnable qu'elle ne saurait être le fait d'une personne raisonnable. Le Comité d'appel n'est pas habilité à substituer son opinion à celle du Ministère, auquel le pouvoir a été délégué à cet effet. Il appartient au Comité de s'assurer de l'application du principe du mérite, en vérifiant si l'appréciation requise a été faite; mais pour ce qui est du caractère raisonnable de cette appréciation, un Comité d'appel est soumis aux mêmes restrictions qu'une cour de justice exerçant le contrôle judiciaire ou siégeant en juridiction d'appel. La Cour estime qu'à la lumière des faits de la cause, il y avait des preuves suffisantes sur lesquelles le Ministère pouvait fonder la conclusion qu'il a tirée, à savoir qu'il était nécessaire de muter M^{me} McArthur pour des raisons humanitaires ou de compassion. Il s'ensuit que le Comité d'appel n'était pas en droit de substituer son opinion à celle du Ministère et que, l'ayant fait, il a excédé sa compétence.

Dans l'affaire *Le procureur général du Canada c. Greaves et autres* [susmentionnée], où cette Cour a rejeté une demande d'annulation d'une décision rendue par le Comité d'appel qui avait accueilli des appels formés contre la nomination d'un certain Brian Dougall faite en vertu de l'alinéa 5c) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique*, le juge Pratte dit ceci [aux pages 810 et 811]:

Une sélection faite conformément à la méthode établie dans la Loi et dans le Règlement, que ce soit par concours ou autrement, peut néanmoins être révoquée en vertu de l'article 21 si la méthode employée violait le principe du mérite. Par exemple, une sélection faite à la suite d'un concours conforme à toutes les exigences statutaires peut être viciée du fait que les qualités des candidats ont été incorrectement appréciées. C'est vrai lorsque la sélection est faite à la suite d'un concours; c'est également vrai si la sélection est faite sans concours. J'estime que les exigences du principe du mérite sont toujours les mêmes. Elles ne varient pas selon la méthode de sélection

do not vary with the method of selection chosen. That principle requires that the selection be made "according to merit", which means, "that the best persons possible will be found for the various positions in the Public Service . . .". In the present case, the Appeal Board, as I understand its decision, was not satisfied that the appointment had been made "according to merit" because the qualifications of the selected candidate had never been in any way compared with those of other persons who, like the respondents, might have wished to apply for the position. This was, in my view, a valid reason for allowing the appeal.

And in that case *Le Dain J.* agreed that the section 28 application should be dismissed, and he said [at pages 811-812]:

Sections 10 and 21 of the *Public Service Employment Act* indicate that an appointment may be made in the Public Service without competition. To that extent paragraph 5(c) of the *Public Service Employment Regulations*, which provides for appointment without competition, finds support in the legislation. But the alternative process of personnel selection chosen by the Commission must be one which, in the words of section 10 of the Act, is "designed to establish the merit of candidates." The merit established by competition is obviously relative merit. I agree that we would not be justified in concluding that the word "merit" in the part of section 10 which reads, "such other process of personnel selection designed to establish the merit of candidates as the Commission considers is in the best interests of the Public Service," is intended to have the different and more limited meaning of simply being qualified for a position. I believe the merit principle was intended to achieve more than merely the appointment of qualified persons in the Public Service. Its purpose is to find the best qualified persons from among those who are available. In the case of a competition the persons who are available are identified as candidates for the position. The Commission, or those exercising its delegated authority, know for certain the persons whose qualifications for the position must be compared in the light of the merit principle in order to comply with the requirement of section 10 of the Act. In the case of an appointment without competition there is not an identification of other candidates for the position. This is clear from a comparison of paragraphs (a) and (b) with paragraph (c) of section 5 of the Regulations. How, then, is the Commission, or those exercising its delegated authority, to know who the candidate for appointment is to be compared with in order to satisfy the requirement of section 10? In my opinion, it is an implication of section 21 of the Act, which gives a right of appeal, in the case of an appointment without competition, to "every person whose opportunity for advancement, in the opinion of the Commission, has been prejudicially affected", that the candidate's qualifications must be compared with those of the persons whose opportunities for advancement would be prejudicially affected by his or her appointment. Such persons are usually identified after a selection is made, as happened in the present case after the first selection which led to the first decision of the Appeal Board, but they may, as a practical matter, be identified before a selection is made, and should there be any oversight in this respect it may be subsequently corrected. I am mindful that the conclusion reached in this case may severely limit the flexibility provided by the power of

choisie. Ce principe exige que la sélection soit faite «au mérite», ce qui veut dire, «qu'il faut trouver les personnes les plus aptes à remplir les différents postes de la Fonction publique . . .». En l'espèce, le Comité d'appel, si je comprends bien sa décision, n'était pas convaincu que la nomination avait été faite «au mérite» parce que les qualités du candidat choisi n'avaient pas été comparées avec celles d'autres personnes qui, comme les intimés, auraient pu vouloir poser leur candidature pour le poste. J'estime que c'était un motif valide pour faire droit à l'appel.

b Dans cette affaire, le juge *Le Dain* a également conclu au rejet de la demande fondée sur l'article 28. Il s'exprime en ces termes [aux pages 811 et 812]:

Les articles 10 et 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* prévoient que les nominations à des postes de la Fonction publique peuvent être faites sans concours. Dans cette mesure, l'alinéa 5c) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique* qui prévoit la nomination sans concours est fondé sur la loi. Mais l'autre méthode de sélection du personnel choisie par la Commission doit, aux termes de l'article 10 de la Loi, être «établie afin de déterminer le mérite des candidats.» Le mérite déterminé par un concours est manifestement le mérite relatif. Je reconnais que nous ne pourrions, à bon droit, conclure que le terme «mérite» dans le passage suivant de l'article 10 «telle autre méthode de sélection du personnel établie afin de déterminer le mérite des candidats que la Commission estime la mieux adaptée aux intérêts de la Fonction publique» a le sens différent et plus restreint d'être simplement qualifié pour occuper un poste. Je crois que le principe du mérite a été conçu pour faire plus que simplement assurer la nomination de personnes qualifiées à des postes de la Fonction publique. Il a pour objet de trouver les personnes les mieux qualifiées parmi celles qui sont disponibles. Dans le cas d'un concours, les personnes qui sont disponibles sont identifiées comme candidats à ce poste. La Commission ou les personnes qui exercent son pouvoir délégué connaissent avec certitude les personnes dont les qualités pour remplir le poste doivent être comparées à la lumière du principe du mérite pour satisfaire à l'exigence de l'article 10 de la Loi. Dans le cas d'une nomination sans concours, il n'y a pas d'identification d'autres candidats à ce poste. Cela ressort clairement d'une comparaison des alinéas a) et b) avec l'alinéa c) de l'article 5 du Règlement. Comment la Commission ou ceux qui exercent son pouvoir délégué pourront-ils savoir avec qui le candidat dont la nomination est prévue doit être comparé pour satisfaire à l'exigence de l'article 10? Selon moi, il découle de l'article 21 de la Loi, qui confère un droit d'appel, dans le cas de nomination sans concours, à «chaque personne dont les chances d'avancement, de l'avis de la Commission, sont ainsi amoindries», que les qualités du candidat doivent être comparées avec celles des personnes dont les chances d'avancement seraient amoindries du fait de sa nomination. Ces personnes sont normalement identifiées après une sélection, comme il est arrivé en l'espèce après la première sélection qui est à l'origine de la première décision du Comité d'appel, mais, en pratique, elles peuvent être identifiées avant qu'un choix ne soit fait, et si un oubli était fait à cet égard, il pourrait subséquemment y être remédié. Je suis conscient du fait que la conclusion en l'espèce peut limiter sérieusement la flexibilité que permet le pouvoir de mutation au

transfer in the Public Service, to the extent that a particular transfer constitutes an appointment within the meaning of the Act, but if more is required in this regard it should be clearly provided by the legislation.

It is clear that when Mr. Dunne made his application to be transferred to the vacant position the process of selection by advertised competition had been tried, extending in all over a period of several months, and that the competition had not disclosed any person qualified for the position. Thereupon, on consideration of the fact of the competition and its result, and Mr. Dunne's application and his qualifications, the Department exercised its authority under paragraph 5(c) of the *Public Service Employment Regulations* and selected him to fill the position. The situation in the so-called "Greaves case", above mentioned, was different for in that case, as I recall it, the appointment of Brian Dougall was made without any competition having been called or held and the Department was aware before it made the appointment that certain employees were opposed to the appointment on the ground that their opportunity for advancement would thereby be prejudicially affected; and the Department, notwithstanding that awareness, did not compare his qualifications with whatever qualifications those other employees had for the position.

In my view, in the circumstances of this case there was ample evidence upon which the Department could reach its conclusion to act under subparagraph 5(c)(i) of the *Public Service Employment Regulations* and appoint Mr. Dunne to the vacant position, and the Appeal Board was not entitled to substitute therefor its opinion that the competition process should be continued or extended to seek a second series of candidates. In doing so it exceeded its jurisdiction and erred in law.

In the record before this Court on this application I do not see anything that should give me cause to doubt that in proceeding as it did and appointing Mr. Dunne the Department acted reasonably and in good faith and that the appointment was made "according to merit".

Therefore, my conclusion is that this section 28 application should be granted and that the decision of the Appeal Board should be set aside.

sein de la Fonction publique, dans la mesure où une mutation précise constitue une nomination au sens de la Loi, mais si on a besoin de plus à cet égard, il faudrait le prévoir expressément dans la loi.

a Il est clair que lorsque M. Dunne a fait sa demande de mutation au poste vacant, la méthode de sélection par concours affiché avait été essayée et maintenue, en tout, pendant une période de plusieurs mois, et que le concours n'avait permis de trouver aucune personne qualifiée pour le poste. b Alors, compte tenu du concours et de ses résultats, de la demande de M. Dunne et de ses qualités, le Ministère a exercé son pouvoir conféré par l'alinéa 5c) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique* et choisi M. Dunne pour remplir le poste. c La situation dans l'arrêt dit «affaire Greaves», susmentionné, est différente, car, dans cette affaire, si j'ai bonne mémoire, la nomination de Brian Dougall a été faite sans qu'aucun concours dût être organisé ou tenu, et le Ministère, avant de procéder à la nomination, savait que certains employés s'opposaient à la nomination au motif que leurs chances d'avancement seraient, de ce fait, amoindries; et bien qu'il fût au courant de cela, le Ministère n'a pas comparé les qualités de Brian Dougall avec les qualités que pouvaient avoir ces autres employés pour remplir le poste. e

f J'estime qu'en l'espèce, il existait d'abondants éléments de preuve permettant au Ministère de conclure qu'il pouvait agir en vertu du sous-alinéa 5c)(i) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique* et nommer M. Dunne au poste vacant; et g le Comité d'appel n'était pas en droit d'y substituer son opinion que le concours aurait dû être poursuivi ou élargi en vue de rechercher une deuxième série de candidats. En faisant cela, il a outrepassé sa compétence et commis une erreur de droit. h

Dans le dossier dont dispose la Cour en l'espèce, je ne vois rien qui me permette de douter qu'en s'y prenant comme il l'a fait et en nommant M. Dunne, le Ministère a agi raisonnablement et de bonne foi, et que la nomination a été faite «au mérite».

Je conclus qu'il y a donc lieu d'accueillir la demande fondée sur l'article 28 et d'infirmer la décision du Comité d'appel. j