

A-1029-83

A-1029-83

**Attorney General of Canada (Applicant)**

v.

**Serge Brault and Pierre Dubois (Respondents)**

and

**Bernard Lenoir, Daniel Beaupré and Pierre Delage, Director, Appeals Branch, Public Service Commission (Mis-en-cause)**

Court of Appeal, Pratte, Marceau and Hugessen JJ.—Ottawa, March 7 and May 23, 1984.

*Public service — Appointment to position — Department of National Revenue — Canine detection units established — Customs inspectors interviewed to determine aptitude for loving, caring for and living with dog — Mis-en-cause selected as dog handlers — Appointments appealed on ground selection not based on merit as knowledge and abilities as customs inspector not considered — Board erred in interpreting remarks in Kelso v. R., [1980] 1 F.C. 659 (C.A.) as meaning change in duties of position making it different position — Addition of dog as working tool not altering nature of position — Board erred in assuming creation of position not requiring clear decision and indication of intent by Minister or representative — New positions not created — No appointment to new position — Application to set aside Board's decision allowed — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 21 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28 — Financial Administration Act, R.S.C. 1970, c. F-10, s. 7 — Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970, c. P-35.*

This is an application to set aside a decision of an Appeal Board, allowing the respondents' appeal of appointments. The Department of National Revenue established a "canine detection unit". Customs inspectors were interviewed to determine their aptitude for loving, caring for and living with a dog. The mis-en-cause were selected to become "dog handlers". The respondents appealed pursuant to section 21 of the *Public Service Employment Act*, alleging that the selection was not based on merit, since knowledge, abilities and personal suitability as a customs inspector had not been considered. The Department argued that there was not an appointment to a position, as the mis-en-cause still held their positions of customs inspector, and their appointments as "dog handlers" simply gave them a new tool to assist them in the performance of their duties. The Board interpreted extracts from *Kelso v. R.*, [1980] 1 F.C. 659 (C.A.) as meaning that a change in the "qualifications, functions and responsibilities of a position makes it a different position which must be filled in accordance with the *Public Service Employment Act*". The Board held that the mis-en-cause had been appointed to new positions, and that

**Procureur général du Canada (requérant)**

c.

**Serge Brault et Pierre Dubois (intimés)**

et

**Bernard Lenoir, Daniel Beaupré et Pierre Delage, Directeur, Division des Appels, Commission de la Fonction publique (Mis-en-cause)**

Cour d'appel, juges Pratte, Marceau et Hugessen—Ottawa, 7 mars et 23 mai 1984.

*Fonction publique — Nomination à un poste — Ministère du Revenu national — Mise sur pied d'unités canines de détection — Les inspecteurs des douanes ont été interviewés afin d'évaluer leurs aptitudes à aimer, entretenir et vivre avec un chien — Les mis-en-cause ont été choisis pour devenir maîtres-chien — On en a appelé des nominations au motif que la sélection ne s'est pas faite suivant le principe du mérite puisque l'on n'a pas tenu compte des connaissances et aptitudes des candidats en tant qu'inspecteurs des douanes — Le Comité a fait erreur en interprétant les observations formulées dans Kelso c. R., [1980] 1 C.F. 659 (C.A.) comme voulant dire qu'une modification des tâches afférentes à un poste en fait un poste différent — L'addition d'un chien comme outil de travail ne modifie pas la nature du poste — Le Comité a fait erreur en présumant que la création d'un poste ne requerrait pas une décision claire et une manifestation de cette intention de la part du Ministre ou de son représentant — Il n'y a pas eu création de nouveaux postes — Il n'y a pas eu de nomination à un nouveau poste — La demande tendant à l'annulation de la décision est accueillie — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 21 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 28 — Loi sur l'Administration financière, S.R.C. 1970, chap. F-10, art. 7 — Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-35.*

Il s'agit en l'espèce d'une demande tendant à l'annulation d'une décision d'un comité d'appel ayant fait droit à l'appel formé par les intimés à l'encontre de certaines nominations. Le ministère du Revenu national a mis sur pied une «unité canine de détection». Des inspecteurs des douanes ont été interviewés afin d'évaluer leurs aptitudes à aimer, entretenir un chien et vivre avec lui. Les mis-en-cause ont été choisis pour devenir «maîtres-chien». Les intimés ont interjeté appel conformément à l'article 21 de la *Loi sur la Fonction publique* en alléguant que la sélection ne s'était pas faite selon le principe du mérite puisque les connaissances, aptitudes et qualités personnelles des candidats en tant qu'inspecteurs des douanes n'avaient pas été prises en considération. Le Ministère a prétendu qu'il n'y avait pas eu nomination à un poste puisque les mis-en-cause occupaient toujours leur poste d'inspecteur des douanes et qu'en les nommant «maîtres-chien», on leur a tout simplement fourni un outil nouveau pour les aider à remplir leurs fonctions. Le Comité a interprété les passages de l'arrêt *Kelso c. R.*, [1980] 1 C.F. 659 (C.A.) comme voulant dire qu'un changement apporté dans les «qualités, fonctions et responsabilités d'un poste en fait

their appointments could be the subject of an appeal under section 21.

*Held* (Pratte J. dissenting): The application should be allowed.

*Per* Marceau J. (Hugessen J. concurring): The Board erred in its interpretation of Jackett C.J.'s remarks in *Kelso*. Jackett C.J.'s purpose was to deny to a department the right to unilaterally change the qualifications required of an appointee to a position during the period that he continues to occupy the position. One of the reasons given was that "Any such change in qualifications would . . . make the position something other than that to which he was appointed." His observations could not be used as a basis for the general conclusion drawn by the Board. The addition of a dog as a working tool for a customs inspector, even if the dog must be kept at home, does not alter the position of a customs inspector so as to change its "nature".

The Board erred in assuming that the creation of a position did not require a clear decision and an unambiguous indication of intent by the Minister or his representative. Implicit in the Board's decision was the premise that a position can be created by a situation of fact, i.e., by the behaviour of management, and even against the wishes of the administrative authorities in that department. This proposition is indefensible. Since the creation of a position involves the identification and definition of a function requiring the hiring of a person, and since the power of creating a position is a legal power involving the taking of a decision, to create a position a firm and unambiguous expression of intent will be required. Acceptance of the Board's premise would mean that by management directives, the authorities of a department could, without their knowledge and even against their will, create and abolish positions. The purpose of the remarks in *Kelso* relied upon by the Board was to show that the Minister could not unilaterally alter the qualifications of a position. Second, if an alteration had a discriminatory effect, it would probably be open to remedy under the *Public Service Staff Relations Act*. Finally, if an alteration is accepted by the incumbent, has no discriminatory effect on others and entails no change in classification or pay increase, it should be allowed. New positions of "dog handler" were not created and there was no appointment to a position within the meaning of the *Public Service Employment Act*.

*Per* (Pratte J. dissenting): The only question is whether the Board correctly held that the selection of dog handlers constituted appointments. As the Act does not define "appointment" and "position", these words must be given their ordinary meaning, according to which a person is appointed to a position when he is designated to perform a job or function. Accordingly a person who already has a position is appointed to another position if he is designated to perform a job different from the one held by him. It is not necessary to expressly appoint him to such a position: it will suffice if those in authority appoint him to permanently carry out a new job which is substantially different from that associated with the position held by him.

un poste différent qu'il faut combler au moyen de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Le Comité a conclu que les mis-en-cause avaient été nommés à de nouveaux postes et que leurs nominations pouvaient faire l'objet d'un appel en vertu de l'article 21.

*Arrêt* (le juge Pratte dissident): la demande devrait être accueillie.

Le juge Marceau (le juge Hugessen concourant): Le Comité a mal interprété les observations du juge en chef dans l'arrêt *Kelso*. Le juge en chef Jackett s'employait à contester à un ministère le droit de modifier unilatéralement les qualifications requises d'une personne nommée à un poste tant qu'elle l'occupe. Suivant l'un des motifs exprimés, « . . . , toute modification semblable rendrait ce poste autre que celui auquel elle a été nommée. » On ne saurait tirer de ses propos l'affirmation générale retenue par le Comité. L'addition d'un chien comme outil de travail d'un inspecteur des douanes, même si la garde à domicile est requise, ne modifie pas la fonction de cet inspecteur des douanes suffisamment pour en changer la «nature».

Le Comité a fait erreur en supposant que la création d'un poste ne requerrait pas une décision claire et une manifestation de volonté non équivoque du Ministre ou de son représentant. Il ressort implicitement de la décision du Comité que ce dernier avait adopté comme prémisse qu'un poste peut être créé par une simple situation de fait, c'est-à-dire par un comportement de gestion et ce, même à l'encontre des désirs des responsables de l'administration du Ministère. Cette proposition est insoutenable. Étant donné que la création d'un poste implique la reconnaissance et la définition d'une fonction requérant l'emploi d'une personne et que le pouvoir de créer un poste est un pouvoir juridique impliquant la prise d'une décision, la création d'un poste exige une manifestation ferme et non équivoque. Admettre la prémisse du Comité voudrait dire que par des directives de gestion, les autorités d'un ministère pourraient, à leur insu et même malgré elles, créer des postes et en abolir. Les commentaires formulés dans l'arrêt *Kelso* sur lesquels s'est appuyé le Comité avaient pour but de montrer que le Ministre ne pouvait modifier unilatéralement les qualifications afférentes à un poste. Ensuite, si une modification avait un effet discriminatoire, elle pourrait vraisemblablement faire l'objet d'un recours en vertu de la *Loi sur les Relations de travail dans la Fonction publique*. Enfin, si une modification est acceptée par le titulaire du poste, ne comporte pas d'incidence discriminatoire à l'égard des autres et n'entraîne ni reclassification ni augmentation, elle devrait être accordée. Il n'y a pas eu création de nouveaux postes de «maître-chien» et donc aucune nomination à un poste au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*.

Le juge Pratte (dissident): La seule question qui se pose consiste à déterminer si le Comité d'appel a eu raison de juger que le choix des maîtres-chien constituait des nominations. Comme la Loi ne définit pas les mots «nomination» et «poste», il faut donner à ces mots leur sens ordinaire, suivant lequel une personne est nommée à un poste lorsqu'elle est désignée pour remplir un emploi ou une fonction. Il s'ensuit qu'une personne qui détient déjà un poste est nommée à un autre poste si elle est désignée pour remplir un emploi différent de celui qu'elle occupe déjà. Il n'est pas nécessaire de la nommer expressément à un tel poste: il suffit que les responsables la désignent pour exécuter de façon permanente une tâche nouvelle substantielle-

The new duties as “dog handler” were sufficiently different from those of a customs inspector to constitute a different job.

ment différente de celle qui se rattachait au poste qu'elle occupait jusque là. Les nouvelles fonctions de «maître-chien» étaient suffisamment différentes de celles d'un inspecteur des douanes pour constituer un emploi différent.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### CONSIDERED:

*Kelso v. R.*, [1980] 1 F.C. 659 (C.A.).

##### REFERRED TO:

*Bauer v. Public Service Appeal Board*, [1973] F.C. 626 (C.A.); *Brown v. Public Service Commission*, [1975] F.C. 345 (C.A.).

##### COUNSEL:

*James M. Mabbutt* for applicant.  
*Robert W. Côté* for respondents.  
No one appearing for mis-en-cause.

##### SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Gowling & Henderson*, Ottawa, for respondents.  
No one appearing for mis-en-cause.

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

PRATTE J. (*dissenting*): The applicant is appealing pursuant to section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] from a decision of a Board established by the Public Service Commission, allowing an appeal made by the respondents Brault and Dubois in accordance with section 21 of the *Public Service Employment Act* [R.S.C. 1970, c. P-32]. By that appeal, the respondents had challenged the appointment of the mis-en-cause Lenoir and Beaupré to the position of “dog handler” in a “canine detection unit” established by the Department of National Revenue in Montreal.

On July 16, 1982, the Department of National Revenue published a notice addressed to customs inspectors (level PM-01) in the Montreal area informing them that a “canine detection unit” would be established for the Montreal area and

#### a JURISPRUDENCE

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Kelso c. R.*, [1980] 1 C.F. 659 (C.A.).

#### b DÉCISIONS CITÉES:

*Bauer c. Le comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*, [1973] C.F. 626 (C.A.); *Brown c. La Commission de la Fonction publique*, [1975] C.F. 345 (C.A.).

#### c AVOCATS:

*James M. Mabbutt* pour le requérant.  
*Robert W. Côté* pour les intimés.  
Personne n'a comparu pour le compte des mis-en-cause.

#### d PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le requérant.  
*Gowling & Henderson*, Ottawa, pour les intimés.  
Personne n'a comparu pour le compte des mis-en-cause.

*Voici les motifs du jugement rendus en français par*

LE JUGE PRATTE (*dissident*): Le requérant se pourvoit en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10] à l'encontre d'une décision d'un comité établi par la Commission de la Fonction publique faisant droit à un appel que les intimés Brault et Dubois avaient fait en vertu de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* [S.R.C. 1970, chap. P-32]. Par cet appel, les intimés avaient contesté la nomination des mis-en-cause Lenoir et Beaupré au poste de «maître-chien» au sein d'une «unité canine de détection» établie par le ministère du Revenu national à Montréal.

Le 16 juillet 1982, le ministère du Revenu national publiait un avis à l'intention des inspecteurs des douanes (niveau PM-01) de la région de Montréal, les prévenant qu'on établirait une «unité canine de détection» pour la région de Montréal et

inviting anyone who wished to be assigned to such a unit to apply by submitting applications to the address indicated before the date mentioned. This notice gave the following details regarding this "canine detection unit" and the position of "dog handler":

#### DOG HANDLER

The Department recently authorized the establishment of a canine detection unit for the Montréal area. In addition to the dog and its handler, the unit will consist of a car, a kennel, a pen and special equipment.

#### PROGRAM

The successful candidate will receive on-the-spot training for approximately three months, most of which will be in Montréal. The training will focus on searches of vehicles, luggage and ships. Dogs will be trained in such areas as the detection of various drugs, weapons and ammunition as well as obedience, agility and tracking.

#### OPEN TO

Written applications by qualified PM-01 customs inspectors in the Montréal area will be considered. Candidates should indicate why they are interested and indicate any previous experience in dog handling.

To be offered this assignment, and interested employee must meet the following conditions:

- meet the language requirements of the position BEFORE assignment (AABB imperative);
- agree to perform these duties for at least three consecutive years;
- have a thorough knowledge of the duties of a customs inspector and experience in that position;
- be in good health;
- possess good communication skills;
- be willing to travel and hold a driver's licence;
- be willing to devote the necessary time and energy to caring for a detection dog and maintaining related equipment;
- occupy premises with a large enough yard to accommodate a kennel and pen.

When this notice was published several customs inspectors, including the respondents Brault and Dubois and the mis-en-cause Lenoir and Beaupré, applied. All were called to an interview designed to establish which were the most suitable candidates to become "dog handlers". The respondents Brault and Dubois were told shortly afterwards that their names had not been selected. The mis-en-cause Lenoir and Beaupré had been appointed. The respondents made use of section 21 of the *Public Service Employment Act* and appealed these two appointments. They maintained that the merits of

invitant ceux d'entre eux qui voulaient y être affectés à faire acte de candidature en faisant parvenir leurs demandes à l'adresse indiquée avant la date fixée. Cet avis donnait les précisions suivantes sur cette «unité canine de détection» et sur le poste de «maître-chien»:

#### MAITRE CHIEN

Le Ministère a récemment autorisé l'établissement d'une unité canine de détection pour la région de Montréal. En plus du chien et de son maître, l'unité disposera d'un véhicule automobile, d'un chenil, d'un enclos et de matériel spécial.

#### PROGRAMME

Le candidat (e) choisi (e) recevra une formation sur place d'une durée d'environ trois mois dont la plus grande partie sera donnée à Montréal. La formation sera axée sur la fouille des véhicules, des bagages et des navires. Le dressage des chiens comprendra la détection des divers stupéfiants, des armes à feu et des munitions ainsi que l'obéissance, l'agilité et le dépistage.

#### ADMISSIBILITÉ

Les demandes écrites des inspecteurs des douanes PM-01 compétents de la région de Montréal seront prises en considération. Les candidats (es) devront préciser pourquoi ils (elles) sont intéressés (es) et indiquer toute expérience extérieure ayant trait au dressage de chien.

Pour se voir offrir cette affectation, l'employé (e) intéressé (e) devra satisfaire aux conditions suivantes:

- satisfaire aux exigences linguistiques du poste à combler AVANT l'affectation (nomination impérative AABB);
- consentir à accomplir ces fonctions durant au moins 3 années consécutives;
- connaître à fond les fonctions d'un Inspecteur des Douanes et en avoir eu l'expérience;
- être en bonne santé;
- avoir une facilité à communiquer avec autrui;
- être prêt à voyager et détenir un permis de conduire;
- être prêt à consacrer le temps et les efforts nécessaires au soin d'un chien de détection et à l'entretien du matériel connexe;
- occuper un logement avec cour suffisante pour loger un chenil et un enclos.

Suite à la publication de cet avis, plusieurs inspecteurs des douanes, dont les intimés Brault et Dubois et les mis-en-cause Lenoir et Beaupré, se portèrent candidats. Ils furent tous convoqués à une entrevue dans le but de déterminer ceux d'entre eux qui étaient les plus aptes à devenir «maîtres-chien». Peu après, les intimés Brault et Dubois étaient prévenus que leurs noms n'avaient pas été retenus. On avait choisi les mis-en-cause Lenoir et Beaupré. Les intimés se prévalurent alors de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et firent appel de ces deux nominations.

the various candidates were not really considered in the competition, as only some of the qualifications required for "dog handlers" had been taken into account.

The Department concerned challenged this appeal on one ground, namely that the selection of the mis-en-cause Lenoir and Beaupré did not constitute an appointment to a position in the Public Service, but was simply an assignment which could not be the subject of an appeal under section 21. According to this argument, the mis-en-cause Lenoir and Beaupré still held their positions of customs inspector, both before and after their appointments, and in appointing them as "dog handlers" the Department had simply given them a new tool to assist them in performing some of their duties.

The Board dismissed this argument. First, it expressed the view, relying on the decision of Jackett C.J in *Kelso*,<sup>1</sup> that a [TRANSLATION] "change to the qualifications, functions and responsibilities of a position makes it a different position which must be filled in accordance with the *Public Service Employment Act*." Then, turning to the facts of the case at bar, it cited the competition notice which I have reproduced above and went on:

[TRANSLATION] Further, the Department's representative admitted at the hearing that in view of the particular nature of a dog as a working tool, a customs officer to whom one was assigned had to have certain special qualifications, and not all customs officers would be able to work with dogs. Someone who was assigned a dog had to agree to keep it at his house, look after it, exercise it for one or two hours every day during working hours, and so on. It is for this reason that in the interviews with interested customs officers they were asked questions such as whether their spouses were willing to have a dog at home, whether the neighbours had animals at home, whether they had large yards, and whether there were other animals in the house.

In view of the observations of Jackett C.J., of the Federal Court of Appeal, referred to above, on the effect of changes made to the qualifications, duties and responsibilities of a position, and taking into account the additional qualifications, duties and responsibilities expected of a "dog handler", in addition to the usual ones of a customs inspector, I think it is clear that in imposing them the Department was in fact establishing and creating positions that were different from those of a customs inspector. In my view, it is clear that having regular custody at home of a specially trained dog, spending one to two hours a day of his working time exercising it, being responsible for the maintenance of equipment relating to the custody and use of the dog, and being subject to conditions in addition to

Ils prétendaient que, lors du concours, le mérite de divers candidats n'avait pas été vraiment évalué parce qu'on avait tenté d'évaluer seulement quelques-unes des qualités exigées des «maîtres-chien».

<sup>a</sup> Le ministère concerné contesta cet appel pour un seul motif, savoir que le choix des mis-en-cause Lenoir et Beaupré ne constituait pas une nomination à un poste de la Fonction publique mais une simple affectation qui ne pouvait pas faire l'objet d'un appel en vertu de l'article 21. Suivant cette prétention, les mis-en-cause Lenoir et Beaupré conservaient toujours, après comme avant leur nomination, leur poste d'inspecteur des douanes et, en les nommant «maîtres-chien», on leur avait simplement donné un outil nouveau pour les aider à remplir certaines de leurs fonctions.

<sup>b</sup> Le Comité rejeta cette prétention. Il exprima d'abord l'opinion, en se fondant sur la décision du juge en chef Jackett dans l'affaire *Kelso*<sup>1</sup>, qu'un «changement apporté dans les qualités, fonctions et responsabilités d'un poste en fait un poste différent qu'il faut combler au moyen de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*.» Puis, se tournant vers les faits de l'espèce, il cita l'avis de concours que j'ai reproduit plus haut, et poursuivit:

<sup>c</sup> De plus, le représentant du ministère admit à l'audition qu'étant donné la nature de l'outil de travail particulier qu'était le chien, le douanier qui se le verrait attribuer devrait avoir certaines qualités spéciales et que ce n'était pas tous les douaniers qui pouvaient travailler avec un chien. Celui qui se voyait confier un chien devait accepter de le garder chez lui, de l'entretenir, de lui faire faire sur ses heures ouvrables une heure ou deux d'exercice tous les jours, etc. C'était pour cela que lors des entrevues avec les douaniers intéressés on leur avait demandé des questions tel que si leur conjoint était d'accord avec le fait de garder un chien à domicile, si les voisins avaient des animaux à la maison, si leur cour était assez grande, s'ils avaient d'autres animaux à la maison.

<sup>d</sup> Compte tenu des commentaires déjà rapportés du juge Jackett, de la Cour d'appel fédérale, sur l'effet des modifications apportées aux qualités, fonctions et responsabilités d'un poste, et compte tenu des qualités, fonctions et responsabilités supplémentaires attendues, en sus de celles normales d'un douanier, d'un «maître chien», il me semble évident qu'en les prescrivant le ministère se trouvait de fait à établir et créer des postes différents de ceux de douaniers. Pour moi, il est clair que le fait d'avoir la garde constante à domicile d'un chien spécialement dressé, de passer une à deux heures par jour de son temps ouvrable à lui faire faire des exercices, de veiller à l'entretien du matériel connexe à la garde et l'utilisation de ce chien, et d'être astreint à des conditions supplémentaires à celles habi-

<sup>1</sup> *Kelso v. R.*, [1980] 1 F.C. 659 (C.A.), at pp. 663-665.

<sup>1</sup> *Kelso c. R.*, [1980] 1 C.F. 659 (C.A.), aux pp. 663 à 665.

those usually imposed on ordinary customs inspectors, makes the position of a "dog handler" quite different from that of an ordinary customs inspector. The Department even admitted that special qualifications were needed in order to become a "dog handler", and it was not something which every customs inspector could do.

In my view, the arguments of the Department that the dog is merely a working tool are untenable. The continuous custody and handling of a dog implies much more time and skill than simply using a boat, car, metal detector or other mechanical device. Furthermore, the fact that the position of "dog handler" may conceivably have the same PM-01 classification, or the same number, as the position of a customs inspector preceding it does not mean that it is the same position. The Department may not have made up special job descriptions for "dog handler" positions, but in my opinion this is wrong. The position description for a Customs Inspector PM-01 (Exhibit M-1) which I was given at the hearing may be accurate for ordinary customs inspector positions, but in my view it in no way reflects the special qualifications, duties and responsibilities expected of a "dog handler" as mentioned on poster 82-44, or as presented at the appeal hearing. As regards the single national statement of qualifications, which the Department said it uses for customs inspector competitions, it is apparent that in circumstances the specifications contained in poster 82-44 added considerable other material.

In short, therefore, I consider that when Messrs Beaupré and Lenoir were appointed to "dog handler" positions, they were automatically assigned to positions that were distinct and different from those previously held by them, even though they might have the same classification and the same number.

The Board accordingly concluded that the mis-en-cause Lenoir and Beaupré had in fact been appointed to new positions pursuant to the *Public Service Employment Act*, and that their appointments could be the subject of an appeal under section 21. Having decided this, the Board held that the disputed appointments should be revoked because they had not been made "based on selection according to merit".

The only question raised by the case at bar is whether the Appeal Board correctly held that the selection of the mis-en-cause Lenoir and Beaupré as "dog handlers" constituted appointments within the meaning of the *Public Service Employment Act*. If this question is to be answered in the affirmative, applicant admits that the appointments of the mis-en-cause were not made based on selection according to merit.

As counsel for the applicant emphasized, the *Public Service Employment Act* frequently uses the expression "appointment to positions in the Public Service" but does not define the words

tuellement exigées des douaniers ordinaires, rend le poste du «maître chien» bien différent de celui du douanier ordinaire. Le ministère reconnaissait même qu'il fallait des qualités spéciales pour devenir «maître chien» et que ce n'était pas tous les douaniers qui pouvaient le devenir.

A mon avis les prétentions du ministère sur le fait que le chien n'était qu'un simple outil de travail ne tiennent pas. La garde et le dressage continus d'un chien impliquent autrement plus de temps et de dextérité que la simple utilisation d'un bateau, d'une voiture, d'un détecteur de métal ou d'un autre appareil mécanique. Ce n'est en outre pas parce que le poste de «maître chien» peut éventuellement avoir la même classification PM-01 ou encore le même numéro que le poste de douanier auquel il se trouve à succéder qu'il n'est pas un poste différent. Le ministère n'a peut-être pas établi de description de tâches spéciale pour des postes de «maître chien», mais c'est à tort, à mon avis. La description de poste de Inspecteur des douanes PM-01 (pièce M-1) qu'il m'a remise à l'audition est peut-être exacte pour les postes ordinaires de douanier mais, selon moi, elle ne reflète nullement les qualités, fonctions et responsabilités particulières attendues d'un «maître chien» tel [*sic*] qu'elles sont mentionnées sur le placard 82-44 ou qu'elles ont été présentées à l'audition d'appel. Quant à l'unique énoncé de qualités national que le ministère prétend utiliser pour les concours de douanier, il faut dire qu'il a été assez bien complété en l'espèce par les spécifications contenues au placard 82-44.

En somme, j'estime donc qu'en accédant à des postes de «maître chien» messieurs Beaupré et Lenoir se trouvaient à être automatiquement affectés à des postes distincts et différents de ceux qu'ils occupaient auparavant, même s'ils pouvaient éventuellement porter la même classification et le même numéro.

Le Comité conclut donc que les mis-en-cause Lenoir et Beaupré avaient bien été nommés à de nouveaux postes en vertu de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et que leur nomination pouvait faire l'objet d'un appel en vertu de l'article 21. Cela décidé, le Comité jugea que les nominations attaquées devaient être révoquées parce qu'elles n'avaient pas été faites «selon une sélection établie au mérite».

La seule question que soulève cette affaire est celle de savoir si le Comité d'appel a eu raison de juger que le choix des mis-en-cause Lenoir et Beaupré comme «maîtres-chien» constituait des nominations au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Si cette question doit recevoir une réponse affirmative, le requérant reconnaît en effet que les nominations des mis-en-cause n'ont pas été faites selon une sélection établie au mérite.

Comme l'a souligné l'avocat du requérant, la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* utilise fréquemment l'expression «nomination à des postes de la Fonction publique» mais ne définit pas les

“appointment” and “position”. It follows that these words are used in their ordinary sense, according to which a person is appointed to a position when he is designated to perform a job or function. Accordingly, a person who already has a position in the Public Service, as was the case with the mis-en-cause Lenoir and Beaupré, is appointed to another position if he is designated to perform a job different from the one already held by him. In my view, for someone who already has a position in the Public Service to be appointed to a new position, it is not necessary for the authorities in question to expressly appoint him to such a position: it will suffice if such authorities, without expressly creating a new position, appoint him to permanently carry out in future a new job which is substantially different from that associated with the position held by him until that time.

The mis-en-cause Lenoir and Beaupré were customs inspectors when they were selected to perform the duties of “dog handler”. To decide whether as such they were being appointed to new positions, it must be determined whether their new duties were sufficiently different from those of a customs inspector to constitute a different job. The Board answered this question in the affirmative. I consider it was correct, as the function of a “dog handler” adds such significant responsibilities and obligations to those of a customs inspector that it seems impossible to accept the applicant’s argument that the selection of the mis-en-cause as “dog handlers” was merely an assignment of duties within the ordinary limits of their jobs as customs inspectors.

For these reasons, I would dismiss the application.

\* \* \*

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

MARCEAU J.: This application made pursuant to section 28 raises a question which is much more difficult and significant than might appear from the context in which it arises and its immediate practical connotations. In my view, it actually raises a question which goes to the heart of the internal management powers of the administrative units in the federal Public Service. Unfortunately,

mots «nomination» et «poste». Il en faut conclure que ces mots sont utilisés dans leur sens ordinaire suivant lequel une personne est nommée à un poste lorsqu’elle est désignée pour remplir un emploi ou une fonction. Il s’ensuit qu’une personne qui détient déjà un poste dans la Fonction publique, comme c’était le cas des mis-en-cause Lenoir et Beaupré, est nommée à un autre poste si elle est désignée pour remplir un emploi différent de celui qu’elle occupe déjà. À mon avis, pour que celui qui occupe déjà un poste dans la Fonction publique soit nommé à un poste nouveau, il n’est pas nécessaire que les autorités concernées le nomment expressément à un tel poste; il suffit que ces autorités, sans créer expressément de poste nouveau, le désignent pour exécuter de façon permanente dans l’avenir une tâche nouvelle substantiellement différente de celle qui est attachée au poste qu’il occupait jusque-là.

Les mis-en-cause Lenoir et Beaupré étaient inspecteurs des douanes lorsqu’ils ont été choisis pour remplir la fonction de «maître-chien». Pour savoir s’ils ont été alors nommés à de nouveaux postes, il faut déterminer si leurs nouvelles fonctions étaient suffisamment différentes de celles d’un inspecteur des douanes pour constituer un emploi différent. À cette question, le Comité a répondu affirmativement. Je crois qu’il a eu raison. Car, la fonction de «maître-chien» ajoute des responsabilités et des obligations si importantes à celles d’un inspecteur des douanes qu’il me paraît impossible d’admettre la prétention du requérant que le choix des mis-en-cause comme «maîtres-chien» n’était rien d’autre qu’une affectation de tâches dans le cadre normal de leur emploi comme inspecteurs des douanes.

Pour ces motifs, je rejeterais la demande.

\* \* \*

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

LE JUGE MARCEAU: Cette demande faite en vertu de l’article 28 soulève une question qui est autrement plus difficile et importante que ne le laisseraient supposer le contexte dans lequel elle se pose et l’intérêt pratique immédiatement mis en cause. Elle soulève même, d’après moi, une question qui va jusqu’au cœur des pouvoirs de gestion interne des unités administratives de la Fonction

I do not concur in the view of my brother Pratte J. as to the exact nature of this question and the solution which it should be given, and I would not dispose of the application as suggested by him. The reasons explaining my disagreement and supporting my point of view are as follows.

There is little need to review the facts, except perhaps to note the basic points and so place the question for decision in its practical context. In the summer of 1982 the Department of National Revenue, Customs and Excise, issued a notice addressed to customs inspectors in the Montreal area (level PM-01), announcing that it intended to create a canine detection unit and inviting inspectors interested in working with a dog to submit their applications to management. The notice, the text of which is contained in the reasons of Pratte J., mentioned, as we have seen, a number of conditions which the applicant would have to meet "in order to be offered this position". Several inspectors applied. Interviews were held with each of the candidates, designed strictly to determine their aptitude for loving, caring for and living with a dog, and management announced its choice, a Mr. Alexander. The two respondents, who were disappointed at not having been selected, decided to file a complaint with the Public Service Commission. Alleging that the selection had not been made in accordance with the requirements defined in the *Public Service Employment Act* (R.S.C. 1970, c. P-32) for an appointment to a position to be made on merit, since management had not taken into account the knowledge, abilities and personal suitability of the candidates as customs inspectors, the respondents appealed under section 21 of the said Act.<sup>2</sup> The Department contested. It immediately argued that the *Public Service Employment Act* was in no way involved, so there could be no question of complying with the

<sup>2</sup> The applicable portions of section 21 read as follows:

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,

(Continued on next page)

publique fédérale. Malheureusement, je ne partage pas l'avis de mon collègue, monsieur le juge Pratte quant à la nature exacte de cette question et à la solution qu'il faut lui apporter et je ne disposerais pas de la demande de la façon qu'il suggère. Voici comment je crois pouvoir expliquer mon désaccord et appuyer ma façon de voir.

Il n'y a aucun intérêt à reprendre les faits sauf peut-être pour en rappeler les éléments essentiels et ainsi laisser dans son contexte pratique la question à résoudre. Au cours de l'été 1982, le ministère du Revenu national (Douanes et Accise), émettait un avis à l'intention de ses inspecteurs des douanes de la région de Montréal (niveau PM-01) faisant part de son intention d'établir une unité canine de détection et invitant les inspecteurs intéressés à travailler avec un chien à soumettre leur candidature à la direction. L'avis, dont on a pu prendre connaissance du texte en lisant les notes du juge Pratte, mentionnait, on l'a vu, un certain nombre de conditions auxquelles l'intéressé devait satisfaire «pour se voir offrir cette affectation». Plusieurs inspecteurs soumièrent leur candidature. À la suite d'entrevues avec chacun des candidats, entrevues visant strictement à s'enquérir des aptitudes de chacun à aimer, entretenir et vivre avec un chien, la direction fit part de son choix, un monsieur Alexander. Les deux intimés, déçus de n'avoir pas été choisis, décidèrent de s'en plaindre auprès de la Commission de la Fonction publique. Faisant valoir que la sélection n'avait pas été faite conformément aux exigences que la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* (S.R.C. 1970, chap. P-32) définit pour qu'une nomination à un poste soit faite au mérite, étant donné que la direction n'avait pas tenu compte des connaissances, capacités et qualités personnelles des candidats en tant qu'inspecteurs des douanes, les intimés interjetèrent appel en vertu de l'article 21 de ladite Loi<sup>2</sup>. Le ministère contesta. Il fit aussitôt valoir

<sup>2</sup> Les parties pertinentes de cet article 21 se lisent comme 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,

(Suite à la page suivante)



requirements of that Act, or for that matter of any appeal in accordance with it. This was so, the Department maintained, because there had been no appointment to a position: the dog was only a working tool given to a customs officer to enable him to perform his duties; no position of "dog handler" existed in the Department; although about a dozen customs inspectors throughout Canada worked with dogs, the only positions were those of customs inspectors. There had never been any question of creating new positions, nor of transferring incumbents to new positions; this situation was clear at the outset and had not changed; the position held by the candidate selected had remained the same and his appointment was unchanged. The panel of the Board formed to hear the appeal found the Department's contention unacceptable on the ground that there had in fact been a competition, but the decision revoking the appointment of Mr. Alexander became inapplicable when, shortly after it had been challenged in this Court, Mr. Alexander himself decided not to work with dogs. Considering that there was no reason to change its position, the Department simply announced that the two mis-en-cause Lenoir and Beaupré were replacing Mr. Alexander, and the respondents then repeated their challenge on the same basis, filing a new appeal as the result of which a new Board was formed. As we have seen in the observations of Pratte J., the Board gave the arguments of the Department greater consideration on this occasion and did not simply find, as on the first occasion, that since there had been a closed competition pursuant to the *Public Service Employment Act*, the requirements of that Act should apply, a reasoning which manifestly confused form and substance: it recognized that the essential condition for the appeal of the respondents to be allowed—and the only one at issue—was that there had been an appointment to

(Continued from previous page)

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.

que la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* n'était nullement en cause, de sorte qu'il ne pouvait être question de respect des formalités de cette Loi ni d'abord d'appel sous l'égide de cette Loi. Il n'y avait, en effet, eu aucune nomination à un poste, soutint-il: le chien n'était qu'un outil de travail mis à la disposition d'un douanier pour lui permettre d'exercer ses fonctions; il n'existait pas de poste de «maître-chien» au Ministère, bien qu'une quinzaine de douaniers à travers le Canada travaillaient avec des chiens, il n'existait que des postes de douanier. Il n'avait jamais été question de créer de nouveaux postes, ni de transférer des titulaires de poste dans de nouveaux postes, et cette situation, claire dès l'origine, n'avait pas varié: le poste occupé par le candidat choisi était resté le même et sa nomination inchangée. Le Comité établi pour disposer de l'appel jugea inacceptable la position du Ministère invoquant comme motif, qu'il y avait eu effectivement un concours, mais la décision révoquant la nomination de monsieur Alexander devint caduque, lorsque, peu après qu'elle eut été contestée devant cette Cour, monsieur Alexander de lui-même cessa d'agir comme maître-chien. Ne croyant pas devoir changer d'attitude, le Ministère fit simplement savoir que les deux mis-en-cause Lenoir et Beaupré remplaçaient monsieur Alexander, sur quoi les intimés s'empressèrent de réitérer sur les mêmes bases leur contestation, logeant un nouvel appel qui donna lieu à la formation d'un nouveau comité. Comme on l'a vu par les explications de Monsieur le juge Pratte, le comité, cette fois-ci, fut plus attentif aux prétentions du Ministère et ne se contenta plus de dire, comme la première fois, que puisqu'il y avait eu concours restreint à la manière de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, les exigences de cette Loi devaient s'appliquer, un raisonnement qui manifestement confondait forme et substance; il reconnut que la condition essen-

(Suite de la page précédente)

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.

a new position. Its reasoning, however, was ultimately just as brief as that of the first Board: interpreting certain extracts from the reasons of the former Chief Justice of this Court in *Kelso v. R.*, [1980] 1 F.C. 659 (C.A.), as implying that “a change in the qualifications, duties and responsibilities of a position makes it a different position” (case page 67), it had no hesitation in finding that, in acting as it did, the Department [TRANSLATION] “was in fact establishing and creating positions different from those of customs officers” (case page 68). It is of course this decision of the second Board which is now before the Court.

This decision of the Board now at issue at once raises a question of definition, in particular of the word “position” (“*poste*” in French), which the Act uses several times without ever giving a definition of it. In this regard, I will simply say that I do not see how it is possible to speak of one position being different from another, in terms of content, without first agreeing on what characterizes and identifies a particular position and distinguishes it from others. The Board had nothing to say in this regard, and unlike it, I do not consider that giving the word “position” the ordinary meaning of “job” (“*emploi*”) or “function” (“*fonction*”) takes care of the difficulty. In any case, no one in ordinary speech would be likely to say he has changed his “job” because his boss slightly altered some of his responsibilities, or that his “function” is no longer the same since he has acquired a new working tool or adopted a new work method. In my view, the Chairman of the Board gave the observations of the former Chief Justice of this Court in *Kelso* a meaning which they did not have. The purpose of Jackett C.J. in that case was to deny to a department the right to [unilaterally] change “the qualifications that must be satisfied by a person so appointed to a position during the period that he continues to occupy that position” (page 663), and to alter “the nature of [a] position . . . in so far as a person already appointed thereto is concerned” (page 664), and one of the reasons which he gave was stated in the sentence which seems to have attracted the Chairman’s attention: “Any such change in qualifications would, in effect, make the position something other than that to which he was

tielle pour que l’appel des intimés fût recevable—et la seule d’ailleurs en question—était qu’il y eût nomination à un nouveau poste. Son raisonnement, cependant, devait être en définitive tout aussi succinct que l’avait été celui du premier comité: inter-  
 a prêtant certains passages des notes de l’ancien juge en chef de cette Cour dans l’affaire *Kelso c. R.*, [1980] 1 C.F. 659 (C.A.), comme impliquant qu’«un changement apporté dans les qualités, fon-  
 b tions et responsabilités d’un poste en fait un poste différent» (D.C., page 67), il n’hésita pas à dire que le Ministère, en agissant comme il avait agi, «se trouvait de fait à établir et créer des postes différents de ceux de douaniers» (D.C., page 68).  
 c C’est naturellement cette décision du deuxième comité qui est maintenant devant la Cour.

Cette décision du comité aujourd’hui mise en cause soulève tout de suite évidemment une question de définition de termes, tout spécialement du terme «poste» («*position*» en anglais) que la Loi utilise à maintes reprises mais ne définit nulle part. Au sujet de cette question, je dirai simplement que je comprends mal comment on peut parler de poste  
 d différent d’un autre, au point de vue contenu, sans  
 e d’abord s’entendre sur ce qui caractérise et identifie un poste quelconque et le distingue des autres. Le comité ne dit rien à cet égard, et, contrairement à lui, je ne vois pas que prêter au mot «poste» le  
 f sens ordinaire d’«emploi» ou de «fonction» puisse dispenser de le faire. En tout cas, personne dans le langage courant ne sera porté à dire qu’il a changé d’«emploi» parce que son patron a modifié quelque  
 g peu certaines de ses responsabilités ou que ses «fonctions» ne sont plus les mêmes depuis qu’il a fait l’acquisition d’un nouvel outil de travail ou a adopté une nouvelle façon de travailler. Le président du comité, à mon avis, attribue aux propos de  
 h l’ancien juge en chef de cette Cour dans l’arrêt *Kelso* une portée qu’ils n’avaient pas. Le juge Jackett là s’employait à contester à un ministère le droit de «modifier [unilatéralement] les qualifications requises d’une personne nommée à un poste  
 i tant qu’elle conserve celui-ci» (page 663), et de changer «la nature [d’un] poste en ce qui concerne la personne qui l’occupe déjà» (page 664), et l’un des motifs qu’il faisait valoir était exprimé dans la phrase qui semble avoir frappé le président: «*Any such change in qualifications would, in effect, make the position something other than that to which he was appointed.*» (traduit par: «En réalité,

appointed.” The Judge did not explain what he meant by the “nature” of a position or what was covered by the phrase “change the qualifications that must be satisfied” in order to occupy the position (although in the case there involved, where the position had been designated bilingual, the facts were clear enough); and in any case, his observations could not be used as a basis for the general conclusion drawn by the Chairman of the Board, namely that “a change in the qualifications, duties and responsibilities of a position makes it a different position.” Accordingly, I do not see by what principle and in accordance with what definition it can be said that the addition of a dog as a working tool for a customs inspector, even if the dog must be kept at home, alters the position of a customs inspector so as to change its “nature” (and I deliberately use the word used by Jackett C.J.). That is all I intended to say in this question of definition, for in my view, it is not the primary difficulty raised by the decision *a quo*.

The primary difficulty, the solution of which appears to me to be fraught with consequences, concerns the premise implicit in the decision, that a position can be created in a department tacitly and even against the wishes of the administrative authorities in that department. Is such a premise valid? I simply cannot believe that it is.

It was just mentioned that the Act nowhere defines what is meant by a position in the Public Service. It should also be added at this point that it nowhere says who may create a position in the Public Service or how such a position may be created.

The question of who may create a position clearly presents no problem at the theoretical or practical levels. It will readily be admitted that the wide general powers of management conferred on the Minister by Parliament in making him responsible for management of the administrative unit represented by the department, include that of determining the number of employees needed to perform the department’s functions, the qualifications and abilities which each of those employees must have and what they will be required to do. Subject

toute modification semblable rendrait ce poste autre que celui auquel elle a été nommée.)). Le juge n’expliquait pas ce qu’il entendait par la «nature» d’un poste ni ce que couvrirait l’expression «modifier les qualifications requises» pour exercer le poste (encore qu’en l’espèce où il s’agissait d’un poste qu’on avait déclaré bilingue, les faits étaient assez éloquents); et de toute façon, on ne saurait tirer de ses propos l’affirmation générale retenue par le président du comité à savoir qu’«un changement apporté dans les qualités, fonctions et responsabilités d’un poste en fait un poste différent.» Ainsi, je ne vois pas en vertu de quel principe et sur la base de quelle définition on peut dire que l’addition d’un chien comme outil de travail d’un inspecteur des douanes, même si la garde du chien à domicile est requise, modifie la fonction de cet inspecteur des douanes suffisamment pour en changer la «nature» (et j’emploie ici à dessein l’expression du juge Jackett). C’est tout ce que j’avais l’intention de dire sur cette question de définition de terme car, à mon sens, ce n’est pas là la difficulté majeure que présente la décision attaquée.

Cette difficulté majeure, dont la solution me semble pouvoir être fort lourde de conséquences, se rapporte à la prémisse que la décision implique, soit qu’un poste peut être créé au sein d’un ministère tacitement et même malgré la volonté des autorités administratives de ce ministère. Une telle prémisse est-elle valide? Je n’arrive tout simplement pas à m’en convaincre.

On vient de rappeler que la Loi nulle part ne définit ce qu’elle entend par un poste dans la Fonction publique. C’est le temps d’ajouter qu’elle ne dit nulle part non plus qui peut créer un poste dans la Fonction publique et comment se crée un poste dans la Fonction publique.

La question de savoir qui peut créer un poste ne soulève apparemment plus de problème ni théorique ni pratique. On admet sans peine que les larges pouvoirs généraux de gestion attribués par le Parlement au Ministre à qui est confiée la direction de l’unité administrative qu’est le ministère, comprennent celui de déterminer le nombre des employés nécessaires à l’accomplissement des tâches du ministère, les qualités et aptitudes que chacun de ces employés devra posséder et la tâche qu’il sera appelé à remplir. Sous réserve de l’obli-

to the constitutional obligation of obtaining authority from Parliament to spend public funds, therefore, the Minister has the power to create a position. The former Chief Justice of this Court indeed discussed this point with some care in *Bauer v. Public Service Appeal Board*, [1973] F.C. 626 (C.A.), then in *Brown v. Public Service Commission*, [1975] F.C. 345 (C.A.), at pages 348 *et seq.*, and again in *Kelso*, referred to above.

While the question of who may create a position in the Public Service has thus been amply dealt with by the courts, I have not been able to find any case which has dealt with the way in which this power could be exercised. Perhaps it has always been considered that the answer, in theoretical terms of course (as there is no question of inquiring into procedures), was obvious. So far as I am concerned, it would appear that since the creation of a position involves the identification and definition of a function requiring the hiring of a person, and since the power of creating a position is a legal power involving the taking of a decision,<sup>3</sup> it can hardly be doubted that to create a position a firm and unambiguous expression of intent will be required. In adopting as its premise that a position can be created simply by a situation of fact, merely by the behaviour of management, and even contrary to the wishes of the Minister or his representatives, the Board in my opinion is setting forth a proposition which is theoretically indefensible.

Additionally, the Board's reasoning appears to me to be untenable on a practical as well as theoretical level. If such reasoning were admitted and generally applied it would mean that at any time, by management directives, the authorities of a department could, without their knowledge and even against their will, create positions (and also, I assume, abolish them). An analysis of the functions within a department at any given time could lead to astonishing results in terms of identifying and defining positions and the legal status of their incumbents! It might be thought that the reason-

<sup>3</sup> Jackett C.J. writes, in a note to his reasons in *Brown*, cited above (at page 348): "Technically, a 'position', as I understand the term, is the legal authority to employ a person in the Public Service . . ."

gation constitutionnelle d'obtenir du Parlement l'autorisation de dépenser des fonds publics, le Ministre a donc le pouvoir de créer un poste. L'ancien juge en chef de cette Cour justement discute cette question avec soin dans *Bauer c. Le comité d'appel de la Fonction publique*, [1973] C.F. 626 (C.A.), puis encore, dans *Brown c. La Commission de la Fonction publique*, [1975] C.F. 345 (C.A.), aux pages 348 et suivantes, et de nouveau, dans l'affaire *Kelso* dont on a parlé plus haut.

Si la question de savoir qui peut créer un poste dans la Fonction publique a été ainsi suffisamment discutée en jurisprudence, je n'ai pu trouver de cas où on s'était demandé comment pouvait être exercé ce pouvoir. Peut-être a-t-on toujours pensé que la réponse, sur le plan théorique évidemment (car il ne s'agit pas de s'interroger sur les procédures), allait de soi. Il me semble, quant à moi, qu'étant donné que la création d'un poste implique la reconnaissance et la définition d'une fonction requérant l'emploi d'une personne et que le pouvoir de créer un poste est un pouvoir juridique impliquant la prise d'une décision<sup>3</sup>, on peut difficilement douter que la création d'un poste exige une manifestation de volonté ferme et non-équivoque. En adoptant comme prémisse qu'un poste peut être créé par une simple situation de fait, un simple comportement de gestion, et même malgré le désir et la volonté du Ministre ou de ses représentants, le Comité, à mon sens, donne effet à une proposition qui, théoriquement, ne peut tenir.

Ce n'est pas sur le seul plan des principes d'ailleurs que le raisonnement du Comité me paraît intenable. C'est aussi sur le plan pratique. Admettre un tel raisonnement et l'appliquer généralement veut dire qu'on admet qu'à tout moment, par des directives de gestion, les autorités d'un ministère peuvent, à leur insu et même malgré elles, créer des postes (et aussi, je suppose, en faire disparaître). L'analyse des tâches à l'intérieur d'un ministère à un moment donné pourrait conduire à des résultats cocasses quant à l'identification et à la définition des postes et à la situation juridique

<sup>3</sup> Le juge Jackett écrit dans une note au cours de ses motifs dans l'affaire *Brown* ci-haut citée (page 348): «Du point de vue technique, le terme «poste» désigne, à mon sens, le pouvoir juridique d'employer une personne dans la Fonction publique. . .»

ing has a practical advantage nonetheless in that it prevents the Minister (or his managers), in the exercise of the general powers of management conferred on him, or of those specified in section 7 of the *Financial Administration Act* (R.S.C. 1970, c. F-10), which he is required to exercise by delegation from the Treasury Board, from modifying at his discretion the duties, responsibilities and qualifications of employees in his department, but this is not the case. First, it will be recalled that the very purpose of the observations by Jackett C.J., taken from *Kelso* and cited by the Chairman of the Board, was to show that the Minister could not unilaterally alter the qualifications of a position. Second, if an alteration, even one accepted by the employee, had some discretionary effect on fellow employees, it would probably be open to remedy under the *Public Service Staff Relations Act* (R.S.C. 1970, c. P-35). Finally, if an alteration is accepted by the incumbent of the position, has no discriminatory effect on others and entails no change in classification or pay increase, it is hard to see why it should not be allowed.

I therefore consider that the Board erred in assuming that the creation of a position in the Public Service did not require a clear decision and an unambiguous indication of intent by the Minister or by someone empowered to act for him: that it could result simply from a situation of fact or the behaviour of managers, and could even occur without the knowledge, indeed against the wishes of a department. In my view, in the circumstances disclosed by the record and admitted by the Board, new positions of "dog handler" were not created: accordingly there was no appointment to a position within the meaning of the *Public Service Employment Act*, and section 21 of that Act could be applied.

I would therefore set aside the decision of the Board and refer the matter back to it to be decided in accordance with the principles and propositions which I have just discussed.

HUGESSEN J.: I concur.

de leurs titulaires! On pourrait penser que le raisonnement a malgré tout un avantage pratique en ce qu'il s'oppose à ce que le Ministre (ou ses gestionnaires), dans l'exercice des pouvoirs généraux de gestion qui lui sont conférés ou de ceux, prévus à l'article 7 de la *Loi sur l'administration financière* (S.R.C. 1970, chap. F-10), qu'il est appelé à exercer par voie de délégation du Conseil du trésor, modifie à volonté les tâches, responsabilités et qualifications des employés de son ministère, mais il n'en est rien. Rappelons d'abord que les commentaires du juge Jackett tirés de l'affaire *Kelso* et cités par le président du comité avaient justement pour but de montrer que le Ministre ne pouvait modifier unilatéralement les qualifications d'un poste. Ensuite, si une modification même acceptée de l'employé avait quelque incidence de discrimination à l'égard de co-employés, elle pourrait vraisemblablement faire l'objet d'un recours en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* (S.R.C. 1970, chap. P-35). Enfin, si une modification est acceptée par le titulaire du poste, ne comporte pas d'incidence discriminatoire pour d'autres et n'emporte aucun changement de classification ni aucun avantage salarial, on voit mal pourquoi il faudrait l'empêcher.

Je suis donc d'opinion que le comité a erré en supposant que la création d'un poste dans la Fonction publique ne requerrait pas une décision claire et une manifestation de volonté non-équivoque du Ministre ou de quelqu'un habilité à agir pour lui, qu'elle pouvait résulter d'une simple situation de faits ou d'un simple comportement des gestionnaires et devait avoir effet même à l'insu de l'autorité voire même à l'encontre de sa volonté. A mon avis, dans les circonstances révélées par le dossier et reconnues par le comité, il n'y a pas eu de création de nouveaux postes de «maître-chien»; il n'y a donc pas eu de nomination à un poste au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, et l'article 21 de cette loi ne pouvait recevoir application.

J'annulerais donc la décision du comité et retournerais l'affaire devant lui pour qu'il en dispose en conformité des principes et propositions que je viens de faire valoir.

LE JUGE HUGESSEN: Je suis d'accord.