

A-9-89

A-9-89

Neil H. Keenan and Kimberly Monteith (*Appellants*)

Neil H. Keenan et Kimberly Monteith (*appelants*)

v.

a c.

Public Service Commission (*Respondent*)

Commission de la Fonction publique (*intimée*)

INDEXED AS: KEENAN v. CANADA (*PUBLIC SERVICE COMMISSION*) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: KEENAN c. CANADA (*COMMISSION DE LA FONCTION PUBLIQUE*) (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Mahoney and Stone J.J.A.—Ottawa, May 30 and June 1, 1989.

Cour d'appel, juges Heald, Mahoney et Stone, J.C.A.—Ottawa, 30 mai et 1<sup>er</sup> juin 1989.

*Public service — Selection process — Advancement prejudicially affected — Employee seconded from another department — Appellants seeking leave to appeal under Public Service Employment Act, s. 21 — Conditions precedent to right to appeal: (1) appointment, and (2) where no competition, opportunity for advancement of proposed appellant, in Commission's opinion, prejudicially affected — Commission refusing to express opinion as holding secondment not appointment — Trial Judge refusing certiorari quashing Commission's refusal and mandamus requiring Commission to render opinion — Public Service Employment Regulations, s. 40 requiring public notice of appointment and of right of any person to request Commission's opinion as to whether opportunity for advancement prejudicially affected — Outside Commission's jurisdiction to decide whether secondment or assignment constituting appointment — Matter for appeal board to decide — S. 21 limiting Commission's authority to rendering opinion as to whether staffing action prejudicially affecting opportunity for advancement of person seeking to appeal — Appeal allowed.*

*Fonction publique — Procédure de sélection — Chances d'avancement amoindries — Employé détaché d'un autre ministère — Appelants sollicitant la permission d'interjeter appel en vertu de l'art. 21 de la Loi sur l'emploi dans la Fonction publique — Prérequis au droit d'appel: (1) une personne doit avoir été nommée et (2) en l'absence de concours, les chances d'avancement de l'appelant potentiel doivent, de l'avis de la Commission, avoir été amoindries — La Commission a refusé de donner son avis au motif que le détachement ne constituait pas une nomination — Le juge de première instance a refusé de délivrer un bref de certiorari annulant la décision de la Commission ainsi qu'un bref de mandamus lui ordonnant de donner son avis — Aux termes de l'art. 40 du Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique, avis public doit être donné de la nomination et du droit de toute personne de demander l'avis de la Commission à savoir si ses chances d'avancement ont été amoindries — Il n'appartient pas à la Commission de déterminer si un détachement ou une affectation constitue une nomination — Cette question relève du comité d'appel — L'art. 21 ne confère à la Commission que le pouvoir de donner son avis sur la question de savoir si une mesure de dotation en personnel a amoindri les chances d'avancement de la personne qui demande l'autorisation d'en appeler — Appel accueilli.*

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

#### g LOIS ET RÈGLEMENTS

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(b)(i).  
*Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, ss. 21, 33.  
*Public Service Employment Regulations*, C.R.C., c. 1337, ss. 40 (as am. by SOR/86-286, s. 1), 41 (as am. *idem*).

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 52b)(i).  
*Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 21, 33.  
*Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique*, C.R.C., chap. 1337, art. 40 (mod. par DORS/86-286, art. 1), 41 (mod., *idem*).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

#### JURISPRUDENCE

##### REVERSED:

i

##### DÉCISION INFIRMÉE:

*Keenan v. Canada (Public Service Commission)*, [1989] 2 F.C. 117 (T.D.).

*Keenan c. Canada (Commission de la Fonction publique)*, [1989] 2 C.F. 117 (1<sup>re</sup> inst.).

##### REFERRED TO:

j

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Canada (Attorney General) v. Brault*, [1987] 2 S.C.R. 489; *Doré v. Canada*, [1987] 2 S.C.R. 503; *Lucas v.*

*Canada (Procureur général) c. Brault*, [1987] 2 R.C.S. 489; *Doré c. Canada*, [1987] 2 R.C.S. 503; *Lucas c.*

*Canada (Public Service Commission Appeal Board)*,  
[1987] 3 F.C. 354 (C.A.).

*Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique)*, [1987] 3 C.F. 354 (C.A.).

COUNSEL:

*Andrew J. Raven* for appellants.  
*Robert Hynes* and *Marie-Claude Turgeon* for  
respondent.

AVOCATS:

*Andrew J. Raven*, pour les appelants.  
*Robert Hynes* et *Marie-Claude Turgeon*,  
pour l'intimée.

SOLICITORS:

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

PROCUREURS:

*Soloway, Wright, Houston, Greenberg,*  
*O'Grady, Morin*, Ottawa, pour les appelants.  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour  
l'intimée.

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

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

MAHONEY J.A.: This appeal is from the refusal  
by the Trial Division [[1989] 2 F.C. 117] of  
*certiorari* quashing a decision of the respondent  
whereby it refused to express its opinion, as  
requested by the appellants, whether or not their  
opportunities for advancement had been prejudi-  
cially affected by the appointment of another to a  
position in the Public Service and of *mandamus*  
requiring the respondent to render that opinion.  
The matter arose as a result of the secondment of  
an employee from Revenue Canada, Customs and  
Excise to a position with the Canada Employment  
and Immigration Commission as a result of the  
grant of 15 months leave of absence to the incu-  
ment of that position. The appellants sought to  
appeal pursuant to section 21 of the *Public Service  
Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32.

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Il s'agit d'un pour-  
voi contre le refus, par la Section de première  
instance [[1989] 2 C.F. 117], de délivrer un bref  
de *certiorari* annulant la décision de l'intimée qui  
avait refusé de donner son avis, demandé par les  
appelants, sur la question de savoir si leurs chances  
d'avancement avaient été amoindries par la nomi-  
nation d'un tiers à un poste dans la Fonction  
publique, ainsi qu'un bref de *mandamus* ordon-  
nant à l'intimée de donner son avis sur cette  
question. L'affaire fait suite au détachement d'un  
employé de Revenu Canada, Douanes et Accise, à  
un poste de la Commission de l'Emploi et de  
l'Immigration du Canada après que le titulaire de  
ce poste eut obtenu un congé de quinze mois. Les  
appelants ont interjeté appel de cette décision en  
vertu de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la  
Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32.

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

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) by closed competition, every unsuccessful candidate, or

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

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

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

may, within such period as the Commission prescribes, appeal  
against the appointment to a board established by the Commis-  
sion 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,

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

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

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

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

accordingly as the decision of the board requires.

Conditions precedent to a right to appeal are, firstly, there must have been, or be about to be, an appointment and, secondly, where there has been no competition as here, the proposed appellant must be a person whose opportunity for advancement, in the Commission's opinion, has been prejudicially affected.

The Act provides:

33. Subject to this Act, the Commission may make such regulations as it considers necessary to carry out and give effect to this Act.

Pursuant to that, the *Public Service Employment Regulations*, C.R.C., c. 1337, have been made. The following, which came into force March 5, 1986, SOR/86-286, are pertinent.

40. Where a person is appointed or is about to be appointed under the Act and the selection of the person for appointment was made from within the Public Service without competition, public notice shall be given of

(a) the name of the person appointed or about to be appointed; and

(b) the fact that any person may, within fourteen days after the date the notice is given, request the opinion of the Commission referred to in paragraph 21(b) of the Act with respect to whether in its opinion that person's opportunity for advancement has been prejudicially affected.

41. (1) The person who requested the opinion of the Commission under paragraph 40(b) shall be given written notice of that opinion.

It may be inferred, in the circumstances, that the public notice contemplated by regulation 40 was not given but that the appellants, being on the spot and aware of the secondment, nevertheless made the request permitted by paragraph 40(b). The Commission's response, which is the decision sought to be quashed, in its material part, follows:

In order for the Commission to render an opinion, an appointment without competition must have been effected or be proposed. The investigation of this case has concluded that the secondment of Mr. Thornton does not constitute an appointment pursuant to the *Public Service Employment Act*. Consequently, the Commission has no jurisdiction to render an opinion in this case.

For purposes of this judgment, it is unnecessary to attempt to define the terms "secondment", "assignment" and "appointment" in a comprehensive way. The material distinction between the first two is that a secondment involves the installation,

selon ce que requiert la décision du comité.

Il existe deux prérequis au droit d'appel: premièrement, une personne doit avoir été nommée ou être sur le point de l'être et deuxièmement, en l'absence de concours, comme en l'espèce, l'appelant potentiel doit être une personne dont les chances d'avancement, de l'avis de la Commission, sont ainsi amoindries.

b La Loi dispose:

33. Sous réserve de la présente loi, la Commission peut établir les règlements qu'elle juge nécessaires à l'application et à la mise en œuvre de la présente loi.

c Le Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique, C.R.C., chap. 1337, a été adopté en vertu de cette disposition. Les extraits suivants, entrés en vigueur le 5 mars 1986, (DORS/86-286), sont pertinents en l'espèce.

d 40. Lorsqu'une personne est nommée ou est sur le point de l'être en vertu de la Loi et qu'elle a été choisie sans concours parmi les employés de la Fonction publique, un avis public est donné:

a) du nom de la personne nommée ou sur le point de l'être;

e b) précisant que toute personne peut, dans un délai de 14 jours suivant la date de l'avis public, demander l'avis de la Commission visé à l'alinéa 21b) de la Loi à savoir si ses chances d'avancement ont été amoindries.

f 41. (1) La personne qui a demandé l'avis de la Commission en conformité avec l'alinéa 40b) doit recevoir une réponse par avis écrit.

g Dans les circonstances, on pourrait inférer que l'avis public prévu à l'article 40 du Règlement n'a pas été donné mais que les appelants, étant sur place et au courant du détachement, ont néanmoins présenté la demande permise par l'alinéa 40b). La réponse de la Commission, que les appelants cherchent à faire annuler, prévoyait notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] Afin que la Commission puisse donner son avis, une personne doit avoir été nommée ou être sur le point de l'être, sans concours. L'enquête tenue sur cette affaire nous mène à conclure que le détachement de M. Thornton ne constitue pas une nomination au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Par conséquent, la Commission n'a pas compétence pour donner son avis dans cette affaire.

j Aux fins des présentes, il n'est pas nécessaire de définir les expressions «détachement», «affectation» et «nomination» de façon exhaustive. La différence importante entre les deux premiers concepts porte que le détachement vise l'installation», pour

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

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

I would allow the appeal with costs here and in the Trial Division. Pursuant to paragraph 52(b)(i) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], I would quash the decision of the Public Service Commission dated April 29, 1988, and would remit the matter to the Commission with the direction that it form and express its opinion as to whether the secondment in issue has prejudicially affected the appellants' opportunity for advancement.

HEALD J.A.: I agree.

STONE J.A.: I agree.

employer des termes neutres, d'une personne d'un autre ministère ou organisme dans un poste donné, tandis que l'affectation concerne une personne déjà en poste au sein du même ministère ou organisme.

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

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

Je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens, en appel et en première instance. Conformément au sous-alinéa 52b)(i) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7], je suis d'avis d'annuler la décision rendue par la Commission de la Fonction publique en date du 29 avril 1988 et de renvoyer l'affaire à la Commission, lui enjoignant de former et d'exprimer son avis sur la question de savoir si le détachement en cause a amoindri les chances d'avancement des appelants.

LE JUGE HEALD, J.C.A.: J'y souscris.

LE JUGE STONE, J.C.A.: J'y souscris.