

T-1751-91

T-1751-91

George Hack (*Applicant*)George Hack (*requérant*)

v.

c.

The Deputy Minister of Employment and Immigration (*Respondent*)^a Sous-ministre de l'Emploi et de l'Immigration (*intimé*)*INDEXED AS: HACK v. CANADA (DEPUTY MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)*^b *RÉPERTORIÉ: HACK c. CANADA (SOUS-MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)*

Trial Division, Joyal J.—Ottawa, August 20 and November 1, 1991.

Section de première instance, juge Joyal—Ottawa, 20 août et 1^{er} novembre 1991.

Public Service — Termination of employment — Probation — Employee on eligibility list following competition — Department asking employee to accept acting position until indeterminate position available — Employee relocating — In acting position one year — Appointed to indeterminate position — Rejected on probation eleven months later — Whether acting assignment "appointment" within Public Service Employment Act, s. 28 — Existence of appointment determined by objective situation, not stated intention of Department — Indeterminate position arising out of original appointment to acting position — Probationary period running from acting appointment.

^c *Fonction publique — Fin d'emploi — Stage — Employé inscrit sur une liste d'admissibilité à la suite d'un concours — Le Ministère a demandé à l'employé d'accepter un poste intérimaire jusqu'à ce qu'un poste doté pour une période indéterminée devienne vacant — L'employé s'est réinstallé — Il a occupé le poste intérimaire pendant une année — Il a ensuite été nommé à un poste doté pour une période indéterminée — Il a été renvoyé en cours de stage onze mois plus tard — Il s'agit de savoir si une affectation intérimaire constitue une « nomination » au sens de l'art. 28 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique — L'existence d'une nomination dépend de la situation objective et non de l'intention déclarée du Ministère*

^d *— Le poste doté pour une période indéterminée découle d'une nomination initiale à un poste intérimaire — La période de stage commence à courir à compter de la date de la nomination au poste intérimaire.*

This was a section 18 application for *certiorari* to quash the respondent's decision rejecting the applicant employee on probation.

^e *Il s'agit d'une requête fondée sur l'article 18 en vue d'obtenir un bref de certiorari annulant la décision par laquelle l'intimé a renvoyé le requérant en cours de stage.*

The applicant participated, in early 1989, in a competition for two senior policy analyst (ES-5) positions in the Labour Market Policy Analysis Division (LMPAD) of Employment and Immigration Canada. He was then in an ES-4 position, having been promoted once since starting with the Department in 1983. He was found to be qualified, but two candidates placed ahead of him, so his name was entered on the eligibility list for similar positions. In April, 1989, the manager who had chaired the selection board called to say he had an urgent need for a senior policy analyst, and offered the employee a job at the ES-5 level. No indeterminate positions were available at that level, so the employee was appointed to an ES-4 position and, simultaneously, made an acting ES-5. This was done on the understanding that the situation would be regularized when an ES-5 position became available. The applicant's spouse quit her job in Halifax, they sold their house and moved to Ottawa.

^f *Le requérant a participé, au début de 1989, à un concours concernant deux postes d'analyste principal de la politique (ES-5) qui étaient offerts à la Division de l'analyse de la politique relative au marché du travail (DAPMT) d'Emploi et Immigration Canada. Il occupait alors un poste de niveau ES-4, ayant été promu une fois depuis son entrée en fonction au Ministère en 1983. Il a été jugé qualifié, mais deux candidats se sont classés devant lui, de sorte que son nom a été inscrit sur une liste d'admissibilité pour des postes semblables. En avril 1989, le gestionnaire qui avait présidé le jury de sélection a appelé l'employé pour lui dire qu'il avait besoin immédiatement d'un analyste principal de la politique et pour offrir à l'employé un poste de niveau ES-5. Comme il n'y avait pas de poste vacant doté pour une période indéterminée à ce niveau, l'employé a été nommé à un poste de niveau ES-4 et a été simultanément nommé à un poste de niveau ES-5 à titre intérimaire. Il a été convenu que la situation serait régularisée dès qu'un poste de niveau ES-5 deviendrait vacant. L'épouse du requérant a quitté son emploi à Halifax et ils ont tous les deux vendu leur maison et déménagé à Ottawa.*

The employee remained in the acting assignment for a year, during which time the personnel section twice extended the appointment, with different position numbers. The employee

^g *L'affectation intérimaire de l'employé a duré une année, au cours de laquelle la section du personnel a prorogé à deux reprises la nomination avec des numéros de postes différents.*

was unaware of these arrangements. His work went on unchanged. In June, 1990, an indeterminate position at the ES-5 level became available, and the applicant was appointed to it on 28 June, 1990. The letter of appointment recited that the position was subject to a probationary period. On 18 June, 1991, the Assistant Deputy Minister purported to reject the employee while on probation.

Held, the application should be allowed.

The question whether an appointment has taken place is determined by looking at the objective facts. If the acts necessary for an appointment are done, the employee cannot be denied the rights attaching to his position because the Department states it did not intend that an appointment take place. An assignment to an acting position is an appointment, while the person is employed in it, for the purpose of calculating the probationary period. Here, the original appointment on 12 June 1989 triggered the probationary period provided for by section 28 of the Act. The appointment to the indeterminate position was just the crystallization of the arrangement originally agreed to.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.

Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 17, 21, 22, 28.

Public Service Employment Regulations, C.R.C., c. 1337, ss. 25 (as am. by SOR/81-716, s. 2; SOR/86-286, s. 1; SOR/89-443), 28 (as am. by SOR/82-812, s. 6), 31, Schedule A (as am. by SOR/78-166, s. 1; SOR/79-14, s. 3; SOR/80-613, ss. 4, 5; SOR/83-354, s. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Doré v. Canada, [1987] 2 S.C.R. 503; (1987), 45 D.L.R. (4th) 135; 29 Admin. L.R. 81; 87 CLLC 14,056; 81 N.R. 77; *Lucas v. Canada (Public Service Commission Appeal Board)*, [1987] 3 F.C. 354; (1987), 40 D.L.R. (4th) 365; 80 N.R. 109 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Desrochers v. The Queen, [1976] 2 F.C. 679 (T.D.).

CONSIDERED:

R. v. Gowers, [1980] 2 F.C. 503; (1979), 34 N.R. 337 (C.A.).

REFERRED TO:

Murray v. Government of Canada (1983), 47 N.R. 299 (F.C.A.).

L'employé n'était pas au courant de ces arrangements. Ses fonctions sont demeurées les mêmes. En juin 1990, un poste doté pour une période indéterminée de niveau ES-5 est devenu vacant et le requérant a été nommé à ce poste le 28 juin 1990. La lettre de nomination portait que le poste était assujéti à une période de stage. Le 18 juin 1991, le sous-ministre adjoint a prétendu renvoyer le requérant en cours de stage.

Jugement: la requête devrait être accueillie.

Pour répondre à la question de savoir si une nomination a eu lieu, il faut examiner les faits bruts. Si les actes nécessaires à l'existence d'une nomination sont accomplis, le bénéficiaire de la nomination ne peut alors se voir frustré des droits qu'il a acquis par suite de cette nomination du fait que le Ministère déclare qu'il n'a jamais eu l'intention qu'une nomination ait lieu. Pour le calcul de la période de stage, une affectation à un poste intérimaire constitue une nomination tant que la personne occupe ce poste. En l'espèce, la nomination initiale du 12 juin 1989 a commencé à faire courir la période de stage prévue à l'article 28 de la Loi. La nomination à un poste doté pour une période indéterminée ne constituait que la matérialisation de l'entente initialement conclue.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.

Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-33, art. 17, 21, 22, 28.

Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique, C.R.C., chap. 1337, art. 25 (mod. par DORS/81-716, art. 2; DORS/86-286, art. 1; DORS/89-443), 28 (mod. par DORS/82-812, art. 6), 31, annexe A (mod. par DORS/78-166, art. 1; DORS/79-14, art. 3; DORS/80-613, art. 4, 5; DORS/83-354, art. 1).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Doré c. Canada, [1987] 2 R.C.S. 503; (1987), 45 D.L.R. (4th) 135; 29 Admin. L.R. 81; 87 CLLC 14,056; 81 N.R. 77; *Lucas c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique)*, [1987] 3 C.F. 354; (1987), 40 D.L.R. (4th) 365; 80 N.R. 109 (C.A.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Desrochers c. La Reine, [1976] 2 C.F. 679 (1^{re} inst.).

DÉCISION EXAMINÉE:

R. c. Gowers, [1980] 2 C.F. 503; (1979), 34 N.R. 337 (C.A.).

DÉCISION CITÉE:

Murray c. Gouvernement du Canada (1983), 47 N.R. 299 (C.A.F.).

COUNSEL:

Dougald E. Brown for applicant.
Geoffrey S. Lester for respondent.

SOLICITORS:

Nelligan/Power, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

JOYAL J.: The applicant seeks from this Court a writ of *certiorari* pursuant to section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as amended) quashing the decision of the Deputy Minister of Employment and Immigration to reject the applicant on probation effective July 19, 1991.

FACTS

The applicant, Mr. Hack, began his employment with the federal public service in 1983. He was initially appointed to a position with Employment and Immigration Canada (hereinafter CEIC) in Halifax at the ES-3 level. In or around 1985, Mr. Hack was appointed to the ES-4 level. At the end of January or beginning of February 1989, while Mr. Hack was employed in Halifax, he participated in an open competition for two ES-5 Senior Policy Analyst positions. The positions were in Ottawa with the Labour Market Policy Analysis Division, Employment and Immigration Analysis Directorate, Policy and Program Analysis Branch, Employment and Immigration Canada (hereinafter LMPAD).

Approximately thirteen applicants participated in the competition. Of the thirteen or so applicants only four were found to be qualified. Mr. Hack was of that group placing third in the competition. The individuals placing first and second in the competition were appointed to the positions being staffed. The applicant was informed that his name would remain at the top of the eligibility list for future positions.

Sometime around April of 1989, Mr. Hack was contacted by the Acting Chief of LMPAD, Mr. Ging Wong. Mr. Wong had been Chairperson of the Selec-

AVOCATS:

Dougald E. Brown pour le requérant.
Geoffrey S. Lester pour l'intimé.

a PROCUREURS:

Nelligan/Power, Ottawa, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE JOYAL: Le requérant demande à la Cour de délivrer en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7 (modifiée), un bref de *certiorari* annulant la décision par laquelle le sous-ministre de l'Emploi et de l'Immigration a renvoyé le requérant en cours de stage à compter du 19 juillet 1991.

LES FAITS

Le requérant, M. Hack, a commencé à travailler au sein de la fonction publique fédérale en 1983. Il a d'abord été nommé à un poste de niveau ES-3 à Emploi et Immigration Canada (ci-après appelé CEIC) à Halifax. Vers 1985, M. Hack a été nommé au niveau ES-4. À la fin de janvier ou au début de février 1989, alors qu'il travaillait à Halifax, M. Hack a participé à un concours public concernant deux postes d'analyste principal de la politique de niveau ES-5. Les postes étaient offerts à Ottawa à la Division de l'analyse de la politique relative au marché du travail, Direction de l'analyse de l'emploi et de l'immigration, Direction générale de l'analyse de la politique et des programmes, Emploi et Immigration Canada (ci-après appelée DAPMT).

h Environ treize candidats ont participé à ce concours. Sur les treize candidats, seulement quatre ont été jugés qualifiés. M. Hack faisait partie de ce groupe. Il était arrivé au troisième rang. Les personnes s'étant classées au premier et au second rangs ont été nommées aux postes que l'on dotait. Le requérant a été informé que son nom demeurerait en tête de la liste d'admissibilité pour de futurs postes.

i Au cours du mois d'avril 1989, le chef intérimaire de la DAPMT, M. Ging Wong, est entré en communication avec M. Hack. M. Wong avait été le prési-

tion Board in the competition for the Senior Policy Analyst positions. Mr. Wong told Mr. Hack that he had been favourably impressed by his qualifications during the competition and advised Mr. Hack that due to the work demands within his Division, he required another ES-5 Senior Policy Analyst to start immediately.

Mr. Wong offered Mr. Hack a job as a Senior Policy Analyst. He explained that he was operating under staffing constraints in that there were no vacant Senior Policy Analyst positions at the ES-5 level, but that a number of ES-5 Senior Policy Analyst positions were encumbered by persons off on assignment who were not expected to return.

Mr. Hack indicated that because of the major implications that a move to Ottawa would have for his family he would not be willing to accept either an appointment at the ES-4 level or an ES-5 term appointment. Mr. Wong decided that due to the urgency for an additional Senior Policy Analyst ES-5, Mr. Hack would be appointed at the ES-5 level. He would be transferred to a vacant ES-4 position in Ottawa and then immediately thereafter be appointed at the ES-5 level on an acting basis.

It was clearly understood that Mr. Hack's appointment at the ES-5 level was made on an acting basis solely as a result of the staffing constraints under which the Directorate was operating at the time. Mr. Hack agreed to this arrangement on the understanding that by doing so he was assisting the Department, and on the understanding that his appointment at the ES-5 level would be regularized as soon as an indeterminate ES-5 level Senior Policy Analyst position became unencumbered. On these terms, Mr. Hack accepted the job as a Senior Policy Analyst ES-5. He then sold his house in Halifax, his wife resigned from her employment and the family made the move to Ottawa.

Mr. Hack was appointed at the ES-4 level effective June 12, 1989, and was simultaneously appointed to position number 2430 at the ES-5 level on an acting basis effective June 12, 1989. Mr. Hack's appoint-

ment du jury de sélection formé pour le concours relatif aux postes d'analyste principal de la politique. M. Wong a dit à M. Hack qu'il avait été favorablement impressionné par ses titres et qualités pendant le concours et il a informé M. Hack qu'en raison des demandes de travail qui existaient au sein de sa division, il avait besoin d'un autre analyste principal de la politique qui entrerait immédiatement en fonction.

M. Wong a offert à M. Hack un emploi comme analyste principal de la politique. Il a expliqué qu'il était soumis à des compressions de personnel en ce qu'il n'y avait pas de poste vacant d'analyste principal de la politique de niveau ES-5, mais que plusieurs postes d'analyste principal de la politique de niveau ES-5 étaient occupés par des personnes en affectation dont on ne prévoyait pas le retour.

M. Hack a déclaré qu'à cause des importantes répercussions qu'un déménagement à Ottawa aurait pour les membres de sa famille, il ne serait pas prêt à accepter une nomination au niveau ES-4 ou une nomination pour une période déterminée au niveau ES-5. M. Wong a décidé que, comme il était urgent de recruter un autre analyste principal de la politique de niveau ES-5, M. Hack serait nommé au niveau ES-5. Il serait muté à un poste vacant de niveau ES-4 à Ottawa et serait immédiatement après désigné à un poste de niveau ES-5 à titre intérimaire.

Il était clairement convenu que la nomination de M. Hack au niveau ES-5 était effectuée à titre intérimaire uniquement par suite des compressions de personnel auxquelles la Direction était soumise à l'époque. M. Hack a accepté cet arrangement à condition qu'il soit entendu que, ce faisant, il dépannait le Ministère et à condition que sa nomination au niveau ES-5 soit régularisée dès qu'un poste doté pour une période indéterminée d'analyste principal de la politique de niveau ES-5 deviendrait vacant. C'est à ces conditions que M. Hack a accepté le poste d'analyste principal de la politique de niveau ES-5. Il a ensuite vendu sa maison de Halifax, sa femme a démissionné de son emploi et la famille a déménagé à Ottawa.

M. Hack a été nommé au niveau ES-4 à compter du 12 juin 1989, et il a été simultanément nommé à titre intérimaire au poste numéro 2430 au niveau ES-5 à compter du 12 juin 1989. La nomination de

ment at the ES-4 level was confirmed by a Request on Staffing Transaction (hereinafter a ROST). There was no ROST completed in relation to Mr. Hack's appointment at the ES-5 level on an acting basis. His acting appointment was given effect by means of a document entitled "Personnel Action Request" (hereinafter PAR).

Mr. Hack's duties as a Senior Policy Analyst ES-5 included the preparation of briefing notes and ministerial correspondence, numerical analysis, reprofiling of data, and the disaggregation and reaggregation of program information and labour market data.

Mr. Hack's acting appointment was extended on December 31, 1989 to March 31, 1990. On April 1, 1990, his appointment was further extended to July 27, 1990. Mr. Hack was not aware of these extensions to his appointment until he later requested an opportunity to review his personnel file. PAR's were used to extend Mr. Hack's acting appointment at the ES-5 level. He was assigned a different position number on each extension to his acting appointment as a Senior Policy Analyst at the ES-5 level. Specifically he filled position numbers 2430, 6581 and 472. All of the positions which Mr. Hack filled during the period of his acting appointment were ES-5 positions within the Department.

In or around February, 1990, Mr. Hack was advised by Mrs. Norine Smith, Director of the Employment and Immigration Directorate, that positions and person-years within the Directorate were being shifted to the Labour Market Studies Division (hereinafter LMSD) and that he would be transferred.

As a result, Mr. Hack's position was moved from the LMPAD into LMSD. His immediate supervisor became the Acting Chief of LMSD. His duties and responsibilities remained, for all intents and purposes, unchanged. In or around June 1990, one of the Senior Policy Analysts who had been appointed in the open competition in 1989 left, leaving a vacant indeterminate Senior Policy Analyst ES-5 position in the Directorate. On June 28, 1990, Mr. Hack was formally appointed on an indeterminate basis at the

M. Hack au niveau ES-4 a été confirmée par un rapport d'opération de dotation (ci-après appelé ROD). Aucun ROD n'a été rempli au sujet de la nomination intérimaire de M. Hack au niveau ES-5. On a donné effet à sa nomination intérimaire au moyen d'un document intitulé «demande de services en personnel» (ci-après appelée DSP).

Les fonctions qu'exerçait M. Hack à titre d'analyste principal de la politique comprenaient la rédaction de notes d'information et de la correspondance du ministre, l'analyse numérique, le remodelage des données et la désagrégation et le rétablissement de l'agrégation de l'information sur les programmes et des données sur le marché du travail.

Le 31 décembre 1989, la nomination intérimaire de M. Hack a été prorogée au 31 mars 1990. Le 1^{er} avril 1990, sa nomination a été de nouveau prorogée au 27 juillet 1990. M. Hack n'a appris que sa nomination avait été ainsi prorogée que lorsqu'il a plus tard demandé qu'on lui donne la possibilité d'examiner son dossier du personnel. On a utilisé des DSP pour proroger la nomination intérimaire de M. Hack au niveau ES-5. On lui a assigné un numéro de poste différent à l'occasion de chaque prorogation de nomination intérimaire à titre d'analyste principal de la politique de niveau ES-5. Il a expressément occupé les postes numéro 2430, 6581 et 472. Tous les postes que M. Hack a occupés au cours de la période de sa nomination intérimaire étaient des postes de niveau ES-5 au sein du Ministère.

Vers le mois de février 1990, M^{me} Norine Smith, la directrice de la Direction de l'analyse de l'emploi et de l'immigration, a informé M. Hack que des postes et des années-personnes de la Direction étaient transférés à la Division des études sur le marché du travail (ci-après appelée la DEXT) et qu'il serait muté.

En conséquence, le poste de M. Hack a été transféré de la DAPMT à la DEXT. Il relevait désormais du chef intérimaire de la DEXT. Ses fonctions sont, à toutes fins utiles, demeurées les mêmes. Vers le mois de juin 1990, l'un des analystes principaux de la politique qui avait été nommé à la suite du concours public organisé en 1989 a quitté son poste, laissant vacant au sein de la Direction un poste doté pour une période indéterminée d'analyste principal de la politique de niveau ES-5. Le 28 juin 1990, M. Hack a été

ES-5 level. His duties remained unchanged, and he continued to report to the Acting Chief of LMSD. This appointment was given effect by means of a PAR and a ROST. The applicant was notified that his appointment was now on an indeterminate basis by letter dated June 28, 1990. The letter also stated that this position was subject to a probationary period. The incumbent acknowledged by his signature the terms and conditions of the appointment.

Less than a year later, namely on June 18, 1991, the Assistant Deputy Minister, Strategic Policy and Planning, Employment and Immigration Canada, purported to reject Mr. Hack on probation from his ES-5 Senior Policy Analyst position, effective July 19, 1991.

It is from that decision that the applicant seeks relief from this Court through an order of *certiorari*.

ISSUES

1. Was Mr. Hack appointed as Senior Policy Analyst ES-5 on June 12, 1989?
2. If so, when did the probationary period lapse?
3. What is the true construction to be given to the appointment of June 28, 1990?
4. Did the Assistant Deputy Minister exceed his jurisdiction in rejecting Mr. Hack on probation effective July 19, 1991?

Public Service Employment Act

Pursuant to section 28 of the Act [R.S.C., 1985, c. P-33], an employee is considered to be on probation from the date of his appointment until the end of such period as the Commission may establish for any employee or class of employees. Section 22 states that this appointment takes effect on the date specified in the instrument of appointment. Finally section 21 provides as follows:

21. (1) Where a person is appointed or is about to be appointed under this Act and the selection of the person for appointment was made from within the Public Service, every unsuccessful candidate, in the case of selection by closed competition, or, in the case of selection without competition, every person whose opportunity for advancement, in the opinion of the Commission, has been prejudicially affected, may, within such period as the Commission prescribes, appeal against the

officiellement nommé pour une période indéterminée au niveau ES-5. Ses fonctions sont demeurées inchangées et il a continué de relever du chef intérimaire de la DEMA. Cette nomination a pris effet au moyen d'une DSP et d'un ROD. Le requérant a été avisé par une lettre datée du 28 juin 1990 que sa nomination était désormais pour une période indéterminée. La lettre portait également que ce poste était assujéti à une période de stage. Le titulaire a accepté, par sa signature, les modalités de la nomination.

Moins d'une année plus tard, le 18 juin 1991, le sous-ministre adjoint, Politique stratégique et planification, Emploi et Immigration Canada, a prétendu renvoyer M. Hack en cours de stage de son poste d'analyste principal de la politique de niveau ES-5 à compter du 19 juillet 1991.

C'est cette décision que le requérant demande à la Cour d'annuler au moyen d'une ordonnance de *certiorari*.

QUESTIONS EN LITIGE

1. M. Hack a-t-il été nommé analyste principal de la politique de niveau ES-5 le 12 juin 1989?
2. Dans l'affirmative, quand le stage a-t-il pris fin?
3. Quelle interprétation faut-il donner à la nomination du 28 juin 1990?
4. Le sous-ministre adjoint a-t-il excédé sa compétence en renvoyant M. Hack en cours de stage à compter du 19 juillet 1991?

Loi sur l'emploi dans la Fonction publique

Aux termes de l'article 28 de la Loi [L.R.C. (1985), chap. P-33], à partir de la date de sa nomination, le fonctionnaire est considéré comme stagiaire durant la période fixée par la Commission pour lui ou la catégorie dont il relève. L'article 22 dispose que cette nomination prend effet à la date fixée dans l'acte de nomination. Finalement, l'article 21 prévoit ce qui suit:

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

appointment to a board established by the Commission to conduct an inquiry at which the person appealing and the deputy head concerned, or their representatives, shall be given an opportunity to be heard.

It is essential however that the Regulations be considered carefully as I believe that much of the answers are to be found there. The following provisions of the *Public Service Employment Regulations*, C.R.C., c. 1337 [s. 25 (as am. by SOR/81-716, s. 2; SOR/86-286, s. 1; SOR/89-443), 28 (as am. by SOR/82-812, s. 6)], are relevant to the disposition of the case:

Acting Appointments

25. (1) Subject to subsection (2), where an employee is required by the deputy head to perform for a temporary period the duties of a position having a higher maximum rate of pay (hereinafter referred to as the "higher position") than the maximum rate of pay for the position held by him, the employee shall be considered to have been appointed to the higher position in an acting capacity, and if the higher position is classified in

(a) the occupational category referred to in the *Public Service Staff Relations Act* as the operational category and the temporary period is four months or more,

(b) the occupational category referred to in that Act as the administrative support category and the temporary period is three months or more, or

(c) an occupational category other than an occupational category mentioned in paragraphs (a) and (b) and the temporary period is two months or more,

the employee shall be deemed, for the purposes of sections 10 and 42, to have been appointed to the higher position without competition, effective as of the last day of,

(d) in the case mentioned in paragraph (a), the period of four months,

(e) in the case mentioned in paragraph (b), the period of three months, and

(f) in the case mentioned in paragraph (c), the period of two months

from the day on which he commenced to perform the duties of the higher position.

(2) An appointment to a position in an acting capacity shall not be made for a period of more than 12 months unless authorized by the Commission in any case or class of cases.

Probation

28. (1) The probationary period referred to in subsection 28(1) of the Act for an employee who comes within a class or group of employees mentioned in Column I of the schedule is

a Il est essentiel toutefois d'examiner attentivement le Règlement, car j'estime qu'on y trouve une grande partie des réponses. Les dispositions suivantes du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique*, C.R.C., chap. 1337 [art. 25 (mod. par DORS/81-716, art. 2; DORS/86-286, art. 1; DORS/89-443), 28 (mod. par DORS/82-812, art. 6)] sont utiles à la solution du litige:

Nomination intérimaire

c 25. (1) Sous réserve du paragraphe (2), lorsque le sous-chef demande à un employé de remplir, pendant une période temporaire, les devoirs d'un poste (ci-après appelé le «poste supérieur») qui comporte un traitement maximum supérieur au traitement maximum du poste qu'il occupe, l'employé doit être considéré comme nommé au poste supérieur à titre intérimaire, et si le poste supérieur est classifié dans

a) la catégorie d'occupations appelée catégorie de l'exploitation dans la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, et si la période temporaire est de quatre mois ou plus,

b) la catégorie d'occupations appelée catégorie du soutien administratif dans ladite Loi, et si la période temporaire est de trois mois ou plus, ou

c) une catégorie d'occupations autre qu'une catégorie mentionnée aux alinéas a) et b), et si la période temporaire est de deux mois ou plus,

l'employé est estimé, aux fins des articles 10 et 42, avoir été nommé au poste supérieur sans concours à compter du dernier jour

d) de la période de quatre mois, dans le cas mentionné à l'alinéa a),

e) de la période de trois mois, dans le cas mentionné à l'alinéa b), et

f) de la période de deux mois, dans le cas mentionné à l'alinéa c),

ladite période commençant, dans chaque cas, le jour où l'employé a commencé à remplir les devoirs du poste supérieur.

i (2) Une nomination à un poste à titre intérimaire ne doit pas être faite pour une période de plus de 12 mois sans l'autorisation de la Commission dans tout cas ou toute classe de cas.

Stage

j 28. (1) La période de stage mentionnée au paragraphe 28(1) de la Loi pour un employé qui fait partie d'une classe ou d'un groupe d'employés mentionnés à la colonne I de l'annexe est

the period set out opposite that class or group in Column II of the schedule.

(2) The deputy head may extend the probationary period of an employee but the period of extension shall not exceed the period for that employee determined pursuant to subsection (1).

(3) Where the probationary period of an employee is extended, the deputy head shall forthwith advise the employee and the Commission thereof in writing.

31. Notwithstanding anything in these Regulations, where an employee is appointed for a specified period of one year or less,

(a) the probationary period for that employee is the period of employment; and

(b) the notice period referred to in subsection 28(3) of the Act applicable in the case of that employee is 1 day.

In this case the probationary period is twelve months excluding any periods of leave without pay, full time language training or leave with pay in excess of 30 days (see Schedule A to the *Public Service Employment Regulations* [as am. by SOR/78-166, s. 1; SOR/79-14, s. 3; SOR/80-613; ss. 4, 5; SOR/83-354, s. 1]).

APPLICANT'S POSITION

Counsel for the applicant argues that he was appointed to an ES-5 position as of June 12, 1989. This was an acting appointment but nevertheless an appointment within the meaning of the Act. He alleges that the probationary period pursuant to section 28 of the Act started to run from the time of that appointment or more specifically from the date specified in the instrument used to effect the appointment, which, according to the applicant, was by a PAR dated June 12, 1989. This acting appointment was extended on two separate occasions.

In February of 1990, his position was moved to another division but his duties remained unchanged. In June of 1990, as a result of an opening to one of the Senior Policy Analyst positions he was appointed on an indeterminate basis to the ES-5 level. The duties remained unchanged. On June 18, 1991 he was advised that he was rejected on probation effective July 19, 1991.

la période indiquée en regard de cette classe ou de ce groupe dans la colonne II de ladite annexe.

(2) Le sous-chef peut prolonger la période de stage d'un employé mais la période de prolongation ne doit pas dépasser la période déterminée pour cet employé en conformité du paragraphe (1).

(3) Lorsque la période de stage d'un employé est prolongée, le sous-chef doit immédiatement en aviser par écrit l'employé et la Commission.

31. Nonobstant toute disposition contraire du présent règlement, lorsqu'un employé est nommé pour une période spécifiée d'une année ou moins,

a) la période de stage pour cet employé est la période d'emploi; et

b) le délai de préavis, mentionné au paragraphe 28(3) de la Loi, applicable dans le cas de cet employé est d'un jour.

En l'espèce, la période de stage est de douze mois, à l'exclusion des périodes de congé non rémunéré, de formation linguistique à plein temps ou de congés rémunérés de plus de 30 jours (voir l'annexe A du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique* [mod. par DORS/78-166, art. 1; DORS/79-14, art. 3; DORS/80-613, art. 4, 5; DORS/83-354, art. 1]).

THÈSE DU REQUÉRANT

L'avocat du requérant prétend que celui-ci a été nommé à un poste de niveau ES-5 à compter du 12 juin 1989. C'était une nomination intérimaire mais c'était quand même une nomination au sens de la Loi. Il allègue que la période de stage prévue à l'article 28 de la Loi a commencé à courir à partir de la date de cette nomination et plus précisément à partir de la date précisée dans le document utilisé pour donner effet à la nomination c'est-à-dire, selon le requérant, dans une DSP datée du 12 juin 1989. Cette nomination intérimaire a été prorogée à deux reprises.

En février 1990, son poste a été transféré à une autre division mais ses fonctions sont demeurées les mêmes. En juin 1990, par suite de l'ouverture de l'un des postes d'analyste principal de la politique, il a été nommé pour une période indéterminée au niveau ES-5. Les fonctions sont demeurées inchangées. Le 18 juin 1991, il a été informé qu'il était renvoyé en cours de stage à compter du 19 juillet 1991.

His argument is that the decision cannot be upheld as the one-year probationary period had terminated.

RESPONDENT'S POSITION

The respondent states that the question of whether or not an appointment was made must be determined having regard to the intentions of the parties as objectively understood by their actions and statements.

The next step in the respondent's argument is to state that an appointment to an acting position does not provide the incumbent with a right to be appointed permanently to that position. According to the respondent, an acting position does not mature by operation of the law into a permanent appointment.

The respondent further says that two separate appointments were made: the first one effective June 12, 1989 and the second one effective June 28, 1990. This second appointment was also subject to a new twelve month probationary period.

THE LAW GENERALLY

It has been stated many times that the *Public Service Employment Act* does not define the terms "appointment" or "position" although those terms figure prominently in many of its provisions. The Supreme Court of Canada has however, laid down certain principles which guide the courts' approach when dealing with these questions. In *Doré v. Canada*, [1987] 2 S.C.R. 503, Mr. Justice Le Dain stated at page 510:

... but, as I said in the *Brault* appeal, the application of the merit principle and the right of appeal under s. 21 of the *Public Service Employment Act* cannot depend on whether the Department chooses to regard what is done as the creation of a position and an appointment to it within the meaning of the Act. It is what the Department has objectively done as a matter of fact and not what it may have intended or understood it was doing as a matter of law

This principle was also adopted in *Lucas v. Canada (Public Service Commission Appeal Board)*, [1987] 3 F.C. 354 (C.A.). Mr. Justice Heald speaking for a unanimous Court stated at page 362:

Il prétend que cette décision ne peut être confirmée étant donné que la période de stage d'un an avait pris fin.

a THÈSE DE L'INTIMÉ

L'intimé affirme que la question de savoir s'il y a eu ou non nomination doit être tranchée en tenant compte de l'intentions des parties, telle qu'elle ressort objectivement de leurs actes et de leurs déclarations.

L'intimé poursuit son argumentation en affirmant que la nomination à un poste intérimaire ne confère pas au titulaire le droit d'être nommé de façon permanente à ce poste. Suivant l'intimé, un poste intérimaire ne se transforme pas avec le temps en un poste permanent par l'effet de la loi.

L'intimé déclare en outre que deux nominations distinctes ont été effectuées: la première a pris effet le 12 juin 1989 et la seconde, le 28 juin 1990. Cette seconde nomination était également soumise à une nouvelle période de stage de douze mois.

LES RÈGLES DE DROIT EN GÉNÉRAL

Il a été affirmé à plusieurs reprises que la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* ne définit pas les termes «nomination» et «poste», malgré le fait que ces termes occupent une place importante dans bon nombre de ses dispositions. La Cour suprême du Canada a toutefois posé certains principes qui nous guident sur la façon d'aborder ces questions. Dans l'arrêt *Doré c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 503, le juge Le Dain déclare, à la page 510:

... mais, comme je l'ai dit dans l'arrêt *Brault*, l'application du principe du mérite et le droit d'appel que prévoit l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* ne peuvent dépendre de la question de savoir si le Ministère choisit de considérer ce qui a été fait comme la création d'un poste et une nomination à celui-ci au sens de la Loi. En réalité, c'est ce que le Ministère a objectivement fait et non ce qu'il a, en droit, eu l'intention de faire ou l'interprétation qu'il en avait . . .

Ce principe a également été appliqué dans l'arrêt *Lucas c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique)*, [1987] 3 C.F. 354 (C.A.). Le juge Heald, J.C.A., qui s'exprimait au nom d'une cour unanime, a déclaré, à la page 362:

In my view, in the circumstances of this case, the *Public Service Employment Act* governs and determines the rights of management and of this applicant. Pursuant to that Act, while the Commission makes the appointments to the Public Service, they are made only at the request of the Deputy Head. They must also be made by a process of selection according to merit. This necessarily entails a competition or some other process designed to establish the merit of candidates. Those principles apply equally to an acting appointment as to a permanent one. On this basis, management cannot supersede and subvert the clear intention of Parliament as expressed in the Act by a declaration, as in this case, that it was not "intended" that subject staffing action be construed as an "appointment".

I am satisfied that it was never intended by Parliament that a department of government could, at its will, create and fill positions on an "assignment" basis, thus eliminating the protection afforded by the various provisions of the Act . . .

The respondent argues that the *Lucas, Brault* and *Doré* cases cannot be read as laying down a rule that whether or not there has been an "appointment" must as a matter of law be determined irrespective of the intentions of the parties as objectively understood by their actions and statements.

The respondent also states that all three of those cases deal with an appeal pursuant to section 21 of the Act and that the proposition regarding the approach to be taken when considering whether or not an appointment was made is valid only for the purposes of section 21.

Although the respondent is quite correct in noting that those three cases were dealing with a section 21 appeal, I do not agree that the approach to be taken towards an appointment is limited solely to those cases. I believe that these cases stand for the proposition that when the Court is faced with a question relating to whether or not an appointment took place or whether the appointment is of one kind or another or whether the appointment was on one date or another, the question of intention is irrelevant.

The Supreme Court has stated that the proper approach is to look at the objective facts. The actions taken or statements made by one party or the other are facts to be considered when trying to determine the issue, but the purpose of considering them is not to find out what the parties intended. The Act pro-

À mon avis, dans les circonstances de l'espèce, la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* détermine et régit les droits du gestionnaire et du présent requérant en l'espèce. Selon cette Loi, bien que les nominations à la Fonction publique relèvent de la Commission, elles ne sont faites qu'à la demande du sous-chef, et suivant la méthode de sélection fondée sur le principe du mérite. Ce processus comporte obligatoirement la tenue d'un concours ou le fonctionnement d'un autre mécanisme pour déterminer le mérite des candidats. Ces critères de sélection valent tant pour une nomination intérimaire que permanente. Les gestionnaires ne peuvent donc faire échec à l'intention évidente du législateur comme elle est exprimée dans la Loi en déclarant, comme en l'espèce, que l'opération de dotation dont il est question dans la Loi n'était pas «censée» constituer une «nomination».

J'ai la conviction que le législateur n'a jamais eu l'intention de permettre à un ministre fédéral de créer et de combler des postes, comme bon lui semble, sur la base d'une «affectation» éliminant de la sorte la protection accordée par les diverses dispositions précitées de la Loi . . .

L'intimé soutient qu'on ne peut interpréter les arrêts *Lucas, Brault* et *Doré* comme posant le principe voulant que la question de savoir s'il y a eu ou non une «nomination» doit, en droit, être tranchée sans tenir compte de l'intention des parties telle qu'elle ressort de leurs actes et de leurs déclarations.

L'intimé déclare également que ces trois arrêts portent tous sur un appel interjeté en vertu de l'article 21 de la Loi et que la proposition relative à l'approche à adopter pour savoir si une nomination a été effectuée ou non n'est valable que pour l'application de l'article 21.

Bien que l'intimé ait tout à fait raison de souligner que ces trois arrêts portaient sur un appel fondé sur l'article 21, je ne suis pas d'accord pour dire que l'approche à adopter au sujet d'une nomination ne peut être utilisée que dans ces seuls cas. J'estime que ces arrêts appuient le principe suivant lequel lorsque le tribunal doit répondre à la question de savoir si une nomination a eu lieu ou non ou si la nomination est d'un type ou d'un autre, ou si la nomination a eu lieu à une date ou à une autre, la question de l'intention n'est pas pertinente.

La Cour suprême a affirmé que la bonne façon de s'y prendre consiste à examiner les faits bruts. Les actes accomplis ou les déclarations faites par l'une ou l'autre des parties sont des faits dont il faut tenir compte pour essayer de résoudre la question, mais l'examen de ces questions n'a pas pour but de décou-

vides protection and procedures which cannot hinge on an intention being established. If the acts necessary for there to be an appointment are done, then the appointee cannot be denied the rights which he or she has acquired as a result of such an appointment simply because the Department states that it never intended for an appointment to take place. Similarly, if the facts do not show that an appointment took place then the Court cannot usurp the Administration's duties by deciding otherwise on the basis of the applicant's contention that he or she believed that an appointment took place. Strictly speaking after looking at the facts including what was said and done (if such be in evidence) it may very well be that the true intentions of the parties become clear. However, for the purposes of the issue to be determined, that intention is irrelevant.

ANALYSIS OF THE FACTS

Therefore, I should examine the facts in order to determine: (1) if an appointment took place on June 12, 1989 and (2) if so, what type of appointment was made and what were the probationary terms to which it was subjected? It is worth noting at the outset that most, if not all of these facts, are undisputed.

The first event which in my opinion is of note is the open competition held in January or February of 1989 for two ES-5 Senior Policy Analyst positions. Mr. Hack was considered qualified for the position but placed third in the competition. He was told that his name would remain at the top of the eligibility list for future positions. The placement of Mr. Hack on the eligibility list is consistent with subsection 17(1) of the Act:

17. (1) From among the qualified candidates in a competition the Commission shall select and place the highest ranking candidates on one or more lists, to be known as eligibility lists, as the Commission considers necessary to provide for the filling of a vacancy or anticipated vacancies.

I presume that the Commission considered this placement necessary in order to be able to staff a position which they anticipated would become vacant.

vir l'intention des parties. La Loi prévoit une protection et une procédure qui ne peuvent dépendre de la démonstration d'une intention. Si les actes nécessaires à l'existence d'une nomination sont accomplis, le bénéficiaire de la nomination ne peut alors se voir frustré des droits qu'il a acquis par suite de cette nomination du seul fait que le Ministère déclare qu'il n'a jamais eu l'intention qu'une nomination ait lieu. De même, si les faits ne démontrent pas qu'une nomination a eu lieu, le tribunal ne peut usurper le rôle de l'Administration en rendant une décision déférente en se fondant sur la prétention du requérant suivant laquelle il croyait qu'une nomination avait eu lieu. Strictement parlant, après examen des faits, y compris de ce qui a été dit et fait (si cela a été mis en preuve), il se peut très bien que les véritables intentions des parties deviennent claires. Cependant, pour résoudre la question en litige, cette intention n'est pas pertinente.

ANALYSE DES FAITS

Je dois donc examiner les faits pour déterminer (1) si une nomination a eu lieu le 12 juin 1989 et (2) dans l'affirmative, quel type de nomination a eu lieu et à quels modalités de stage elle était assujettie. Il vaut la peine de signaler d'entrée de jeu que la plupart, sinon la totalité, des faits ne sont pas contestés.

Le premier événement qu'il convient à mon avis de signaler est le concours public qui s'est tenu en janvier ou en février 1989 pour les deux postes d'analyste principal de la politique de niveau ES-5. M. Hack a été jugé qualifié pour le poste mais est arrivé au troisième rang dans le cadre du concours. On lui a dit que son nom demeurerait en tête de la liste d'admissibilité pour de futurs postes. L'inscription de M. Hack sur la liste d'admissibilité est conforme au paragraphe 17(1) de la Loi:

17. (1) Parmi les candidats qualifiés à un concours, la Commission sélectionne ceux qui occupent les premiers rangs et les inscrits sur une ou plusieurs listes, dites listes d'admissibilité, selon le nombre de vacances auxquelles elle envisage de pourvoir dans l'immédiat ou plus tard.

Je suppose que la Commission a jugé nécessaire de faire cette inscription pour pouvoir doter un poste qui, selon ce qu'elle prévoyait, deviendrait vacant.

A second telling fact is the conversation which took place between Mr. Hack and Mr. Wong around April of 1989. Mr. Wong, who was the Chairperson of the Selection Board, contacted Mr. Hack essentially to offer him a job as Senior Policy Analyst. The reason for this offer was that due to the work demands within his Division, Mr. Wong required another ES-5 Senior Policy Analyst to start immediately. During this conversation Mr. Hack was told that Mr. Wong's Division was operating under staffing constraints in that there were no vacant Senior Policy Analyst positions at the ES-5 level. He was told that a number of ES-5 Senior Policy Analyst positions were encumbered by persons on assignment but that some of those people were not expected to return. Presumably this meant that some persons holding positions as ES-5 Senior Policy Analysts were assigned to other positions and Mr. Wong's Division did not expect them to return to the ES-5 Senior Policy Analyst position.

In answer to this offer Mr. Hack stated his concern with the major implications that a move to Ottawa would have for him and his family and laid down certain conditions which I have already outlined.

It was in order to respond to these conditions that Mr. Hack was transferred to a vacant ES-4 position in Ottawa and immediately thereafter appointed at the ES-5 level on an acting basis. It was clearly understood that Mr. Hack's appointment at the ES-5 level would be made on an acting basis solely as a result of staffing constraints under which the Directorate was operating at the time. Once in that position all efforts would be made to "regularize" the position as indeterminate as soon as possible. On the basis of this proposed arrangement Mr. Hack accepted the position as a Senior Policy Analyst ES-5.

Staffing action was taken effective June 12, 1989 for the ES-4 position and on the same day, Mr. Hack was appointed to position 2430 at the ES-5 level on

Un autre fait révélateur est la conversation qui a eu lieu entre M. Hack et M. Wong vers le mois d'avril 1989. M. Wong, qui était le président du jury de sélection, est entré en communication avec M. Hack essentiellement pour lui offrir un poste d'analyste principal de la politique. Cette offre s'expliquait par les demandes de travail au sein de sa division. M. Wong avait besoin d'un autre analyste principal de la politique pour qu'il entre immédiatement en fonction. Au cours de cette conversation, M. Hack a appris que la division de M. Wong était soumise à des compressions de personnel en ce qu'il n'y avait pas de poste vacant d'analyste principal de la politique de niveau ES-5. On lui a dit que plusieurs postes d'analyste principal de la politique étaient occupés par des personnes en affectation mais que l'on ne prévoyait pas le retour de certaines de ces personnes. Vraisemblablement, cela voulait dire que certaines des personnes qui occupaient des postes d'analyste principal de la politique de niveau ES-5 étaient affectées à d'autres postes et que la division de M. Wong ne s'attendait pas à ce qu'elles reprennent leur poste d'analyste principal de la politique de niveau ES-5.

En réponse à cette offre, M. Hack a déclaré qu'il était préoccupé par les importantes répercussions qu'un déménagement à Ottawa aurait sur lui et sur les membres de sa famille et il a posé certaines conditions que j'ai déjà évoquées.

C'était pour répondre à ces conditions que M. Hack a été muté à un poste vacant de niveau ES-4 à Ottawa et qu'il a été immédiatement après nommé au niveau ES-5 à titre intérimaire. Il était clairement convenu que la nomination de M. Hack au niveau ES-5 était effectuée à titre intérimaire uniquement à cause des compressions de personnel auxquelles la Direction était soumise à l'époque. Une fois que M. Hack occuperait ce poste, on ferait l'impossible pour «régulariser» le poste et en faire dans les plus brefs délais un poste doté pour une période indéterminée. Sur la foi de cet arrangement proposé, M. Hack a accepté le poste d'analyste principal de la politique de niveau ES-5.

Des mesures de dotation en personnel ont été prises le 12 juin 1989 pour pourvoir au poste de niveau ES-4, et le même jour, M. Hack a été nommé à titre

an acting basis, which appointment was created by a Personnel Action Request (PAR).

FINDINGS OF FACT AND LAW

The respondent alleges that there were two separate and distinct staffing actions, the first one on June 12, 1989 and the second one on June 28, 1990. The respondent claims that this second staffing action was an appointment the effect of which is to set off the section 28 probationary period. The respondent further argues that an acting appointment to a position does not in and of itself confer a vested right to be appointed permanently to that position. In support of this argument the respondent relies on three cases which I will now consider.

In *Desrochers v. The Queen*, [1976] 2 F.C. 679 (T.D.), the applicant argued that having occupied a certain position in an acting capacity for a certain period he must now be considered a permanent employee of that position.

The facts of that case are quite different than those in the present case. There, the plaintiff was a personnel officer who at one point was asked to fill the temporary vacancy created by the departure of the penitentiary's assistant director. He accepted and was then appointed in an acting capacity in March 1972. The plaintiff was reappointed on two occasions such that he occupied the acting position for approximately two and a half years.

Sometime in 1974 there was an internal reorganization of the Penitentiary Service and the position, to which the plaintiff had been appointed on an acting basis, was abolished. A new position requiring different qualifications was created and an open competition was held in order to fill it. The plaintiff was invited to apply given his experience. However, the plaintiff was not selected as his qualifications were insufficient for this new position. The plaintiff immediately appealed arguing that he had occupied the position in an acting capacity for such a lengthy period that he was automatically entitled to fill the position on a permanent basis.

intérimaire au poste 2430 au niveau ES-5 au moyen d'une demande de services en personnel (DSP).

CONCLUSIONS DE FAIT ET CONCLUSIONS DE DROIT

L'intimé allègue que deux mesures distinctes de dotation ont été prises, la première le 12 juin 1989 et la seconde le 28 juin 1990. L'intimé prétend que cette seconde mesure de dotation constituait une nomination qui a fait commencer la période de stage prévue par l'article 28. L'intimé prétend en outre que la nomination intérimaire à un poste ne confère pas en soi un droit acquis d'être nommé de façon permanente à ce poste. À l'appui de cette prétention, l'intimé invoque trois décisions que je vais maintenant examiner.

Dans le jugement *Desrochers c. La Reine*, [1976] 2 C.F. 679 (1^{re} inst.), le requérant faisait valoir que, comme il avait occupé un certain poste à titre intérimaire pendant une certaine période, il devait être considéré comme un employé permanent occupant le poste en question.

Les faits de cette affaire sont très différents de ceux de la présente espèce. Dans cette affaire, le demandeur était un préposé au personnel à qui l'on avait demandé à un moment donné de combler temporairement la vacance créée par le départ du directeur adjoint du pénitencier. Il a accepté et a ensuite été nommé à titre intérimaire en mars 1972. Sa nomination a été reconduite à deux reprises, de sorte qu'il a occupé le poste intérimaire pendant à peu près deux ans et demi.

Au cours de l'année 1974, le Service des pénitenciers a fait l'objet d'une réorganisation interne et le poste auquel le demandeur avait été nommé à titre intérimaire a été aboli. Un nouveau poste exigeant des titres de compétence différents a été créé et un concours public a été organisé pour doter ce poste. Le demandeur a été invité à poser sa candidature en raison de son expérience. La candidature du demandeur a toutefois été écartée étant donné que ses qualifications n'étaient pas suffisantes pour ce nouveau poste. Le demandeur a interjeté aussitôt appel en faisant valoir que le fait qu'il avait occupé le poste à titre intérimaire aussi longtemps lui donnait automatiquement droit au poste à titre permanent.

Mr. Justice Marceau rejected the plaintiff's claim stating, at page 682, that:

Nowhere in the Act is it stated that mere length of tenure can replace such action by changing a temporary assignment into a permanent assignment

The facts before me, however, appear to be quite different. The significant differences are that firstly, no agreement such as the one concluded by Mr. Hack and Mr. Wong existed in the *Desrochers* case. The acting appointment was not made pending a vacancy to an indeterminate position. Secondly, the position held by Desrochers on an acting basis was abolished and an entirely new position with different requirements and a need for different qualifications was created. An open competition was held for this new position and an appointment on the basis of merit was ultimately made.

Here, Mr. Hack occupied the position of Senior Policy Analyst at the ES-5 level on an acting basis because there were no indeterminate vacancies; as soon as a vacancy came up Mr. Hack was appointed thereto. This situation bears little resemblance to the *Desrochers* case and I do not believe one can apply the conclusions of that case directly to the one at bar.

The respondent also refers to *R. v. Gowers*, [1980] 2 F.C. 503 (C.A.). This case dealt with an entirely different question of law. The Court, however, did refer in that case to the nature of an acting appointment. The respondent, Gowers, had been appointed to a higher position within the Post Office Department on an acting basis. During this time a closed competition was held in order to fill a new position. The requirements for applying were that the applicant occupy a position in which the maximum rate of pay was at least \$312.03 weekly. The respondent did not make this much money in his regular position but did in his acting position. The question was whether the respondent occupied the acting position such as to qualify him for the closed competition. The Court of Appeal ruled that the respondent was entitled to be considered in the competition as he was deemed to have occupied the position at the time the competi-

Le juge Marceau a écarté la prétention du demandeur en déclarant, à la page 682:

... aucune disposition de ladite Loi n'est à l'effet que le seul écoulement du temps puisse remplacer une telle nomination en transformant une assignation temporaire en une assignation permanente.

Les faits qui ont été portés à ma connaissance semblent toutefois fort différents. Les différences significatives sont premièrement qu'il n'existait pas dans l'affaire *Desrochers* d'entente semblable à celle qu'ont conclue M. Hack et M. Wong. La nomination intérimaire n'avait pas été faite pour combler une vacance à un poste doté pour une période indéterminée. En deuxième lieu, le poste occupé à titre intérimaire par M. Desrochers avait été aboli et un poste entièrement nouveau comportant des exigences différentes et prévoyant des qualifications différentes avait été créé. On avait tenu un concours public relativement à ce nouveau poste et on avait finalement effectué une nomination fondée sur le principe du mérite.

En l'espèce, M. Hack occupait le poste d'analyste principal de la politique de niveau ES-5 à titre intérimaire parce qu'il n'y avait pas de poste vacant doté pour une période indéterminée; dès qu'une vacance s'est produite, M. Hack a été nommé au poste devenu vacant. Cette situation ressemble fort peu à celle qui existait dans l'affaire *Desrochers* et je ne crois pas qu'on puisse appliquer directement les conclusions de ce jugement aux faits de la présente espèce.

L'intimé cite également l'arrêt *R. c. Gowers*, [1980] 2 C.F. 503 (C.A.). Cette affaire portait sur une question de droit entièrement différente. La Cour a cependant fait allusion dans cet arrêt à la nature de la nomination intérimaire. L'intimé, Gowers, avait été nommé à titre intérimaire à un poste plus élevé au sein du ministère des Postes. Pendant cette période, un concours interne avait été organisé dans le but de pourvoir à un nouveau poste. Les conditions de candidature prévoyaient que le candidat devait occuper un poste dont le traitement maximum atteignait au moins 312,03 \$ par semaine. L'intimé ne touchait pas un traitement aussi élevé dans son poste régulier, mais il recevait un traitement supérieur à cette somme dans son poste intérimaire. Il s'agissait de savoir si l'intimé occupait le poste intérimaire, ce qui le rendait admissible à la participation au concours interne. La Cour d'appel a statué que l'intimé avait le

tion was held. In speaking of section 27 of the Regulations (which is very similar to today's section 25) Urie J.A. stated at pages 508-509:

It provides only that "the employee shall be considered to have been appointed to the higher position . . ." . . . As a result, the employee is entitled to enjoy the benefits accruing through his deemed appointment to the acting position as though he were formally appointed to it, for the duration of such employment . . . One of the benefits, of course, is entitlement to participate in competitions for which his temporary salary makes him eligible.

In his reasons Kelly D.J. stated the following at page 510:

Normally a position in the Public Service is filled by the Commission making an appointment pursuant to section 10 of the Act. A person so appointed, undoubtedly occupies or is employed in that position; in fact a person so appointed has the security of tenure.

In contrast to this procedure, when a person appointed to a particular position is absent, in order that the work of the absent employee may be performed and continuity of the work of the Public Service maintained, through power conferred on the deputy head by the Regulations enacted by the Commission and without any confirming action by the Commission, or the conduct of a competition the deputy head may require an employee (who has already been regularly appointed to a lower position) to perform, for a temporary period the duties of the higher position; the employee during the time he is performing the duties of the higher position is assured of the receipt of remuneration appropriate to the higher position. Such an employee does not have tenure in the higher position and may be returned to the position to which he was appointed when the deputy head so requires. The employee so required to perform the duties of the higher position does not cease to be an employee of the Public Service, that status flowing from an appointment made by the Commission.

This case stands for the proposition that section 27 of the Regulations (now section 25) is to be interpreted as saying that while someone is in a position on an acting basis he or she is to be considered as appointed to that position only so long as he or she is employed in that position. This is the reasoning which was applied in the *Murray v. Government of Canada* (1983), 47 N.R. 299 (F.C.A.) at pages 307-308, per Heald J.A.

For the applicant, the Court was referred to a case where it was found that a person appointed to a higher position on an acting basis had acquired tenure in that position. In *Lucas v. Canada (Public Service*

droit de participer au concours car il était considéré comme occupant le poste au moment du concours. Voici ce que le juge Urie, J.C.A., a déclaré, aux pages 508 et 509, au sujet de l'article 27 du Règlement (qui ressemble beaucoup à l'actuel article 25):

Il prévoit seulement que « l'employé doit être considéré comme nommé au poste supérieur . . . » . . . Il s'ensuit que l'intéressé a droit aux avantages qui lui reviennent du fait de sa soi-disant nomination au poste intérimaire, tout comme s'il y avait été officiellement nommé, pour la durée de ses fonctions . . . L'un de ces avantages est, bien entendu, la possibilité de participer aux concours auxquels son traitement intérimaire le rend admissible.

Dans ses motifs, le juge suppléant Kelly a déclaré ce qui suit, à la page 510:

Normalement, la Commission pourvoit à un poste dans la Fonction publique au moyen d'une nomination faite conformément à l'article 10 de la Loi. Quiconque nommé dans ces conditions occupe ce poste ou y est employé: en fait il en devient le titulaire.

Par contre, lorsque le titulaire d'un poste quelconque est absent, la nécessité d'assurer l'exécution des attributions de l'employé absent comme d'assurer la continuité du fonctionnement de l'administration publique, permet au sous-ministre, en vertu des pouvoirs qu'il tient du Règlement promulgué par la Commission et sans confirmation de la Commission ni tenue d'un concours, de demander à un employé (qui était déjà régulièrement nommé à un poste inférieur) d'assumer à titre temporaire, les attributions du poste supérieur; pendant qu'il remplit les devoirs du poste supérieur, cet employé est assuré du traitement correspondant. Il n'est pas titulaire du poste supérieur et doit réintégrer son poste d'origine lorsque le sous-ministre le requiert. L'employé auquel il est demandé de remplir les devoirs du poste supérieur ne cesse pas de ce fait d'être un employé de la Fonction publique, statut qu'il tient d'une nomination faite par la Commission.

Cet arrêt appuie la proposition suivant laquelle il faut interpréter l'article 27 du Règlement (maintenant l'article 25) comme disant que la personne qui occupe un poste à titre intérimaire ne peut être considérée comme nommée à ce poste que tant qu'elle est employée dans ce poste. C'est le raisonnement que le juge Heald, J.C.A., a appliqué dans l'arrêt *Murray c. Gouvernement du Canada* (1983), 47 N.R. 299 (C.A.F.), aux pages 307 et 308.

Le requérant renvoie la Cour à un arrêt dans lequel il a été jugé qu'une personne nommée à titre intérimaire à un poste d'un niveau plus élevé que celui qu'elle occupait avait acquis la permanence dans ce

Commission Appeal Board), the Court was primarily concerned with the interpretation of section 21 of the Act; however, it did pronounce itself on the incidence of an acting appointment. In that case, while the incumbent of the Collection Enforcement Clerk position was on a training program, the applicant was requested and agreed to perform the duties of the position, for which she was entitled to receive acting pay. A position was created for acting pay purposes. The Department regarded the staffing action as an "assignment" and not an "appointment" so that section 21 did not apply. The Board agreed with this conclusion and further stated that the "assignee" did not and could not have acquired any tenure in that position.

A unanimous Court of Appeal disagreed. It concluded that an assignment to a position and an appointment to a position were exactly the same act and therefore section 21 applied. As for the status of the employee appointed in the acting position, Heald J.A. on behalf of the Court stated at page 363:

I think the Board was also in error in concluding that since Ms. Morrison's permanent position as SCY-2 was her "tenure determining position", she could not be said to have acquired tenure in the CR-4 position which she continues to hold. I agree with counsel for the applicant that when she agreed to and commenced to carry out the duties of a Collections Enforcement Clerk, she clearly acquired tenure in the sense that she became entitled to a clerk's rate of pay as well as to carry out the duties of a clerk. I agree with his submission that:

In a very meaningful sense, she acquired for the one-year period in question, tenure as a clerk and lost her tenure as Secretary.

I agree with the respondent that an acting appointment does not in and of itself confer a vested right to be appointed permanently to that position. Otherwise the entire purpose of the provision allowing for acting appointments would be defeated. Again, the administration must have some flexibility to effect changes for the proper running of its operations. Various provisions provide for such flexibility and sec-

poste. Dans l'arrêt *Lucas c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique)*, la Cour était surtout concernée par l'interprétation de l'article 21 de la Loi; elle s'est toutefois prononcée sur l'incidence d'une nomination intérimaire. Dans cette affaire, pendant que le titulaire d'un poste de commis au recouvrement suivait un programme de formation, on a demandé à la requérante, qui a accepté, d'exercer les fonctions de ce poste, pour lequel elle avait le droit de recevoir une rémunération d'intérim. Un poste a été créé pour le calcul de la rémunération intérimaire. Le Ministère a considéré la mesure de dotation comme une «affectation» et non comme une «nomination», de sorte que l'article 21 ne s'appliquait pas. Le Comité a souscrit à cette conclusion et a ajouté que la «personne en affectation» n'avait pas acquis de permanence dans ce poste et qu'elle n'aurait pas pu l'acquérir.

À l'unanimité, la Cour d'appel s'est dite en désaccord avec ce point de vue. Elle a conclu que l'affectation à un poste et la nomination à un poste constituaient exactement le même acte et que, par conséquent, l'article 21 s'appliquait. Quant au statut de l'employée nommée au poste intérimaire, la Cour a déclaré à la page 363, sous la plume du juge Heald, J.C.A.:

Je suis également d'avis que le Comité a commis une erreur en concluant que puisque le poste permanent de madame Morrison, c'est-à-dire celui de SCY-02, était celui qui lui accordait la «sécurité d'emploi», on ne pouvait pas dire qu'elle avait acquis cette sécurité dans le poste de CR-04 qu'elle continue d'occuper. Je suis de l'avis du procureur du requérant pour dire que lorsqu'elle a accepté et commencé d'exercer les fonctions du commis au recouvrement, elle a évidemment acquis la sécurité d'emploi en ce sens qu'elle a acquis le droit de recevoir la rémunération afférente au poste de commis et d'en exercer les fonctions. Je souscris à l'argument de l'avocat selon lequel:

[TRADUCTION] Dans un sens très réel, elle a acquis pour la période d'un an dont il est question la sécurité d'emploi en qualité de commis et elle a perdu sa sécurité d'emploi en qualité de secrétaire.

Je suis d'accord avec l'intimé pour dire qu'une nomination intérimaire ne confère pas en soi le droit acquis d'être nommé de façon permanente à ce poste. Autrement, on ferait échec à tout l'objectif de la disposition qui permet les nominations intérimaires. Je répète que l'Administration doit pouvoir bénéficier d'une certaine souplesse pour effectuer des changements pour le bon fonctionnement de ses activités.

tion 25 of the Regulations is one of them. Therefore, acting appointments do not necessarily mature by operation of the law into permanent appointments. Yet, they appear to do so when it comes to section 21 appeals and when other consequences are alleged to flow from acting appointments.

CONCLUSIONS

I believe nevertheless that in the case before me, Mr. Hack acquired, in a very meaningful sense, tenure as a Senior Policy Analyst at the ES-5 level. This was what was agreed upon. The time spent in acting positions was due solely to the fact that no indeterminate position was available and all of the evidence suggests that Mr. Hack would be given the first available indeterminate position. Having already reached the top of the eligibility list for that particular ES-5 position, a formal appointment, when a position became available or vacant, was but a crystallization of what in fact had been triggered on June 12, 1989. I should therefore conclude that the original acting appointment on June 12, 1989, was an appointment the effect of which was to trigger the section 28 probationary period. A finding of this kind is not inconsistent with the provisions of sections 25 and 28 of the Regulations dealing with acting appointments.

I should also find that the extension given to Mr. Hack's term appointments are not new appointments, the effect of which would be to interrupt repeatedly the period of probation. Position numbers might have changed from June 12, 1989, to June 28, 1990, but these positions were all quite similar and were meant to accommodate the situation more than anything else. To find otherwise would impose form over function.

In my view, tenure as a Senior Policy Analyst at the ES-5 level had been acquired. The staffing action

Diverses dispositions accordent cette souplesse et l'article 25 du Règlement en est une. Par conséquent, les nominations intérimaires ne se transforment pas nécessairement avec le temps en nominations permanentes par l'effet de la loi. C'est pourtant ce qui semble se produire lorsqu'un appel est interjeté en vertu de l'article 21 et qu'on prétend que d'autres conséquences découlent d'une nomination intérimaire.

CONCLUSIONS

J'estime néanmoins que dans l'affaire qui m'est soumise M. Hack a acquis, au sens le plus fort du terme, la permanence comme analyste principal de la politique de niveau ES-5. C'est ce qui avait été convenu. Le temps qu'il a passé dans des postes intérimaires était imputable uniquement au fait qu'aucun poste doté pour une période indéterminée n'était disponible, et l'ensemble de la preuve permet de penser que l'on accorderait à M. Hack le premier poste doté pour une période indéterminée qui se libérerait. Comme il se trouvait déjà en tête de la liste d'admissibilité pour ce poste particulier de niveau ES-5, une nomination officielle effectuée au moment où un poste devenait disponible ou vacant ne constituait que la matérialisation de ce qui avait en fait été mis en branle le 12 juin 1989. Je dois donc conclure que la nomination intérimaire initiale du 12 juin 1989 constituait une nomination qui avait pour effet de commencer à faire courir la période de stage prévue à l'article 28. Cette conclusion n'est pas incompatible avec les dispositions des articles 25 et 28 du Règlement relatives aux nominations intérimaires.

Je dois également conclure que la prorogation accordée aux nominations de M. Hack pour une période déterminée ne constituent pas de nouvelles nominations qui auraient pour effet d'interrompre de façon répétée la période de stage. Les numéros de poste ont pu changer entre le 12 juin 1989 et le 28 juin 1990, mais ces postes étaient tous fort semblables et visaient d'abord et avant tout à s'adapter à la situation. Si l'on concluait autrement, la forme l'emporterait sur le fond.

À mon avis, le requérant avait acquis la permanence à titre d'analyste principal de la politique au

of June 28, 1990 should therefore not be considered an appointment within the meaning of section 28.

Accordingly, it was not open to the respondent to reject the applicant on probation as the probationary period had already lapsed. I am therefore of the view that the applicant's motion should be granted, with costs.

I would invite counsel for the parties to draft an appropriate order and submit it to me for endorsement. In the meantime I remain seized of the case.

Concurrent with these reasons are reasons delivered in case T-2060-91 where, in similar but not identical circumstances, I have reached an opposite conclusion. In both cases, counsel for the parties were the same and they will appreciate, though not necessarily agree with, the different reasonings I have expressed.

niveau ES-5. La mesure de dotation prise le 28 juin 1990 ne devrait donc pas être considérée comme une nomination au sens de l'article 28.

Par conséquent, il n'était pas loisible à l'intimé de renvoyer le requérant en cours de stage, étant donné que la période de stage avait déjà pris fin. J'estime par conséquent que la requête du requérant devrait être accueillie avec dépens.

J'inviterais les avocats des parties à rédiger une ordonnance appropriée et à me la soumettre pour visa. Dans l'intervalle, je demeure saisi de l'affaire.

Les présents motifs sont prononcés en même temps que ceux que j'ai rendus dans le dossier T-2060-91 dans lequel, dans des circonstances semblables mais non identiques, j'en suis arrivé à une conclusion opposée. Les avocats des parties étaient les mêmes dans les deux affaires et ils apprécieront, sans toutefois y souscrire nécessairement, les raisonnements différents que j'ai exprimés.