

A-440-81

A-440-81

Attorney General of Canada (Applicant)**Le procureur général du Canada (requérant)**

v.

a c.

Karen Sharpe et al. (Respondents)**Karen Sharpe et autres (intimés)**

Court of Appeal, Heald, Urie JJ. and Kerr D.J.—
Ottawa, May 27 and June 22, 1982.

b Cour d'appel, juges Heald et Urie, juge suppléant
Kerr—Ottawa, 27 mai et 22 juin 1982.

Judicial review — Applications to review — Public Service Commission — Appeals pursuant to s. 21(b) of the Act against lateral transfer to new position of person not on eligible list for appointments in prescribed area — Commission cannot transfer person to similar position in area without reference to list while it remained validly in existence — Application dismissed — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, ss. 8, 10, 13, 17, 18, 21 — Public Service Employment Regulations, C.R.C., c. 1337, ss. 5, 21 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

c *Contrôle judiciaire — Demandes d'examen — Commission de la Fonction publique — Appels, fondés sur l'art. 21b) de la Loi, contre la mutation latérale à un nouveau poste d'une personne qui ne figurait pas sur la liste d'admissibilité à des postes dans la zone prescrite — Pendant la durée de validité de la liste d'admissibilité, la Commission ne peut muter une personne à un poste semblable à celui qu'elle occupe déjà sans tenir compte de cette liste — Demande rejetée — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 8, 10, 13, 17, 18, 21 — Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique, C.R.C., chap. 1337, art. 5, 21 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 28.*

These are appeals pursuant to paragraph 21(b) of the *Public Service Employment Act* against the appointment of Dorothy Tickner without competition, by persons who perceived that their opportunities for advancement had been prejudicially affected. The Public Service Commission conducted a closed competition, limited to employees in the Barrie district, which established an eligible list for anticipated vacancies. Tickner had been working in Guelph, but sought a lateral transfer to Owen Sound, which was in the Barrie district. She was transferred to a newly-created position in Owen Sound. Since she was transferred from outside the normal area of competition, the Public Service Commission required that appeal notices be posted. Authority to appoint Tickner was granted, subject to the right of appeal of the respondents, who were on the eligible list. Respondents' appeal was allowed, which decision is now under review.

d En l'espèce, des personnes estimant que leurs chances d'avancement avaient été amoindries ont fait appel, en vertu de l'alinéa 21b) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, à l'encontre de la nomination de Dorothy Tickner sans concours. La Commission de la Fonction publique a tenu un concours restreint, limité aux employés dans le district de Barrie, par suite duquel a été établie une liste d'admissibilité à des postes qui allaient devenir vacants. Tickner travaillait à Guelph, mais a demandé une mutation latérale à Owen Sound qui se trouve dans le district de Barrie. Elle a été affectée à un poste qui venait d'être créé à Owen Sound. Comme elle a été mutée d'un endroit hors de la zone du concours normale, la Commission de la Fonction publique a exigé que des avis d'appel soient affichés. L'autorisation de nommer Tickner a été accordée, sous réserve du droit d'appel des intimés, qui figuraient sur la liste d'admissibilité. L'appel des intimés a été accueilli, d'où la demande d'examen.

Held, the application is dismissed. Having established the eligible list, the Public Service Commission cannot, as a matter of law, ignore it by filling a position by someone who could not participate in the competition. To do so would be prejudicial to the opportunity for advancement of those persons who, in good faith, participated in the competition and whose names appear on the list. The lateral transfer was a calculated, though thoroughly understandable, circumvention of the rules established to ensure adherence to the merit principle.

e *Arrêt*: la demande est rejetée. Une fois la liste d'admissibilité établie, la Commission de la Fonction publique ne peut en droit négliger d'en tenir compte et mettre dans un poste une personne qui n'a pu participer au concours. Si elle le faisait, cela amoindrirait les chances d'avancement des personnes qui ont participé de bonne foi au concours et dont les noms figurent sur la liste. Par la mutation latérale, on a contourné d'une façon volontaire, même si tout a fait compréhensible, les règles établies pour assurer le respect du principe du mérite.

CASE JUDICIALLY CONSIDERED

JURISPRUDENCE

APPLIED:

j

DÉCISION APPLIQUÉE:

Kelso v. Her Majesty the Queen, [1981] 1 S.C.R. 199.*Kelso c. Sa Majesté la Reine*, [1981] 1 R.C.S. 199.

APPLICATION for judicial review.

COUNSEL:

Walter L. Nisbet, Q.C., for applicant.
Maurice W. Wright, Q.C. and *A. J. Raven* for respondents. *a*
Dorothy Tickner (herself) for interested party.

SOLICITORS:

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

The following are the reasons for judgment rendered in English by

URIE J.: This application is brought pursuant to section 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 to review and set aside a decision of the Public Service Commission Appeal Board made as a result of an appeal to it pursuant to section 21 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32 against the selection of one Dorothy Tickner as a PM-2, Employment Counsellor, Canada Employment and Immigration Commission, Owen Sound, Ontario. *d*

The relevant facts are these:

On or about April 17, 1980, the Canada Employment and Immigration Commission ("the Commission") announced, and thereafter conducted, a closed competition in order to fill anticipated vacancies for PM-2, Employment Counsellor, positions in the Barrie District of the Commission. As a result of the competition an eligible list was established. Four of the respondents herein, namely, Karen Sharpe, Gertrude Dickson, Dorothy Howell and Patricia Sylvester were placed as numbers 2, 3, 5 and 6, respectively, on the eligible list. *g*

Subsequent to the establishment of the eligible list a vacancy occurred in a PM-2, Employment Counsellor, position in the Parry Sound office of the Commission. Each of the first three candidates on the list were offered the position and declined to accept it with the result that candidate No. 4 on the list was offered and accepted the appointment. *i*

DEMANDE de contrôle judiciaire.

AVOCATS:

Walter L. Nisbet, c.r., pour le requérant.
Maurice W. Wright, c.r. et *A. J. Raven* pour les intimés.
Dorothy Tickner (en personne) pour l'intéressée.

b PROCUREURS:

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

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

LE JUGE URIE: Il s'agit d'une demande, fondée sur l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, d'examen et d'annulation d'une décision du Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique rendue par suite d'un appel formé en vertu de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32, contre la sélection d'une nommée Dorothy Tickner comme PM-2, conseiller en emploi, Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada, Owen Sound (Ontario). *e*

Voici les faits pertinents:

Vers le 17 avril 1980, la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada («la Commission») a annoncé la tenue d'un concours restreint en vue de pourvoir à des postes de PM-2, conseiller en emploi, car on prévoyait des vacances dans le district de Barrie de la Commission. Par suite du concours, on a établi une liste d'admissibilité. *h* Quatre des intimés en l'espèce, savoir Karen Sharpe, Gertrude Dickson, Dorothy Howell et Patricia Sylvester, se sont classées respectivement deuxième, troisième, cinquième et sixième sur cette liste.

Après l'établissement de la liste d'admissibilité, un poste de PM-2, conseiller en emploi, est devenu vacant au bureau de Parry Sound de la Commission. Chacun des trois premiers candidats sur la liste s'est vu offrir le poste mais l'a refusé de sorte qu'il a été offert au candidat occupant le quatrième rang sur la liste, qui l'a accepté. *j*

Dorothy Tickner had occupied a position as a PM-3, Special Programs Counsellor, at the Canada Manpower Centre in Hamilton, Ontario. On March 8, 1978 Mrs. Tickner had submitted a request for a lateral transfer to the Owen Sound Canada Manpower Centre for the stated reason that her husband was planning to retire in the following month to take up residence at their home in Owen Sound and she wished to join him there. Since that transfer could not be effected, Mrs. Tickner, from time to time renewed her request for transfer and, effective as of May 19, 1980, accepted a voluntary demotion to a PM-2, Employment Counsellor, position at the Guelph Canada Manpower Centre because it reduced the weekly commuting time to and from home at Owen Sound. Notwithstanding this appointment, Mrs. Tickner continued to submit requests for a transfer to the position in Owen Sound. On June 2, 1981, Mrs. Tickner was transferred to a newly created position at the Owen Sound Canada Employment Centre.

It should be noted that Guelph is not within the Barrie District of the Commission and that the competition leading to the eligible list above referred to was limited to employees from within the Barrie District. Mrs. Tickner thus was not eligible for the competition with the result that her name did not and could not have appeared on the eligible list. It is further worthy of note, and it is not disputed, that Mrs. Tickner is a valued and well-qualified employee whose qualifications and ability to perform the duties of the position at Owen Sound have not been questioned. As Mrs. Tickner's transfer was from outside the normal area of competition, the Public Service Commission required that appeal notices be posted unless the Commission could satisfy the Public Service Commission that there were sufficient compassionate reasons to waive appeal rights and that the opportunity for advancement of the employees within the area of competition would not be prejudicially affected. Apparently the Public Service Commission was not so satisfied and the right of the respondents herein to appeal was confirmed. According to a statement filed in evidence by the Commission, authorization to appoint Mrs. Tickner to the Owen Sound position was given on

Dorothy Tickner avait occupé un poste de PM-3, conseiller chargé des programmes spéciaux, au Centre de main-d'œuvre du Canada d'Hamilton (Ontario). Le 8 mars 1978, M^{me} Tickner avait présenté une demande de mutation latérale au Centre de main-d'œuvre du Canada d'Owen Sound, donnant pour motif que son mari envisageait de prendre sa retraite le mois suivant pour établir sa résidence à leur maison à Owen Sound et qu'elle voulait l'y accompagner. Vu l'impossibilité d'effectuer la mutation en question, M^{me} Tickner a, de temps à autre, renouvelé sa demande de mutation et, le 19 mai 1980, a volontairement accepté une rétrogradation pour assumer un poste de PM-2, conseiller en emploi, au Centre de main-d'œuvre du Canada de Guelph parce que cela diminuait le temps qu'elle devait consacrer chaque semaine au déplacement entre son lieu de travail et son domicile à Owen Sound. Malgré cette nomination, M^{me} Tickner a continué à présenter des demandes de mutation au poste à Owen Sound. Le 2 juin 1981, elle a été affectée à un poste qui venait d'être créé au Centre d'emploi du Canada d'Owen Sound.

Il est à noter que Guelph ne se trouve pas dans le district de Barrie de la Commission et que le concours aboutissant à l'établissement de la liste d'admissibilité susmentionnée se limitait aux employés dans le district de Barrie. M^{me} Tickner n'était donc pas admissible au concours et, par conséquent, son nom ne figurait pas ni n'a pu figurer sur la liste d'admissibilité. Il convient également de noter, et on ne conteste pas ce fait, que M^{me} Tickner est une employée estimée et très compétente dont on n'a mis en doute ni les qualités ni la capacité d'accomplir les devoirs liés au poste à Owen Sound. Comme M^{me} Tickner a été mutée d'un endroit hors de la zone du concours normale, la Commission de la Fonction publique a exigé que des avis d'appel soient affichés, à moins que la Commission ne puisse la convaincre qu'il y avait des raisons d'humanité suffisantes militant en faveur du non-respect des droits d'appel et que les chances d'avancement des employés dans la zone du concours n'avaient pas été amoindries. Il appert qu'on n'a pas convaincu la Commission de la Fonction publique et il y a eu confirmation du droit d'appel des intimés en l'espèce. D'après une déclaration que la Commission a produite en preuve, l'autorisation de nommer M^{me} Tickner au

May 28, 1981, subject to any appeals which might be brought before a prescribed date.

An Appeal Board was established by the Public Service Commission chaired by Anna Stevenson, Q.C., who rendered her decision on July 23, 1981 whereby she allowed the appeals of the respondents. It is from that decision that this section 28 application is brought.

All parties to the application agreed that there are two issues:

(1) Did the Public Service Commission Appeal Board err in finding that an eligible list for positions at the PM-2 level having been established, the Commission could not transfer an employee not on the list in priority to those whose names appeared on the eligible list? and

(2) Alternatively, was the proposed transfer of Dorothy Tickner an "appointment" within the meaning of the *Public Service Employment Act* so as to enable the respondents to appeal the selection of Mrs. Tickner to fill the newly created position of PM-2 Employment Counsellor at the Barrie, Ontario, Canada Employment Centre?

The sections of the *Public Service Employment Act* ("the Act") which are relevant in the disposition of the issues raised in this application are sections 8, 10, 13, 17, 18 and 21. They read as follows:

8. Except as provided in this Act, the Commission has the exclusive right and authority to make appointments to or from within the Public Service of persons for whose appointment there is no authority in or under any other Act of Parliament.

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

13. Before conducting a competition, the Commission shall (a) determine the area in which applicants must reside in order to be eligible for appointment; and

poste à Owen Sound a été donnée le 28 mai 1981, sous réserve de tout appel qui pouvait être formé dans le délai prescrit.

a La Commission de la Fonction publique a établi un Comité d'appel sous la présidence d'Anna Stevenson, c.r., qui, le 23 juillet 1981, a rendu la décision par laquelle elle a accueilli les appels des intimés. La présente demande fondée sur l'article 28 attaque cette décision.

b Chacune des parties reconnaît qu'il y a deux questions litigieuses:

c (1) Le Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique a-t-il commis une erreur en concluant qu'une fois établie une liste d'admissibilité à des postes au niveau PM-2, la Commission ne pouvait muter de préférence aux personnes figurant sur la liste d'admissibilité un employé dont le nom n'y figurait pas? et

d (2) Subsidiairement, la mutation projetée de Dorothy Tickner était-elle une «nomination» au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, de sorte que les intimés pouvaient en appeler de la sélection de M^{me} Tickner pour combler le poste de PM-2, conseiller en emploi, qui venait d'être créé au Centre d'emploi du Canada de Barrie (Ontario)?

e f Les articles 8, 10, 13, 17, 18 et 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* («la Loi») sont pertinents relativement aux questions soulevées en l'espèce. En voici le texte:

g 8. Sous réserve de la présente loi, la Commission possède de façon exclusive le droit et l'autorité de nommer à des postes de la Fonction publique des personnes qui sont déjà membres de la Fonction publique ou qui n'en font pas partie, dont aucune autre loi du Parlement n'autorise ou ne prévoit la nomination.

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

j 13. Avant de tenir un concours, la Commission doit a) déterminer la région où les postulants sont tenus de résider afin d'être admissibles à une nomination; et

(b) in the case of a closed competition, determine the part, if any, of the Public Service and the occupational nature and level of positions, if any, in which prospective candidates must be employed in order to be eligible for appointment.

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 eligible lists, as the Commission considers necessary to provide for the filling of a vacancy or anticipated vacancies.

(2) An eligible list is valid for such period of time as may be determined by the Commission in any case or class of cases.

(3) When establishing an eligible list in the case of a closed competition, the Commission shall place the qualified candidates thereon in order of merit.

(4) When establishing an eligible list in the case of an open competition, the Commission shall, after complying with section 16 and after conducting such further investigations as it considers necessary, proceed in accordance with the following principles:

(a) persons who come within paragraph 16(3)(a) and who are qualified shall be placed, in order of merit, ahead of other successful candidates;

(b) persons who come within paragraph 16(3)(b) and who are qualified shall be placed, in order of merit, on the list immediately following any candidates mentioned in paragraph (a) of this subsection;

(c) persons who come within paragraph 16(3)(c) and who are qualified shall be placed, in order of merit, after any candidates mentioned in either paragraph (a) or (b) of this subsection; and

(d) persons who do not come within paragraph 16(3)(a), (b) or (c) and who are qualified shall be placed, in order of merit, after any candidates who come within those paragraphs.

(5) Nothing prescribed by or under this or any other Act as to the age limit and physical requirements with respect to any appointment to the Public Service applies to a person who comes within paragraph 16(3)(a) or (b), if the Commission certifies that he is of such an age and in such a satisfactory physical condition that he is then able to perform the duties of the position and will probably be able to continue to do so for a reasonable period after his appointment.

18. Where an appointment under this Act is to be made to a position by competition, the appointment shall be made from an eligible list established for that position or for positions of a similar occupational nature and level, but where such list is exhausted, the appointment may be made from an eligible list established for positions of a similar occupational nature at a higher level.

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

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

b) dans le cas d'un concours restreint, déterminer la partie, s'il en est, de la Fonction publique, ainsi que la nature des fonctions et le niveau des postes, s'il en est, où les candidats éventuels doivent obligatoirement être employés afin d'être admissibles à une nomination.

a

17. (1) Parmi les candidats qualifiés inscrits à un concours, la Commission doit choisir ceux qui occupent les premiers rangs et placer leurs noms sur une ou plusieurs listes, dites listes d'admissibilité, selon qu'elle l'estime nécessaire pour suppléer à une vacance ou à des vacances anticipées.

b

(2) Toute liste d'admissibilité est valide pour la période de temps que la Commission peut fixer dans chaque cas ou classe de cas.

c

(3) En établissant une liste d'admissibilité dans le cas d'un concours restreint, la Commission doit y inscrire les candidats qualifiés par ordre de mérite.

d

(4) En établissant une liste d'admissibilité dans le cas d'un concours public, la Commission, après s'être conformée à l'article 16 et avoir tenu toute autre enquête qu'elle juge nécessaire, doit procéder en se fondant sur les principes suivants:

a

a) les personnes visées par l'alinéa 16(3)a), qui sont qualifiées, doivent être placées, par ordre de mérite, avant les autres candidats reçus;

b

b) les personnes visées par l'alinéa 16(3)b), qui sont qualifiées, doivent figurer sur la liste par ordre de mérite, immédiatement à la suite des candidats mentionnés à l'alinéa a) du présent paragraphe;

c

c) les personnes visées par l'alinéa 16(3)c), qui sont qualifiées, doivent être placées par ordre de mérite après les candidats mentionnés soit à l'alinéa a), soit à l'alinéa b) du présent paragraphe; et

d

d) les personnes que ne visent pas les alinéas a), b) ou c) et qui sont qualifiées doivent être placées par ordre de mérite après tout candidat visé par ces alinéas.

e

(5) Aucune prescription prévue ou contenue dans la présente loi ou toute autre loi, visant la limite d'âge et les conditions d'aptitude physique relativement à une nomination à la Fonction publique, ne s'applique à une personne visée par l'alinéa 16(3)a) ou b), si la Commission atteste que son âge et son état physique satisfaisant lui permettent d'accomplir les devoirs liés à son poste et qu'elle pourra probablement le faire pendant une durée de temps raisonnable après sa nomination.

f

18. Lorsqu'une nomination prévue par la présente loi doit être faite à un poste à la suite d'un concours, la personne à nommer doit être choisie sur une liste d'admissibilité établie pour ce poste ou pour des postes à des niveaux comparables et comportant des occupations semblables. Toutefois, si cette liste est épuisée, le titulaire peut être choisi sur une liste d'admissibilité établie pour des postes comportant des occupations semblables mais situés à un niveau supérieur.

g

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

h

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,

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

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

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

accordingly as the decision of the board requires.

Sections 5 and 21 of the *Public Service Employment Regulations*, C.R.C., c. 1337, must also be considered. They read as follows:

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

(a) an open competition between persons who

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

(b) a closed competition between employees who

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

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

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

(ii) the appointment of an employee to a reclassified position that the employee occupied immediately prior to the reclassification of the position,

(iii) the promotion of an employee in a position to which he was appointed at a level lower than the full level of the position,

(iv) the appointment for a specified period from outside the Public Service to meet an emergency situation, and

(v) an appointment by the Commission, other than an appointment described in subparagraphs (i) to (iv), that the Commission considers to be in the best interests of the Public Service.

21. Where an eligible list has been established for a particular position, the person standing highest on the list who is willing to accept the appointment shall be appointed to the position.

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

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

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

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

selon ce que requiert la décision du comité.

Il faut également tenir compte des articles 5 et 21 du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique*, C.R.C., chap. 1337. En voici le texte:

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

a) concours publics auxquels participent des personnes qui

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

b) concours restreints auxquels participent des employés qui

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

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

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

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

(iii) de la promotion d'un employé dans son poste lorsque cet employé y avait été nommé à un niveau inférieur à celui du poste,

(iv) de la nomination pour une période spécifiée d'une personne de l'extérieur de la Fonction publique pour répondre à des besoins d'urgence, et

(v) d'une nomination, par la Commission, autre que celles décrites dans les dispositions (i) à (iv), lorsque la Commission considère que cette nomination se fait dans l'intérêt de la Fonction publique.

21. Lorsqu'une liste d'admissibilité a été établie pour un certain poste, la personne qui, dans l'ordre des noms de la liste, occupe la première place et est prête à accepter la nomination doit être nommée au poste.

As has been frequently pointed out the right of appeal granted by section 21 of the Act is an "appeal against the appointment" to a board established by the Commission. In this case the appeals were brought pursuant to paragraph 21(b) against the appointment of Mrs. Tickner without competition, by persons who perceived that their opportunities for advancement had been prejudicially affected thereby. It can thus be seen that the first question to be resolved is whether or not the respondents herein have the right to appeal the appointment, bearing in mind that as a result of a competition an eligible list had been established for PM-2, Employment Counsellor, positions in the Barrie District of the Commission, which includes the Owen Sound Canada Employment Centre, and that the respondents' names all appeared on that list.

Section 10 of the *Public Service Employment Act* directs that "Appointments to or from within the Public Service shall be based on selection according to merit . . . by competition or by such other process of personnel selection designed to establish the merit of candidates as the Commission considers is in the best interests of the Public Service." To fill PM-2, Employment Counsellor, positions in the Barrie District, the Commission apparently considered it in the best interests of the Public Service to conduct a competition. This resulted in the formulation of the eligible list earlier referred to herein, as prescribed by section 17 of the Act. Section 18 then requires that an ". . . appointment under this Act . . . shall be made from an eligible list . . ."

To resolve the first question it must be decided whether a lateral transfer can override the requirement that, where a competition has been held and an eligible list established, appointments must be made from that list. It is, of course, implicit that that imperative exists so long as the list continues to be valid or is not exhausted by appointments therefrom. If the first question is answered in the affirmative, then it must be decided whether the simple lateral transfer of Mrs. Tickner from one geographic location to another, to a position in which the duties involved are identical to those of

Comme on l'a souvent fait remarquer, l'article 21 de la Loi confère un droit d'«en appeler de la nomination» devant un comité établi par la Commission. En l'espèce, des personnes estimant que leurs chances d'avancement en avaient été amoindries ont fait appel, en vertu de l'alinéa 21b), de la nomination de M^{me} Tickner sans concours. Il s'en dégage donc que la première question à trancher est de savoir si les intimés en l'espèce ont le droit d'en appeler de la nomination, compte tenu du fait que par suite d'un concours une liste d'admissibilité avait été établie pour des postes de PM-2, conseiller en emploi, dans le district de Barrie de la Commission, qui comprend le Centre d'emploi du Canada d'Owen Sound, et du fait que les noms de tous les intimés figuraient sur cette liste.

L'article 10 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* dispose que «Les nominations à des postes de la Fonction publique, faites parmi des personnes qui en sont déjà membres ou des personnes qui n'en font pas partie, doivent être faites selon une sélection établie au mérite . . . à la suite d'un concours, ou selon telle autre méthode de sélection du personnel établie afin de déterminer le mérite des candidats que la Commission estime la mieux adaptée aux intérêts de la Fonction publique.» Pour combler les postes de PM-2, conseiller en emploi, dans le district de Barrie, la Commission a apparemment estimé qu'il était au mieux des intérêts de la Fonction publique de tenir un concours: d'où l'établissement de la liste d'admissibilité susmentionnée, conformément à l'article 17 de la Loi. Puis l'article 18 exige qu'une «. . . nomination prévue par la présente loi . . .» soit faite à partir d'« . . . une liste d'admissibilité . . . »

Pour résoudre la première question, il faut décider si une mutation latérale l'emporte sur l'exigence que, lorsqu'il y a eu tenue d'un concours et établissement d'une liste d'admissibilité, les personnes à nommer doivent être choisies sur cette liste. Il va, bien sûr, sans dire que cette exigence existe pendant toute la durée de validité de la liste ou jusqu'à son épuisement par suite de nominations. Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la première question, il faut décider si l'on peut qualifier de «nomination» la simple mutation latérale de M^{me} Tickner d'un lieu d'emploi à un autre

the position in the location from which she was transferred, can be characterized as an "appointment" so that the various provisions of the Act earlier referred to herein apply or whether such a transfer cannot be characterized as an "appointment" so that the transfer can be effected without compliance with those provisions.

It is not without relevance in endeavouring to answer these questions to recall what was said by Mr. Justice Dickson in the recent judgment of the Supreme Court of Canada in *Kelso v. Her Majesty the Queen*,¹ viz:

No one is challenging the general right of the Government to allocate resources and manpower as it sees fit. But this right is not unlimited. It must be exercised according to law. The government's right to allocate resources cannot override a statute

There is no question that as a result of the competition an eligible list had been established for PM-2, Employment Counsellor positions in the Barrie District of which the Owen Sound Canada Employment Centre is a part. That being so it would seem to follow that when a newly-created PM-2, Employment Counsellor position opened up it should, in normal circumstances, be offered to the persons on the eligible list in the order of their ranking. Assuming that the first person to which it was offered, or failing acceptance by that person, any other person on the list in order of ranking accepted, such person would be appointed to the position. As I understood him, counsel for the applicant did not dispute that this would be the way the position at Owen Sound would be filled in normal circumstances and that filling the position in that way would be an "appointment" within the meaning of the Act.

In the case of a transfer of a PM-2, Employment Counsellor, from one geographic location to another, (in this case, from Guelph to Owen Sound) counsel said that such logic would not prevail. In his submission, as the holder of the PM-2, Employment Counsellor, position at Guelph, Mrs. Tickner had already been appointed to that position and her transfer from Guelph to Owen Sound did not require another appointment since the appointment to the position in Guelph had been to an identical PM-2 position to that in Owen Sound. This resulted, in his submission,

¹ [1981] 1 S.C.R. 199, at p. 207.

pour occuper un poste dont les fonctions sont identiques à celles du poste qu'elle a occupé avant la mutation, de sorte que s'appliquent les différentes dispositions de la Loi citées ci-dessus ou si la mutation ne peut être qualifiée de « nomination », de sorte qu'elle peut s'effectuer sans que ces dispositions soient respectées.

Il n'est pas sans pertinence, quand on essaie de répondre à ces questions, de se rappeler ce que dit le juge Dickson dans l'arrêt récent de la Cour suprême du Canada *Kelso c. Sa Majesté la Reine*¹, savoir:

Personne ne conteste le droit général du gouvernement de répartir les ressources et les effectifs comme il le juge approprié. Mais ce droit n'est pas illimité. Son exercice doit respecter la loi. Le droit du gouvernement de répartir les ressources ne peut l'emporter sur une loi

Il ne fait pas de doute que par suite du concours une liste d'admissibilité a été établie pour des postes de PM-2, conseiller en emploi, dans le district de Barrie dont fait partie le Centre d'emploi du Canada d'Owen Sound. Tel étant le cas, il semble s'ensuivre que sur création d'un nouveau poste de PM-2, conseiller en emploi, on aurait dû normalement l'offrir aux personnes figurant sur la liste d'admissibilité suivant l'ordre de leur classement. A supposer qu'il y ait eu acceptation du poste par la première personne à qui on l'a offert, ou, dans le cas où celle-ci l'aurait refusé, par toute autre personne figurant sur la liste suivant l'ordre du classement, cette personne aurait été nommée au poste. Si je comprends bien, l'avocat du requérant ne conteste pas que c'est ainsi que le poste à Owen Sound aurait été comblé en temps normal et que cela aurait constitué une « nomination » au sens de la Loi.

Selon l'avocat, dans le cas d'une mutation d'un PM-2, conseiller en emploi, d'un lieu d'emploi à un autre (en l'occurrence, de Guelph à Owen Sound), cette logique ne s'applique pas. Il fait valoir que M^{me} Tickner, la titulaire du poste de PM-2, conseiller en emploi, à Guelph, avait déjà été nommée à ce poste et que sa mutation de Guelph à Owen Sound ne nécessitait pas une nouvelle nomination, car le poste à Guelph était un poste de PM-2 identique à celui qu'elle avait occupé à Owen Sound. Cela découle, selon l'argument de l'avocat, du droit de l'employeur « de répartir les ressources

¹ [1981] 1 R.C.S. 199, à la p. 207.

from the right of the employer "to allocate resources and manpower" (as referred to by Dickson J., in the *Kelso* case, *supra*) within a given classification of position, from place to place, without regard to the existence of an eligible list encompassing the very position to which the transfer was made.

I am unable to agree with this submission. I can quite appreciate the desirability of fulfilling the wishes and needs of a valued employee if that can be accomplished according to law. The applicable law in this case is the *Public Service Employment Act*. Pursuant to that statute the Public Service Commission embarked on a program to fill given positions in a district, as vacancies occurred, by conducting a competition with a view to creating an eligible list. Having established the list I do not think that, as a matter of law, it can be ignored by filling a position by someone (no matter how meritorious her credentials might be) who did not, and could not, participate in the competition. Section 10 requires that appointments be made according to merit. One way that the Act permits the ascertainment of merit is by conducting a competition with a view to the establishment of an eligible list for the filling of particular positions. Having embarked on that procedure to determine merit for such positions, I am of the opinion that the procedure must be adhered to. Not to do so would be prejudicial to the opportunity for advancement of those persons who, in good faith, participated in the competition and as a result of which whose names appear on the list. The lateral transfer was a calculated, though thoroughly understandable, circumvention of the rules established to ensure adherence to the merit principle. Therefore, the Appeal Board correctly held, in my view, that the respondents herein had the right to appeal the selection of Mrs. Tickner to fill the Owen Sound vacancy because, as found by the Commission, their opportunity for advancement had been adversely affected.

It follows, then, for the same reasons, that the Owen Sound position should have been offered to those persons whose names appeared on the eligible list, the respondents herein, in order of merit and the Appeal Board made no error in so finding.

et les effectifs» (comme le dit le juge Dickson dans l'arrêt *Kelso*, précité), à l'intérieur d'une classification de postes donnée, d'un endroit à un autre, sans tenir compte de l'existence d'une liste d'admissibilité visant le poste même auquel on a pourvu par voie de mutation.

Je ne puis retenir cet argument. Je conçois bien qu'il soit souhaitable de satisfaire aux désirs et aux besoins d'un employé estimé, si cela peut se faire d'une manière conforme à la loi. La loi applicable en l'espèce est la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Conformément à cette loi, la Commission de la Fonction publique a mis sur pied un programme destiné à pourvoir à des postes précis dans un district, au fur et à mesure que ceux-ci devenaient vacants; ce programme consistait à tenir un concours en vue d'établir une liste d'admissibilité. Une fois la liste établie, je suis d'avis qu'on ne saurait en droit négliger d'en tenir compte et mettre dans un poste une personne (si méritoire soit-elle) qui n'a pas participé au concours ni n'a pu y participer. L'article 10 exige que les nominations soient faites selon le mérite. Une des façons prévues par la Loi pour la détermination du mérite est la tenue d'un concours en vue de l'établissement d'une liste d'admissibilité à partir de laquelle seront comblés des postes déterminés. J'estime que dès lors qu'on opte pour cette façon de déterminer le mérite à l'égard de ces postes, il ne faut pas s'en écarter. S'il en était autrement, cela amoindrirait les chances d'avancement des personnes qui ont participé de bonne foi au concours par suite duquel a été établie la liste sur laquelle figuraient leurs noms. Par la mutation latérale, on a contourné d'une façon volontaire, même si tout à fait compréhensible, les règles établies pour assurer le respect du principe du mérite. C'est donc avec raison, à mon avis, que le Comité d'appel a décidé que les intimés en l'espèce avaient le droit d'en appeler de la sélection de M^{me} Tickner pour combler la vacance à Owen Sound parce que, comme l'a conclu la Commission, leurs chances d'avancement avaient été amoindries.

Il s'ensuit donc, pour les mêmes motifs, qu'on aurait dû offrir le poste à Owen Sound aux personnes dont les noms figuraient sur la liste d'admissibilité selon l'ordre de mérite, c'est-à-dire aux intimés en l'espèce, et que la conclusion du Comité d'appel en ce sens n'est entachée d'aucune erreur.

In reaching that conclusion, it is unnecessary, in the circumstances of this case, to decide whether or not the transfer constituted an appointment and I expressly refrain from commenting on the finding of the Appeal Board that a position can be filled only by an appointment whether that position is filled from an eligible list or by way of lateral transfer. The nub of this case is that a position was filled by lateral transfer by a person whose name did not and could not, by reason of inability to meet the qualifications for the competition, appear on an eligible list. The existence of that list precluded filling a vacancy within the prescribed area without reference to the list while it remained validly in existence. Whether, after it ceased to exist, for whatever reason, a lateral transfer would constitute an appointment, is a subject upon which I am not required to comment in the circumstances of this case.

For all of the foregoing reasons, I would dismiss the section 28 application.

HEALD J.: I concur.

KERR D.J.: I agree with the reasons for judgment of Urie J. and with his proposed disposition of the section 28 application.

Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire, dans les circonstances de l'espèce, de décider si la mutation constituait une nomination et je m'abstiens expressément de toute observation sur la conclusion du Comité d'appel qu'on ne peut pourvoir à un poste que par suite d'une nomination, soit en se servant d'une liste d'admissibilité, soit par voie de mutation latérale. Le point essentiel en l'espèce est qu'on a comblé un poste en y affectant par voie de mutation latérale une personne dont le nom, en raison d'une incapacité de satisfaire aux critères d'admissibilité au concours, ne figurait ni ne pouvait figurer sur une liste d'admissibilité. Pendant toute la durée de validité de la liste en question, on ne pouvait, sans tenir compte de celle-ci, combler un poste dans la zone prescrite. Quant à la question de savoir si, après que la liste cesse d'être valide, quelle qu'en soit la raison, une mutation latérale constitue une nomination, point n'est besoin d'y répondre en l'espèce.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter la demande fondée sur l'article 28.

LE JUGE HEALD: Je souscris aux motifs ci-dessus.

LE JUGE SUPPLÉANT KERR: Je souscris aux motifs de jugement du juge Urie ainsi qu'à la manière dont il se propose de trancher la demande fondée sur l'article 28.