

A-1299-91

Dr. Dale Leckie, Dr. Arthur R. Sweet and Dr. Tomas Jerzykiewicz (Applicants)

v.

Her Majesty the Queen (Respondent)

INDEXED AS: LECKIE v. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Décary and Robertson JJ.A.—Ottawa, April 1 and 8, 1993.

Public Service — Selection process — Merit principle — Applicants holding incumbent-oriented positions, i.e. position level changed when incumbent meets criteria for next level — Although met criteria for promotion, not promoted because of departmental quota — Numerical quotas on promotions of holders of incumbent-oriented positions not offending merit principle — Merit principle applies only after Treasury Board authorizing promotion and providing necessary funds — Quota system not affecting relative merit, merely circumscribing scope of opportunities for promotion — Appeal board lacking jurisdiction in absence of appointment.

This was an application to set aside the P.S.C. Appeal Board's decision dismissing appeals against appointments made without competition of thirteen research scientists to positions at the SE-RES-3 level within the Department of Energy, Mines and Resources (EMR). The applicants were SE-RES-2 research scientists at EMR. Classification levels in that sub-group are defined in terms of the achievement and productivity of incumbents of positions, and promotion to the next level is based on the individual's productivity and demonstrated capability to function at the higher level as defined in the criteria therefor. Treasury Board authorizes a specific number of promotions. The incumbents who best meet the criteria for the next higher level are promoted and the levels of the positions they occupy are then changed accordingly. In 1990 the number of RES-2 incumbents who met the criteria for a promotion exceeded the departmental quota. EMR conducted and participated in a selection process for possible promotion should there be vacancies in the Public Service-wide quota. There were five levels of assessment. Those who were eliminated at the divisional level never had a chance to compete against members of other divisions. At the interdepartmental level, an advisory committee decided whether to accept the recommendations for promotion, and accepted thirteen. The applicants argued that their promotions were denied because of a departmental quota. They submitted that the imposition of quotas with respect to incumbent-oriented positions offended the merit principle. They argued in the alternative that the multi-level process set up by EMR for the selection created the real possibility that more meritorious ones were passed over

A-1299-91

Dr. Dale Leckie, Dr. Arthur R. Sweet et Dr. Tomas Jerzykiewicz (requérants)

a c.

Sa Majesté la Reine (intimée)

RÉPERTORIÉ: LECKIE c. CANADA (C.A.)

b

Cour d'appel, juges Heald, Décary et Robertson, J.C.A.—Ottawa, 1^{er} et 8 avril 1993.

Fonction publique — Procédure de sélection — Principe du mérite — Les requérants occupent des postes axés sur les titulaires, c.-à-d. dont les niveaux changent au fur et à mesure que les titulaires respectent les critères applicables au niveau suivant — Bien qu'ils aient respecté les critères nécessaires à une promotion, les requérants n'ont pas été promus en raison d'un contingentement ministériel — Les contingentements numériques imposés à la promotion de ceux qui occupent des postes axés sur les titulaires ne violent pas le principe du mérite — Le principe du mérite ne s'applique qu'après que le Conseil du Trésor ait autorisé une promotion et fourni les fonds nécessaires — Le système de contingentement ne diminue pas le mérite respectif des intéressés, il restreint simplement les limites de leurs possibilités d'avancement — Le comité d'appel n'a pas compétence lorsqu'il n'y a pas nomination.

Il s'agit d'une demande d'annulation de la décision par laquelle le comité d'appel de la C.F.P. rejetait les appels interjetés contre les nominations, faites sans concours, de treize chercheurs scientifiques à des postes de niveau SE-RES-3 au sein du ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources (ÉMR). Les requérants étaient des chercheurs scientifiques de niveau SE-RES-2 à ÉMR. Les niveaux de classification de ce sous-groupe sont définis en fonction des réalisations et du rendement des titulaires des postes, et la promotion de ces derniers au niveau supérieur au leur se fonde sur leur rendement et leur habileté prouvée à travailler au niveau supérieur, tels que définis dans les critères applicables au niveau en question. Le Conseil du Trésor autorise un nombre précis de promotions. Les titulaires qui respectent le mieux les critères applicables au niveau supérieur sont promus, et les niveaux des postes qu'ils occupent sont alors modifiés en conséquence. En 1990, le nombre des titulaires RES-2 qui respectaient les critères d'avancement dépassait le contingentement ministériel. ÉMR a établi un processus de sélection et y a participé en vue de promotions possibles, dans l'éventualité de vacances au sein du contingentement de l'ensemble de la fonction publique. Il existe cinq niveaux d'appréciation. Ceux qui sont éliminés au niveau de leur division n'ont jamais la possibilité d'entrer en concurrence avec les membres d'autres divisions. Au niveau interministériel, un comité consultatif décide d'accepter ou non les avancements recommandés, et il en a accepté treize. Les requérants ont soutenu que leur avancement avait été refusé en raison du contingentement ministériel. Ils ont fait valoir que l'application de contingentements à l'égard des postes axés sur

while less meritorious ones were promoted. They argued that the holder of an "incumbent-oriented" position has a vested right to a promotion to a higher level as soon as he meets the criteria for that next higher level. The issue was whether the imposition of numerical quotas on promotions of holders of incumbent-oriented positions offends the merit principle.

Held, the application should be dismissed.

The merit principle means that when there is an opportunity for promotion, the most meritorious person should be promoted. It is applied after the Administration decides to authorize a promotion and provide the necessary funds. The imposition of quotas by Treasury Board is a managerial prerogative, unrelated to the merit principle, and may affect incumbent-oriented positions as well as position-driven ones. The quota system does not affect the relative merit of the scientists found qualified for consideration for promotion and promoted; it simply circumscribes the scope of their opportunities for promotion.

Public Service Employment Act, section 21 gives a right of "appeal against the appointment". An appeal board has no jurisdiction where no appointment has been or is about to be made. The applicants' argument would result in an appeal board hearing an appeal to protect one's rights to a promotion, not a challenge to a promotion.

As an appeal board's main duty is to satisfy itself that the best persons possible were appointed, an applicant should demonstrate that there was a real possibility that the best persons possible were not appointed. The applicants did not argue that the scientists selected were less qualified than themselves. The Appeal Board could only find as a fact that the best persons were appointed, and that therefore the appointments were made in accordance with the merit principle.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.
Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, ss. 7 (as am. by S.C. 1991, c. 24, ss. 2, 49), 10.
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 10, 21.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Shannon v. Canada (Attorney General)*, [1993] 1 F.C. 331 (C.A.); *Charest v. Attorney General of Canada*, [1973] F.C. 1217; (1973), 2 N.R. 288 (C.A.).

les titulaires violait le principe du mérite. Ils ont avancé subsidiairement que le processus de sélection à plusieurs étapes établi par ÉMR engendrait la possibilité réelle que des candidats plus méritants soient évincés au profit de candidats moins compétents. Ils ont soutenu que celui qui occupe un poste «axé sur le titulaire» a un droit acquis à une promotion au niveau supérieur dès qu'il respecte les critères applicables à ce niveau. La question est de savoir si les contingentements numériques imposés à la promotion de ceux qui occupent des postes axés sur les titulaires violent le principe du mérite.

Arrêt: la demande doit être rejetée.

Le principe du mérite signifie que lorsqu'il existe une possibilité d'avancement, la personne la plus méritante devrait être promue. Il s'applique après la décision du ministre compétent d'autoriser une promotion et de fournir les fonds nécessaires. L'application de contingentements par le Conseil du Trésor est une prérogative de la direction, dont l'exercice n'a rien à voir avec le principe du mérite, et qui peut toucher les postes axés sur le titulaire aussi bien que ceux qui sont axés sur les fonctions. Le système de contingentement ne diminue pas le mérite respectif des scientifiques jugés admissibles à l'avancement et promu; il restreint simplement les limites de leurs possibilités d'avancement.

L'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* accorde à toute personne dont les chances d'avancement sont amoindries par une nomination interne, le droit d'«en appeler». En l'absence d'une nomination, faite ou sur le point de l'être, le comité d'appel n'a aucune compétence. Selon l'argument des requérants, le comité d'appel entendrait les appels interjetés, non en vue de contester une promotion, mais dans le but de protéger les droits à l'avancement d'une personne.

La fonction principale d'un comité d'appel étant de s'assurer que les personnes les mieux qualifiées ont été nommées, le requérant doit démontrer la possibilité réelle que les personnes les mieux qualifiées n'ont pas été nommées. Les requérants n'ont pas soutenu que les scientifiques choisis étaient moins compétents qu'eux. Le comité d'appel ne pouvait que conclure que les personnes les mieux qualifiées avaient été nommées et que, par conséquent, les nominations avaient été faites en conformité avec le principe du mérite.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28.
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 7 (mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 2), 10 (mod., *idem*, art. 50 (ann. II, art. 3) (F)).
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 10, 21.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Shannon c. Canada (Procureur général)*, [1993] 1 C.F. 331 (C.A.); *Charest c. Procureur général du Canada*, [1973] C.F. 1217; (1973), 2 N.R. 288 (C.A.).

REFERRED TO:

Brown v. Public Service Commission, [1975] F.C. 345; (1975), 60 D.L.R. (3d) 311; 9 N.R. 493 (C.A.); *Attorney General of Canada v. Greaves*, [1982] 1 F.C. 806; (1982), 40 N.R. 429 (C.A.); *Nanda v. Public Service Commission*, [1972] F.C. 277; (1972), 34 D.L.R. (3d) 51 (C.A.).

APPLICATION to set aside decision of Public Service Commission Appeal Board dismissing appeals against appointments made without competition of research scientists in incumbent-oriented positions. Application dismissed.

COUNSEL:

Steven H. Waller for applicants.
Dogan Akman for respondent.

SOLICITORS:

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

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DÉCARY J.A.: This application for judicial review raises a novel issue of some importance to the Public Service: does the imposition of numerical quotas on promotions of holders of incumbent-oriented positions offend the merit principle?

The applicants were all SE-RES-2 research scientists at the Institute of Sedimentary and Petroleum Geology (a division of the Geological Survey of Canada Sector of the Department of Energy, Mines and Resources (EMR)) located in Calgary, Alberta. The classification plan for the Research Scientist sub-group, unlike those for most other occupational groups in the Public Service, is "incumbent-oriented", not position-driven; the four classification levels in the sub-group are defined in terms of the achievement and productivity of incumbents of positions and promotion of an incumbent to the next higher level is based on the individual's cumulative productivity and demonstrated capability to function at the higher level as defined in the criteria for the higher level.

DÉCISIONS CITÉES:

Brown c. La Commission de la Fonction publique, [1975] C.F. 345; (1975), 60 D.L.R. (3d) 311; 9 N.R. 493 (C.A.); *Procureur général du Canada c. Greaves*, [1982] 1 C.F. 806; (1982), 40 N.R. 429 (C.A.); *Nanda c. Commission de la Fonction publique*, [1972] C.F. 277; (1972), 34 D.L.R. (3d) 51 (C.A.).

DEMANDE visant l'annulation d'une décision par laquelle le comité d'appel de la Commission de la fonction publique rejetait les appels interjetés contre les nominations, faites sans concours, de chercheurs scientifiques à des postes axés sur les titulaires. Demande rejetée.

c AVOCATS:

Steven H. Waller pour les requérants.
Dogan Akman pour l'intimée.

d PROCUREURS:

Nelligan/Power, Ottawa, pour les requérants.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

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

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Cette demande de contrôle judiciaire soulève une question nouvelle revêtant une certaine importance pour la fonction publique: les contingentements numériques imposés à la promotion de ceux qui occupent des postes axés sur les titulaires violent-ils le principe du mérite?

Les requérants étaient tous des chercheurs scientifiques de niveau SE-RES-2 à l'Institut de géologie sédimentaire et pétrolière (une division de la Commission géologique du Canada du ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources (ÉMR)) situé à Calgary (Alberta). Le régime de classification du sous-groupe des chercheurs scientifiques, contrairement aux régimes de la plupart des autres groupes professionnels de la fonction publique, est [TRADUCTION] «axé sur le titulaire», et non axé sur le poste; les quatre niveaux de classification du sous-groupe sont définis en fonction des réalisations et du rendement des titulaires des postes, et la promotion d'un titulaire au niveau supérieur au sien se fonde sur son rendement cumulatif et son habileté prouvée à travailler au niveau supérieur, tels que définis dans les critères applicables au niveau en question.

Consequently, the RES promotion process reverses the normal staffing process, whereby the duties of the position are defined, the classification level established, and a selection process conducted to identify the best person to carry out those duties. In the RES promotion process, a specific number of promotions (the so-called quota system) is authorized by Treasury Board, the incumbents who best meet the criteria for the next higher level are promoted and the levels of the positions they occupy are then changed accordingly. Treasury Board ordinarily maintains a Public Service-wide quota, and a departmental sub-quota for each department that employs research scientists.

Yearly promotion exercises are conducted subject to the constraints imposed by the quota system. In any given year, if a particular department has its sub-quota at full strength and if promotions to the RES-3 level cannot be made without exceeding the departmental quota, such promotions may nevertheless be made on the basis of vacancies which may exist elsewhere in the Public Service-wide quota. This was the situation in EMR and in the system for the 1990 promotion exercise. The number of those RES-2 incumbents who met the criteria for a promotion to the RES-3 level exceeded the quota allowed EMR by the Treasury Board, with the result that EMR conducted and participated in a selection process for the possible promotion, should there be vacancies in the Public Service-wide quota, of its most meritorious RES-2 level research scientists.

Briefly put, the selection process set up by EMR was the following. It involves five levels of assessment: the divisional level, the branch level, the sectorial level, the departmental level and the interdepartmental level. It is an eliminating process, rather than a round-robin. Those, like the three applicants, who are eliminated in their own division, never have a chance to compete against members of the other divisions. At the last level, the Interdepartmental Advisory Committee for the Scientific Research Group

Conséquemment, le processus d'avancement des RES est à l'inverse du processus habituel de dotation en personnel, selon lequel il y a exposé des fonctions propres à un poste, établissement du niveau de classification, et déroulement du processus de sélection pour trouver la personne la plus apte à remplir les fonctions en cause. Dans le processus d'avancement des RES, le Conseil du Trésor autorise un nombre déterminé de promotions (ce qu'on appelle le système de contingentement), les titulaires qui respectent le mieux les critères applicables au niveau supérieur sont promus, et les niveaux des postes qu'ils occupent sont alors modifiés en conséquence. Le Conseil du Trésor applique généralement un contingentement à l'ensemble de la fonction publique, et un sous-contingentement ministériel à l'intention de chaque ministère qui emploie des chercheurs scientifiques.

Le processus d'avancement se déroule annuellement, dans les limites imposées par le système de contingentement. Chaque année, même s'il ne peut y avoir de promotions au niveau RES-3 sans dépasser le contingentement ministériel, celui-ci étant complet, des promotions peuvent néanmoins se faire en raison de vacances existant ailleurs dans le contingentement de l'ensemble de la fonction publique. C'était la situation qui existait à ÉMR et dans le système de promotions en 1990. Le nombre des titulaires de niveau RES-2 qui respectaient les critères d'avancement au niveau RES-3 dépassait le contingentement imposé à ÉMR par le Conseil du Trésor, de sorte que ÉMR a établi un processus de sélection et y a participé en vue de l'avancement possible, dans l'éventualité de vacances au sein du contingentement de l'ensemble de la fonction publique, de ses chercheurs scientifiques de niveau RES-2 les plus méritants.

En résumé, le processus de sélection établi par ÉMR était le suivant. Il comprend cinq niveaux d'appréciation: les niveaux de la division, de la direction, du secteur, du ministère, et, enfin, le niveau interministériel. Il s'agit d'un processus d'élimination, et non d'un processus selon lequel tous les candidats se mesurent les uns aux autres. Ceux qui, comme les trois requérants, sont éliminés dans leur propre division, n'ont jamais la possibilité d'entrer en concurrence avec les membres d'autres divisions. Au der-

(IAC)¹ examines the recommendations for promotion submitted by the various departments and makes a final decision on whether or not to accept the recommendation. Thirteen recommendations were accepted, resulting in thirteen promotions which, for all practical purposes, are equivalent to appointments. The terms “promotions” and “appointments” will be used interchangeably in these reasons.

Appeals were brought by the three applicants under section 21 of the *Public Service Employment Act*² (the Act) against the appointments made, without competition, of the thirteen research scientists to positions at the SE-RES-3 level within EMR. Their grounds for appeal were that “promotion was denied because of a Departmental Quota”. The applicants had first obtained, as is requested by section 21, an opinion of the Public Service Commission (the Commission) to the effect that their opportunity for advancement had been prejudicially affected by the appointments of their thirteen colleagues. The reasons for the opinion given by the Commission read as follows:

The appointments in question constitute a reasonable opportunity for advancement for the requestors. They are incumbents of SE-RES-02 positions and would be eligible to compete if a

¹ The IAC is composed of senior management representatives from major departments that employ research scientists, as well as representatives of the Treasury Board Secretariat and the Public Service Commission.

² S. 21, R.S.C., 1985, c. P-33 reads 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 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.

(2) The Commission, on being notified of the decision of the board on an inquiry into an appointment conducted pursuant to subsection (1), shall, in accordance with the decision,

- (a) if the appointment has been made, confirm or revoke the appointment; or
- (b) if the appointment has not been made, make or not make the appointment.

nier niveau, le Comité consultatif interministériel du groupe de la recherche scientifique (CCI)¹ étudie les recommandations d'avancement soumises par les divers ministères, et il prend la décision finale de les accepter ou non. Treize recommandations ont été acceptées, donnant lieu à treize promotions qui, dans les faits, équivalent à des nominations. Les mots «promotions, avancement» et «nominations» auront le même sens dans ces motifs.

Les trois requérants ont interjeté appel, en vertu de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*² (la Loi), contre les nominations, faites sans concours, des treize chercheurs scientifiques aux postes de niveau SE-RES-3 au sein d'ÉMR. Leur motif d'appel était que leur [TRADUCTION] «avancement a été refusé en raison du contingentement ministériel». Les requérants avaient tout d'abord obtenu, comme l'exige l'article 21, une décision de la Commission de la fonction publique (la Commission) portant que leurs chances d'avancement avaient été amoindries par les nominations de leurs treize collègues. Les motifs de la décision de la Commission sont libellés comme suit:

[TRADUCTION] Les nominations en question constituent une chance raisonnable d'avancement pour les requérants. Ils sont titulaires de postes de niveau SE-RES-02, et ils seraient admis-

¹ Le CCI comprend les représentants de la haute direction des principaux ministères qui emploient des chercheurs scientifiques, aussi bien que les représentants du Secrétariat du Conseil du Trésor et de la Commission de la fonction publique.

² L'art. 21, L.R.C. (1985), ch. P-33 est libellé comme 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.

(2) Après notification de la décision du comité, la Commission, en fonction de cette dernière:

- a) confirme ou révoque la nomination;
- b) procède ou non à la nomination.

competition were held for such appointments. Therefore they are considered to be logical contenders in this situation. Whether they meet the established criteria or whether they are more or less qualified than the proposed appointees are matters of interpretation which fall within the purview of an Appeal Board.

Their appeals were dismissed by Appeal Board chairperson, I. V. Gendron on December 17, 1991. On December 24, 1991, the applicants filed an originating notice under section 28 of the *Federal Court Act*.³

The main argument advanced by the applicants before the Appeal Board was that the imposition of quotas with respect to incumbent-oriented positions offends in itself the merit principle established in section 10 of the Act.⁴ Before us, and through a supplementary memorandum of fact and law, they also submitted, in the alternative, that the multi-level process set up by EMR for the selection created the real possibility that more meritorious candidates were passed over while less meritorious candidates were promoted, thereby offending the merit principle.

Counsel for the applicants argues that in view of the alleged uniqueness or distinctiveness of the situation of holders of incumbent-oriented positions, the Court should approach the merit principle under section 10 and the powers of an appeal board under section 21 in a novel way. The public interest in preserving and enhancing the excellence of the scientists working in the Public Service requires, he argues, that no arbitrary quotas be imposed which could hinder their own personal quest, and reduce their incentive, for an always greater excellence. The essence of the applicants' submissions is that the holder of an "incumbent-oriented" position has a vested right to a promotion to a higher level as soon as he meets the criteria for that next higher level, whether or not the Administration has decided to make such a promo-

³ R.S.C., 1985, c. F-7.

⁴ S. 10 of the Act reads as follows:

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.

sibles à participer à un concours, s'il en était tenu un, à l'égard des nominations en cause. Par conséquent, ils sont considérés comme étant des concurrents logiques dans les circonstances. La question de savoir s'ils répondent aux critères établis, ou s'ils sont plus ou moins compétents que ceux dont la nomination est envisagée, est une question d'interprétation qui relève d'un Comité d'appel.

Les appels des requérants ont été rejetés par la présidente du Comité d'appel, I. V. Gendron, le 17 décembre 1991. Le 24 décembre 1991, les requérants ont déposé un avis introductif d'instance en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.³

Comme principal moyen, les requérants ont invoqué devant le Comité d'appel que les contingents applicables aux postes axés sur le titulaire sont contraires *per se* au principe du mérite établi à l'article 10 de la Loi⁴. Devant nous, par voie d'exposé supplémentaire des faits et du droit, ils ont avancé, subsidiairement, que le processus de sélection à plusieurs étapes établi par ÉMR engendrait la possibilité réelle que des candidats plus méritants soient évincés au profit de candidats moins compétents, ce qui viole le principe du mérite.

L'avocat des requérants soutient qu'étant donné ce qui serait le caractère particulier ou unique de la situation de ceux qui occupent des postes axés sur le titulaire, la Cour devrait avoir une approche nouvelle à l'égard du principe du mérite prévu à l'article 10, et des pouvoirs d'un comité d'appel en vertu de l'article 21. L'intérêt du public dans le maintien et l'accroissement de l'excellence des scientifiques qui œuvrent dans la fonction publique exige, affirme-t-il, que l'on n'impose aucun contingentement arbitraire susceptible de freiner leur recherche personnelle d'un niveau sans cesse accru d'excellence, et de les en dissuader. Essentiellement, les requérants font valoir que celui qui occupe un poste «axé sur le titulaire» a un droit acquis à une promotion au niveau supérieur dès qu'il respecte les critères applicables à ce niveau, que le

³ L.R.C. (1985), ch. F-7.

⁴ L'art. 10 de la Loi est libellé comme suit:

10. Les nominations internes ou externes à des postes de la fonction publique se font sur la base d'une sélection fondée sur le mérite, selon ce que détermine la Commission, et à la demande de l'administrateur général intéressé, soit par concours, soit par tout autre mode de sélection du personnel fondé sur le mérite des candidats que la Commission estime le mieux adapté aux intérêts de la fonction publique.

tion available by providing the necessary funds. Counsel even suggested that there was a duty imposed on the Administration to find the necessary funds whenever an incumbent, assessed as against himself, was found to meet the criteria. Counsel recognized at the hearing that the appeals were not really made against the appointments of those who had been selected, but were made on a "me too" basis, i.e. that each of the applicants should also have been selected because each of them met the criteria. In other words, in counsel's view, all scientists who meet the level 3 criteria should have been promoted notwithstanding that quotas had been established by the Treasury Board.

While I am disposed to adapt to new situations the principles developed so far with respect to the merit principle, I simply cannot change these very principles inasmuch as they have been developed in accordance with the legal and factual realities of employment in the Public Service. The merit principle is a statutory creature, and so is an appeal board. They do not exist in a vacuum. For the applicants' argument to succeed, the merit principle would need to apply before it actually does and the appeal to an appeal board would need to be on an issue of which such a board can simply not be seized.

The "merit principle" does not mean that whenever a public servant is meritorious, he acquires the right to be promoted. It means, rather, that when there is an opportunity for promotion, the most meritorious person should be promoted. It is applied after, not before, the decision is made by the Administration to authorize a promotion and provide the necessary funds. As long as the Treasury Board (the department responsible pursuant to the *Financial Administration Act*⁵ for the general administrative policy in the public service of Canada, the personnel management in that public service and the collection, management and administration of public money) has not authorized the funds needed for a promotion, there can be no promotion, therefore no application of the merit

ministère compétent ait ou non décidé de rendre cet avancement possible en fournissant les fonds nécessaires. L'avocat des requérants a même laissé entendre que le ministère responsable avait l'obligation de trouver les fonds nécessaires lorsque le titulaire, mesuré à sa propre aune, était considéré comme respectant les critères applicables. L'avocat a reconnu à l'audience que les appels n'étaient pas réellement dirigés contre la nomination de ceux qui avaient été choisis, mais qu'ils procédaient de l'argument «moi aussi», c'est-à-dire que chacun des requérants aurait aussi dû être choisi parce que chacun d'eux satisfaisait aux critères établis. En d'autres termes, de l'avis de l'avocat, tous les scientifiques qui répondent aux critères applicables au niveau 3 auraient dû être promus, en dépit des contingents établis par le Conseil du Trésor.

Bien que je sois disposé à adapter à des situations nouvelles les principes formulés jusqu'à maintenant à l'égard du principe du mérite, je ne puis les modifier, dans la mesure où ils ont été établis conformément aux réalités légales et factuelles de l'emploi dans la fonction publique. Le principe du mérite tient son existence des lois, ainsi que les comités d'appel. Ils n'existent pas dans le néant. Pour que l'argument des requérants soit retenu, le principe du mérite aurait à s'appliquer plus tôt qu'il ne le fait, et l'appel interjeté auprès d'un comité d'appel devrait viser une question dont un tel comité ne peut tout simplement pas être saisi.

Le «principe du mérite» ne signifie pas que le fonctionnaire méritant acquiert de ce fait le droit d'être promu. Il signifie plutôt que lorsqu'il existe une possibilité d'avancement, la personne la plus méritante devrait être promue. Le principe s'applique après, et non avant, la décision du ministère compétent d'autoriser une promotion et de fournir les fonds nécessaires. Tant que le Conseil du Trésor (le ministère responsable, en vertu de la *Loi sur la gestion des finances publiques*⁵, des grandes orientations applicables à l'administration publique, de la gestion du personnel de l'administration publique fédérale, de la gestion et de l'administration des fonds publics) n'a pas autorisé les fonds nécessaires aux promotions, celles-ci ne peuvent se faire, donc il ne peut y avoir

⁵ R.S.C., 1985, c. F-11, ss. 7 [as am. by S.C. 1991, c. 24, ss. 2, 49], 10.

⁵ L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 7 [mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 2], 10 [mod., *idem*, art. 50 (ann. II, art. 3) (F)].

principle and no appeal to an appeal board.⁶ The imposition of quotas by the Treasury Board is a managerial prerogative the exercise of which has nothing to do with the merit principle and may affect incumbent-oriented positions as well as position-driven ones. To use the words of counsel for the respondent, the so-called quota system does not affect the relative merit of the scientists found qualified to be considered for promotion and promoted; it simply circumscribes the scope of their opportunities for promotion, i.e. the speed with which they may secure the advancement of their careers from one level to the next at any given point in time.

On the other hand, the powers and duties of appeal boards established pursuant to section 21 of the Act have been unequivocally circumscribed by the decisions of this Court, most recently in *Shannon v. Canada (Attorney General)*,⁷ where Stone J.A., for the Court, reiterated that a right of appeal under that section is for the purpose of attacking an appointment made or about to be made. Absent an appointment made or to be made, an appeal board has simply no jurisdiction. The “me too” argument advanced on behalf of the applicants would have an appeal board hear an appeal, not for the purpose of challenging a promotion, but for the sole purpose of protecting one’s rights to a promotion. This would fly in the face of the wording of section 21 and of the jurisprudence of this Court, notably *Charest v. Attorney General of Canada*,⁸ quoted in *Shannon, supra*, where Pratte J.A., for the Court, stated at page 1221:

When an unsuccessful candidate exercises this right, he is not challenging the decision which has found him unqualified, he is, as section 21 indicates, appealing against the appointment which has been, or is about to be, made on the basis of the competition. If a right of appeal is created by section 21, this is not to protect the appellant’s rights, it is to prevent an appointment being made contrary to the merit principle.

Pushing the concept of “uniqueness” or “distinctiveness” to its logical limits would inescapably lead

⁶ See *Brown v. Public Service Commission*, [1975] F.C. 345 (C.A.).

⁷ [1993] 1 F.C. 331 (C.A.).

⁸ [1973] F.C. 1217 (C.A.).

application du principe du mérite ni appel auprès d’un comité d’appel⁶. L’application de contingents par le Conseil du Trésor est une prérogative de la direction, dont l’exercice n’a rien à voir avec le principe du mérite, et qui peut toucher les postes axés sur le titulaire aussi bien que ceux qui sont axés sur les fonctions. Pour reprendre les paroles de l’avocat de l’intimée, le système de contingentement, comme on l’appelle, ne diminue pas le mérite respectif des scientifiques jugés admissibles à l’avancement et promu; il restreint simplement les limites de leurs possibilités d’avancement, c’est-à-dire la vitesse avec laquelle ils peuvent assurer la progression de leur carrière d’un niveau à l’échelon suivant à un moment donné.

D’autre part, les pouvoirs et les fonctions des comités d’appel établis conformément à l’article 21 de la Loi ont été limités sans équivoque par des décisions de cette Cour, dont l’arrêt récent *Shannon c. Canada (Procureur général)*⁷, dans lequel le juge Stone, J.C.A., au nom de la Cour, a répété que le droit d’appel prévu par cet article vise la contestation d’une nomination qui a été faite ou qui est sur le point de l’être. En l’absence d’une telle nomination, le comité d’appel n’a tout simplement aucune compétence. Selon l’argument «moi aussi» avancé pour le compte des requérants, le comité d’appel entendrait l’appel, interjeté non en vue de contester une promotion, mais dans le but unique de protéger les droits à l’avancement d’une personne. Cela irait tout à fait à l’encontre du libellé de l’article 21 et de la jurisprudence de cette Cour, en particulier l’arrêt *Charest c. Procureur général du Canada*⁸, cité dans la décision *Shannon*, précitée, dans lequel le juge Pratte, J.C.A., au nom de la Cour, a dit à la page 1221:

Lorsqu’un candidat malheureux exerce ce droit, il n’attaque pas la décision qui l’a déclaré non qualifié, il appelle, comme le dit l’article 21, de la nomination qui a été faite ou qui est sur le point d’être faite en conséquence du concours. Si l’article 21 prévoit un droit d’appel, ce n’est donc pas pour protéger les droits de l’appellant, c’est pour empêcher qu’une nomination soit faite au mépris du principe de la sélection au mérite.

Si l’on poussait le concept de l’[TRADUCTION] «unicité» ou de la «particularité» jusqu’à sa conclusion

⁶ Voir l’arrêt *Brown c. La Commission de la Fonction publique*, [1975] C.F. 345 (C.A.).

⁷ [1993] 1 C.F. 331 (C.A.).

⁸ [1973] C.F. 1217 (C.A.).

to the conclusion that the merit principle does not apply to holders of incumbent-oriented positions and that an appeal board would have no jurisdiction to hear appeals by such holders against promotions given to colleagues. This is most certainly not the conclusion the applicants want this Court to reach.

I turn now to the applicants' alternative argument. The Commission's opinion to the effect that the applicants' opportunity for advancement had been prejudicially affected cannot but be based on the premise that persons occupying incumbent-oriented positions who seek a promotion are reputed, for the application of section 21, to be competing against their colleagues. They are, to use the words of the Commission, "logical contenders" who are entitled to attack the appointments made and seek to have the promotions given to their colleagues revoked and a new selection process set up.

In order to succeed under section 21 in establishing that the merit principle had been offended, the applicants had to convince the Appeal Board that the method of selection chosen was "such that there could be some doubt as to its fitness to determine the merit of candidates"⁹ i.e. as to its fitness to determine whether "the best persons possible"¹⁰ were found. An appeal board's main duty being to satisfy itself that the best persons possible were appointed, it goes without saying that an appellant, before even embarking on a challenge to the method of selection chosen, should at least allege (and eventually demonstrate) that there was a real possibility or likelihood that the best persons possible were not appointed.

As noted previously, the principal original ground of attack of the applicants before the Appeal Board was the imposition of quotas. They did not argue before the Board that the scientists selected were less qualified than themselves. Indeed their own representative, as noted by the Board, "declined to character-

logique, il en résulterait inévitablement que le principe du mérite ne s'applique pas à ceux qui occupent des postes axés sur le titulaire, et qu'un comité d'appel n'aurait pas compétence pour entendre les appels interjetés par ces titulaires contre les promotions accordées à leurs collègues. Ce n'est sûrement pas là la conclusion que les requérants demandent à cette Cour de tirer.

J'en arrive au moyen subsidiaire des requérants. L'opinion de la Commission selon laquelle les chances d'avancement des requérants avaient été amoindries peut uniquement se fonder sur la prémisse selon laquelle ceux qui occupent des postes axés sur le titulaire et qui cherchent de l'avancement sont réputés, pour l'application de l'article 21, faire concurrence à leurs collègues. Ils sont, pour reprendre les paroles de la Commission, les [TRADUCTION] «candidats logiques» qui peuvent contester les nominations qui ont été faites, chercher à faire annuler les promotions accordées à leurs collègues et à faire mettre sur pied un nouveau processus de sélection.

Afin de parvenir, en vertu de l'article 21, à établir qu'il y avait violation du principe du mérite, les requérants devaient convaincre le comité d'appel que le mode de sélection choisi était «tel[-] qu'on puisse douter qu'il permette de juger du mérite des candidats»⁹, c'est-à-dire qu'il permette de juger si l'on avait trouvé «les personnes les mieux qualifiées»¹⁰. La fonction principale d'un comité d'appel étant de s'assurer que les personnes les mieux qualifiées ont été nommées, il va sans dire que l'appelant, avant même de tenter de contester le mode de sélection choisi, devrait au moins alléguer (et finalement prouver) qu'il existe la possibilité réelle ou la vraisemblance que les personnes les mieux qualifiées n'ont pas été nommées.

Comme on l'a noté plus tôt, le principal moyen que les requérants ont invoqué devant le comité d'appel portait sur l'application de contingentements. Ils n'ont pas soutenu devant le comité que les scientifiques choisis étaient moins compétents qu'eux. De fait, leur propre représentant, comme l'a remarqué le

⁹ *Charest, supra*, note 8 at p. 1221, Pratte J.A.

¹⁰ *Attorney General of Canada v. Greaves*, [1982] 1 F.C. 806 (C.A.), at p. 810, Pratte J.A.; *Nanda v. Public Service Commission*, [1972] F.C. 277 (C.A.), at p. 297, Jackett C.J.

⁹ *Charest*, précité, note 8, à la p. 1221, le juge Pratte, J.C.A..

¹⁰ *Procureur général du Canada c. Greaves*, [1982] 1 C.F. 806 (C.A.), à la p. 810, le juge Pratte, J.C.A.; *Nanda c. Commission de la Fonction publique*, [1972] C.F. 277, (C.A.), à la p. 297, le juge en chef Jackett.

ize the appellants as being better qualified than the selected scientists” and consequently did not lead any evidence tending to show that the best persons were not selected.

In these circumstances, the Appeal Board could not but find as a fact that the best persons were appointed and that, therefore, the appointments were made in accordance with the merit principle. This finding of fact, based on admissions made by the applicants before the Appeal Board, cannot now be challenged before this Court.

In any event, the Appeal Board went on to conclude that “it was not demonstrated that in this particular selection process the limitations or guidelines actually resulted in a qualified candidate, be it an appellant or anyone else, who was more qualified than the appointees, being eliminated at an early stage.” While finding “somewhat puzzling that the appellants were deemed to be qualified at various stages of the selection process and then eliminated, especially given the comments in their appraisal documents”, the Appeal Board nevertheless was “inclined to accept the department’s explanation that different qualities are emphasized at the various stages of the process, culminating in the final review of the dossiers by the IAC, which committee has a broader picture of the scientific community.”

Here again the “uniqueness” or “distinctiveness” argument of the applicants appears to have backfired. In what amounts to a finding that more flexibility might be required when trying to compare incomparables, the Appeal Board chairperson Gendron has reached a conclusion that was reasonably open to her on this record.

This application for judicial review should be dismissed.

HEALD J.A.: I agree.

ROBERTSON J.A.: I agree.

comité, [TRADUCTION] «a refusé de qualifier les appelants comme étant plus compétents que les scientifiques choisis», et, conséquemment, il n’a pas soumis d’éléments de preuve tendant à prouver que les personnes les mieux qualifiées n’avaient pas été choisies.

Dans de telles circonstances, le comité d’appel ne pouvait que tirer la conclusion de fait que les personnes les mieux qualifiées avaient été nommées et que, par conséquent, les nominations avaient été faites en conformité avec le principe du mérite. Cette conclusion de fait, qui se fonde sur des faits que les requérants ont reconnus devant le comité d’appel, ne peut maintenant être mise en doute devant cette Cour.

En tout état de cause, le comité d’appel a ensuite conclu [TRADUCTION] «qu’il n’était pas démontré que dans ce processus de sélection particulier, les restrictions imposées ou les lignes directrices suivies avaient eu pour conséquence l’élimination, à une étape initiale, d’un candidat compétent, qu’il s’agisse d’un appellant ou de qui que ce soit d’autre, qui était mieux qualifié que les personnes nommées». Tout en jugeant [TRADUCTION] «quelque peu étrange que les appelants aient été considérés qualifiés à diverses étapes du processus de sélection pour être ensuite éliminés, compte tenu particulièrement des commentaires dans l’appréciation de leur rendement», le comité d’appel a néanmoins été [TRADUCTION] «enclin à accepter les explications du ministère voulant que l’on insiste sur différentes qualités à diverses étapes du processus, pour en arriver à l’examen final des dossiers par le C.C.I., ce comité ayant une meilleure vue d’ensemble du milieu scientifique».

Ici encore, le moyen des requérants fondé sur l’[TRADUCTION] «unicité» ou la «particularité» semble avoir joué contre eux. En concluant en somme qu’il faudrait peut-être faire preuve de plus de souplesse en tentant de comparer des choses incomparables, la présidente du comité d’appel, M^{me} Gendron, a tiré la conclusion qui s’offrait raisonnablement à elle, compte tenu du dossier.

Cette demande de contrôle judiciaire devrait être rejetée.

LE JUGE HEALD, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.