

A-584-03  
2004 FCA 300

A-584-03  
2004 CAF 300

**Attorney General of Canada** (*Appellant*)

**Procureur général du Canada** (*appellant*)

v.

c.

**Maureen Carty, Susan Marchant, Joseph Dalrymple, Barry McCurdy, Bert Dandy and Angela Lin; David McBean, Neil Willard, Glen Ng and Jennifer Harnum** (*Respondents*)

**Maureen Carty, Susan Marchant, Joseph Dalrymple, Barry McCurdy, Bert Dandy et Angela Lin; David McBean, Neil Willard, Glen Ng et Jennifer Harnum** (*intimés*)

*INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CARTY (F.C.A.)*

*RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CARTY (C.A.F.)*

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Noël and Evans J.J.A.—Ottawa, August 31 and September 17, 2004.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Richard, juges Noël et Evans, J.C.A.—Ottawa, 31 août et 17 septembre 2004.

*Public Service — Selection Process — Merit Principle — Selection Board not establishing pass marks to assess compensatory subfactors — Unsuccessful candidates appealing to Public Service Commission Appeal Board — Appeal Board maintaining Selection Board's assessment — Federal Court setting aside Appeal Board decision, holding each discrete form of qualification requiring assessment — Merit principle not requiring minimum pass mark when assessing compensatory subfactor where Selection Board evaluating subfactor according to appropriate minimum standard — Appeal allowed.*

*Fonction publique — Procédure de sélection — Principe du mérite — Le jury de sélection n'a pas fixé de note de passage pour l'évaluation des sous-facteurs non obligatoires — Les candidats non retenus ont interjeté appel devant le Comité d'appel de la Commission de la fonction publique — Le Comité d'appel a maintenu l'évaluation du jury de sélection — La Cour fédérale a annulé la décision du Comité d'appel, statuant que chaque élément de la qualité devait être évalué — Le principe du mérite n'exige pas l'évaluation des sous-facteurs non obligatoires suivant une note de passage lorsque le jury de sélection les évalue en fonction d'une norme minimale appropriée — Appel accueilli.*

This was an appeal from an order of the Federal Court, which set aside a decision of the Public Service Commission Appeal Board maintaining a Selection Board's assessment of candidates for a position within the Immigration and Refugee Board (the employer). Candidates were assessed against three qualifications for appointment advertised by the employer in the Statement of Qualifications, and under each of these qualifications, several subfactors were advertised. Of these subfactors, the employer required that three be considered non-compensatory, meaning that a failure in one or more of these subfactors could not be compensated by high scores in one or more of the others. From that it was inferred that all other subfactors were compensatory. The Selection Board established pass marks for each qualification as well as for the three non-compensatory subfactors. No pass mark was established for the compensatory subfactors. The Selection Board undertook a global assessment of these subfactors under the three respective qualifications and those who met the required percentage for each of these qualifications were considered to meet it. On appeal before the Appeal Board, the

Il s'agissait de l'appel d'une ordonnance de la Cour fédérale annulant la décision du Comité d'appel de la Commission de la fonction publique qui avait maintenu l'évaluation que le jury de sélection avait faite des candidats à un poste au sein de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (l'employeur). Les candidats étaient évalués en fonction de trois qualités indiquées dans l'énoncé de qualités, qui comportaient chacune plusieurs sous-facteurs. L'employeur exigeait que trois de ces sous-facteurs soient considérés comme obligatoires, c'est-à-dire que des notes élevées obtenues à l'égard d'autres sous-facteurs ne pouvaient compenser un échec. Cette exigence a fait présumer que les autres sous-facteurs n'étaient pas obligatoires. Le jury de sélection a fixé la note de passage pour chaque qualité et pour chacun des sous-facteurs obligatoires, mais non pour les sous-facteurs non obligatoires. Il a plutôt effectué une évaluation globale de ces sous-facteurs pour chaque qualité, et les candidats qui obtenaient le pourcentage nécessaire pour une qualité étaient réputés satisfaire à l'exigence. Les candidats non retenus ont interjeté appel devant le Comité d'appel,

unsuccessful respondents argued that the global approach used by the Selection Board was inconsistent with the merit principle because it allowed the Selection Board to ignore some of the advertised subfactors. This argument was rejected by the Appeal Board but accepted by the Federal Court, which concluded that each discrete form of qualification had to be assessed. The Federal Court was concerned that otherwise it was possible to score 0 on a subfactor and still meet the pass mark. On appeal, the question was whether the Federal Court erred in finding that the merit principle required the Selection Board to establish a pass mark for each subfactor.

*Held*, the appeal should be allowed.

A public service employer defines an advertised position and determines the qualifications that this position may require. As such, the employer can identify subfactors that can be compensated by others. Where an employer identifies a qualification by reference to subfactors which it effectively designates as compensatory, and a Selection Board evaluates this qualification according to an appropriate minimum standard as it did here, the merit principle cannot be said to have been breached only because a minimum pass mark was not assessed for each subfactor. The best candidate has to be the one who achieves in the aggregate the highest mark for the qualification, regardless of that candidate's score in any of the individual subfactors. The decisions on which the Federal Court based its decision were distinguished. In this case, the Selection Board had not failed to assess either an advertised qualification set out by the employer, or mandatory subfactors.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Access to Information Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. I.  
*Privacy Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. II.  
*Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 10(1), 12(1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

*Nelson v. Canada (Attorney General)* (2001), 204 F.T.R. 287 (F.C.T.D.); *Boucher v. Canada (Attorney General)* (2000), 252 N.R. 186 (F.C.A.); *Laberge v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 F.C. 137; (1987), 84 N.R. 393 (C.A.).

soutenant notamment que l'approche globale suivie par le jury de sélection n'était pas conforme au principe du mérite parce qu'elle lui permettait de ne pas tenir compte de certains des sous-facteurs annoncés. Le comité d'appel a rejeté leur argument, mais la Cour fédérale l'a accepté et elle a conclu qu'il fallait évaluer chaque élément distinct de la qualité. Elle craignait qu'autrement il soit possible qu'un candidat n'obtienne aucun point pour un sous-facteur mais atteigne quand même la note de passage. La Cour d'appel devait déterminer si la Cour fédérale avait commis une erreur en déterminant que le principe du mérite exigeait que le jury de sélection fixe une note de passage pour chaque sous-facteur.

*Arrêt*: l'appel doit être accueilli.

Puisqu'il appartient aux employeurs de la fonction publique de définir les postes qu'ils annoncent et de déterminer les qualités exigibles, ils peuvent établir les sous-facteurs entre lesquels une compensation peut s'opérer. Lorsqu'un employeur décrit une qualité au moyen de sous-facteurs qu'il présente comme non obligatoires et que le jury de sélection évalue cette qualité en fonction d'une norme minimale appropriée, comme il l'a fait ici, on ne peut prétendre que le principe du mérite n'a pas été respecté simplement parce qu'il n'y a pas eu d'évaluation suivant la note de passage pour chaque sous-facteur. Le meilleur candidat doit être celui qui obtient la note globale la plus élevée à l'égard de la qualité, quel que soit le résultat obtenu à l'égard de l'un ou l'autre des sous-facteurs. Des distinctions ont été établies d'avec les affaires sur lesquelles la Cour fédérale avait fondé sa décision. En l'espèce, le jury de sélection n'avait omis d'évaluer ni une qualité annoncée par l'employeur ni les sous-facteurs obligatoires.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur l'accès à l'information*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. I.  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, ann. II.  
*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 10(1), 12(1).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS DISTINCTES:

*Nelson c. Canada (Procureur général)* (2001), 204 F.T.R. 287 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Boucher c. Canada (Procureur général)* (2000), 252 N.R. 186 (C.A.F.); *Laberge c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 C.F. 137; (1987), 84 N.R. 393 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Mercer et al.*, May 16, 2002, 01-REH-01390 (P.S.C.A.B.); revd by *Mercer v. Canada (Attorney General)*, 2003 FC 1344; [2003] F.C.J. No. 1713 (QL); *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; *Nanda v. Public Service Commission*, [1972] F.C. 277; (1972), 34 D.L.R. (3d) 51 (C.A.); *Brown v. Public Service Commission*, [1975] F.C. 345; (1975), 60 D.L.R. (3d) 311; 9 N.R. 493 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Blashford*, [1991] 2 F.C. 44; (1991), 120 N.R. 223 (C.A.).

APPEAL from a decision of the Federal Court ((2003), 242 F.T.R. 196) allowing an application for judicial review from a decision of the Public Service Commission Appeal Board (*Carty et al.*, April 10, 2002, 01-IRB-00921) maintaining a Selection Board's assessment of candidates using a global or compensatory approach. Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*J. Sanderson Graham* and *Marie A. Crowley* for appellant.  
*David Yazbeck* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Raven, Allen, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP*, Ottawa, for respondents.

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

[1] NOËL J.A.: This is an appeal from an order of the Federal Court ((2003), 242 F.T.R. 196), allowing the application for judicial review of a decision of the Public Service Commission Appeal Board (the Appeal Board) dated April 10, 2002 [*Carty et al.*, 01-IRB-00921]. In evaluating the applications of candidates for a position within the Immigration and Refugee Board (the employer or the IRB), a global or "compensatory" approach was used by the Selection Board to assess the qualifications established and advertised by the

## DÉCISIONS CITÉES:

*Mercer et autre*, 16 mai 2002, 01-REH-01390 (C.A.C.F.P.); inf. par *Mercer c. Canada (Procureur général)*, 2003 CF 1344; [2003] A.C.F. n° 1713 (QL); *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; *Nanda c. Commission de la Fonction publique*, [1972] C.F. 277; (1972), 34 D.L.R. (3d) 51 (C.A.); *Brown c. Commission de la Fonction publique*, [1975] C.F. 345; (1975), 60 D.L.R. (3d) 311; 9 N.R. 493 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Blashford*, [1991] 2 C.F. 44; (1991), 120 N.R. 223 (C.A.).

APPEL d'une décision de la Cour fédérale ((2003), 242 F.T.R. 196) ayant accueilli la demande de contrôle judiciaire de la décision du Comité d'appel de la Commission de la fonction publique (*Carty et autres*, 10 avril 2002, 01-IRB-00921) maintenant l'évaluation de candidats effectuée par un jury de sélection au moyen de la méthode globale ou compensatoire. Appel accueilli.

## ONT COMPARU:

*J. Sanderson Graham* et *Marie A. Crowley* pour l'appelant.  
*David Yazbeck* pour les intimés.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelant.  
*Raven, Allen, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP*, Ottawa, pour les intimés.

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

[1] LE JUGE NOËL, J.C.A.: La Cour est saisie d'un appel formé contre l'ordonnance ((2003), 242 F.T.R. 196) par laquelle la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire visant la décision du Comité d'appel de la Commission de la fonction publique (le Comité d'appel) rendue le 10 avril 2002 [*Carty et autres*, 01-IRB-00921]. Pour l'examen des candidatures soumises relativement à un poste au sein de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (l'employeur ou la CISR), le jury de sélection a évalué

employer for a closed competition.

[2] On appeal from the decision of the Selection Board, the Appeal Board maintained the Selection Board's assessment of the candidates on the basis that the global approach did respect the merit principle in the circumstances of this competition. The Appeal Board's decision was set aside by the Federal Court, and the present appeal ensued.

[3] This appeal was heard together with an appeal from a second decision by the Applications Judge rendered on the same day (*Mercer v. Canada (Attorney General)*, 2003 FC 1344; [2003] F.C.J. No. 1713 (QL)) in which she set aside the decision of another Appeal Board [*Mercer et al.*, May 16, 2002, 01-REH-01390] by adopting the reasons which she gave in the present matter. Because there are some differences in the underlining facts, separate reasons are being issued to dispose of the two appeals. However, since the principal question in both cases is identical, the reasons for the disposition are essentially the same.

#### Facts

[4] In February 2001, the employer advertised Operations Service Manager positions for its office in Toronto, Ontario. Candidates who met Education and Experience prerequisites set out by the employer were then assessed against the following three qualifications for appointment advertised in the Statement of Qualifications (the Statement): Knowledge, Abilities and Personal Suitability.

[5] Under each of these three qualifications, several elements (which I will refer to as subfactors) were advertised:

Knowledge: Knowledge of the mission, objectives and programs of the IRB

Knowledge of the relevant legislation, regulations, United Nations Convent-

les qualités retenues et annoncées par l'employeur dans le cadre d'un concours interne en appliquant une méthode globale ou méthode «compensatoire».

[2] Le Comité d'appel, siégeant en appel de la décision du jury de sélection, a maintenu l'évaluation des candidats faite par le jury, estimant que l'approche globale respectait le principe du mérite dans le contexte du concours en cause. La Cour fédérale a annulé la décision du Comité d'appel, d'où le présent appel.

[3] La Cour a entendu le présent appel avec celui d'une autre décision rendue à la même date (*Mercer c. Canada (Procureur général)*, 2003 CF 1344; [2003] A.C.F. n° 1713 (QL)) dans laquelle la même juge a annulé la décision d'un autre Comité d'appel [*Mercer et autre*, 16 mai 2002, 01-REH-01390] pour les motifs qu'elle a exposés relativement à la présente espèce. La Cour rend des motifs distincts pour chaque affaire en raison des différences existant entre les faits de chacune, mais comme elles posent toutes deux la même question principale, ces motifs sont essentiellement les mêmes.

#### Les faits

[4] Au mois de février 2001, l'employeur a annoncé le poste de gestionnaire des services aux opérations pour son bureau de Toronto (Ontario). Les candidats qui satisfaisaient aux exigences en matière d'études et d'expérience fixées par l'employeur étaient évalués en fonction des trois qualités suivantes, énumérées dans l'énoncé de qualités afférent au poste annoncé (l'énoncé): les connaissances, les capacités et compétences et les qualités personnelles.

[5] Chacune des trois qualités figurant dans l'annonce comportait plusieurs éléments (que j'appellerai sous-facteurs):

#### [TRADUCTION]

Connaissances: Connaissance de la mission, des objectifs et des programmes de la CISR

Connaissance des lois et règlements et des conventions des Nations Unies

	ions, and domestic and international trends related to immigration and refugees		applicables ainsi que des tendances nationales et internationales en matière d'immigration et de réfugiés
	Knowledge of operational policies and procedures related to the Convention Refugee Determination Division program		Connaissance des politiques et procédures opérationnelles liées au programme de la Section du statut de réfugié
	Knowledge of theories and practices in management		Connaissance des théories et des pratiques de gestion
Abilities:	Leadership	Capacités et compétences:	Leadership
	Management of Human and Financial Resources		Gestion des ressources humaines et financières
	Team Building		Promotion du travail d'équipe
	Thinking Skills		Capacité de raisonnement
	Service Orientation		Souci du service à la clientèle
	Communication		Communication
Personal Suitability:	Interpersonal relationships	Qualités personnelles:	Rapports interpersonnels
	Judgement		Jugement
	Initiative		Initiative
	Dependability		Fiabilité
	Flexibility		Souplesse

[6] Also required by the employer, and advertised on the Statement, was the fact that three of the Abilities subfactors (Leadership, Team Building and Communication) were "non-compensatory", meaning that a failure in one or more of these subfactors could not be compensated by high scores in one or more of the others. The Selection Board, the Appeal Board and the Federal Court Judge conducted their analysis on the basis that it was to be inferred from the non-compensatory designation of these three subfactors that all the other subfactors were compensatory, i.e., non-performance in one could be compensated by excellent performance in another.

[6] L'énoncé afférent au poste annoncé faisait également état de l'exigence de l'employeur selon laquelle trois sous-facteurs des capacités et compétences (leadership, promotion du travail d'équipe et communication) étaient obligatoires (*non-compensatory* en anglais), c'est-à-dire que des notes élevées obtenues à l'égard d'autres sous-facteurs ne pouvaient compenser un échec pour ces éléments. Le jury de sélection, le Comité d'appel et la juge de la Cour fédérale ont procédé à leur analyse en présumant de la désignation de ces trois sous-facteurs comme obligatoires que tous les autres sous-facteurs étaient non obligatoires, c'est-à-dire qu'une bonne note à l'égard d'un facteur pouvait compenser une mauvaise note à l'égard d'un autre.

[7] Pass marks were established by the Selection Board for each qualification and for each of the three non-compensatory subfactors (60% or thereabout in all cases). However, no pass mark was established for the compensatory subfactors. Rather, the Selection Board undertook a global assessment of these subfactors under the respective qualifications of “Knowledge”, “Abilities” and “Personal Suitability” and those who met the required percentage for each of these qualifications were considered to meet it.

[8] The respondents Carty, Marchant, Dalrymple, McCurdy, Dandy and Lin failed to meet the pass mark for one or more of the non-compensatory “Abilities” subfactor. As a result, they were not given further consideration in the selection process. The other respondents met the minimum standard for each of the three non-compensatory subfactors and the three qualifications. Accordingly, their names were placed on an eligibility list in order of merit.

[9] The unsuccessful respondents appealed to the Appeal Board arguing amongst other things that the global approach used by the Selection Board was inconsistent with the merit principle because it allowed the Selection Board to ignore some of the advertised subfactors (reliance was placed on *Nelson v. Canada (Attorney General)* (2001), 204 F.T.R. 287 (F.C.T.D.) and *Boucher v. Canada (Attorney General)* (2000), 252 N.R. 186 (F.C.A.) which was referred to in *Nelson*).

[10] The Appeal Board rejected this argument. It said in the course of its reasons:

Turning to the final allegation, I am not persuaded that the Selection Board acted inappropriately in the assessment of the candidates’ qualifications. At the outset of the selection process three qualifications were identified as non-compensatory, that is, candidates had to meet the minimum standard on each of those qualifications in order to be considered qualified for the position. Candidates therefore clearly understood from the outset that failure to obtain the minimum standard on leadership, team-building and communication would result in the Board’s determination that they were not qualified for appointment to the Operations Service Manager position.

In my view, this differentiates the instant situation from that determined in *Nelson and Russell (supra)*. First of all, there is

[7] Le jury de sélection a fixé la note de passage pour chaque qualité et pour chacun des sous-facteurs obligatoires (60 % ou à peu près, dans tous les cas), mais il n’en a pas établi pour les sous-facteurs non obligatoires; il a plutôt effectué une évaluation globale de ces sous-facteurs pour chaque qualité, et les candidats qui obtenaient le pourcentage nécessaire pour une qualité étaient réputés satisfaire à l’exigence.

[8] Les intimés Carty, Marchant, Dalrymple, McCurdy, Dandy et Lin n’ont pas obtenu la note de passage pour l’un ou plusieurs des sous-facteurs obligatoires de la qualité «capacités et compétences». Par conséquent, ils ont été écartés de la suite du processus de sélection. Les autres intimés ont obtenu la note de passage pour chacun des trois sous-facteurs obligatoires et pour les trois qualités, et leur nom a donc été inscrit sur la liste d’admissibilité, suivant l’ordre du mérite.

[9] Les candidats non retenus ont interjeté appel devant le Comité d’appel, soutenant notamment que l’approche globale suivie par le jury de sélection n’était pas conforme au principe du mérite parce qu’elle lui permettait de ne pas tenir compte de certains des sous-facteurs annoncés (ils ont invoqué la décision *Nelson c. Canada (Procureur général)* (2001), 204 F.T.R. 287 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) et l’arrêt *Boucher c. Canada (Procureur général)* (2000), 252 N.R. 186 (C.A.F.), lequel avait été cité dans *Nelson*).

[10] Le Comité d’appel a rejeté leur argument. Il a exposé ce qui suit dans ses motifs:

Pour ce qui est de la dernière allégation, je ne suis pas convaincue que le jury de sélection a agi de façon inappropriée lorsqu’il a évalué les qualités des candidats et candidates. Au début du processus de sélection, on a déterminé que trois qualités étaient obligatoires, c’est-à-dire que les candidats et candidates devaient satisfaire à la norme minimale pour chacune de ces qualités pour être jugés qualifiés pour le poste. Partant, les candidats et candidates ont compris dès le début que, s’ils ne satisfaisaient pas à la norme minimale relative au leadership, au travail d’équipe et à la communication, le jury établirait qu’ils n’étaient pas qualifiés pour le poste de gestionnaire des services aux opérations.

À mon avis, c’est ce qui distingue la présente situation de celle qu’on a présentée dans l’arrêt *Nelson et Russell* (précité). Tout

no question that the Selection Board has the obligation to assess all of the qualifications listed in the statement of qualifications. That the responsible manager specifically identified those qualifications which were considered mandatory (i.e. non-compensatory) addressed, in my view the concerns raised by the Court in *Nelson and Russell* (*supra*) as leadership, communication and team-building were identified as essential and distinct qualifications from those remaining on the statement of qualification. By identifying specific qualifications which candidates must possess and determining that candidates meet/do not meet the minimum standard for the position on the basis of their success on those three factors establishes the importance of those qualifications for the Operations Services Manager position. It seems logical, therefore, to assume that the remaining qualifications were not considered to be equally as critical to the position as they were not so identified. Consequently, in my opinion, it was appropriate for the Selection Board to assess the individual sub-factors on an aggregate basis under the main qualification headings of knowledge, abilities and personal suitability through the determination of an appropriate minimum standard for each of those three headings. As such the actions taken in the instant selection process can be differentiated from those outlined in the *Nelson and Russell* judgement.

[11] Upon a judicial review application of this decision, the Applications Judge took issue with the correctness of the Board's reasoning. Based on her reading of the case law, she concluded that each discrete form of qualification, whether compensatory or not, had to be assessed in order to be consistent with the merit principle and, as the approach used in this case could result in a compensatory subfactor being ignored, it was inconsistent with the merit principle. She said at paragraph 14 of her reasons:

... it is theoretically possible that a candidate could score 0 in a given qualification and still succeed. Since that qualification was established by the IRB, even though identified as non-compensatory [*sic*], it is the obligation of the Selection Board to evaluate the qualification in some meaningful way. Although, it is certainly up to the Selection Board to give different weights to the different qualifications, it is not open to the Selection Board to ignore any of the qualifications. That was the finding in each of *Boucher, supra* and *Nelson, supra*. In Justice Muldoon's view, each discrete qualification must be evaluated. Inherent in the concept of evaluation is the establishment of some standard of measurement – a "pass mark" – for each qualification.

d'abord, le jury de sélection est tenu d'évaluer toutes les qualités énumérées dans l'énoncé de qualités. Selon moi, le fait que le gestionnaire responsable ait précisé quelles qualités étaient obligatoires vient couper court aux préoccupations soulevées par la Cour dans l'arrêt *Nelson et Russell* (précité), étant donné que le leadership, la communication et le travail d'équipe étaient désignés comme qualités essentielles et distinctes des autres qualités énumérées dans l'énoncé de qualités. En précisant les qualités que les candidats et candidates doivent posséder et en décidant que les candidats et candidates satisfont/ou ne satisfont pas à la norme minimale relative au poste sur la base de leur succès à l'égard de ces trois facteurs, on établit l'importance de ces qualités pour le poste de gestionnaire des services aux opérations. Par conséquent, il semble logique de présumer que les autres qualités n'étaient pas considérées comme étant aussi importantes pour le poste, car elles n'ont pas été identifiées comme telles. En conséquence, je crois que le jury de sélection a agi de façon appropriée en évaluant chacun des sous-facteurs et en regroupant les notes ainsi obtenues dans les principales catégories de qualités des connaissances, capacités et qualités personnelles par l'établissement d'une norme minimale appropriée pour chacune de ces trois catégories. Ainsi, les mesures prises dans le présent processus de sélection peuvent être différentes de celles dont on parle dans l'arrêt *Nelson et Russell*.

[11] La juge saisie de la demande de contrôle judiciaire a jugé incorrect le raisonnement du Comité d'appel. En se fondant sur son interprétation de la jurisprudence, elle a conclu que pour respecter le principe du mérite il fallait évaluer chaque élément distinct de la qualité, obligatoire ou non obligatoire, et que, puisque le processus suivi en l'espèce pouvait faire en sorte qu'un sous-facteur non obligatoire ne soit pas pris en considération, il allait à l'encontre du principe du mérite. Elle s'est exprimée ainsi au paragraphe 14 de ses motifs:

[...] il serait théoriquement possible qu'un candidat n'obtienne aucun point à l'égard d'une qualité donnée et soit quand même retenu. Même si la qualité en question n'était pas qualifiée d'obligatoire, le jury de sélection devait quand même l'évaluer d'une façon convenable, étant donné qu'il s'agissait d'une exigence établie par la CISR. Bien que le jury de sélection dispose indubitablement de la faculté d'accorder une importance différente aux diverses qualités requises, il ne peut faire abstraction d'aucune de ces qualités. C'est la conclusion à laquelle est arrivée la Cour dans les affaires *Boucher* et *Nelson*, précitées. Selon le juge Muldoon, chacune des qualités doit être évaluée. La notion d'évaluation comporte de façon implicite la nécessité d'établir une norme d'appréciation

[12] At the conclusion of her reasons [at paragraph 16] she made clear that her disagreement with the approach used by the Selection Board was limited to a narrow point:

The assessment carried out by the Selection Board was detailed and conscientiously completed. In my view, the only additional step required to comply with the legal requirements is to establish a threshold for each qualification. It is entirely in the hands of the Selection Board to carry out that step. In my view, a “pass mark” for an individual qualification (other than those that are non-compensatory) may be established, in the total discretion of the Selection Board.

[13] This is the decision now under appeal.

#### Question in Issue

[14] The question to be answered on appeal is whether the Applications Judge erred in allowing the application for judicial review on the basis that the merit principle required the Selection Board to establish a “pass mark” for each subfactor, even if compensatory, and to assess the candidates against that mark. This is a pure question of law to be assessed against a standard of correctness (*Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, at page 247).

#### Disposition

[15] Before addressing this issue, it is useful to recall two basic principles which govern hiring in the public service. The first is that appointments must be based on merit as determined by the Public Service Commission (see subsections 10(1) and 12(1) of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33). In this context, merit means “that the best persons possible will be found ‘having regard to the nature of service to be performed’” (*Nanda v. Public Service Commission*, [1972] F.C. 277 (C.A.), at page 297 *per* Jackett C.J.).

quelconque – une «note de passage» – à l’égard de chaque qualité.

[12] À la fin de ses motifs [au paragraphe 16], elle a indiqué clairement que c’est sur une question très restreinte qu’elle différerait d’avis avec le jury de sélection au sujet du processus suivi par ce dernier:

Le jury de sélection a procédé à une évaluation approfondie et méticuleuse des candidats. À mon avis, la dernière mesure qu’il convient de prendre pour respecter les prescriptions de la loi consiste à déterminer un seuil de passage à l’égard de chacune des qualités. La responsabilité de prendre cette mesure incombe entièrement au jury de sélection. Selon moi, le jury de sélection a toute latitude pour établir une «note de passage» à l’égard d’une qualité particulière (à l’exception des qualités obligatoires).

[13] C’est cette décision qui a été portée en appel.

#### La question en litige

[14] La Cour d’appel doit trancher la question de savoir si la juge qui a entendu la demande de contrôle judiciaire a commis une erreur en déterminant qu’il convenait d’y faire droit parce que le principe du mérite exigeait que le jury de sélection fixe une «note de passage» pour chaque sous-facteur, même non obligatoire, et qu’il évalue les candidats en fonction de cette note. Il s’agit d’une pure question de droit, à laquelle s’applique la norme de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, à la page 247).

#### Décision

[15] Il est opportun, avant d’examiner cette question, de rappeler deux principes fondamentaux régissant l’embauche dans la fonction publique. Le premier est que les nominations se font sur la base d’une sélection fondée sur le mérite, selon ce que détermine la Commission de la fonction publique (voir les paragraphes 10(1) et 12(1) de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33). Dans ce contexte, le mérite veut dire «qu’il faut trouver les personnes les plus aptes à remplir les différents postes [. . .] “compte tenu de la nature des fonctions à accomplir”» (*Nanda c. Commission de la Fonction publique*, [1972] C.F. 277 (C.A.), à la page 297, juge en chef Jackett).

[16] This leads to the second governing principle which is that the definition of a position and the establishment of the qualifications for that position are the sole responsibility of the employer as it is the best judge of its needs (see for instance *Laberge v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 F.C. 137 (C.A.), at page 142; *Brown v. Public Service Commission*, [1975] F.C. 345 (C.A.), at pages 348-350; *Canada (Attorney General) v. Blashford*, [1991] 2 F.C. 44 (C.A.), at pages 48 and 56). This prerogative logically brings with it the right to determine which qualifications are essential and which, while useful or desirable, are not essential (see as to this *Standards for Selection and Assessment* published by the Public Service Commission at page 3, Joint Book of Authorities, Tab A-3).

[17] The Applications Judge was of the view that some threshold had to be met for all forms of qualification, including those that are compensatory. Although it is common ground that each qualification and subfactor was in fact considered by the Selection Board, the Applications Judge was concerned that, in the absence of some minimum threshold being established, it was theoretically possible that a candidate could score 0 on a given subfactor and still meet the pass mark for the relevant qualification (at paragraph 14).

[18] This, according to her [at paragraph 15], could be construed either as an instruction by the employer to the Selection Board “to administer a competition to consider only some of the qualifications for the position” contrary to the principle set out in *Laberge*. Alternatively, the Applications Judge reasoned that this approach allowed the Selection Board to decide on its own that some of the qualifications selected by the employer are optional, contrary to the principle set out in *Nelson*, and *Boucher* (at paragraph 15).

[19] In my respectful view, the three decisions on which the Applications Judge based her conclusion do not have the effect which she attributed to them and do not address the issue which arises in the present appeal.

[20] In *Laberge* this Court held that the failure by a Selection Board to “assess the capacity of candidates to

[16] Ce qui nous amène au deuxième principe, selon lequel la définition d’un poste et la détermination des qualités y afférentes relèvent exclusivement de l’employeur, lequel est le mieux placé pour évaluer ses besoins (voir, par exemple, *Laberge c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 C.F. 137 (C.A.), à la page 142; *Brown c. Commission de la Fonction publique*, [1975] C.F. 345 (C.A.), aux pages 348 à 350; *Canada (Procureur général) c. Blashford*, [1991] 2 C.F. 44 (C.A.), aux pages 48 et 56). Cette prérogative s’accompagne, logiquement, du droit de déterminer les qualités qui sont essentielles et celles qui, tout en étant utiles ou souhaitables, ne sont pas essentielles (à cet égard, voir le document *Normes de sélection et d’évaluation*, publié par la Commission de la fonction publique, à la page 3, Cahier conjoint, onglet A-3).

[17] La juge de première instance a estimé que les candidats devaient satisfaire à une exigence minimale pour toutes les qualités, y compris les non obligatoires. Bien que personne n’ait contesté que le jury de sélection avait bien examiné chacune des qualités et chacun des sous-facteurs, la juge a craint qu’en l’absence d’une exigence minimale, il soit théoriquement possible qu’un candidat n’obtienne aucun point pour un sous-facteur donné mais atteigne quand même la note de passage pour la qualité visée (au paragraphe 14).

[18] Selon elle [au paragraphe 15], cette façon de faire peut, soit être interprétée comme une instruction donnée par l’employeur au jury de sélection «chargé d’administrer le concours de tenir compte d’une partie seulement des qualités requises pour le poste» contrairement au principe formulé dans l’arrêt *Laberge*, soit comme donnant lieu à la possibilité pour le jury de sélection de décider de son propre chef que des qualités retenues par l’employeur sont optionnelles, contrairement au principe établi dans *Nelson* et dans *Boucher* (au paragraphe 15).

[19] En toute déférence, j’estime que les trois décisions sur lesquelles la juge a fondé ses conclusions n’ont pas l’effet qu’elle leur attribue et ne sont pas pertinentes pour trancher la question soulevée en l’espèce.

[20] Dans l’arrêt *Laberge*, notre Cour a statué que le défaut du jury de sélection d’évaluer «l’aptitude des

perform all the duties of the position to be filled” (page 141) as identified by the employer (page 142) was in breach of the merit principle. One of the identified requirements was that the successful candidate “would have to be” very familiar with the *Access to Information Act* [S.C. 1980-81-83, c. 111, Sch. I] and the *Privacy Act* [S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. II] (page 139). The Court stated at page 142:

The Department concerned is of course responsible for defining positions and the qualifications they require. Here, the Department did this by describing the position of co-ordinator as including the duty of administering the *Access to Information Act* and the *Privacy Act* and as requiring a good knowledge of these two Acts. The question to be answered here is whether a Department which has determined the duties attached to a position can, in a competition held to fill that position, require a selection board responsible for administering a competition to consider the abilities of various candidates in terms of only some of the position’s requirements. This question must of course be given a negative answer. Contrary to what the appeal board found, the function of a selection board is not merely to carry out the instructions of the Department concerned. The selection board is only a tool used by the Public Service Commission to carry out the duty imposed on it by section 10 of the *Public Service Employment Act*. The Department does not have the power to alter the obligations imposed on the Commission by section 10 of the Act. Neither the selection board nor the Commission is a menial of the various Departments.

[21] It is easy to see why the failure by a Selection Board to assess a qualification set out by the employer results in a breach of the merit principle as it necessarily follows that the most meritorious candidate may not have been selected. Instructions by the employer to ignore a qualification which it has itself identified as necessary for the position to be filled and which remains in effect at the time of the competition cannot of course change this result. This is the proposition for which *Laberge* stands.

[22] However, where an employer identifies a qualification by reference to subfactors which it effectively designates as “compensatory”, and a Selection Board evaluates this qualification according to an appropriate minimum standard as it did here, I fail to see how the merit principle can be said to have been

candidats à remplir toutes les fonctions du poste . . . [à] combler» (à la page 141) définies par l’employeur (à la page 142) contrevient au principe du mérite. L’employeur avait notamment établi comme exigence que le candidat retenu «devrait [. . .] connaître» la *Loi sur l’accès à l’information* [S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. I] et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. II] (page 139). La Cour a écrit, à la page 142:

Il appartient, bien sûr, au ministère concerné de définir les postes et les qualifications qu’il exige. Ici, le ministère l’a fait en décrivant le poste de coordonnateur comme comportant la tâche d’administrer la *Loi sur l’accès à l’information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et comme exigeant une bonne connaissance de ces deux Lois. La question à laquelle il faut répondre ici est celle de savoir si un ministère qui a établi les fonctions rattachées à un poste peut, à l’occasion d’un concours tenu pour remplir ce poste, demander au comité de sélection chargé d’administrer le concours de n’appécier la valeur des divers candidats qu’en regard de certaines des exigences du poste. Cette question doit, bien sûr, recevoir une réponse négative. Contrairement à ce qu’a affirmé le comité d’appel, le rôle du comité de sélection n’est pas seulement d’obéir aux directives du ministère concerné. Le comité de sélection n’est qu’un outil utilisé par la Commission de la Fonction publique pour remplir la tâche que lui impose l’article 10 de la *Loi sur l’emploi dans la Fonction publique*. Le ministère n’a pas le pouvoir de modifier les obligations que l’article 10 de la Loi impose à la Commission. Ni le comité de sélection, ni la Commission ne sont les valets des divers ministères.

[21] Il est facile de comprendre pourquoi le défaut d’un jury de sélection d’évaluer une qualité établie par l’employeur contrevient au principe du mérite, puisqu’il entraîne nécessairement la possibilité que le candidat le plus méritant ne soit pas retenu. L’instruction donnée par l’employeur de ne pas tenir compte d’une qualité qu’il a lui même définie comme nécessaire pour le poste à combler et qui demeure applicable au moment du concours ne peut, il va de soi, changer ce résultat. C’est le principe qui a été formulé dans l’arrêt *Laberge*.

[22] Toutefois, lorsqu’un employeur décrit une qualité au moyen de sous-facteurs qu’il présente comme «non obligatoires» et que le jury de sélection évalue cette qualité en fonction d’une norme minimale appropriée, comme il l’a fait en l’espèce, je ne vois pas comment on peut prétendre que le principe du mérite n’a pas été

breached only because a minimum “threshold” or “pass mark” was not assessed for each subfactor.

[23] Subfactors that are effectively designated as “compensatory” are by definition non-essential. Nevertheless, they remain relevant to the assessment of the candidates’ merit as they are considered by the employer to be equivalent or comparable indicators of the qualification that is sought to be identified. Hence, excellence in one can compensate for deficiencies in another. It cannot be said that the compensatory subfactors did not lend themselves to this designation.

[24] Since it is up to the employer to define the advertised positions and to determine the qualifications which they require, the employer can identify subfactors that can be compensated by others. Hence, I fail to see how adding a “pass mark” or “threshold” requirement for these subfactors can be of assistance in identifying the most meritorious candidate. Indeed, where an employer has made such a designation, the best candidate has to be the one who achieves in the aggregate the highest mark for the qualification, regardless of his or her score in any of the individual subfactors.

[25] The decision rendered by this Court in *Boucher* can also be distinguished when regard is had to the compensatory nature of the subfactors in the present case. In *Boucher*, the Court was confronted with a failure by the Selection Board to assess an advertised qualification (as opposed to a subfactor) which was understood to be mandatory. The Court stated at paragraph 8:

... we conclude that such a failure amounted to an error of law on the part of the Selection Board. In effect, it eliminated Knowledge as a qualification notwithstanding the advertised requirements for the job. As the Court has held on other occasions, a Selection Board cannot change the advertised qualifications by eliminating one or more of them: to do so is unfair to those who might otherwise have applied but failed to do so because they recognized that they did not have all the advertised qualifications. (See *Bambrough v. Public Service Commission [sic]* [1976] 2 F.C. 109; *Attorney General v. Blashford et al.*, [1991] 2 F.C. 44).

respecté simplement parce que le jury n’a pas effectué d’évaluation suivant l’«exigence minimale» ou la «note de passage» pour chaque sous-facteur.

[23] Par définition, les sous-facteurs désignés comme «non obligatoires» ne sont pas essentiels. Ils demeurent pertinents, cependant, pour l’évaluation au mérite des candidats, car ils sont considérés par l’employeur comme des indicateurs équivalents ou comparables de la qualité recherchée. C’est pourquoi, une excellente note à l’égard d’un sous-facteur peut compenser une note faible à l’égard d’un autre. On ne peut dire que les sous-facteurs non obligatoires ne se prêtaient pas à cette désignation.

[24] Puisqu’il appartient à l’employeur de définir le poste qu’il annonce et de déterminer les qualités exigibles, celui-ci peut établir les sous-facteurs entre lesquels une compensation peut s’opérer. Je ne vois donc pas en quoi le fait d’ajouter une «note de passage» ou une «exigence minimale» à ces sous-facteurs peut aider à déterminer quel est le candidat le plus méritant. D’ailleurs, lorsqu’un employeur établit des sous-facteurs, le meilleur candidat doit être celui qui obtient la note globale la plus élevée à l’égard de la qualité, quel que soit le résultat obtenu à l’égard de l’un ou l’autre des sous-facteurs.

[25] La présente affaire peut également se distinguer de l’affaire *Boucher*, décidée par notre Cour, lorsqu’on prend en considération la nature non obligatoire des sous-facteurs en l’espèce. Dans l’affaire *Boucher*, la Cour devait examiner le défaut du jury de sélection d’évaluer une qualité (et non un sous-facteur) considérée comme obligatoire. La Cour a statué, au paragraphe 8:

[...] nous concluons qu’un tel défaut constituait une erreur de droit de la part du comité de sélection. De fait, cela a eu pour effet d’éliminer le facteur des connaissances des qualifications malgré les exigences annoncées pour le poste. Comme la Cour l’a décidé en d’autres occasions, un comité de sélection ne peut changer les qualifications annoncées en éliminant une ou plusieurs d’entre elles: agir de la sorte est inéquitable pour ceux qui autrement, auraient peut-être posé leur candidature mais ne l’ont pas fait parce qu’ils reconnaissaient ne pas posséder toutes les qualifications annoncées. (Voir *Bambrough c. Commission de la fonction publique*, [1976] 2 C.F. 109; *Procureur général c. Blashford et autres*, [1991] 2 C.F. 44.)

[26] In *Nelson* the Trial Division of this Court (as it was then constituted) was confronted with a failure to assess subfactors, but as noted by the Appeal Board in its reasons, the subfactors in question had each been identified by the employer on the statement as being mandatory (*Nelson*, at paragraph 3). That is the context in which the Court concluded that (at paragraph 26):

It was not open to the Selection Board to eliminate qualifications during the selection process . . . changing the advertised qualifications by eliminating one or more was unfair because potential candidates may have failed to apply because they recognized that they did not have all of the advertised qualifications.

[27] This issue does not arise in the present matter given that the three subfactors which were advertised on the statement as mandatory were assessed as such and given the Board's unassailable conclusion that by implication, the remaining subfactors had to be understood as being compensatory.

[28] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the decision of the Applications Judge and giving the decision which she ought to have rendered, I would dismiss the judicial review application against the decision of the Appeal Board. The appellant should have its costs here and below.

RICHARD C.J.: I agree.

EVANS J.A.: I agree.

[26] Dans l'affaire *Nelson*, la Section de première instance de la Cour (telle qu'elle était alors désignée) devait examiner le défaut d'évaluer des sous-facteurs. Le Comité d'appel avait indiqué dans ses motifs que l'énoncé de l'employeur définissait chacun de ces sous-facteurs comme obligatoire (*Nelson*, au paragraphe 3). C'est dans ce contexte que la Cour a formulé la conclusion suivante, au paragraphe 26:

Le jury de sélection ne peut éliminer une qualité au cours du processus de sélection [. . .] changer les qualités énoncées en éliminant une ou plusieurs d'entre elles est inéquitable, étant donné que des personnes n'ont peut-être pas posé leur candidature parce qu'elles reconnaissaient ne pas posséder toutes les qualités annoncées.

[27] Cette question ne se pose pas en l'espèce parce que les trois sous-facteurs présentés comme obligatoires dans l'énoncé des qualités ont bien été évalués comme des sous-facteurs obligatoires et que les autres sous-facteurs devaient implicitement, suivant la conclusion irréfutable du Comité d'appel, être considérés comme non obligatoires.

[28] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel, j'infirmes la décision de la juge de première instance et, rendant la décision qui aurait dû être prononcée, je rejetterais la demande de contrôle judiciaire visant la décision du Comité d'appel. L'appelant devrait avoir droit à ses dépens tant en appel qu'en première instance.

LE JUGE EN CHEF RICHARD: Je souscris à ces motifs.

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