

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

Robert Kane *Respondent*

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. KANE

2012 SCC 64

File No.: 34147.

2012: November 6; 2012: November 23.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Public Service Staffing Tribunal concluding that decision by employer to staff position by means of advertised process did not constitute abuse of authority — Whether decision of Tribunal reviewable on standard of reasonableness.

K was employed by Service Canada in a position classified at the PM-05 level. As part of a reorganization, the position of Regional Manager was created at the PM-06 level. The employer decided to fill the PM-06 position through an internal advertised process. K applied to the competition but failed a mandatory examination. K filed a complaint with the Public Service Staffing Tribunal stating an abuse of authority contrary to the *Public Service Employment Act*. The Tribunal dismissed K's claim because he had not established abuse of authority. The Federal Court affirmed the Tribunal's decision. The Federal Court of Appeal allowed the appeal and sent this case back to the Tribunal.

Held: The appeal should be allowed and the decision of the Tribunal affirmed.

The decision of the majority of the Federal Court of Appeal must be set aside for four reasons. First, there is nothing in either the *Public Service Employment Act* or the *Public Service Employment Regulations* which requires a deputy head to utilize a particular selection process. Second, the majority assessed the decision of the Public Service Staffing Tribunal against a claim

Procureur général du Canada *Appellant*

c.

Robert Kane *Intimé*

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. KANE

2012 CSC 64

N° du greffe : 34147.

2012 : 6 novembre; 2012 : 23 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Conclusion du Tribunal de la dotation de la fonction publique portant que la décision de l'employeur de doter le poste au moyen d'un processus de nomination annoncé ne constituait pas un abus de pouvoir — Est-ce que la décision du Tribunal est susceptible de contrôle suivant la norme de la décision raisonnable?

K travaillait pour Service Canada et occupait un poste classé au niveau PM-05. Dans le cadre d'une réorganisation, le poste de gestionnaire régional de niveau PM-06 a été créé. L'employeur a décidé de doter ce poste au moyen d'un processus de nomination interne annoncé. K a participé au concours, mais il a échoué à un examen obligatoire. Il a déposé auprès du Tribunal de la dotation de la fonction publique une plainte reprochant un abus d'autorité au sens de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. Le Tribunal a rejeté la plainte de K, au motif que ce dernier n'avait pas établi l'existence d'un abus de pouvoir. La Cour fédérale a confirmé la décision du Tribunal. La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel formé devant elle et renvoyé l'affaire au Tribunal.

Arrêt : L'appel est accueilli et la décision du Tribunal est rétablie.

La décision des juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale doit être annulée, et ce, pour quatre raisons. Premièrement, rien dans la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* ou dans le *Règlement sur l'emploi dans la fonction publique* n'oblige un administrateur général à utiliser un processus de sélection en particulier. Deuxièmement, les juges majoritaires ont évalué la

that K did not make. Third, the decision to send this case back to the Tribunal was based on the majority's reading of the "principal justification" for the employer's decision but the Tribunal made no finding as to what the employer's "principal justification" may have been. Finally, there was no realistic possibility that the Tribunal could find an irrational finding of fact in this case.

Statutes and Regulations Cited

Public Service Employment Act, S.C. 2003, c. 22, s. 33.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Evans, Dawson and Stratas J.J.A.), 2011 FCA 19, 413 N.R. 351, 328 D.L.R. (4th) 193, 36 Admin. L.R. (5th) 48, [2011] F.C.J. No. 79 (QL), 2011 CarswellNat 103, setting aside a decision of Heneghan J., 2009 FC 740, 356 F.T.R. 127, [2009] F.C.J. No. 1396 (QL), 2009 CarswellNat 3528, dismissing an application for judicial review from a decision of the Public Service Staffing Tribunal, 2007 PSST 35, 2007 CarswellNat 6307. Appeal allowed.

Christopher Rupar and François Joyal, for the appellant.

Andrew Raven and Andrew Astritis, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — Mr. Kane was employed by Service Canada as Service Delivery Manager of the In-Person Community Services business line, a position classified at the PM-05 level. As part of a reorganization, the structure for the work unit was changed and the position of Regional Manager was created at the PM-06 level. Service Canada decided to fill the PM-06 position through an internal advertised process. Mr. Kane applied to the competition but failed a mandatory examination and so was unsuccessful.

[2] Mr. Kane filed a complaint with the Public Service Staffing Tribunal, stating: "The grounds

décision du Tribunal à la lumière d'un argument que K n'a pas soulevé. Troisièmement, la décision de renvoyer l'affaire au Tribunal découlait de la conclusion tirée par les juges majoritaires relativement à la « principale raison » justifiant la décision de l'employeur, mais le Tribunal n'a tiré aucune conclusion sur ce qu'a pu être la « principale raison » de l'employeur pour agir comme il l'a fait. Enfin, il n'existait aucune possibilité véritable que le Tribunal trouve une conclusion de fait irrationnelle en l'espèce.

Lois et règlements cités

Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.C. 2003, ch. 22, art. 33.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Evans, Dawson et Stratas), 2011 CAF 19, 413 N.R. 351, 328 D.L.R. (4th) 193, 36 Admin. L.R. (5th) 48, [2011] A.C.F. n° 79 (QL), 2011 CarswellNat 2679, qui a infirmé une décision de la juge Heneghan, 2009 CF 740, 356 F.T.R. 127, [2009] A.C.F. n° 1396 (QL), 2009 CarswellNat 4907, ayant rejeté la demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal de la dotation de la fonction publique, 2007 TDFP 35, 2007 CarswellNat 6308. Pourvoi accueilli.

Christopher Rupar et François Joyal, pour l'appelant.

Andrew Raven et Andrew Astritis, pour l'intimé.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — M. Kane travaillait pour Service Canada, à titre de directeur de la prestation de service au sein du secteur d'activités des Services aux collectivités et services en personne, un poste classé au niveau PM-05. Dans le cadre d'une réorganisation, la structure de l'unité de travail a été modifiée et le poste de gestionnaire régional de niveau PM-06 a été créé. Service Canada a décidé de doter ce poste au moyen d'un processus de nomination interne annoncé. M. Kane a participé au concours, mais il a échoué à un examen obligatoire et sa candidature n'a donc pas été retenue.

[2] M. Kane a déposé une plainte au Tribunal de la dotation de la fonction publique, déclarant ce

of my complaint are that my employer abused its [sic] authority in choosing an advertised internal appointment process” (A.R., vol. II, at p. 149).

[3] Before the Tribunal, Mr. Kane argued that (1) the PM-06 position was not a new position, but a reclassification of the old PM-05 position he had formerly held; (2) the practice in Newfoundland was not to advertise reclassified positions, but to internally fill them by appointment; and (3) advertising the position therefore constituted an abuse of authority under the *Public Service Employment Act*, S.C. 2003, c. 22 (“PSEA”).

[4] The Tribunal found that Mr. Kane had not established abuse of authority and dismissed his claim (2007 PSST 35 (CanLII)). The Federal Court, *per* Heneghan J., found the Tribunal’s decision to be reasonable and accordingly affirmed it (2009 FC 740, 356 F.T.R. 127). The Federal Court of Appeal allowed the appeal and sent the case back to the Tribunal for reconsideration (2011 FCA 19, 413 N.R. 351).

[5] The majority of the Federal Court of Appeal found that the Tribunal’s decision was unreasonable because it had failed to consider that an abuse of authority could arise where a decision to use an advertised appointment process was based on an unreasonable finding of material fact. While the employer was not, under the new Act, required to consider whether a position was new or reclassified, that was a factor that the employer could consider. Reviewing the record in this case, the majority found that the employer had in fact taken the newness of the PM-06 position into account when it decided to use an advertised position. The majority was of the view that the newness of the PM-06 position was the “principal justification” given by the employer for choosing an advertised process. Thus, if Mr. Kane could establish that there was “no rational basis” for the employer’s assumption that the PM-06 position was new, he might have succeeded in demonstrating that the decision to use an advertised process was arbitrary and therefore

qui suit : [TRADUCTION] « Le motif de ma plainte est que mon employeur a abusé de son pouvoir en choisissant un processus de nomination interne annoncé » (d.a., vol. II, p. 149).

[3] Devant le Tribunal, M. Kane a invoqué les arguments suivants : (1) le poste PM-06 n’était pas un nouveau poste, mais résultait plutôt de la reclassification de l’ancien poste PM-05 qu’il avait déjà occupé; (2) à Terre-Neuve, la pratique ne consistait pas à annoncer des postes reclassifiés, mais plutôt à les doter à l’interne par voie de nomination; (3) la dotation du poste par voie de nomination annoncée constituait donc un abus de pouvoir au sens de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22 (la « LEFP »).

[4] Le Tribunal a jugé que M. Kane n’avait pas établi l’existence d’un abus de pouvoir et a rejeté sa plainte (2007 TDFP 35 (CanLII)). La Cour fédérale, sous la plume de la juge Heneghan, a conclu que la décision du Tribunal était raisonnable et l’a en conséquence confirmée (2009 CF 740 (CanLII)). La Cour d’appel fédérale a accueilli l’appel de cette décision et renvoyé l’affaire au Tribunal pour réexamen (2011 CAF 19 (CanLII)).

[5] Les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale ont conclu que la décision du Tribunal était déraisonnable, parce que ce dernier avait omis d’envisager qu’un abus de pouvoir puisse découler du recours à un processus de nomination annoncé lorsque ce choix repose sur une conclusion déraisonnable concernant un fait important. Suivant la nouvelle loi, l’employeur n’était pas tenu de se demander s’il s’agissait d’un poste nouveau ou reclassifié, mais c’est un facteur qu’il pouvait considérer. Après examen du dossier en l’espèce, les juges majoritaires ont statué que l’employeur avait dans les faits tenu compte du caractère nouveau du poste PM-06 lorsqu’il avait décidé de recourir à un processus annoncé. Ils ont exprimé l’avis que cet élément constituait la « principale raison » ayant amené l’employeur à faire ce choix. En conséquence, si M. Kane était en mesure d’établir que le fait pour l’employeur de considérer le poste PM-06 comme un poste nouveau n’avait aucun fondement rationnel, il pourrait peut-être

an abuse of authority (para. 55). The Tribunal, by failing to consider Mr. Kane's arguments on this point, effectively excluded from the scope of the term "abuse of authority" decisions that are based on facts that have no rational support (para. 75). This was, in the majority's view, an unreasonable position for the Tribunal to take.

[6] In our respectful view, the decision of the majority of the Federal Court of Appeal must be set aside for four reasons. First and most fundamentally, the basis of Mr. Kane's complaint was abuse of authority "in choosing an advertised internal appointment process" (para. 91). The Tribunal acknowledged Mr. Kane's argument that advertising the position constituted abuse of authority because the PM-06 position was not a new position, but rather a reclassification. However, it held that regardless of whether the position was new or old, Service Canada was entitled to advertise the position, with the result that the alleged newness of the position did not give rise to an obligation to advertise the position. The gravamen of the complaint — that the choice of an advertised appointment process constituted an abuse of authority — was thus addressed by the Tribunal and resolved by its interpretation and application of the *PSEA*, its home statute. The Tribunal stated:

There is nothing in either the *PSEA* or the [*Public Service Employment Regulations*, SOR/2005-334] which requires a deputy head to utilize a particular selection process depending on whether the position at issue is either a new or reclassified position. On the contrary, section 33 of the *PSEA* clearly provides that the deputy head has the discretion to use an advertised or a non-advertised appointment process. [para. 65]

[7] This proposition, which has not been assailed as unreasonable, was sufficient to dispose of Mr. Kane's complaint, and made it unnecessary to

démontrer que le recours à un processus annoncé constituait une décision arbitraire et, donc, un abus de pouvoir (par. 55). En omettant de considérer les arguments de M. Kane sur ce point, le Tribunal a effectivement exclu de la portée du terme « abus de pouvoir » les décisions qui reposent sur des faits n'ayant aucun fondement rationnel (par. 75). De l'avis des juges majoritaires, il s'agissait d'une approche déraisonnable.

[6] À notre avis, la décision des juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale doit être annulée, et ce, pour quatre raisons. Premièrement et fondamentalement, la plainte de M. Kane reposait sur l'argument selon lequel l'employeur aurait commis un abus de pouvoir « lors du choix du processus de nomination interne annoncé » (par. 91). Le Tribunal a tenu compte de l'argument de M. Kane selon lequel le recours à un processus annoncé constituait un abus de pouvoir, parce que le poste PM-06 n'était pas nouveau mais résultait plutôt d'une reclassification. Toutefois, le Tribunal a statué que, indépendamment de la question de savoir si le poste était nouveau ou non, Service Canada avait le droit de le doter au moyen d'un processus annoncé, avec pour conséquence que même si le poste était considéré comme nouveau cela n'emportait pas l'obligation de recourir à un processus annoncé. Le fondement essentiel de la plainte — à savoir que le recours à un processus de nomination annoncé constituait un abus de pouvoir — a donc été examiné par le Tribunal et tranché par l'interprétation et l'application qu'a faites ce dernier de la *LEFP*, sa loi constitutive. Le Tribunal a affirmé ce qui suit :

Rien dans la *LEFP* ou dans le [*Règlement sur l'emploi dans la fonction publique*, DORS/2005-334] n'oblige un administrateur général à utiliser un processus de sélection en particulier selon qu'il s'agisse d'un poste nouveau ou d'un poste reclassifié. Au contraire, l'article 33 de la *LEFP* indique clairement que l'administrateur général dispose du pouvoir discrétionnaire nécessaire lui permettant de décider s'il utilisera un processus de nomination annoncé ou un processus de nomination non annoncé. [par. 65]

[7] Cet énoncé, qui n'a pas été attaqué au motif qu'il serait déraisonnable, était suffisant pour trancher la plainte de M. Kane, et il n'était donc pas

consider whether the PM-06 position was a new position. The question of whether the PM-06 position was a new position or a reclassification of an old position was not relevant to the ultimate issue, and had no effect on the reasonableness of the decision of the Tribunal.

[8] Second, the majority assessed the decision of the Tribunal against a claim that Mr. Kane did not make. Mr. Kane assumed throughout his complaint that if he could establish that the PM-06 position was reclassified, he would be *entitled* to a non-advertised process. Relying on guidelines that had been established under the old Act (R.S.C. 1985, c. P-33) and on past practice in Newfoundland and Labrador, Mr. Kane contended that if the position was reclassified it was no longer open to his employer to use an advertised process. He identified the abuse of authority as the “erroneous interpretation of the facts against the employer’s own reclassification guidelines” (A.R., vol. I, at p. 101 (emphasis added)). In making this argument, Mr. Kane brought evidence which established that his employer assumed the position was new. He never tried to establish that this was the “principal justification” for that decision; his argument did not require him to do so. On his view, if the position was reclassified, no matter what other reasons the employer might have had for preferring an advertised process, he was owed a non-advertised process. The Tribunal responded to this complaint by finding that, given the broad discretion accorded to employers under s. 33 of the *PSEA*, Mr. Kane was wrong to argue that he was entitled to any particular process. It found that the guidelines referred to by Mr. Kane were made under the old Act and therefore no longer applied. In our view, Mr. Kane was seeking to restrict the discretion of his employer in a way that does not accord with the purposes or wording of the new Act. It was not unreasonable for the Tribunal to reject this position.

nécessaire de se demander si le poste PM-06 était nouveau. La question de savoir si le poste était nouveau ou résultait de la reclassification d’un ancien poste n’était pas pertinente pour statuer sur la question ultime et n’a aucunement affecté le caractère raisonnable de la décision du Tribunal.

[8] Deuxièmement, les juges majoritaires ont évalué la décision du Tribunal à la lumière d’un argument que n’avait pas soulevé M. Kane. À chaque étape de l’instance, ce dernier a tenu pour acquis que s’il réussissait à démontrer que le poste PM-06 résultait d’une reclassification, il aurait *droit* à la tenue d’un processus de nomination non annoncé. Se fondant sur les lignes directrices établies sous le régime de l’ancienne loi (L.R.C. 1985, ch. P-33) et sur la pratique suivie jusque-là à Terre-Neuve-et-Labrador, M. Kane a fait valoir que, si le poste résultait d’une reclassification, son employeur n’était pas libre d’opter pour un processus annoncé. Selon M. Kane, l’abus de pouvoir découlait d’une [TRADUCTION] « interprétation erronée des faits, qui allait à l’encontre des propres lignes directrices de l’employeur en matière de reclassification » (d.a., vol. I, p. 101 (nous soulignons)). Au soutien de cet argument, M. Kane a présenté des éléments de preuve démontrant que son employeur considérerait que le poste était nouveau. Monsieur Kane n’a jamais tenté établir qu’il s’agissait là de la « principale raison » ayant motivé la décision; sa thèse n’exigeait pas qu’il le fasse. À son avis, si le poste résultait d’une reclassification, il avait droit à la tenue d’un processus non annoncé, peu importe les raisons que pouvait avoir l’employeur de préférer un processus annoncé. Le Tribunal a tranché la plainte en concluant que, vu le vaste pouvoir discrétionnaire que l’art. 33 de la *LEFP* confère aux employeurs, M. Kane avait tort de prétendre avoir droit à un processus en particulier. Le Tribunal a jugé que les lignes directrices invoquées par M. Kane avaient été établies sous le régime de l’ancienne loi et ne s’appliquaient donc plus. À notre avis, M. Kane plaidait en faveur d’une restriction du pouvoir discrétionnaire de l’employeur qui ne concorde ni avec les objectifs de la nouvelle loi ni avec le texte de celle-ci. Le Tribunal n’a pas agi déraisonnablement en rejetant cet argument.

[9] Third, the decision to send this case back to the Tribunal was based on the majority's reading of the record to the effect that the newness of the PM-06 position was the "principal justification" for the employer's decision. The Tribunal noted that s. 33 of the *PSEA* gives the employer broad discretion with respect to the choice of an appointment process, which includes the discretion to advertise simply because it thinks that more people should have the opportunity to compete for a given position. The employer presented evidence before the Tribunal that the Regional Management Board decided to advertise the position "in order to have a fair, accessible and transparent process to allow more than one person to apply, especially since this was a new position at a higher level" (para. 28). However, the Tribunal made no finding as to what the employer's "principal justification" may have been. Respectfully, the majority of the Federal Court of Appeal erred by effectively undertaking its own assessment of the record and attributing to the employer a "principal justification" for its decision that the Tribunal did not find. It was not appropriate for the Federal Court of Appeal, on a judicial review, to intervene in the Tribunal's decision to this extent.

[10] Finally, we respectfully disagree with the majority's conclusion that the Tribunal acted unreasonably by failing to give Mr. Kane the opportunity to show that there was "no rational basis" for the employer's position that the PM-06 position was new. Even accepting (without deciding) that the majority was correct to think that a discretionary decision based on an irrational finding of material fact would constitute an abuse of authority, there was no realistic possibility on this record that the Tribunal could find any such irrational finding of material fact in this case. At the very least, any reasonable reading of the record shows that whether this position was new or reclassified could be the

[9] Troisièmement, la décision de renvoyer l'affaire au Tribunal découlait de la conclusion tirée par les juges majoritaires, à la lumière du dossier, selon laquelle le fait que le poste PM-06 était nouveau constituait la « principale raison » justifiant la décision de l'employeur. Le Tribunal a souligné que l'art. 33 de la *LEFP* confère à l'employeur un vaste pouvoir discrétionnaire dans le choix du processus de nomination, notamment la faculté de recourir à un processus annoncé simplement parce que plusieurs personnes devraient avoir la possibilité de présenter leur candidature à un poste. Selon la preuve déposée par l'employeur devant le Tribunal, le Comité régional de gestion a opté pour un processus annoncé « afin que le processus soit juste, accessible et transparent et ce, dans le but de permettre à plus d'une personne de présenter leur candidature, surtout parce qu'il s'agit d'un nouveau poste à un niveau supérieur » (par. 28). Cependant, le Tribunal n'a tiré aucune conclusion sur ce qu'a pu être la « principale raison » de l'employeur pour agir comme il l'a fait. En toute déférence, les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont commis une erreur en se livrant concrètement à leur propre évaluation du dossier et en déterminant quelle était la « principale raison » à l'origine de la décision de l'employeur, alors que le Tribunal n'avait pas tiré de conclusion à cet égard. Il ne convenait pas que la Cour d'appel fédérale modifie de la sorte la décision du Tribunal dans le cadre du contrôle judiciaire.

[10] Enfin, nous ne pouvons souscrire à la conclusion des juges majoritaires selon laquelle le Tribunal aurait agi de manière déraisonnable en niant à M. Kane la possibilité de démontrer qu'il n'existait aucun fondement rationnel justifiant l'employeur de considérer que le poste PM-06 était nouveau. À supposer (sans pour autant décider) que les juges majoritaires ont eu raison de conclure qu'une décision découlant de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et reposant sur une conclusion irrationnelle concernant un fait important constitue un abus de pouvoir, nous estimons, à la lecture du dossier, qu'il n'existait aucune possibilité véritable que le Tribunal trouve une conclusion de fait

subject of reasonable disagreement by reasonable people.

[11] The appeal is allowed with costs and the decision of the Tribunal is affirmed.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Ottawa and Montréal.

Solicitors for the respondent: Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

irrationnelle en l'espèce. À tout le moins, il ressort d'une interprétation raisonnable du dossier que la question de savoir s'il s'agissait d'un poste nouveau ou reclassifié était susceptible de susciter un désaccord raisonnable parmi des gens raisonnables.

[11] L'appel est accueilli avec dépens et la décision du Tribunal est confirmée.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelant : Procureur général du Canada, Ottawa et Montréal.

Procureurs de l'intimé : Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.