

**Gisèle Doré** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of Canada**  
*Respondent*

and

**Guy St-Hilaire, Public Service Commission of Canada** *Mis en cause*

and

**Lise Nolet-Terlecki** *Mis en cause*

INDEXED AS: DORÉ v. CANADA

File No.: 19770.

1986: October 31; 1987: November 19.

Present: Beetz, Chouinard \*, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Labour law — Public Service employment — Appointments — Public Service employee assigned to different functions pending classification of a new position for such functions — Distinction between the creation and the classification of a position — Whether the assignment of the employee was an appointment to a position within the meaning of the Public Service Employment Act — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 21.*

The *mis en cause* Nolet-Terlecki, an employee of a Canada Employment Centre, was assigned to the functions of supervisor of the reception and inquiries section pending classification of a new position for such functions. The appellant, an unsuccessful candidate, appealed against the assignment of the *mis en cause* before an appeal board under s. 21 of the *Public Service Employment Act*. At the time of the hearing, nine months after the assignment of the *mis en cause*, the latter was still acting full-time as supervisor. A new organizational chart, providing for the new position, had been approved, but the position had not yet been classified. Before the board, the Department contended that the assignment of the *mis en cause* was not an appointment to a position giving rise to a right of appeal under s. 21, but was merely a temporary assignment to functions for which a new position had not yet been created.

\* Chouinard J. took no part in the judgment.

**Gisèle Doré** *Appelante*

c.

**Sa Majesté La Reine du chef du Canada**  
*a Intimée*

et

**Guy St-Hilaire, la Commission de la Fonction publique du Canada** *b Mis en cause*

et

**Lise Nolet-Terlecki** *Mise en cause*

*c* RÉPERTORIÉ: DORÉ c. CANADA

N° du greffe: 19770.

1986: 31 octobre; 1987: 19 novembre.

*d* Présents: Les juges Beetz, Chouinard \*, Lamer, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*e* *Droit du travail — Emploi dans la Fonction publique — Nominations — Employée de la Fonction publique affectée à des fonctions différentes en attendant la classification d'un nouveau poste pour ces fonctions — Distinction entre la création et la classification d'un poste — L'affectation de l'employée constituait-elle une nomination à un poste au sens de la Loi sur l'emploi dans la Fonction publique? — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 21.*

*g* La mise en cause Nolet-Terlecki, une employée d'un centre d'emploi du Canada, a été affectée au poste de surveillant à l'accueil et aux renseignements en attendant la classification d'un nouveau poste pour ces fonctions. L'appelante, une candidate refusée, a interjeté appel contre l'affectation de la mise en cause devant un comité d'appel en vertu de l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Au moment de l'audition, neuf mois après l'affectation de la mise en cause, cette dernière occupait toujours le poste de surveillant à plein temps. Bien qu'un nouvel organigramme structurel prévoyant le nouveau poste eût été approuvé, le poste n'avait pas encore été classifié. Devant le comité, le Ministère a soutenu que l'affectation de la mise en cause ne constituait pas une nomination à un poste donnant lieu à un droit d'appel aux termes de l'art. 21, mais était simplement une affectation temporaire à

\* Le juge Chouinard n'a pas pris part au jugement.

The board allowed appellant's appeal and revoked the appointment on the ground that the assignment was an appointment to a position within the meaning of s. 21 of the Act that had not been based on selection according to merit. The Federal Court of Appeal allowed respondent's application under s. 28 of the *Federal Court Act* and set aside the board's decision. This appeal is to determine whether the assignment of a person who occupies a position in the Public Service to different functions, pending classification of a new position for such functions, is an appointment to a position within the meaning of the *Public Service Employment Act* giving rise to a right of appeal under s. 21 of the Act.

*Held:* The appeal should be allowed.

Under section 21 of the *Public Service Employment Act*, it is what the Department has objectively done as a matter of fact, and not what it may have intended or understood it was doing as a matter of law, that must determine the application of the merit principle and the right of appeal. Here, there is no doubt, that the functions of supervisor of the reception and inquiries section were sufficiently different from those previously being performed by the mis en cause to constitute a new position according to the test indicated in *Canada (Attorney General) v. Brault*, [1987] 2 S.C.R. 489. Further, for purposes of the merit principle and the right of appeal, a position within the meaning of the Act may be created before such position has been classified. The creation of a position in the exercise of the Minister's management authority and the classification of the position by the Treasury Board or by a deputy head pursuant to s. 7 of the *Financial Administration Act* must be regarded as distinct and separate steps; otherwise the merit principle and the right of appeal could be circumvented by a failure to proceed to classification in a particular case.

While it must be possible for the administration to assign a person in the Public Service to new functions on a temporary basis without giving rise to the application of the merit principle and the right of appeal, that reasonable flexibility should no longer be available where, as in the present case, the assignment is permitted to become one of such significant and indefinite duration as may be presumed to place the occupant of the position at a distinct advantage in any subsequent selection process. The assignment of the mis en cause to the position of supervisor of the reception and inquiries section on a full-time basis for some nine months had acquired that character when the appellant's appeal was heard by the appeal board. Accordingly, the assignment

des fonctions pour lesquelles un nouveau poste n'avait pas été créé. Le comité a accueilli l'appel de l'appelante et a révoqué la nomination pour le motif que l'affectation était une nomination à un poste, au sens de l'art. 21 de la Loi, qui n'avait pas été faite selon une sélection établie au mérite. La Cour d'appel fédérale a accueilli la demande de l'intimée fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* et a annulé la décision du comité. Le présent pourvoi vise à déterminer si l'affectation d'une personne qui occupe un poste dans la Fonction publique à des fonctions différentes, en attendant qu'un nouveau poste soit classifié relativement à ces fonctions, constitue une nomination à un poste au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* qui accorde un droit d'appel aux termes de l'art. 21 de la Loi.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Aux termes de l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, c'est ce que le Ministère a objectivement fait et non ce qu'il a, en droit, eu l'intention de faire ou l'interprétation qu'il en avait qui doit déterminer l'application du principe du mérite et du droit d'appel. En l'espèce, il n'y a aucun doute, que les fonctions de surveillant à l'accueil et aux renseignements étaient suffisamment différentes de celles qu'accomplissait auparavant la mise en cause pour constituer un nouveau poste selon le critère établi dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Brault*, [1987] 2 R.C.S. 489. En outre, aux fins du principe du mérite et du droit d'appel, un poste au sens de la Loi peut être créé avant qu'il n'ait été classifié. La création d'un poste dans l'exercice du pouvoir de gestion du Ministre et la classification du poste par le Conseil du Trésor ou par un sous-chef aux termes de l'art. 7 de la *Loi sur l'administration financière* doivent être considérées comme des étapes distinctes; autrement le principe du mérite et le droit d'appel peuvent être contournés par l'omission de procéder à la classification dans un cas particulier.

Bien que l'administration doive être en mesure d'affecter temporairement un fonctionnaire à de nouvelles fonctions sans donner lieu à l'application du principe du mérite et au droit d'appel, cet accommodement ne devrait plus pouvoir être utilisé lorsque, comme en l'espèce, on permet que la durée de l'affectation soit considérable et indéterminée au point que le titulaire du poste est présumé détenir un net avantage dans tout processus de sélection subséquent. L'affectation de la mise en cause au poste de surveillant à l'accueil et aux renseignements à plein temps pendant environ neuf mois avait acquis ce caractère au moment où l'appel de l'appelante a été entendu par le comité d'appel. Par conséquent, l'affectation de la mise en cause constituait une nomina-

of the mis en cause was an appointment to a position within the meaning of s. 21 of the Act and that since, on the admission of the Department, the appointment was not based on selection according to merit, as required by s. 10 of the Act, the appeal board properly revoked the appointment.

#### Cases Cited

**Applied:** *Canada (Attorney General) v. Brault*, [1987] 2 S.C.R. 489, rev'g [1985] 1 F.C. 410; **referred to:** *Re Belisle and Public Service Commission Appeal Board* (1983), 149 D.L.R. (3d) 352; *Bauer v. Public Service Appeal Board*, [1973] F.C. 626; *Brown v. Public Service Commission*, [1975] F.C. 345; *Kelso v. The Queen*, [1980] 1 F.C. 659, rev'd on other grounds, [1981] 1 S.C.R. 199.

#### Statutes and Regulations Cited

*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.  
*Financial Administration Act*, R.S.C. 1970, c. F-10, s. 7(1)(c), (2).  
*Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, ss. 10, 21.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal<sup>1</sup>, allowing respondent's application under s. 28 of the *Federal Court Act* to review and set aside a decision of the Public Service Commission Appeal Board. Appeal allowed.

*Robert W. Côté*, for the appellant.

*James M. Mabbutt* and *Jean-Marc Aubry*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LE DAIN J.—The question raised by this appeal is whether the assignment of a person who occupies a position in the Public Service of Canada to different functions, pending classification of a new position for such functions, is an appointment to a position within the meaning of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, giving rise to a right of appeal under s. 21 of the Act.

tion à un poste au sens de l'art. 21 de la Loi et comme, de l'aveu même du Ministère, la nomination n'était pas faite selon une sélection établie au mérite, comme l'exige l'art. 10 de la Loi, le comité d'appel a eu raison de révoquer la nomination.

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué:** *Canada (Procureur général) c. Brault*, [1987] 2 R.C.S. 489, inf. [1985] 1 C.F. 410; **arrêts mentionnés:** *Re Belisle and Public Service Commission Appeal Board* (1983), 149 D.L.R. (3d) 352; *Bauer c. Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*, [1973] C.F. 626; *Brown c. Commission de la Fonction publique*, [1975] C.F. 345; *Kelso c. La Reine*, [1980] 1 C.F. 659, inf. pour d'autres motifs, [1981] 1 R.C.S. 199.

#### Lois et règlements cités

*Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, chap. F-10, art. 7(1)c), (2).  
*Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 10, 21.  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> supp.), chap. 10, art. 28.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale<sup>1</sup>, qui a accueilli la demande de l'intimée fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* visant l'examen et l'annulation d'une décision d'un comité d'appel de la Commission de la Fonction publique. Pourvoi accueilli.

*Robert W. Côté*, pour l'appelante.

*James M. Mabbutt* et *Jean-Marc Aubry*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LE DAIN—La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si l'affectation d'une personne qui occupe un poste dans la Fonction publique du Canada à des fonctions différentes, en attendant qu'un nouveau poste soit classifié relativement à ces fonctions, constitue une nomination à un poste, au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32, qui accorde un droit d'appel aux termes de l'art. 21 de la Loi.

<sup>1</sup> F.C.A., No. A-1493-84, December 17, 1984.

<sup>1</sup> C.A.F., n° A-1493-84, 17 décembre 1984.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Federal Court of Appeal (Pratte, Hugessen and MacGuigan JJ.) on December 17, 1985, allowing an application under s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, and setting aside the decision of an appeal board on December 13, 1984, which allowed the appeal, pursuant to s. 21 of the *Public Service Employment Act*, of the appellant Gisèle Doré against the assignment of the mis en cause Lise Nolet-Terlecki to the functions of supervisor of the reception and inquiries section of the Canada Employment Centre at Amos, Quebec, on the ground that the assignment was an appointment to a position within the meaning of s. 21 that had not been based on selection according to merit.

I

Until February 1984 the supervision of the reception and inquiries section of the Canada Employment Centre at Amos, Quebec, was one of the responsibilities associated with the position of Referral Officer (PM-01). The new director of the Centre decided that the supervision of the section required more time than a referral officer was able to give to it. He noted that in other Canada Employment Centres supervision of this section was allocated to the position of Supervisor, Reception and Inquiries (CR-05), and that in the Centre at Amos there were three persons employed as Officers I(CR-05): the appellant Doré, the mis en cause Nolet-Terlecki and Madeleine Turgeon. The director decided to assign one of them to the functions of supervisor of the reception and inquiries section pending classification of a new position for such functions. He asked all three whether they were interested, and the appellant and the mis en cause said they were. After interviewing each of them the director selected the mis en cause. It would appear that his reason for selecting the mis en cause rather than the appellant was that he was not satisfied that the functions of supervisor of the reception and inquiries section, which involved some management responsibility, would be compatible with the appellant's position in the union.

Le pourvoi est formé, avec l'autorisation de la Cour, contre l'arrêt rendu le 17 décembre 1985 par la Cour d'appel fédérale (les juges Pratte, Hugessen et MacGuigan), qui a accueilli une demande fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> supp.), chap. 10, et annulé la décision d'un comité d'appel, en date du 13 décembre 1984, qui avait fait droit à l'appel que l'appelante Gisèle Doré avait interjeté, en vertu de l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, contre l'affectation de la mise en cause Lise Nolet-Terlecki aux fonctions de surveillant à l'accueil et aux renseignements du Centre d'emploi du Canada à Amos (Québec), pour le motif que l'affectation était une nomination à un poste, au sens de l'art. 21, qui n'avait pas été faite selon une sélection établie au mérite.

d

I

Jusqu'en février 1984, la surveillance à l'accueil et aux renseignements au Centre d'emploi du Canada à Amos (Québec) était l'une des responsabilités du poste d'agent de présentation (PM-01). Le nouveau directeur du Centre a décidé que la surveillance de la section exigeait plus de temps que celui qu'un agent de présentation pouvait y consacrer. Il a constaté que dans d'autres centres d'emploi du Canada, la surveillance de cette section relevait du poste de surveillant à l'accueil et aux renseignements (CR-05) et qu'au Centre d'Amos il y avait trois personnes employées à titre d'agent I(CR-05): l'appelante Doré, la mise en cause Nolet-Terlecki et Madeleine Turgeon. Le directeur a décidé d'affecter l'une de ces personnes aux fonctions de surveillant à l'accueil et aux renseignements en attendant la classification d'un nouveau poste pour cette fonction. Il a demandé aux trois personnes si elles étaient intéressées et l'appelante ainsi que la mise en cause ont répondu par l'affirmative. Après les avoir rencontrées individuellement, le directeur a choisi la mise en cause. Il paraîtrait qu'il l'a choisie plutôt que l'appelante parce qu'il n'était pas convaincu que les fonctions de surveillant à l'accueil et aux renseignements, qui comportaient certaines fonctions de gestion, seraient compatibles avec le poste que l'appelante occupait dans le syndicat.

The mis en cause was assigned full-time to the functions of supervisor of the reception and inquiries section on February 9, 1984. She ceased to perform the functions of Officer I(CR-05), but she continued to be paid the salary for that position and to be shown, for administrative purposes, as occupying that position. It was originally intended that the assignment to the functions of supervisor of the reception and inquiries section would be until March 31, 1984, but the assignment was subsequently extended beyond that date, and the mis en cause was still acting full-time as the supervisor of the reception and inquiries section of the Canada Employment Centre at Amos, Quebec, when the appeal board heard the appeal on November 6, 1984. The director testified at the hearing before the appeal board that the intention was to classify a new position for the functions of supervisor of the reception and inquiries section and to make a selection by competition for a permanent appointment to the new position after it had been classified. Although a new organizational chart, providing for a position of Supervisor, Reception and Inquiries (CR-05), was approved on July 3, 1984, the new position had not been classified by the time of the appeal board's decision, apparently because the necessary job description for classification of the position had not yet been completed.

The appellant appealed in September 1984 against the assignment of the mis en cause to the functions of supervisor of the reception and inquiries section. The Department contended that there had not been an appointment to a position, giving rise to a right of appeal under s. 21 of the *Public Service Employment Act*, but merely a temporary assignment to functions for which a new position had not yet been created. In support of this contention the Department relied particularly on the judgment of the Federal Court of Appeal in *Attorney General of Canada v. Brault*, [1985] 1 F.C. 410, in which a majority of the Court held that a new position in the Public Service within the meaning of the *Public Service Employment Act* cannot be created unless there is a clear decision and expression of intention to create such a position. The appeal board declined to apply this judgment, noting that it was under

La mise en cause a été affectée à plein temps au poste de surveillant à l'accueil et aux renseignements le 9 février 1984. Elle a cessé d'accomplir les fonctions d'agent I(CR-05), mais pour les fins administratives et la rémunération, elle occupait toujours ce poste. Il était tout d'abord prévu que l'affectation aux fonctions de surveillant à l'accueil et aux renseignements prendrait fin le 31 mars 1984, mais elle a par la suite été prolongée et la mise en cause occupait toujours ce poste à plein temps au Centre d'emploi du Canada à Amos (Québec) lorsque le comité d'appel a été saisi de l'appel le 6 novembre 1984. Le directeur a déposé à l'audience devant le comité d'appel qu'il avait l'intention de doter un nouveau poste pour la fonction de surveillant à l'accueil et aux renseignements et de faire une sélection par concours pour une nomination permanente pour le nouveau poste après que celui-ci eut été classifié. Bien qu'un nouvel organigramme structurel prévoyant un poste de surveillant à l'accueil et aux renseignements (CR-05) ait été approuvé le 3 juillet 1984, le nouveau poste n'avait pas été classifié au moment de la décision du comité d'appel, apparemment parce que la description de tâches nécessaire pour la classification du poste n'était pas terminée.

En septembre 1984, l'appellante a interjeté appel contre l'affectation de la mise en cause aux fonctions de surveillant à l'accueil et aux renseignements. Le Ministère a soutenu qu'il n'y avait pas eu de nomination à un poste, donnant lieu à un droit d'appel aux termes de l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, mais simplement une affectation temporaire à des fonctions pour lesquelles un nouveau poste n'avait pas encore été créé. À l'appui de cet argument, le Ministère s'est fondé en particulier sur l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Procureur général du Canada c. Brault*, [1985] 1 C.F. 410, dans lequel la Cour à la majorité a jugé qu'un nouveau poste dans la Fonction publique au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* ne peut être créé à moins qu'il n'y ait une décision et une manifestation non équivoques de l'intention de créer un tel poste. Le comité d'appel a refusé

appeal to this Court and appeared to be in conflict with something said by Ryan J. on behalf of the Federal Court of Appeal in *Re Belisle and Public Service Commission Appeal Board* (1983), 149 D.L.R. (3d) 352, where, at p. 358, he appeared to agree with the statement of the appeal board in that case that "the mere absence of formal authorization for . . . a recognized position might not be sufficient to conclude that there was no position to which it could be shown an appointment has been made." Referring to the discussion of the creation of a position, the classification of a position and the appointment to a position by Jackett C.J. in *Bauer v. Public Service Appeal Board*, [1973] F.C. 626; *Brown v. Public Service Commission*, [1975] F.C. 345; and *Kelso v. The Queen*, [1980] 1 F.C. 659 (reversed by this Court on other grounds, [1981] 1 S.C.R. 199), the appeal board drew a distinction between the creation of a position in the exercise of the Minister's management authority, and the classification of a position pursuant to the authority which is conferred on the Treasury Board by s. 7(1)(c) of the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1970, c. F-10, and which may be delegated to a deputy head pursuant to s. 7(2) of the Act. The board concluded that a position for the purposes of an appointment, within the meaning of the *Public Service Employment Act*, may exist before it has been classified. The board held that if there was any doubt that a new position within the meaning of the Act existed at the time the mis en cause was assigned to the functions of supervisor of the reception and inquiries section on February 9, 1984, there was no doubt that a new position existed at least from July 3, 1984, when an organizational chart showing the new position was approved. Accordingly the board concluded that there had been an appointment to a position in the Public Service giving rise to a right of appeal under s. 21 of the *Public Service Employment Act*, and since the appointment, by the Department's admission, had clearly not been based on selection according to merit, the board allowed the appeal and revoked the appointment of the mis en cause Nolet-Terlecki.

d'appliquer cet arrêt, soulignant qu'il faisait l'objet d'un pourvoi devant cette Cour et paraissait être en conflit avec une déclaration du juge Ryan faite au nom de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *a Belisle c. Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique* publié à (1983), 149 D.L.R. (3d) 352 où, à la p. 358, il paraît faire sienne la déclaration du comité d'appel dans cette affaire selon laquelle «la simple absence d'autorisation **b** formelle relative . . . à un poste reconnu ne permet pas à elle seule de conclure qu'il n'existait pas de poste que pouvait combler la nomination.» En mentionnant l'analyse de la création d'un poste, de la classification d'un poste et de la nomination à un poste faite par le juge en chef Jackett dans les arrêts *c Bauer c. Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*, [1973] C.F. 626, *Brown c. Commission de la Fonction publique*, [1975] **d** C.F. 345, et *Kelso c. La Reine*, [1980] 1 C.F. 659 (infirmé par cette Cour pour d'autres motifs, [1981] 1 R.C.S. 199), le comité d'appel a établi une distinction entre la création d'un poste dans l'exercice du pouvoir de gestion du Ministère et la **e** classification d'un poste en application du pouvoir qui est conféré au Conseil du Trésor par l'al. 7(1)c) de la *Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, chap. F-10, et qui peut être délégué à un sous-chef en vertu du par. 7(2) de la Loi. Le comité a conclu qu'un poste aux fins d'une nomination, au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, peut exister avant qu'il n'ait été classifié. Le comité a jugé que s'il y avait un **g** doute quant à l'existence du nouveau poste au sens de la Loi au moment de l'affectation de la mise en cause aux fonctions de surveillant à l'accueil et aux renseignements le 9 février 1984, il n'y avait aucun doute que le nouveau poste existait au moins à **h** compter du 3 juillet 1984, date à laquelle un organigramme structurel indiquant le nouveau poste a été approuvé. Par conséquent, le comité a conclu qu'il y avait eu nomination à un poste dans la Fonction publique donnant lieu à un droit d'appel aux termes de l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et comme la nomination, de l'aveu même du Ministère, n'avait de toute évidence pas été fondée sur la sélection établie au **i** mérite, le comité a accueilli l'appel et a révoqué la nomination de la mise en cause Nolet-Terlecki. **j**

In allowing the s. 28 application to review and set aside the decision of the appeal board, the Federal Court of Appeal applied its earlier judgment in *Brault*, holding that just as it is necessary that there be a clear decision and expression of intention to create a position in the Public Service, within the meaning of the *Public Service Employment Act*, so there must be a clear decision and expression of intention to make an appointment to such a position, within the meaning of the Act. The reasons for judgment of Pratte J. on behalf of the Court are as follows:

The appeal board held that Mrs. Nolet-Terlecki was appointed on February 9, 1984 to a position that was not created until the following July 3. In doing so, in our opinion, it manifestly erred.

In *Attorney General of Canada v. Brault and Dubois* (May 23, 1984, A-1029-83), this Court held that the creation of a position required a unambiguous expression of intent; to this it should now be added that, similarly, there cannot be an appointment to a position if there is no intent to make such an appointment. In the case at bar, the record clearly showed that Mrs. Nolet-Terlecki, who already held a position in the Public Service, simply agreed as of February 9, 1984 to undertake new duties temporarily, which were eventually to be attached to a position that was to be created. In such circumstances the appeal board could not, without erring in law, find that there had been an appointment.

The application will therefore be allowed, the decision impugned will be set aside and the matter referred back to the appeal board to be decided by it on the basis that Mrs. Nolet-Terlecki was not appointed within the meaning of section 21 of the *Public Service Employment Act*.

## II

This appeal was heard at the same time as the appeal in *Canada (Attorney General) v. Brault*, [1987] 2 S.C.R. 489 ("the *Brault* appeal"), in which judgment has been rendered today. For the reasons given in that appeal, the issue in the present appeal cannot, in my respectful opinion, turn on whether the Department intended to create a position and to make an appointment within the meaning of the *Public Service Employment Act*. There must, of course, be an intended identification and definition of functions to be performed and an intended assignment of a person

En accueillant la demande fondée sur l'art. 28 visant l'examen et l'annulation de la décision du comité d'appel, la Cour d'appel fédérale a appliqué l'arrêt antérieur dans l'affaire *Brault*, concluant que tout comme la création d'un poste dans la Fonction publique, au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, exige une décision et une manifestation de volonté non équivoques, une nomination à un tel poste, au sens de la Loi, exige une décision et une manifestation de volonté non équivoques. Les motifs que le juge Pratte a rédigés au nom de la cour sont les suivants:

Le Comité d'appel a jugé que madame Nolet-Terlecki avait été nommée, dès le 9 février 1984, à un poste qui ne devait être créé que le 3 juillet suivant. Ce faisant, il a, à notre avis, commis une erreur manifeste.

Nous avons décidé, dans *Procureur général du Canada c. Brault et Dubois* (23 mai 1984, A-1029-83), que la création d'un poste exigeait une manifestation de volonté non équivoque; il faut aujourd'hui ajouter que, de la même façon, il ne peut y avoir de nomination à un poste en l'absence de l'intention d'effectuer pareille nomination. En l'espèce, le dossier révèle clairement qu'à compter du 9 février 1984, madame Nolet-Terlecki, qui occupait déjà un poste dans la Fonction publique, a tout simplement accepté d'exécuter temporairement des fonctions nouvelles qui, éventuellement, devaient être rattachées à un poste que l'on se proposait de créer. Dans ces circonstances, le Comité d'appel ne pouvait, sans erreur de droit, conclure qu'il y avait eu nomination.

La demande sera donc accueillie, la décision attaquée sera cassée et l'affaire sera retournée au Comité d'appel pour qu'il la décide en prenant pour acquis que madame Nolet-Terlecki n'a pas été nommée au sens de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*.

## II

L'espèce a été entendue en même temps que *Canada (Procureur général) c. Brault*, [1987] 2 R.C.S. 489 («l'arrêt *Brault*»), dans laquelle jugement est rendu aujourd'hui. Pour les motifs exposés dans cet arrêt, la question soulevée en l'espèce ne peut, à mon humble avis, dépendre de la question de savoir si le Ministère avait l'intention de créer un poste et d'effectuer une nomination au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Évidemment, il doit y avoir une intention d'identifier et de définir les fonctions à exécuter et une intention d'affecter une personne pour

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

In the present appeal there is no doubt, and indeed it is not contested, that the functions of supervisor of the reception and inquiries section of the Canada Employment Centre at Amos, Quebec, were sufficiently different from those previously being performed by the mis en cause Nolet-Terlecki as Officer I(CR-05) to constitute a new position according to the test indicated in the *Brault* appeal—a change in functions of such a significant or substantial nature as to call for additional or special qualifications requiring evaluation and therefore what amounts to a selection for appointment. The particular issue raised by this appeal, as I perceive it, is whether there can be the creation of a position within the meaning of the *Public Service Employment Act*, for purposes of the merit principle and the right of appeal, before a position has been classified for remuneration and other purposes by the Treasury Board, pursuant to the authority conferred by s. 7(1)(c) of the *Financial Administration Act*, or by a deputy head under a delegation of that authority pursuant to s. 7(2) of the Act. I agree with the appeal board that the identification and definition, in the exercise of the Minister's management authority, of functions to be performed and of the qualifications required for such performance must be regarded as a distinct and separate step from classification, resulting in the creation of a position within the meaning of the Act; otherwise the merit principle and the right of appeal may be circumvented by a failure to proceed to classification in a particular case. Accordingly, I am of the view that there was the creation of a position in the Public Service for purposes of an appointment within the meaning of the *Public Service Employment Act*.

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

En l'espèce, il n'y a aucun doute, et en fait ce n'est pas contesté, que les fonctions de surveillant à l'accueil et aux renseignements du Centre d'emploi du Canada à Amos (Québec) étaient suffisamment différentes de celles qu'accomplissait auparavant la mise en cause Nolet-Terlecki à titre d'agent I(CR-05) pour constituer un nouveau poste selon le critère établi dans l'arrêt *Brault*—une modification des fonctions qui est suffisamment importante ou substantielle pour requérir des qualifications supplémentaires ou particulières exigeant une évaluation et donc ce qui correspond à une sélection en vue d'une nomination. À mon avis, la question particulière soulevée en l'espèce est de savoir si un poste peut être créé au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* aux fins du principe du mérite et du droit d'appel, avant qu'un poste ait été classifié à des fins de rémunération et d'autres fins par le Conseil du Trésor, aux termes du pouvoir que confère l'al. 7(1)c) de la *Loi sur l'administration financière* ou par un sous-chef en vertu de la délégation de ce pouvoir aux termes du par. 7(2) de la Loi. Je conviens avec le comité d'appel que l'identification et la définition, dans l'exercice du pouvoir de gestion du Ministre, des fonctions à exécuter et des qualités requises à cette fin doivent être considérées comme une étape distincte de la classification, entraînant la création d'un poste au sens de la Loi; autrement le principe du mérite et le droit d'appel peuvent être contournés par l'omission de procéder à la classification dans un cas particulier. Par conséquent, je suis d'avis qu'un poste a été créé dans la Fonction publique aux fins d'une nomination au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*.



The ultimate issue in the appeal is whether the assignment of the mis en cause on a temporary basis to the position of supervisor of the reception and inquiries section, pending the classification of the position, was an appointment to the position within the meaning of s. 21 of the *Public Service Employment Act*. On this issue, I am of the view that while it must be possible for the administration to assign a person in the Public Service to new functions on a temporary basis without giving rise to the application of the merit principle and the right of appeal, that reasonable flexibility should no longer be available where, as in the present case, the assignment is permitted to become one of such significant and indefinite duration as may be presumed to place the occupant of the position at a distinct advantage in any subsequent selection process. In my opinion the assignment of the mis en cause to the position of supervisor of the reception and inquiries section on a full-time basis for some nine months had acquired that character when the appellant's appeal was heard by the appeal board in November, 1984. I am, therefore, of the opinion that there was an appointment of the mis en cause to a position within the meaning of s. 21 of the *Public Service Employment Act* and that since, on the admission of the Department, the appointment was not based on selection according to merit, as required by s. 10 of the Act, the appeal board properly revoked the appointment.

For these reasons I would allow the appeal with costs, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal and restore the decision of the appeal board.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Gowling & Henderson, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Frank Iacobucci, Ottawa.*

La dernière question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si l'affectation temporaire de la mise en cause au poste de surveillant à l'accueil et aux renseignements, en attendant la classification du poste, était une nomination à ce poste au sens de l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. À l'égard de cette question, je suis d'avis que, bien que l'administration doive être en mesure d'affecter temporairement un fonctionnaire à de nouvelles fonctions sans donner lieu à l'application du principe du mérite et au droit d'appel, cet accommodement ne devrait plus pouvoir être utilisé lorsque, comme en l'espèce, on permet que la durée de l'affectation soit considérable et indéterminée au point que le titulaire du poste est présumé détenir un net avantage dans tout processus de sélection subséquent. À mon avis, l'affectation de la mise en cause au poste de surveillant à l'accueil et aux renseignements à plein temps pendant environ neuf mois avait acquis ce caractère au moment où l'appel de l'appelante a été entendu par le comité d'appel en novembre 1984. Par conséquent, je suis d'avis qu'il y a eu une nomination de la mise en cause à un poste au sens de l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et comme, de l'aveu même du Ministère, la nomination n'était pas fondée sur la sélection établie au mérite, comme l'exige l'art. 10 de la Loi, le comité d'appel a eu raison de révoquer la nomination.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir la décision du comité d'appel.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Gowling & Henderson, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée: Frank Iacobucci, Ottawa.*