



Public Service
Staffing Tribunal

Tribunal de la dotation
de la fonction publique

Dossiers : 2006-0087, 0088,
0089 et 0090
Décision rendue à : Ottawa, le 13 août 2010

**THOMAS A.C. BROWN, GLORIA W. FRY,
TOBY LYNNE MEADE ET JOY H. HUBLEY**

Plaignants

ET

LE SOUS-MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE

Intimé

ET

AUTRES PARTIES

Affaire : Plainte d'abus de pouvoir en vertu de l'article 77(1)*b*) de la
Loi sur l'emploi dans la fonction publique

Décision : Les plaintes sont rejetées

Décision rendue par : John Mooney, vice-président

Langue de la décision : Anglais

Répertoriée : *Brown et al. c. le sous-ministre de la Défense nationale*

Référence : 2010 TDFP 0012

Motifs de la décision

Introduction

1 Les plaignants, Thomas A.C. Brown, Gloria W. Fry, Toby Lynne Meade et Joy H. Hubley, affirment que l'intimé, le sous-ministre de la Défense nationale, a abusé de son pouvoir en choisissant un processus de nomination interne non annoncé pour nommer Anne McGuinness par intérim au poste d'agente principale des contrats au groupe et au niveau PG-04 (le poste PG-04) à Halifax. Les plaignants avancent que cette nomination les a privés de l'occasion d'occuper ce poste par intérim et qu'elle faisait partie d'un stratagème visant à accroître les chances de M^{me} McGuinness d'être nommée à ce poste pour une période indéterminée.

2 L'intimé nie avoir abusé de son pouvoir quand il a choisi le type de processus ou avoir élaboré un tel stratagème.

3 Ces plaintes avaient d'abord été présentées le 18 août 2006 au Tribunal de la dotation de la fonction publique (le Tribunal), lequel les a rejetées le 26 février 2008. Les plaignants ont présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale. Le 27 juillet 2009, la Cour a accueilli leur demande, annulé la décision et renvoyé l'affaire à une formation composée de membres différents pour qu'il rende une nouvelle décision conformément à ses motifs (voir *Thomas Brown, Gloria Fry, Toby Lynne Meade et Joy Hubley et le procureur général du Canada et la Commission de la fonction publique*, 2009 CF 758). Une nouvelle audience a eu lieu les 14 et 15 janvier 2010.

Contexte

4 Les plaintes ont été présentées en vertu de l'art. 77(1)b) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 12 et 13 (la *LEFP*), qui prévoit qu'une personne dans la zone de recours peut présenter au Tribunal une plainte selon laquelle elle n'a pas été nommée ou fait l'objet d'une proposition de nomination en raison d'un abus de pouvoir de la part de la Commission de la fonction publique (CFP) du fait qu'elle a choisi un processus de nomination interne annoncé ou non annoncé, selon le cas. Le Tribunal, conformément à l'art. 8 du *Règlement du Tribunal de la dotation de la*

fonction publique, DORS/2006-6, a joint les dossiers de plaintes 2006-0087 à 2006-0090 pour les besoins de l'audience et de la décision.

5 Les mesures de dotation visant M^{me} McGuinness sont pour le moins complexes. Cette complexité est attribuable au fait que la nomination intérimaire de M^{me} McGuinness faisant l'objet de la présente plainte a été précédée de deux autres mesures de dotation : une mutation et une nomination intérimaire qui ont débuté le même jour.

6 M^{me} McGuinness était vérificatrice interne au groupe et au niveau AS-04 au Service de la vérification interne du ministère de la Défense nationale (MDN). Le 13 février 2006, elle a commencé à exercer à titre intérimaire les fonctions du poste PG-04 aux Services de la logistique de la formation. L'offre écrite concernant cette nomination intérimaire a été approuvée après coup le 22 mars 2006, et est entrée en vigueur rétroactivement au 13 février 2006. La nomination intérimaire devait durer jusqu'au 27 mai 2006, en attendant l'achèvement du processus de nomination visant la dotation du poste PG-04 pour une période indéterminée.

7 Le 29 mars 2006, l'intimé a offert à M^{me} McGuinness une mutation au poste d'agente principale des contrats au groupe et au niveau PG-03 (le poste PG-03) au sein des Services de la logistique de la formation, mutation qui est entrée en vigueur rétroactivement au 13 février 2006. M^{me} McGuinness a accepté l'offre de mutation le 13 avril 2006. Toutefois, M^{me} McGuinness n'a jamais exercé les fonctions du poste PG-03 auquel elle avait été mutée, car, tel qu'indiqué plus haut, une nomination intérimaire au poste PG-04 lui a été offerte le jour où la mutation devait entrer en vigueur.

8 Étant donné que le processus visant la dotation du poste PG-04 pour une période indéterminée n'a pas été achevé dans les délais prévus, l'intimé a offert à M^{me} McGuinness une autre nomination intérimaire à ce poste pour la période du 1^{er} juin au 29 septembre 2006. L'avis de nomination intérimaire a été publié le 15 août 2006. Les plaignants ont présenté leur plainte le 18 août 2006.

Question en litige

9 Le Tribunal doit trancher la question suivante :

L'intimé a-t-il abusé de son pouvoir en juin 2006 en choisissant un processus de nomination interne non annoncé pour doter le poste PG-04 par intérim et en nommant M^{me} McGuinness à ce poste?

Résumé des éléments de preuve pertinents

10 Au moment où ils ont présenté leur plainte, les plaignants travaillaient tous pour les Services de la logistique de la formation au MDN à Halifax, au groupe et au niveau PG-02.

11 M^{me} Meade a déclaré qu'en 2002, Lila Zwicker lui avait dit qu'elle offrirait des occasions de nomination intérimaire aux employés de son unité en priorité.

12 M^{me} Zwicker, appelée à témoigner par l'intimé, est gestionnaire de la coordination des contrats au groupe et au niveau PG-05 depuis 1997. En 2004, l'intimé a ajouté à ses fonctions de nouvelles tâches qui correspondaient à elles seules à un autre poste à temps plein. Cette année-là, elle a également dû aider un autre service à mettre en place un nouveau système financier. Elle faisait plus de 100 heures supplémentaires par mois. Elle a donc créé le poste PG-04 en convertissant un des trois postes PG-03 vacants, ce qui allait lui permettre de déléguer une partie de ses tâches et d'alléger ainsi sa charge de travail.

13 M^{me} Zwicker a expliqué que trois processus de nomination annoncés avaient été effectués simultanément à l'été 2005 afin de doter des postes PG-02, PG-03 et PG-04. Elle a été membre du comité d'évaluation pour ces processus et était gestionnaire des postes à doter. Des candidats ont été retenus pour les postes PG-02, mais pas pour les postes PG-03 et PG-04.

14 M^{mes} Meade et Fry ont déclaré qu'elles avaient posé leur candidature pour les postes PG-03 et PG-04 à l'été 2005. Ni l'une ni l'autre n'a été retenue.

15 Christine Lynds, qui a été appelée à témoigner par les plaignants, est agente principale des contrats au groupe et au niveau PG-03 pour les Services de logistique de la formation et relève de M^{me} Zwicker. Elle s'est également portée candidate dans le processus de nomination visant à doter le poste PG-04 pour une période indéterminée à l'été 2005, mais s'est retirée du processus pour des raisons personnelles.

16 Les plaignants ont également cité M^{me} McGuinness à comparaître. Elle s'est aussi portée candidate dans le processus de nomination visant à doter le poste PG-04 pour une période indéterminée à l'été 2005, mais a échoué à la qualification relative aux connaissances.

17 M^{me} Zwicker a déclaré que puisque le processus annoncé pour le poste PG-04 n'avait pas donné lieu à une nomination, elle avait cherché d'autres solutions avec l'aide d'Anton Topilnyckyj, agent des ressources humaines au MDN. M. Topilnyckyj a d'abord tenté de muter des employés d'autres ministères, mais sans succès. M^{me} Zwicker a donc décidé de lancer un autre processus de nomination annoncé afin de doter le poste PG-04 pour une période indéterminée, mais elle avait besoin de quelqu'un qui l'occuperait par intérim jusqu'à la fin du processus. Pour ce faire, elle a choisi d'utiliser les résultats du processus de nomination annoncé de 2005. Elle a offert la nomination intérimaire à M^{me} McGuinness, car c'est elle qui avait obtenu la note la plus élevée dans le cadre de ce processus.

18 M^{me} Zwicker a affirmé que M^{me} McGuinness et elle avaient travaillé ensemble auparavant, mais n'entretenaient aucun rapport social à ce moment-là.

19 M^{me} Zwicker s'est adressée à John Delaney, qui était le superviseur de M^{me} McGuinness à l'époque. Il a consenti à laisser celle-ci quitter son unité pour occuper le poste PG-04 par intérim; toutefois, M^{me} Zwicker et M. Delaney n'ont pas réussi à s'entendre sur la date de début de l'intérim.

20 Les plaignants ont appelé M. Topilnyckyj comme témoin. Il a déclaré que M^{me} Zwicker avait fait une offre verbale à M^{me} McGuinness pour une nomination intérimaire au poste PG-04 en novembre 2005. Étant donné que le superviseur de M^{me} McGuinness ne pouvait fixer de date à laquelle celle-ci pourrait se joindre à l'unité

de M^{me} Zwicker, cette dernière a décidé de muter M^{me} McGuinness au poste PG-03 et de lui offrir une nomination intérimaire au poste PG-04. M. Topilnyckyj a indiqué que le poste PG-03 avait été vacant depuis au moins un an et qu'il était prévu que M^{me} McGuinness l'occuperait après son intérim au poste PG-04.

21 M^{me} McGuinness a déclaré que M^{me} Zwicker et elle avaient travaillé ensemble par le passé et que celle-ci aimait son travail. Elle a affirmé qu'en 2005, M^{me} Zwicker lui avait offert une nomination intérimaire au poste PG-04. M^{me} Zwicker avait fini par s'impatienter devant l'incapacité du superviseur de M^{me} McGuinness de fixer une date à laquelle elle pourrait se joindre à son unité. M^{me} McGuinness a affirmé qu'en janvier 2006, M^{me} Zwicker avait décidé de lui offrir une mutation au poste PG-03. M^{me} McGuinness savait qu'elle occuperait le poste PG-04 à titre intérimaire après sa mutation au poste PG-03. En outre, elle avait appris qu'elle partagerait l'intérim avec M^{me} Lynds après quatre mois. M^{me} McGuinness s'attendait à occuper le poste PG-03 une fois son intérim au poste PG-04 terminé. Pour occuper le poste PG-04 pour une période indéterminée, elle s'attendait à devoir prendre part à un processus de nomination annoncé.

22 M^{me} Zwicker a déclaré que M^{mes} Meade et Fry lui avaient demandé des possibilités d'intérim au niveau PG-04; toutefois, elles occupaient des postes PG-02, et sa politique consistait à n'offrir des nominations intérimaires qu'aux employés occupant un poste d'un niveau au-dessous de celui du poste à doter. Les employés de niveau PG-03 sont plus à même de posséder les connaissances et l'expérience requises pour exercer les fonctions du poste PG-04. M^{me} Zwicker appliquait cette politique le plus souvent possible, mais elle ne l'a pas respectée quand elle a demandé à M^{me} Lynds d'occuper son propre poste pendant un mois, même si celle-ci occupait un poste de deux niveaux au-dessous du sien. En contre-interrogatoire, M^{me} Zwicker a ajouté que dans d'autres unités, il arrive que des employés occupent par intérim des postes qui sont plus d'un niveau au-dessus du leur, parfois même trois niveaux au-dessus.

23 M. Topilnyckyj a déclaré que l'intimé n'a pas de politique sur les nominations intérimaires. Il incombe au gestionnaire de décider qui sera nommé à un poste intérimaire.

24 M^{me} Meade a appris le 25 janvier 2006 au cours d'une réunion du personnel que M^{me} McGuinness se joindrait à son unité. M^{me} Zwicker a annoncé aux personnes présentes que M^{me} McGuinness allait être mutée au poste PG-03, puis se verrait offrir une nomination intérimaire au poste PG-04. Cette annonce a outré et déçu M^{me} Meade, car elle souhaitait être nommée par intérim au poste PG-03. Plusieurs employés ont présenté un grief à l'encontre de cette mutation, lequel est toujours en cours.

25 M^{me} Fry a été mise au courant de la mutation à une réunion du personnel le 8 février 2006. En se référant aux notes qu'elle avait prises au cours de cette réunion, elle a déclaré que M^{me} Zwicker avait affirmé qu'elle essayait de ramener M^{me} McGuinness au sein de l'unité « après trois ans d'insistance » [traduction].

26 En contre-interrogatoire, M^{me} Zwicker a reconnu qu'elle avait affirmé au personnel que M^{me} McGuinness reviendrait dans l'unité « après trois ans d'insistance » [traduction]. Elle a également indiqué que, quand elle avait rencontré M^{me} McGuinness l'année précédente, elle lui avait demandé si elle était prête à revenir au sein des Services de la logistique de la formation. Cependant, elle a nié avoir créé le poste PG-04 dans l'intention de l'offrir à M^{me} McGuinness.

27 M^{me} Zwicker a indiqué qu'elle avait offert la nomination intérimaire à M^{me} Lynds au moment où celle de M^{me} McGuinness atteignait les quatre mois. M^{me} Lynds a refusé l'offre à la fin de mai 2006, indiquant qu'elle avait plusieurs projets à terminer.

28 M^{me} Lynds a déclaré que la nomination intérimaire au poste PG-04 ne lui avait été offerte qu'une fois qu'elle a présenté un grief à l'encontre de la mutation de M^{me} McGuinness. Elle a refusé l'offre, car elle estimait que M^{me} Zwicker avait été forcée de la lui faire par ses supérieurs. Elle ne croyait pas que la direction l'aurait appuyée si elle l'avait acceptée – elle aurait été condamnée à l'échec dès le départ.

29 M^{me} Lynds a affirmé que M^{me} McGuinness n'était pas qualifiée pour occuper le poste PG-04 par intérim, car elle ne possédait pas l'expérience requise. M^{me} Lynds a convenu qu'elle ignorait quelles étaient les qualifications requises pour le poste.

30 M^{me} McGuinness a déclaré qu'elle avait suivi une formation pendant qu'elle occupait le poste PG-04 par intérim. Il s'agissait davantage pour elle d'une mise à jour sur les contrats que d'une formation comme telle étant donné qu'elle avait déjà suivi des cours sur le sujet et qu'elle avait même enseigné la gestion des contrats dans le passé.

31 M^{me} Zwicker a déclaré qu'elle avait prolongé la nomination intérimaire de M^{me} McGuinness jusqu'à la fin de septembre 2006, car le processus annoncé visant à doter le poste PG-04 n'était pas terminé. Cette prolongation signifiait que la nomination intérimaire était maintenant d'une durée supérieure à quatre mois et désormais assujettie au mérite. M^{me} Zwicker a donc effectué une évaluation écrite des qualifications de M^{me} McGuinness en se fondant sur son curriculum vitæ et ce qu'elle savait de son rendement au travail. Les critères utilisés pour évaluer les qualifications de M^{me} McGuinness étaient pratiquement identiques à ceux qui avaient servi au processus annoncé visant à doter le poste pour une période indéterminée. M^{me} Zwicker a également rédigé une justification du choix d'un processus non annoncé, laquelle a été signée le 3 août 2006 par M. Dyke, qui est investi de ce pouvoir délégué. Par ailleurs, M^{me} Zwicker a souligné qu'il n'était pas rare que la justification du choix d'un processus soit signée deux mois après la mesure de dotation.

Argumentation des parties

A) Argumentation des plaignants

32 Les plaignants affirment que l'intimé a abusé de son pouvoir en nommant M^{me} McGuinness par intérim à un poste PG-04 au moyen d'un processus de nomination non annoncé. Ils soutiennent que les éléments de preuve, pris globalement, montrent que l'intimé a mis en place un stratagème visant à nommer M^{me} McGuinness à ce poste. M^{me} Zwicker tentait depuis trois ans de convaincre M^{me} McGuinness de revenir dans son unité. Le poste PG-04 a donc été créé, et M^{me} McGuinness a posé sa candidature à ce poste dans le cadre d'un processus de nomination annoncé. Malheureusement, il s'est avéré que M^{me} McGuinness ne possédait pas l'une des qualifications essentielles. L'intimé a donc muté M^{me} McGuinness à un poste PG-03

dans l'unité de M^{me} Zwicker et l'a nommée par intérim au poste PG-04 le même jour. Pendant que M^{me} McGuinness occupait le poste à titre intérimaire, l'intimé lui a fourni une formation afin d'accroître les chances que sa candidature soit retenue dans un processus futur visant la dotation pour une période indéterminée du poste PG-04.

33 Les plaignants avancent que la mutation, puis la nomination intérimaire de M^{me} McGuinness, n'étaient ni justes ni transparentes. L'intimé n'a pas informé les employés de son intention de muter M^{me} McGuinness et de lui offrir une nomination intérimaire. Ils renvoient le Tribunal au préambule de la *LEFP*, qui prévoit que « le gouvernement du Canada souscrit au principe d'une fonction publique qui [...] se distingue par ses pratiques d'emploi équitables et transparentes [...] ».

34 Les plaignants se fondent également sur le document intitulé « Modèle et lignes directrices pour la politique ministérielle » (les lignes directrices), publié par l'organisme qui s'appelait alors l'Agence de la gestion des ressources humaines dans la fonction publique du Canada, qui prévoit que les gestionnaires doivent procéder à une mutation en appliquant des principes d'emploi équitables, transparents et respectueux des employés. En omettant d'informer les employés de la mutation, l'intimé n'a pas respecté les lignes directrices. En outre, les plaignants affirment que l'intimé a également enfreint sa propre politique sur les mutations en n'informant pas les employés de son intention de muter M^{me} McGuinness au poste PG-03. Cette politique indique que les gestionnaires doivent s'assurer que les employés sont mis au courant des mutations à venir.

35 Les plaignants soutiennent que l'intimé a attendu l'entrée en vigueur de la *LEFP* actuelle, le 31 décembre 2005, avant de muter M^{me} McGuinness au poste PG-03 afin d'éviter les procédures de recours prévues par la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, R.C. 1985, ch. P-33 (l'ancienne *LEFP*). En vertu de la *LEFP* en vigueur, les employés de l'unité dans laquelle une personne est mutée n'ont pas de recours indépendant leur permettant de contester la mutation. L'intimé souhaitait également se soustraire à l'application de l'ancienne politique sur les mutations du Conseil du Trésor et à la jurisprudence se rapportant aux mutations effectuées sous le régime de l'ancienne *LEFP*. Les plaignants renvoient le Tribunal à la décision *Laidlaw c. Canada*

(*Procureur général*), [1999] A.C.F n° 566, afin d'étayer leur affirmation selon laquelle une personne ne devrait pas être mutée à un poste qu'elle n'occupera pas.

36 En se référant au témoignage de M. Topilnycky, les plaignants affirment que l'intimé n'avait aucune politique exigeant que les nominations intérimaires ne soient offertes qu'aux employés occupant un poste d'un niveau au-dessous de celui du poste à doter. Ils soulignent également que M^{me} Zwicker avait reconnu que les autres gestionnaires nommaient parfois à titre intérimaire des employés dont le poste est de trois niveaux au-dessous de celui du poste à doter.

37 Les plaignants soutiennent que l'intimé a offert une formation à M^{me} McGuinness au cours de sa nomination intérimaire au poste PG-04 afin de lui permettre d'acquérir les connaissances nécessaires pour que sa candidature soit retenue dans un futur processus de nomination visant la dotation de ce poste pour une période indéterminée.

38 En outre, les plaignants soulignent que l'intimé aurait dû afficher la nomination de M^{me} McGuinness quand celle-ci a atteint une durée supérieure à quatre mois et pouvait donc faire l'objet d'un recours.

B) Argumentation de l'intimé

39 L'intimé affirme que, dans ces plaintes, les plaignants ont axé leur argumentation sur les mutations plutôt que les nominations. Or, le Tribunal n'a pas compétence pour statuer sur les mutations.

40 L'intimé soutient qu'il avait le droit de choisir un processus non annoncé pour procéder à la nomination intérimaire. L'article 33 de la *LEFP* permet à un gestionnaire délégué de choisir entre un processus annoncé ou non annoncé en vue d'effectuer une nomination.

41 L'intimé avance que la nomination de M^{me} McGuinness n'est pas attribuable au favoritisme personnel, M^{me} Zwicker ayant déclaré qu'elle n'entretenait aucun rapport social avec M^{me} McGuinness au moment du processus de nomination.

42 L'intimé affirme qu'il n'a mis en place aucun stratagème visant à nommer M^{me} McGuinness au poste PG-04. M. Topilnyckyj a déclaré qu'il avait même tenté de recruter, sans succès, des employés d'autres ministères afin de doter ce poste.

43 De plus, l'intimé souligne que les plaignants n'ont présenté aucun élément de preuve indiquant que M^{me} McGuinness n'était pas qualifiée pour le poste.

44 L'intimé reconnaît que l'avis de nomination intérimaire de M^{me} McGuinness a été publié en retard. Toutefois, ce retard n'était pas attribuable à la mauvaise foi et n'a causé aucun préjudice aux plaignants. Si le Tribunal conclut que le retard constitue une erreur, celle-ci n'équivaudrait toutefois pas à un abus de pouvoir.

C) Argumentation de la Commission de la fonction publique

45 La CFP soutient que la majeure partie des éléments de preuve présentés par les plaignants se rapportent à la mutation de M^{me} McGuinness au poste PG-03 et à la question de savoir si celle-ci respectait la politique du ministère en matière de mutations. La CFP soutient que le Tribunal n'a pas compétence pour déterminer si la mutation était valide, mais qu'il peut examiner les mutations dans le contexte des plaintes. La CFP affirme que rien ne prouve que la mutation de M^{me} McGuinness ait été effectuée afin de contourner la *LEFP* ou les lignes directrices de la CFP.

46 En ce qui concerne la nomination intérimaire de M^{me} McGuinness au poste PG-04, la CFP estime qu'il n'y a eu aucune violation de ses lignes directrices qui soit suffisamment importante pour constituer un abus de pouvoir.

47 En outre, la CFP fait valoir que rien ne prouve que le favoritisme personnel ait joué un rôle dans la nomination intérimaire de M^{me} McGuinness.

48 Par ailleurs, la CFP soutient qu'il n'y a aucune preuve que M^{me} McGuinness ne possédait pas les qualifications essentielles pour le poste, sinon l'opinion personnelle de M^{me} Lynds sur la question. Si M^{me} McGuinness n'avait pas possédé ces qualifications, la situation se serait avérée fort préoccupante pour la CFP.

Analyse

49 La question dont est saisi le Tribunal est de déterminer si l'intimé a abusé de son pouvoir quand, en juin 2006, il a choisi un processus de nomination non annoncé afin de doter à titre intérimaire le poste PG-04 et quand il a nommé M^{me} McGuinness à ce poste.

50 Dans la décision *Clout c. le sous-ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile*, 2008 TDFP 0022, le Tribunal a établi qu'un plaignant doit prouver, selon la prépondérance des probabilités, que le choix d'un processus de nomination non annoncé constituait un abus de pouvoir.

51 L'expression « abus de pouvoir » n'est pas définie dans la *LEFP*; toutefois, l'art. 2(4) prévoit qu'elle inclut « la mauvaise foi et le favoritisme personnel ». Dans la décision *Tibbs c. le sous-ministre de la Défense nationale*, 2006 TDFP 0008, le Tribunal a jugé qu'il ressort clairement dans la *LEFP* que l'abus de pouvoir représente davantage que de simples erreurs ou omissions. Afin de déterminer si le choix de processus constitue un abus de pouvoir, le Tribunal doit examiner pourquoi et comment la décision a été prise.

52 La Cour fédérale n'a pas conclu qu'il y avait eu abus de pouvoir, mais a renvoyé les plaintes au Tribunal, affirmant que celui-ci n'avait pas tenu compte de tous les éléments de preuve dont il était saisi. La Cour s'est exprimée en ces termes :

[53] Il n'est ni nécessaire ni approprié pour moi de tirer une conclusion quant à savoir s'il y a eu quelque abus de pouvoir que ce soit dans la façon dont le Tribunal a traité les plaintes des demandeurs. Cependant, il convient de noter que l'omission de ne pas tenir compte de l'ensemble de la preuve pertinente peut constituer un abus de pouvoir selon les facteurs susmentionnés traités par M. Jones et M^{me} Villars. La question dont je suis saisi est de savoir si la décision du Tribunal respecte la norme applicable, à savoir la raisonnable, ce qui, à mon avis, n'est pas le cas.

53 La Cour fédérale a déclaré que la preuve devait être examinée selon une perspective globale, et qu'il incombait au Tribunal d'examiner dans leur ensemble les événements survenus après la mutation de M^{me} McGuinness au poste PG-03. La Cour a

explicitement souligné que le fait d'occuper le poste PG-03 avait permis à M^{me} McGuinness d'être admissible au poste PG-04 :

[54] À mon avis, le Tribunal n'a pas examiné la preuve dont il disposait au regard de l'ensemble de la situation. Le Tribunal a, de façon inappropriée, mis l'accent sur des faits isolés plutôt que de tenir compte de ce qui ressort de la situation globale au moment où M^{me} McGuinness (*sic*) a obtenu le poste par intérim PG-04, immédiatement après sa mutation au poste PG-03. Il semble que si M^{me} McGuinness n'avait pas été mutée au poste PG-03, elle n'aurait pas été admissible au poste PG-04. L'élément central de la plainte des demandeurs ne porte pas sur la mutation de M^{me} McGuinness, mais plutôt sur ce qui s'est passé après.

54 Pour en arriver à sa conclusion, le Tribunal a jugé utile et important d'examiner les deux mesures de dotation ayant précédé la nomination intérimaire de M^{me} McGuinness au poste PG-04 en juin 2006 : sa mutation au poste PG-03 et sa première nomination intérimaire au poste PG-04. Comme il sera expliqué ci-après, le Tribunal n'a pas compétence pour se prononcer sur ces mesures; néanmoins, elles font partie de la séquence d'événements ayant mené à la nomination intérimaire de M^{me} McGuinness en juin 2006, et le Tribunal doit en tenir compte dans son examen des allégations des plaignants.

55 Ainsi, conformément à la décision de la Cour fédérale, le Tribunal a examiné attentivement les éléments de preuve pertinents se rapportant au processus de nomination. Les événements ayant précédé le processus de nomination en l'espèce doivent être considérés comme des faits étroitement reliés, selon une perspective globale, que le Tribunal ait ou non compétence pour se prononcer sur eux. Après un examen de tous ces événements, le Tribunal conclut que, même s'il y a eu certaines irrégularités et que les mesures de dotation étaient complexes, il n'y a pas eu abus de pouvoir dans la nomination intérimaire de M^{me} McGuinness en juin 2006. Les motifs ayant permis au Tribunal d'en arriver à cette conclusion sont énoncés ci-après.

Mutation de M^{me} McGuinness au poste PG-03

56 Au paragraphe 9 de la décision *Smith c. le président de l'Agence des services frontaliers du Canada*, 2007 TDFP 0029, le Tribunal a indiqué qu'une plainte ne peut être présentée à l'encontre d'une mutation en vertu de l'art. 77 de la *LEFP*, car une

mutation ne constitue pas une nomination. Néanmoins, étant donné la suite d'événements ayant mené à la nomination sur laquelle porte la plainte, il est important d'examiner la décision de muter M^{me} McGuinness et de la nommer à titre intérimaire au niveau PG-04.

57 La preuve indique clairement que M^{me} Zwicker souhaitait que M^{me} McGuinness revienne aux Services de la logistique de la formation. M^{me} Zwicker avait déjà travaillé avec M^{me} McGuinness et était satisfaite de son rendement. En 2005, M^{me} Zwicker a demandé à M^{me} McGuinness si elle était prête à revenir aux Services de la logistique de la formation. Elle a également déclaré à ses employés au cours d'une réunion du personnel en février 2006 que M^{me} McGuinness revenait dans le service « après trois ans d'insistance » [traduction]. Or, le recrutement actif d'employés n'est pas inapproprié en soi. C'est la justification de la nomination d'une personne à un poste donné qui permet de déterminer s'il y a eu abus de pouvoir.

58 M^{mes} Zwicker et McGuinness ont toutes deux déclaré que M^{me} McGuinness avait été mutée au poste PG-03 le 13 février 2006. Toutefois, les éléments de preuve montrent que la mutation avait été rendue officielle deux mois après son entrée en vigueur effective (l'offre a été faite le 26 mars 2006 et acceptée le 13 avril 2006). La question de la rétroactivité de la mutation n'a été soulevée par aucune des parties à l'audience.

59 Or, selon le Tribunal, l'intimé a fourni de nombreux éléments de preuve permettant d'établir que la décision d'avoir recours à une mutation avait été prise pour des raisons opérationnelles. Ces éléments de preuve ne sont pas remis en question. Il est évident que M^{me} Zwicker avait réellement besoin de doter des postes au sein de son unité et avait fait plusieurs tentatives à cet égard, sans succès. En effet, la mutation de M^{me} McGuinness n'était pas la première solution envisagée par M^{me} Zwicker pour répondre aux besoins opérationnels de l'unité. Elle a d'abord voulu offrir à M^{me} McGuinness une nomination intérimaire au poste PG-04 alors que celle-ci occupait un poste AS-04 dans une autre unité du MDN. Toutefois, étant donné que le superviseur de M^{me} McGuinness n'arrivait pas à fixer une date où elle pourrait quitter

son unité, M^{me} Zwicker a décidé de muter celle-ci au poste PG-03 le 13 février 2006 et de la nommer à titre intérimaire au poste PG-04 le même jour.

60 Les plaignants ont fait référence à la décision *Laidlaw*, dans laquelle la Cour fédérale a conclu que le ministère avait abusé de son pouvoir en mutant un employé à un poste qu'il n'a jamais occupé. La décision *Laidlaw* a été rendue sous le régime de l'ancienne loi et n'est pas pertinente en l'espèce étant donné que la nouvelle *LEFP* ne confère pas au Tribunal la compétence de statuer sur les questions liées aux mutations. De plus, la décision *Laidlaw* diffère de la présente plainte sur le plan des faits. En ce qui concerne les raisons ayant motivé la mutation, les éléments de preuve montrent que le poste PG-03 auquel M^{me} McGuinness a été mutée devait être doté. Comme il a été mentionné plus haut, l'intimé avait déjà mené un processus de nomination annoncé visant à doter ce poste, sans retenir de candidat. Le Tribunal constate par ailleurs que, bien que M^{me} McGuinness n'ait jamais exercé les fonctions du poste PG-03, l'intimé avait l'intention de lui faire occuper le poste à la fin de sa nomination intérimaire si sa candidature n'était pas retenue dans le processus annoncé visant la dotation du poste PG-04 pour une période indéterminée.

61 Les plaignants ont également avancé que l'intimé avait attendu l'entrée en vigueur de la *LEFP* actuelle avant de muter M^{me} McGuinness au poste PG-03 afin d'éviter les droits de recours prévus par l'ancienne *LEFP*. Aucun élément de preuve n'a été fourni à l'appui de cette allégation.

Première nomination intérimaire de M^{me} McGuinness au poste PG-04

62 La première nomination intérimaire était d'une durée inférieure à quatre mois. L'article 14(1) du *Règlement sur l'emploi dans la fonction publique*, DORS/2005-334, (*REFP*) prévoit que les nominations intérimaires de moins de quatre mois sont soustraites à l'application de l'art. 77 de la *LEFP*. Dans un tel cas, le Tribunal n'a pas compétence sur la mesure de dotation. Il peut toutefois examiner cette mesure de dotation, car elle met en lumière la façon dont M^{me} McGuinness a obtenu une nomination intérimaire en juin 2006 (Voir, par exemple, la décision *Robert c. le sous-ministre de Citoyenneté et Immigration Canada*, 2008 TDFP 0020).

63 M^{me} McGuinness a commencé à exercer à titre intérimaire les fonctions du poste PG-04 le 13 février 2006, le même jour où elle a été mutée rétroactivement au poste PG-03. Cette nomination intérimaire a également été approuvée après coup : l'offre écrite a été présentée le 29 mars 2006 et signée par le gestionnaire délégué le 22 mars de la même année. Elle est entrée en vigueur rétroactivement au 13 février 2006.

64 Avant le 13 février 2006, M^{me} McGuinness ne faisait pas partie de l'unité de M^{me} Zwicker. Elle occupait un poste AS-04 dans une autre section du MDN. La mutation ayant amené M^{me} McGuinness dans l'unité de M^{me} Zwicker n'est entrée en vigueur que deux mois plus tard, bien que rétroactivement. Ainsi, M^{me} Zwicker n'a pas offert la nomination intérimaire à une personne de son unité comme elle l'avait promis à M^{me} Meade en 2002.

65 Néanmoins, le Tribunal conclut que la décision de M^{me} Zwicker d'offrir la nomination intérimaire à M^{me} McGuinness n'avait rien d'inapproprié. M^{me} Zwicker a choisi M^{me} McGuinness, car elle avait pour pratique d'offrir, si possible, les nominations intérimaires à des employés occupant un poste d'un niveau au-dessous de celui du poste à doter. Selon elle, les employés répondant à ce critère possèdent les connaissances et l'expérience nécessaires pour exercer les fonctions du poste plus élevé. Les plaignants n'ont pas reçu cette offre de nomination intérimaire étant donné qu'ils occupaient des postes de deux niveaux au-dessous de celui du poste à doter.

66 De plus, le Tribunal juge que le but de cette nomination intérimaire était de doter le poste de façon temporaire pendant le déroulement du processus de nomination visant sa dotation pour une période indéterminée. M^{me} Zwicker a choisi M^{me} McGuinness, car elle avait déjà travaillé avec elle dans le passé et était satisfaite de son rendement. M^{me} McGuinness avait également obtenu la plus haute note dans le cadre du processus de nomination annoncé infructueux réalisé afin de doter le poste PG-04 pour une période indéterminée à l'été 2005.

Décision prise en juin 2006 de lancer un processus non annoncé pour doter le poste PG-04 à titre intérimaire et de nommer M^{me} McGuinness à ce poste

67 M^{me} McGuinness a continué à exercer les fonctions du poste PG-04 à titre intérimaire du 1^{er} juin au 29 septembre 2006 en raison de la tenue d'un processus non annoncé. C'est sur cette nomination intérimaire que portent les plaintes.

68 La *LEFP* permet expressément aux gestionnaires délégataires de doter un poste au moyen d'un processus non annoncé. L'article 33 prévoit que la CFP peut choisir entre un processus annoncé ou non annoncé en vue d'effectuer une nomination, et l'art. 30(4) précise que la CFP n'est pas tenue de prendre en compte plus d'une personne pour procéder à une nomination fondée sur le mérite. En fait, la *LEFP* n'exprime aucune préférence pour l'un ou l'autre des processus.

69 Selon le Tribunal, le fait de choisir un processus non annoncé pour doter le poste PG-04 ne constituait pas un abus de pouvoir. M^{me} Zwicker a choisi un processus non annoncé parce que le processus annoncé visant à doter le poste pour une période indéterminée n'avait pas pu être achevé dans les délais prévus. Le Tribunal considère qu'il est logique de choisir un processus de nomination non annoncé pour doter un poste pour une aussi courte période.

70 Le Tribunal estime qu'il n'y a eu aucun abus de pouvoir dans la décision de nommer M^{me} McGuinness à titre intérimaire. Seules deux personnes occupaient des postes PG-03 : M^{mes} Lynds et McGuinness. M^{me} Lynds a reçu l'offre de nomination intérimaire à la fin de mai 2006, mais l'a refusée et n'a pas présenté de plainte. M^{me} Zwicker a évalué M^{me} McGuinness au regard de l'énoncé des critères de mérite et l'a jugée qualifiée. Les plaignants n'ont pas contesté le fait que M^{me} McGuinness était qualifiée pour la nomination et n'ont présenté aucun élément de preuve à cet égard, à l'exception du témoignage non fondé de M^{me} Lynds selon lequel M^{me} McGuinness n'était pas qualifiée.

71 Rien ne prouve que l'intimé ait délibérément privé les plaignants par mauvaise foi d'une occasion de nomination intérimaire. La nomination intérimaire ne leur a pas été offerte parce qu'ils occupaient des postes de deux niveaux au-dessous de celui du

poste à doter et que M^{me} Zwicker offrait des intérimis seulement aux personnes qui occupaient un poste d'un niveau au-dessous du poste à doter. L'intimé ne disposait pas d'une politique en matière de nominations intérimaires; toutefois, la pratique adoptée personnellement par M^{me} Zwicker n'était pas déraisonnable. Les éléments de preuve montrent qu'elle observait cette pratique de façon cohérente et le plus souvent possible. Les plaignants n'ont présenté aucun élément de preuve qui pourrait indiquer que la pratique adoptée par l'intimé à cet égard constituait une violation des lignes directrices de la CFP sur les nominations intérimaires ou de ses propres politiques ou directives en la matière. Le Tribunal conclut que, dans les circonstances en l'espèce, rien ne prouve que cette pratique constitue un abus de pouvoir.

72 Les plaignants soutiennent que M^{me} Zwicker a prolongé la nomination intérimaire de M^{me} McGuinness afin d'accroître ses chances d'être nommée au poste PG-04 pour une période indéterminée dans le cadre d'un futur processus de nomination. Cette allégation n'est étayée par aucun élément de preuve. M^{me} Zwicker devait doter ce poste par intérim jusqu'à ce que le processus visant à le doter pour une période indéterminée soit achevé. Cela dit, il n'y a rien de mal à offrir une possibilité d'intérim à un employé afin d'accroître ses compétences en vue de futurs processus de nomination. Bien entendu, le fait d'accorder une nomination intérimaire pour une raison inappropriée, comme pour favoriser un ami intime ou pour obtenir une faveur personnelle, constituerait un abus de pouvoir (voir la décision *Beyak c. le sous-ministre de Ressources naturelles Canada*, 2009 TDFP 0007), mais rien ne prouve que le favoritisme personnel ait joué un rôle quelconque dans la nomination de M^{me} McGuinness.

73 M^{me} Zwicker a déclaré qu'elle n'entretenait aucun rapport social avec M^{me} McGuinness au moment de la nomination intérimaire. Les plaignants n'ont présenté aucune preuve du contraire. Ainsi, rien ne prouve que M^{me} Zwicker ait entretenu une relation autre que purement professionnelle avec M^{me} McGuinness au moment de la nomination intérimaire. En outre, rien ne prouve non plus que le choix d'un processus non annoncé pour la prolongation de l'intérim ait été effectué dans le but de récompenser M^{me} McGuinness ou de s'assurer qu'elle aurait un avantage au cours d'un processus visant à doter le poste pour une période indéterminée.

74 Le fait que l'intimé ait offert une formation sur les contrats à M^{me} McGuinness ne signifie pas qu'il l'ait fait dans le cadre d'un stratagème visant à la préparer à une nomination au poste PG-04 pour une période indéterminée. Les fonctions du poste étaient liées aux contrats, et M^{me} McGuinness estimait qu'elle devait mettre à jour ses connaissances en la matière. M^{me} Lynds a également reçu une offre de formation sur les contrats en vue d'une nomination intérimaire au même poste, mais elle a refusé.

75 Le Tribunal trouve préoccupant le fait que la nomination intérimaire ait été signée par le gestionnaire délégataire le 23 juin 2006, rétroactivement au 1^{er} juin 2006. L'intimé n'a fourni aucune explication quant à ce retard. Bien que l'art. 56(1) de la *LEFP* permette les nominations rétroactives, en général, un employé ne devrait pas commencer à exercer les fonctions d'un poste avant que la mesure de dotation ne soit approuvée par la personne investie des pouvoirs délégués. En l'espèce, cette irrégularité n'avait toutefois aucune incidence sur le choix du processus ou de la personne nommée et n'est pas suffisamment sérieuse pour constituer un abus de pouvoir.

76 Les plaignants soutiennent que l'intimé a fait preuve de négligence en omettant de publier un avis concernant la nomination intérimaire de M^{me} McGuinness en temps opportun. L'article 13 du *REFP* prévoit que la CFP doit informer les personnes se trouvant dans la zone de recours de toute nomination intérimaire portant la durée cumulative de la nomination intérimaire d'une personne à quatre mois ou plus. L'intimé n'a pas expliqué clairement pourquoi l'avis avait été publié en retard quoique M^{me} Zwicker a déclaré qu'il n'était pas rare que cela se produise, et que la justification écrite expliquant pourquoi un processus non annoncé avait été utilisé n'avait été signée que le 3 août 2006 par M. Dyke, à qui ce pouvoir avait été délégué. Rien ne prouve que le fait que l'avis ait été publié en retard soit lié à une tentative de dissimuler la nomination ou d'éviter sciemment l'exercice des droits de recours. La période écoulée depuis le début du deuxième processus de nomination intérimaire était de deux mois et demi, mais l'avis a été publié dans les deux semaines suivant son approbation par M. Dyke.

77 Le Tribunal souligne qu'il est important que les gestionnaires suivent rigoureusement les exigences du *REFP* concernant la notification. Les employés ont le droit d'être informés d'une nomination intérimaire au moment où elle est effectuée, et non après coup. Cependant, en l'espèce, cette omission n'est pas suffisamment sérieuse pour constituer un abus de pouvoir. Selon M^{me} Zwicker, ce genre de retard n'est pas inhabituel et, bien que le Tribunal ne l'excuse pas, les plaignants en l'espèce n'ont subi aucun préjudice et ont été en mesure d'exercer leur droit de porter plainte. Comme il a été mentionné au paragraphe 65 de la décision *Tibbs*, il ressort clairement du préambule et de la *LEFP* dans son ensemble que l'intention du législateur était qu'il fallait plus que de simples erreurs ou omissions pour constituer un abus de pouvoir.

78 En résumé, les éléments de preuve montrent que le processus ayant mené à la nomination intérimaire de juin 2006 était complexe. Néanmoins, examinés dans leur ensemble, ils révèlent que la nomination intérimaire de M^{me} McGuinness au poste PG-04 en juin 2006 n'allait pas à l'encontre de la *LEFP* ni du *REFP*. Au départ, M^{me} Zwicker souhaitait nommer directement M^{me} McGuinness à titre intérimaire au poste PG-04 quand celle-ci occupait un poste AS-04 dans une autre unité du MDN. C'est parce que le superviseur de M^{me} McGuinness n'arrivait pas à fixer une date où elle pourrait quitter son unité que M^{me} Zwicker a décidé de muter celle-ci au poste PG-03 et de la nommer au poste PG-04 à titre intérimaire le même jour. La mutation de M^{me} McGuinness au poste PG-03 constituait donc un moyen de lui permettre d'être nommée par intérim au poste PG-04. Bien que la décision de nommer M^{me} McGuinness au poste PG-04 à titre intérimaire ait découlé d'un certain nombre de mesures, celles-ci ont été prises de façon transparente et la décision n'était pas inappropriée. En juin 2006, la première nomination intérimaire a été prolongée, car le processus visant à doter le poste PG-04 pour une période indéterminée n'était pas terminé. Par conséquent, cette nomination intérimaire ne constituait en aucun cas un abus de pouvoir.

79 En conclusion, bien qu'il soit préoccupé par le caractère rétroactif de la nomination intérimaire de juin 2006 et le fait que l'avis de nomination a été affiché en retard, le Tribunal conclut que rien ne prouve que l'intimé ait abusé de son pouvoir en

choisissant un processus de nomination non annoncé pour procéder à cette nomination et en nommant M^{me} McGuinness à ce poste.

Décision

80 Pour tous les motifs susmentionnés, les plaintes sont rejetées.

John Mooney
Vice-président

Parties au dossier

Dossiers du Tribunal :	2006-0087, 0088, 0089 et 0090
Intitulé de la cause :	<i>Thomas A.C. Brown, Gloria W. Fry, Toby Lynne Meade et Joy H. Hubley et le sous-ministre de la Défense nationale</i>
Audience :	Les 14 et 15 janvier 2010 Halifax (Nouvelle-Écosse)
Date des motifs :	13 août 2010
COMPARUTIONS	
Pour les plaignants :	Alan Phillips
Pour l'intimé :	Pierre Marc Champagne
Pour la Commission de la fonction publique :	Lili Ste-Marie