

Ian V. MacDonald (Applicant)

v.

Appeal Board established by the Public Service Commission (Respondent)

Court of Appeal, Jackett C.J., Thurlow and Pratte JJ.—Ottawa, October 16, 1973.

Public Service—Appeal board—Whether Public Service Commission may appoint one of its officers to hear an appeal—Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 21.

The mere fact that the Public Service Commission appoints one of its officers as the board required by section 21 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, to hear an appeal against an appointment to the Public Service is not sufficient to invalidate its decision.

APPLICATION.

COUNSEL:

J. D. Richard and *George Hynna* for applicant.

Peter McInenly for respondent.

SOLICITORS:

Gowling and *Henderson*, Ottawa, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

JACKETT C.J. (orally)—Two section 28 applications by the same applicant have been heard together. In each case the applicant seeks to have set aside a decision of a board established for the purposes of section 21 of the *Public Service Employment Act* to hear an “appeal” of the applicant against appointments about to be made as the result of a competition in which the applicant was an unsuccessful candidate.

Section 21 of the *Public Service Employment Act* reads as follows:

21. Where a person is appointed or is about to be appointed under this Act and the selection of the person for appointment was made from within the Public Service

(a) by closed competition, every unsuccessful candidate, or

Ian V. MacDonald (Requérant)

c.

Le comité d’appel établi par la Commission de la Fonction publique (Intimé)

Cour d’appel, le juge en chef Jackett, les juges Thurlow et Pratte—Ottawa, le 16 octobre 1973.

Fonction publique—Comité d’appel—La Commission de la Fonction publique peut-elle nommer un de ses fonctionnaires pour entendre un appel—Loi sur l’emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, c. P-32, art. 21.

Le seul fait que la Commission de la Fonction publique nomme un de ses fonctionnaires pour constituer le comité prévu à l’article 21 de la *Loi sur l’emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-32, pour entendre un appel interjeté d’une nomination à un emploi de la Fonction publique, ne peut justifier l’annulation de la décision de ce comité.

d REQUÊTE.

AVOCATS:

J. D. Richard et *George Hynna* pour le requérant.

e *Peter McInenly* pour l’intimé.

PROCUREURS:

f *Gowling* et *Henderson*, Ottawa, pour le requérant.

Le sous-procureur général du Canada pour l’intimé.

g LE JUGE EN CHEF JACKETT (oralement)—Ces deux requêtes fondées sur l’article 28 et présentées par la même personne, ont été entendues ensemble. Chaque requête vise à obtenir l’annulation d’une décision d’un comité établi en vertu de l’article 21 de la *Loi sur l’emploi dans la Fonction publique*, pour entendre un «appel» interjeté par le requérant à l’encontre de nominations sur le point d’être faites à la suite d’un concours auquel il n’a pas été reçu.

i L’article 21 de la *Loi sur l’emploi dans la Fonction publique* est rédigé comme suit:

21. Lorsque, en vertu de la présente loi, une personne est nommée ou est sur le point de l’être et qu’elle est choisie à cette fin au sein de la Fonction publique

j a) à la suite d’un concours restreint, chaque candidat non reçu, ou

(b) without competition, every person whose opportunity for advancement, in the opinion of the Commission, has been prejudicially affected,

may, within such period as the Commission prescribes, appeal against the appointment to a board established by the Commission to conduct an inquiry at which the person appealing and the deputy head concerned, or their representatives, are given an opportunity of being heard, and upon being notified of the board's decision on the inquiry the Commission shall,

(c) if the appointment has been made, confirm or revoke the appointment, or

(d) if the appointment has not been made, make or not make the appointment,

accordingly as the decision of the board requires.

The sole fact on which the applicant bases his section 28 applications is that, in each case, the Public Service Commission, acting by the Director of its Appeal Branch, appointed an officer of the Public Service Commission as the "Board" required by section 21 to conduct an "inquiry".¹

Based on that fact, the applicant, by his Memorandum of Points of Argument in this Court, makes the following submissions:

1. he says that the sole member of the appeal "board" in each case was "disqualified by reason of interest and likelihood of bias because he was an officer or employee of the Public Service Commission"; and

2. he says that "it is inherent" in section 5 of the Act that appeal boards established to hear section 21 appeals be independent of the Public Service Commission, that the Commission's powers in relation to these "appeals" is confined "to establishing the board" and that "it necessarily follows that the Commission may not appoint its own officers or employees to sit on such appeals and render decisions thereon".

The applicant's arguments in support of these submissions are as follows:

It is a principle of common law that no man may be judge in his own cause. Although Parliament is competent to make a person judge in his own cause, it is necessary that legislation intended to do so be clear and unambiguous. It is submitted that Section 5(d), far from being able to bear such a construction, clearly is intended to set up an independent board. The Courts will uphold the common law tradition against

b) sans concours, chaque personne dont les chances d'avancement, de l'avis de la Commission, sont ainsi amoindries,

peut, dans le délai que fixe la Commission, en appeler de la nomination à un comité établi par la Commission pour faire une enquête au cours de laquelle il est donné à l'appelant et au sous-chef en cause, ou à leurs représentants, l'occasion de se faire entendre. La Commission doit, après avoir été informée de la décision du comité par suite de l'enquête,

c) si la nomination a été faite, la confirmer ou la révoquer, ou

d) si la nomination n'a pas été faite, la faire ou ne pas la faire,

selon ce que requiert la décision du comité.

Le requérant a fondé ses requêtes en vertu de l'article 28 sur le seul fait que, dans chaque cas, le directeur de la Direction des appels, au nom de la Commission de la Fonction publique, a nommé un fonctionnaire employé par ladite Commission pour constituer le «comité» devant faire «enquête» aux termes de l'article 21.¹

En se basant sur ce fait, le requérant, dans son exposé des points d'argument présenté devant cette Cour, allègue ce qui suit:

1. que le seul membre du «comité» d'appel, dans chacun des cas, est «inapte parce qu'ayant un intérêt ou par suite d'une vraisemblance de partialité, du fait qu'il est fonctionnaire ou employé par la Commission de la Fonction publique»; et

2. qu'il «découle nécessairement» de l'article 5 de la loi que les comités d'appel établis pour entendre des appels en vertu de l'article 21, doivent être indépendants de la Commission de la Commission publique, que les pouvoirs de la Commission concernant ces «appels» se limitent à «établir le comité» et qu'«il s'ensuit nécessairement que la Commission ne doit pas nommer ses propres fonctionnaires ou employés pour entendre ces appels et statuer sur ceux-ci».

A l'appui de ces thèses, le requérant présente les arguments suivants:

[TRADUCTION] En *common law*, il est admis que personne ne peut être à la fois juge et partie. Bien que le Parlement ait le pouvoir de faire en sorte qu'une personne soit à la fois juge et partie, il est nécessaire que la législation à cet effet soit claire et sans ambiguïté. L'article 5d) ne peut certainement pas être interprété de la sorte; il a pour but évident la création d'un comité indépendant. Les tribunaux maintien-

making a man a judge in his own cause by declining to accept such a construction of a statute if its wording is open to another construction.

In my view, the submissions of the applicant misconceive the nature of the proceedings under section 21 of the *Public Service Employment Act* and, indeed, are based on a lack of appreciation of the general scheme of the Act and of the constitution and duties of the Public Service Commission. Before considering the applicant's submissions, therefore, it is necessary to review the relevant parts of the Act.

The Public Service Commission is an independent commission. See section 3 of the Act, which reads in part as follows:

3. (1) There shall be a Commission, to be called the Public Service Commission, consisting of a Chairman and two other members to be appointed by the Governor in Council.

(2) Subject to this section, a commissioner holds office during good behaviour for a period of ten years, but may be removed at any time by the Governor in Council upon address of the Senate and House of Commons.

To this independent commission is assigned the exclusive authority to make appointments to the various parts of the Public Service. See section 8, which reads as follows:

8. Except as provided in this Act, the Commission has the exclusive right and authority to make appointments to or from within the Public Service of persons for whose appointment there is no authority in or under any other Act of Parliament.

The fundamental objective of this method of appointment is to establish and maintain what is commonly referred to as the "merit" system. See section 10, which reads, in part:

10. Appointments to or from within the Public Service shall be based on selection according to merit

The Commission is given almost a complete discretion as to how to accomplish its statutory task. Refer again to section 10, the relevant part of which reads:

dront cette tradition de la *common law* de ne pas permettre à une personne d'être juge et partie, en refusant d'admettre une telle interprétation d'un texte législatif pouvant être interprété différemment.

a A mon avis, la thèse du requérant résulte d'une conception erronée de la nature des procédures prévues à l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et, en fait, d'une méconnaissance de l'économie de la loi ainsi que de la constitution et des devoirs de la Commission de la Fonction publique. Avant d'examiner les thèses du requérant, il faut d'abord considérer les dispositions pertinentes de la loi.

c La Commission de la Fonction publique est un organisme indépendant. Voir l'article 3 de la loi, qui se lit en partie comme suit:

d 3. (1) Est instituée une commission appelée Commission de la Fonction publique et composée d'un président et de deux autres membres que nomme le gouverneur en conseil.

e (2) Sous réserve du présent article, un commissaire reste en fonction, sauf mauvaise conduite, pendant dix ans, mais peut être révoqué en tout temps par le gouverneur en conseil, sur une adresse du Sénat et de la Chambre des communes.

f A cette commission indépendante est attribuée l'autorité exclusive de nommer aux divers postes de la Fonction publique. Voir l'article 8 qui est rédigé comme suit:

g 8. Sous réserve de la présente loi, la Commission possède de façon exclusive le droit et l'autorité de nommer à des postes de la Fonction publique des personnes qui sont déjà membres de la Fonction publique ou qui n'en font pas partie, dont aucune autre loi du Parlement n'autorise ou ne prévoit la nomination.

h L'objectif fondamental de cette méthode de nomination est d'établir et de maintenir ce qui est communément appelé le système du «mérite». Voir l'article 10, rédigé en partie comme suit:

i 10. Les nominations à des postes de la Fonction publique, faites parmi des personnes qui en sont déjà membres ou des personnes qui n'en font pas partie, doivent être faites selon une sélection établie au mérite

j La Commission a un pouvoir quasi discrétionnaire quant à la manière d'accomplir cette tâche prévue par la loi. Voir à nouveau l'article 10, en particulier le passage suivant:

10. Appointments . . . shall be made by the Commission . . . by competition or by such other process of personnel selection designed to establish the merit of candidates as the Commission considers is in the best interests of the Public Service.

As I indicated in *Brooker v. Attorney General of Canada* [1973] F.C. 327, it must be clear that Parliament did not have in mind that the Commission itself, which consists of only three members, would personally run every competition and personally carry on the mechanics of each of the other processes of personnel selection that might be adopted. Obviously, the size of the Public Service when the *Public Service Employment Act* was adopted in 1967 was such that Parliament must have intended that those three members utilize the services of a very large number of other persons in the selection processes. If this were otherwise in doubt, it is made clear by section 12 of the Act, which authorizes the Commission "in determining . . . the basis of assessment of merit in relation to any position" to "prescribe selection standards . . ." It is clear, I think, that such persons might be either officers or employees of the Commission or persons employed by the Commission on contract (section 5(c)). Furthermore the Commission may delegate its appointment authority to the departments for whom the appointments are to be made (section 6) and, as this Court held in the *Brooker* case (*supra*) the persons utilized in the selection process may be recruited from within or without the Public Service.

What is envisaged by the *Public Service Employment Act* are selections and appointments made, in part, by a large organization operating under the authority of the Commission and in part by the various departments under authorizations from the Commission, subject to such directions and standards as are established by the Commission. It is in the light of that statutory scheme that consideration must be given to the requirements of section 21, which is repeated here, in part, for convenience.

10. Les nominations . . . La Commission les fait . . . à la suite d'un concours, ou selon telle autre méthode de sélection du personnel établie afin de déterminer le mérite des candidats que la Commission estime la mieux adaptée aux intérêts de la Fonction publique.

^a Comme je l'ai indiqué dans l'affaire *Brooker c. Le procureur général du Canada* [1973] C.F. 327, il faut rappeler que le Parlement n'avait certainement pas l'intention de charger la Commission elle-même, constituée de seulement trois membres, de l'organisation de chaque concours et de l'application de toutes les autres méthodes de sélection du personnel qu'elle pouvait éventuellement choisir. Il est évident que ^b l'effectif de la Fonction publique en 1967, moment où la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* a été adoptée, était si considérable que le Parlement avait nécessairement envisagé que les trois commissaires auraient recours aux services d'un grand nombre de personnes pour procéder à la sélection. Si l'on pouvait encore douter de cette intention, elle ressort clairement de l'article 12 de la loi, qui autorise la Commission, «en déterminant . . . le principe de l'évaluation du mérite en ce qui concerne tout poste», à «prescrire des normes de sélection . . .» Il est évident, à mon avis, que ces personnes peuvent être soit des fonctionnaires ou des employés de la Commission, soit des personnes employées par la Commission en vertu d'un contrat (article 5c)). En outre, la Commission peut déléguer son autorité en matière de nomination aux divers ministères pour lesquels les nominations doivent être faites ^c (article 6) et, comme la Cour l'a décidé dans l'affaire *Brooker* (précitée), les personnes chargées de la sélection peuvent être recrutées à l'intérieur comme à l'extérieur de la Fonction ^d publique.

^e La *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* envisage en fait des selections et des nominations faites, d'une part, par une organisation importante fonctionnant sous l'autorité de la Commission et, d'autre part, par divers ministères qui y sont autorisés par la Commission, sous réserve des directives et des normes établies par elle. C'est à la lumière de cette analyse qu'il faut ^f examiner les dispositions de l'article 21, que je répète en partie, pour plus de commodité:

21. Where a person is appointed or is about to be appointed under this Act and the selection of the person for appointment was made from within the Public Service

(a) by closed competition, every unsuccessful candidate,

may, within such period as the Commission prescribes, appeal against the appointment to a board established by the Commission to conduct an inquiry at which the person appealing and the deputy head concerned, or their representatives, are given an opportunity of being heard, and upon being notified of the board's decision on the inquiry the Commission shall,

(c) if the appointment has been made, confirm or revoke the appointment, or

(d) if the appointment has not been made, make or not make the appointment,

accordingly as the decision of the board requires.

To appreciate the true legislative purpose of section 21, the situation in which it operates must be got into perspective. The independent Commission whose function is to make the merit system work is required to organize an operation in which many different people apply selection methods and make appointments in all the different branches of the Public Service throughout Canada. The actual selection processes and appointments are not, and in the nature of things cannot be, carried on by, or under the immediate supervision of, the three members of the Commission. There is such a volume of such operations that there are bound to be mistakes and any process of investigating to locate such mistakes must also be on such a scale that it cannot be carried on by the three Commissioners personally.

What section 21 contemplates, therefore, is that an unsuccessful candidate may "appeal" against an appointment or proposed appointment and that, when there is such an appeal, the Commission will establish a "board" to "conduct an inquiry" with regard thereto. It is clear from the various applications that have been made to this Court that, to enable it to discharge this duty, the Public Service Commission has set up an organization of Appeals Officers whose task is to conduct section 21 inquiries. In my view, that is what is contemplated by the statute and I see no incompatibility at all between selection and appointment officers on the one hand and appeals officers on the other hand all operating under the authority of the

21. Lorsque, en vertu de la présente loi, une personne est nommée ou est sur le point de l'être et qu'elle est choisie à cette fin au sein de la Fonction publique

a) à la suite d'un concours restreint, chaque candidat non reçu,

a

peut, dans le délai que fixe la Commission, en appeler de la nomination à un comité établi par la Commission pour faire une enquête au cours de laquelle il est donné à l'appelant et au sous-chef en cause, ou à leurs représentants, l'occasion de se faire entendre. La Commission doit, après avoir été informée de la décision du comité par suite de l'enquête,

b

c) si la nomination a été faite, la confirmer ou la révoquer, ou

d) si la nomination n'a pas été faite, la faire ou ne pas la faire,

c

selon ce que requiert la décision du comité.

Pour rendre compte du but véritable, du point de vue législatif, de l'article 21, il faut avoir à l'esprit son contexte d'application. La Commission indépendante chargée de faire fonctionner le système du mérite doit créer une organisation dans laquelle des personnes très différentes appliquent les méthodes de sélection et font des nominations dans les divers secteurs de la Fonction publique à travers le Canada. La sélection elle-même et les nominations ne sont pas à la charge ou sous la surveillance directe des trois membres de la Commission; il va de soi que ce n'est pas possible. L'importance de ces opérations est telle qu'il y a certainement des erreurs et toutes les procédures d'enquête visant à déterminer ces erreurs sont aussi sur une telle échelle qu'elles ne peuvent être effectuées par les trois commissaires eux-mêmes.

d

e

f

g

L'article 21 prévoit donc qu'un candidat non reçu peut faire «appel» d'une nomination, actuelle ou projetée. Si un appel est interjeté, la Commission devra établir un «comité» devant «faire une enquête» à ce sujet. Au vu des différentes requêtes soumises à cette Cour, il apparaît que la Commission de la Fonction publique, afin de pouvoir remplir ses fonctions, a établi un organisme dans lequel des agents d'appel conduisent les enquêtes prévues à l'article 21. C'est à mon avis ce qu'envisage la loi et je ne vois aucune contradiction dans le fait que les fonctionnaires chargés de la sélection et des nominations et ceux qui sont chargés des appels relèvent tous de l'autorité de la Commission de la Fonction publique. Il faut rappeler que la Com-

h

i

j

Public Service Commission. It must be remembered that the Commission is an independent commission established to make the "merit" system work and that the appointment function and the appeal function are different stages of the "merit" system. Under section 21 the subject matter of the inquiry to be made by the Appeal Board is not an issue between the appellant and the Commission, nor is it a *lis* in respect of which the Commission has a position or a decision to defend against the complaint of the appellant. The Commission's sole interest in the matter is to ensure that the "merit" system is working as it ought to work.

I am satisfied, therefore, that the mere fact that the Boards set up under section 21 are composed of members of the Public Service Commission staff is not sufficient to invalidate their decisions. In the circumstances, it is not necessary to express any opinion as to whether the principles concerning "bias" in connection with judicial and quasi-judicial tribunals have any application to boards set up under section 21. Compare *Franklin v. Minister of Town and Country Planning* [1948] A.C. 87 and *B. Johnson & Co. (Builders) Ltd. v. Minister of Health* [1947] 2 All E.R. 395.

I am of opinion that the application should be dismissed.

* * *

THURLOW and PRATTE JJ. concurred.

¹ In particular, it should be noted that there is no suggestion of actual "bias" in either of these cases.

mission est un organisme indépendant établi pour faire fonctionner le système du «mérite» et que la nomination, d'une part, et l'appel, d'autre part, ne sont que des étapes dans la mise en œuvre du système. En vertu de l'article 21, l'objet de l'enquête devant être effectuée par le comité d'appel n'est pas un litige entre l'appellant et la Commission. Ce n'est pas non plus un litige dans lequel la Commission aurait un point de vue ou une décision à défendre à l'encontre des vues de l'appellant. Le seul rôle de la Commission en la matière est de s'assurer que le système du «mérite» fonctionne correctement.

^c Je suis donc convaincu que le simple fait que les comités établis en vertu de l'article 21 sont composés de membres du personnel de la Commission de la Fonction publique ne peut justifier l'annulation de leurs décisions. Dans les circonstances, il n'est pas nécessaire de donner un avis sur la question de savoir si les principes concernant la «partialité» et relatifs à des organismes judiciaires ou quasi judiciaires s'appliquent en quelque manière aux comités établis en vertu de l'article 21. Comparez les arrêts *Franklin c. Minister of Town and Country Planning* [1948] A.C. 87 et *B. Johnson & Co. (Builders) Ltd. c. Le ministre de la Santé* [1947] 2 All E.R. 395.

Je suis d'avis que la requête doit être rejetée.

* * *

^g LES JUGES THURLOW et PRATTE ont souscrit à l'avis.

^h Il faut remarquer que personne n'allègue une quelconque «partialité» réelle dans aucun des cas.