

A-553-84

A-553-84

**Ronald Sorobey and Saul Popoch (*Applicants*)**

v.

**Public Service Commission Appeal Board (*Respondent*)**

INDEXED AS: SOROBEY v. CANADA (PUBLIC SERVICE COMMISSION APPEAL BOARD)

Court of Appeal, Hugessen, MacGuigan and Lacombe JJ.—Ottawa, October 1, 1986

*Judicial review — Applications to review — Application to set aside Board's decision — Unsuccessful candidates for positions of senior program officer alleging some successful candidates having prior knowledge of general nature of questions — Successful candidates intervening, giving their version of facts at Appeal Board hearing — Becoming witnesses — Applicants seeking to cross-examine — Board asking intervenants if prepared to answer questions — Intervenants refusing — Fairness requiring opportunity to test evidence by cross-examination — By inviting witnesses to decline to submit to cross-examination, Board failing to give applicants fair hearing — Court unprepared to assess consequence of breach — Application allowed — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28 — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 21.*

*Public Service — Appeals — Unsuccessful candidates in closed competition appealing to Public Service Commission Appeal Board — Board hearing evidence from successful candidates — Cross-examination not permitted — Denial of fairness — Board's decision set aside — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32 s. 21.*

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## FOLLOWED:

*Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643.

## DISTINGUISHED AND DOUBTED:

*Schaaf v. Minister of Employment and Immigration*, [1984] 2 F.C. 334; (1984), 52 N.R. 54 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Perry v. Public Service Commission Appeal Board*, [1980] 1 S.C.R. 316; *Schwartz v. R.*, [1982] 1 F.C. 386 (C.A.).

**Ronald Sorobey et Saul Popoch (*requérants*)**

c.

**Le Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique (*intimé*)**

RÉPERTORIÉ: SOROBEY c. CANADA (COMITÉ D'APPEL DE LA COMMISSION DE LA FONCTION PUBLIQUE)

Cour d'appel, juges Hugessen, MacGuigan et Lacombe—Ottawa, 1<sup>er</sup> octobre 1986.

*Contrôle judiciaire — Demandes d'examen — Demande d'annulation de la décision du comité — Des candidats malheureux à un concours visant à combler des postes d'agents principaux de programme ont allégué que quelques-uns des candidats heureux connaissaient à l'avance la nature générale des questions — Des candidats heureux sont intervenus et ont donné leur version des faits à l'audience du comité d'appel — Ils sont devenus des témoins — Les requérants ont tenté de les contre-interroger — Le comité d'appel a demandé aux intervenants s'ils étaient disposés à répondre à des questions — Chacun a refusé — L'équité exigeait que les requérants puissent mettre les témoignages à l'épreuve par voie de contre-interrogatoire — En invitant les témoins à refuser de se soumettre à un contre-interrogatoire, le comité n'a pas accordé aux requérants une audition équitable — La Cour n'est pas disposée à apprécier les conséquences de l'erreur — Demande accueillie — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 28 — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 21.*

*Fonction publique — Appels — Les candidats malheureux à un concours restreint interjetent appel devant un comité d'appel de la Fonction publique — Le comité reçoit les dépositions des candidats heureux — Le contre-interrogatoire n'est pas permis — Déni d'équité — Annulation de la décision du comité — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 21.*

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION SUIVIE:

*Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643.

## DISTINCTION FAITE AVEC LA DÉCISION SUIVANTE, QUI EST MISE EN DOUTE:

*Schaaf c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1984] 2 C.F. 334; (1984), 52 N.R. 54 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Perry c. Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*, [1980] 1 R.C.S. 316; *Schwartz c. R.*, [1982] 1 C.F. 386 (C.A.).

## COUNSEL:

*Andrew J. Raven* for applicants.  
*Dogan Akman* for respondent.

## SOLICITORS:

*Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady, Morin, Ottawa*, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*The following are the reasons for judgment of the Court delivered orally in English by*

HUGESSEN J.: This is a section 28 application to review and set aside a decision of an appeal board constituted under section 21 of the *Public Service Employment Act* (R.S.C. 1970, c. P-32). The applicants had been unsuccessful candidates in a closed competition held to establish an eligible list for appointment to a number of new positions of senior program officer in the Department of National Revenue, Customs and Excise.

The Appeal Board hearing, together with two related matters heard at the same time, extended over ten days. One of the applicants' allegations before the Board was that some of the successful candidates had had an unfair advantage in the selection process through having had prior knowledge of the general nature, if not necessarily of the details, of the questions to be asked and that this had resulted in the applicants' being excluded through failure to obtain a sufficiently high mark in the written examination. On the seventh day of the hearing, four of the successful candidates appeared and intervened. They did not, as they might have, limit themselves to simple commentaries or representations with regard to the applicants' case but also gave their own versions of the facts. In a word, they became witnesses. The applicants' representative sought to cross-examine them but, before he could do so, the Appeal Board asked each intervenant if he would be prepared to answer questions. Each refused and was then excused by the Board.

## AVOCATS:

*Andrew J. Raven* pour les requérants.  
*Dogan Akman* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

*Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady, Morin, Ottawa*, pour les requérants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience par*

LE JUGE HUGESSEN: La Cour est saisie d'une demande fondée sur l'article 28 tendant à l'examen et à l'annulation de la décision d'un comité d'appel établi en vertu de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* (S.R.C. 1970, chap. P-32). Les requérants étaient des candidats malheureux à un concours restreint visant à établir une liste d'admissibilité à un certain nombre de nouveaux postes d'agents principaux de programmes au ministère du Revenu national, Douanes et Accise.

L'audience du comité d'appel, au cours de laquelle deux affaires connexes ont aussi été entendues, a duré dix jours. Les requérants ont notamment allégué devant le comité que quelques-uns des candidats heureux avaient été injustement favorisés dans le processus de sélection parce qu'ils connaissaient la nature générale sinon nécessairement les détails des questions qui allaient être posées et qu'en conséquence, les requérants avaient échoué faute d'obtenir des notes suffisamment élevées à l'écrit. Au cours du septième jour de l'audience, quatre candidats heureux ont comparu et sont intervenus. Ils ne se sont pas limités, comme ils auraient pu le faire, à de simples remarques et observations relatives aux prétentions des requérants, mais ils ont également donné leur version des faits. Bref, ils sont devenus des témoins. Le représentant des requérants a tenté de les contre-interroger, mais avant qu'il puisse le faire, le comité d'appel a demandé à chacun des intervenants s'il serait disposé à répondre à des questions. Chacun d'eux a refusé et a été aussitôt autorisé par le comité à se retirer.

It is settled law that fairness required that the successful candidates be given notice of the Appeal Board hearing and an opportunity to intervene therein if they so wished.<sup>1</sup> The opposite side of that coin must surely be that, if such intervention takes the form, as it did here, of the successful candidates offering their own evidence on some of the questions in issue, the applicants must be given the opportunity to test that evidence in the usual way, that is by cross-examination. The question is not to know whether the Appeal Board could oblige the intervenants, or anyone else, to testify; they chose to do so voluntarily. Nor is it to know whether the Appeal Board could force them to answer questions to which they objected; the applicants were never given the opportunity to put any questions. They were foreclosed from doing so by what may fairly be interpreted as an invitation from the Appeal Board to the witnesses to decline to submit themselves to cross-examination. If, as the Board seemed to think, it did not have the power to oblige the witnesses to submit to cross-examination on matters which were relevant to the enquiry, then it should have advised them that their evidence-in-chief would be regarded as having little or no weight and acted accordingly. By acting as it did, the Appeal Board failed to give the applicants the fair hearing to which they were entitled.

Nor are we prepared to say, as invited by the respondent, that this breach is of no consequence. The evidence offered by the intervenants, as we have said, bore, at least in part, upon questions which were in issue before the Appeal Board. It is simply impossible to say what might have come out if they had been cross-examined on those questions. As has recently been stated by high authority,

... the denial of a right to a fair hearing must always render a decision invalid, whether or not it may appear to a reviewing court that the hearing would likely have resulted in a different decision.

(*Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at page 661).

<sup>1</sup> See *Perry v. Public Service Commission Appeal Board*, [1980] 1 S.C.R. 316; *Schwartz v. R.*, [1982] 1 F.C. 386 (C.A.).

Il est bien établi en droit qu'en toute justice les candidats heureux devaient être avisés de l'audience du comité d'appel et avoir la possibilité d'y intervenir s'ils le souhaitaient<sup>1</sup>. L'envers de la médaille doit sûrement exiger que dans l'éventualité où une telle intervention se manifeste, comme c'est le cas en l'espèce, par le témoignage des candidats heureux sur certaines des questions en litige, la possibilité doit s'offrir aux requérants de mettre ce témoignage à l'épreuve de la façon habituelle, c'est-à-dire par voie de contre-interrogatoire. La question n'est pas de savoir si le comité d'appel pouvait contraindre les intervenants, ou qui que ce soit d'autre, à témoigner; ils l'ont fait volontairement. Il ne s'agit pas non plus de savoir si le comité d'appel pouvait les forcer à répondre à des questions auxquelles ils s'opposaient; les requérants n'ont jamais eu la possibilité de poser des questions. Ils en ont été empêchés par ce que l'on peut justement interpréter comme une invitation de la part du comité d'appel aux témoins à refuser de se soumettre à un contre-interrogatoire. Si, comme semble le croire le comité d'appel, ce dernier n'était pas habilité à contraindre les témoins à se soumettre à un contre-interrogatoire sur des questions pertinentes à l'enquête, il aurait dû alors les aviser que leur témoignage principal serait considéré comme ayant peu de valeur ou aucune, et agir en conséquence. En agissant comme il l'a fait, le comité n'a pas accordé aux requérants l'audition équitable à laquelle ils avaient droit.

Nous ne sommes pas non plus disposés à dire, comme nous y incite l'intimé, que cette erreur est de peu de conséquence. Le témoignage des intervenants, comme nous l'avons dit, portait, du moins en partie, sur des questions en litige devant le comité d'appel. Il est tout simplement impossible de savoir ce qui se serait produit s'ils avaient été contre-interrogés sur ces questions. Comme l'a dit récemment une haute instance:

... la négation du droit à une audition équitable doit toujours rendre une décision invalide, que la cour qui exerce le contrôle considère ou non que l'audition aurait vraisemblablement amené une décision différente.

(*Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la page 661).

<sup>1</sup> Voir *Perry c. Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*, [1980] 1 R.C.S. 316; *Schwartz c. R.*, [1982] 1 C.F. 386 (C.A.).

Whether or not the decision of this Court in *Schaaf v. Minister of Employment and Immigration*, [1984] 2 F.C. 334; (1984), 52 N.R. 54 (C.A.), can survive the *Cardinal* decision, it is clear that *Schaaf* is limited to a situation where the alleged errors [at pages 341 F.C.; 58 N.R.]

... could not and did not have any effect upon the outcome of the inquiry

and were therefore not errors committed "in making" the decision within the meaning of paragraph 28(1)(b) of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10]. That is a far cry from the present case.

The section 28 application must be allowed, the impugned decision set aside, and the matter referred back to the Commission for it to establish a new appeal board pursuant to section 21 of the *Public Service Employment Act*.

Que la décision de cette Cour dans l'affaire *Schaaf c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1984] 2 C.F. 334; (1984), 52 N.R. 54 (C.A.) devienne ou non caduque à la suite de l'arrêt *Cardinal*, il est clair que l'arrêt *Schaaf* se limite aux circonstances où les erreurs alléguées [aux pages 341 C.F.; 58 N.R.]

... n'ont pu avoir et n'ont eu aucun effet sur l'issue de l'enquête

et où elles n'ont donc pas «entaché[e]» la décision rendue au sens de l'alinéa 28(1)b) de la *Loi sur la Cour fédérale* [R.C.S. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10]. Ce qui est loin de la situation en l'espèce.

La demande fondée sur l'article 28 doit être accueillie, la décision contestée doit être annulée et l'affaire doit être renvoyée à la Commission pour qu'elle établisse un nouveau comité d'appel conformément à l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*.