

A-697-83

A-697-83

**Harvey Taback (Appellant)**

v.

**Public Service Commission (Respondent)**

Court of Appeal, Heald, Mahoney and Hugessen JJ.—Ottawa, February 1 and 2, 1984.

*Public service — Rights of civil servant between discharge from and reinstatement in Public Service with respect to competitions and appeals — Whether incumbent on Commission to establish appeal board to hear appeal against exclusion from competition on grounds appellant not "employee" between discharge and reinstatement — S. 21 appeal open to "every unsuccessful candidate" — Trial Judge wrong to exercise discretion to refuse mandamus and frustrate appeal on grounds appeal doomed to failure — Appellant entitled to hearing before appeal board — Appeal allowed — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, ss. 2(1), 21 — Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970, c. P-35.*

Between his discharge from the Public Service and his subsequent reinstatement in his position, the appellant applied for another position within the Public Service but was excluded from the competition on the grounds that he was not an "employee" under the *Public Service Employment Act*. When he appealed that decision under section 21 of the Act, the Public Service Commission refused, again on the grounds that he was not an "employee", to establish an appeal board to hear the appeal. The appellant then applied to the Trial Division for *mandamus* to force the Commission to establish an appeal board. This is an appeal from the decision refusing that remedy.

*Held*, the appeal should be allowed. The Commission's refusal to establish an appeal board was clearly wrong as section 21 gives a right of appeal to "every unsuccessful candidate". Furthermore, the Commission should not be able, by simple administrative action, to prevent an appeal against its own decision, especially when its refusal is based on the very same reason which is being appealed.

The Trial Judge failed to address the main issue, the right of appeal under section 21, when he dismissed the application on the grounds that the appeal was doomed to failure. He should not have exercised his discretion with respect to *mandamus* to frustrate the appeal. The appellant had a right to have his appeal determined by an appeal board and not by the Trial Judge.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Attorney General of Canada v. Landriault*, [1983] 1 F.C. 636; 143 D.L.R. (3d) 163 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Haretkin v. The University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561.

**Harvey Taback (appellant)**

c.

a

**Commission de la Fonction publique (intimée)**

Cour d'appel, juges Heald, Mahoney et Hugessen—Ottawa, 1<sup>er</sup> et 2 février 1984.

b

*Fonction publique — Droits d'un fonctionnaire en matière de concours et d'appels entre la date de son renvoi et celle de sa réintégration dans la Fonction publique — La Commission devait-elle constituer un comité d'appel pour connaître de l'appel interjeté contre la décision d'exclure l'appellant du concours pour le motif qu'il n'était pas un «employé» entre la date du renvoi et la date de sa réintégration? — L'appel prévu à l'art. 21 est ouvert à «chaque candidat non reçu» — Le juge de première instance a eu tort d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour refuser le mandamus et pour contrecarrer l'appel au motif que celui-ci était voué à l'échec — L'appellant avait le droit d'être entendu par un comité d'appel — L'appel est accueilli — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 2(1), 21 — Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-35.*

c

d

e

f

g

h

Entre la date de son renvoi de la Fonction publique et celle de sa réintégration à son poste, l'appellant a posé sa candidature à un autre poste au sein de la Fonction publique mais sa candidature a été rejetée au motif qu'il n'était pas un «employé» au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Lorsqu'il a interjeté appel de cette décision en vertu de l'article 21 de la Loi, la Commission de la Fonction publique a refusé de constituer un comité d'appel pour entendre l'appel, toujours au motif que l'appellant n'était pas un «employé». L'appellant a ensuite sollicité auprès de la Division de première instance de cette Cour un *mandamus* visant à obliger la Commission à établir un comité d'appel. N'ayant pas obtenu le redressement recherché, l'appellant interjette appel de cette décision.

g

*Arrêt*: l'appel est accueilli. La Commission de la Fonction publique a manifestement eu tort de refuser de constituer un comité d'appel puisqu'aux termes de l'article 21 «chaque candidat non reçu» jouit d'un droit d'appel. En outre, la Commission ne peut, par un simple acte administratif, empêcher que cet appel ait lieu, surtout lorsque son refus est fondé sur les mêmes motifs que ceux dont il est fait appel.

h

Le juge de première instance n'a pas examiné la question principale, savoir le droit d'appel conféré par l'article 21, lorsqu'il a rejeté la demande au motif que l'appel était voué à l'échec. Il ne pouvait exercer son pouvoir discrétionnaire à l'égard de la demande de *mandamus* pour contrecarrer l'appel. L'appellant avait droit à ce que son appel soit déterminé par un comité d'appel et non par le juge de première instance.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION APPLIQUÉE:

*Procureur général du Canada c. Landriault*, [1983] 1 C.F. 636; 143 D.L.R. (3d) 163 (C.A.).

## DÉCISION CITÉE:

*Haretkin c. L'université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561.

## COUNSEL:

*Maurice W. Wright, Q.C.* and *A. J. Raven* for appellant.  
*John H. Sims* for respondent.

## SOLICITORS:

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

## AVOCATS:

*Maurice W. Wright, c.r.* et *A. J. Raven* pour l'appellant.  
*John H. Sims* pour l'intimée.

## PROCUREURS:

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

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

HUGESSEN J.: The appellant held a position in the Public Service of Canada. As a result of disciplinary action, he was discharged. He filed a grievance against the discharge and this was carried through to adjudication under the provisions of the *Public Service Staff Relations Act* [R.S.C. 1970, c. P-35]. His grievance was partly successful, the adjudicator holding that while the appellant's conduct merited disciplinary action, the penalty of discharge was too severe. He reduced it to a fairly short period of suspension, with the result that the appellant was reinstated in his position in the Public Service.

In the meantime, between the date of his discharge and that of the adjudicator's decision, the appellant had become aware of a competition for another position in the Public Service which interested him. It was a "closed competition" which, by the terms of subsection 2(1) of the *Public Service Employment Act* [R.S.C. 1970, c. P-32], is "open only to persons employed in the Public Service". The appellant applied for the position but was excluded from the competition on the grounds that he was not an "employee" under the *Public Service Employment Act*. He appealed the decision to exclude him from the competition, purporting to exercise the right of appeal granted by section 21 of the *Public Service Employment Act*. The Public Service Commission refused to establish an appeal board to hear the appeal. Their grounds for doing so were precisely the same as those which had earlier been invoked in support of the decision which the appellant was seeking to appeal, namely, that he was not an "employee" within the meaning of the *Public Service Employment Act*. The appellant then applied to the Trial Division of this Court for *mandamus* to force the Commission to

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

LE JUGE HUGESSEN: L'appelant occupait un poste au sein de la Fonction publique du Canada. Renvoyé par suite de mesures disciplinaires exercées contre lui, il a déposé un grief qui a fait l'objet d'arbitrage conformément à la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* [S.R.C. 1970, chap. P-35]. Il a obtenu gain de cause en partie, car l'arbitre a conclu que la conduite de l'appelant méritait bien des mesures disciplinaires, mais que le renvoi constituait une peine trop sévère. En conséquence, il a imposé une suspension de relativement courte durée de sorte que l'appelant a été réintégré dans son poste.

Toutefois, entre la date du renvoi et celle de la décision arbitrale, l'appelant a eu vent d'un concours pour un autre poste dans la Fonction publique auquel il s'intéressait. Il s'agissait d'un «concours restreint» qui, aux termes du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* [S.R.C. 1970, chap. P-32], est «ouvert seulement aux personnes employées dans la Fonction publique». La candidature de l'appelant a donc été rejetée parce qu'il n'était pas un «employé» au sens de la Loi. S'autorisant de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, il a interjeté appel de la décision qui écartait sa candidature. La Commission de la Fonction publique a cependant refusé de constituer un comité d'appel, donnant exactement les mêmes motifs qu'on avait invoqués antérieurement à l'appui de la décision que l'appelant voulait porter en appel, savoir qu'il n'était pas un «employé» au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. L'appelant a ensuite sollicité auprès de la Division de première instance de cette Cour un *mandamus* qui aurait obligé la Commission à établir un comité d'appel. Cette Division [ordonnance en

establish an appeal board. It is from the judgment of that Division [order dated May 10, 1983, T-1019-83, not yet reported] refusing the remedy that the present appeal is brought.

Let me say at the outset that the refusal of the Public Service Commission to establish an appeal board to hear the appellant's appeal pursuant to section 21 of the *Public Service Employment Act* is, in my view, clearly wrong. In the case of a closed competition, the right of appeal is given to "every unsuccessful candidate". On any normal reading of those words, they include the candidate who has been excluded because considered not to be eligible, as well as the one who has been found to be unqualified and the one who has simply not been selected. As stated by Pratte J., (with whom both Heald and Ryan JJ. agreed on this point) in *Attorney General of Canada v. Landriault* [[1983] 1 F.C. 636, at page 641]; 143 D.L.R. (3d) 163, at pages 166-167 [C.A.],

... it would seem wise to give the word "candidate" in section 21 its normal meaning which, in my opinion, would include any person having applied for the job.

Indeed, to allow the Commission to proceed as it has done in the present case leads to results which are, to say the least, surprising. The original decision to exclude the appellant from the competition on the grounds that he was not an employee within the meaning of the *Public Service Employment Act* was made in the name of the Commission. By his appeal it is obvious that the appellant questioned the validity of that decision. The Commission, in refusing to establish the appeal board, gives as a reason that the appellant is not an employee within the meaning of the *Public Service Employment Act*. But that is precisely the determination which the Commission has already made and which section 21 allows to have reviewed, not by the Commission itself but by an appeal board. It would require very clear language indeed to persuade me that Parliament intended that the very body whose decision is appealed against should be able, by simple administrative action, to prevent that appeal from going forward.

The question of the right of the Public Service Commission to frustrate the appellant's appeal under section 21 was not really examined by the Trial Judge. He mentions the *Landriault* decision (*supra*) in passing but, as I read his reasons, he

date du 10 mai 1983, T-1019-83, encore inédite] n'a pas accédé à sa demande, d'où le présent appel.

<sup>a</sup> Je tiens à préciser dès le début qu'à mon avis, la Commission de la Fonction publique a manifestement eu tort de refuser de constituer un comité d'appel conformément à l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Dans le cas <sup>b</sup> d'un concours restreint, «chaque candidat non reçu» jouit d'un droit d'appel. D'après leur sens ordinaire, ces mots englobent aussi bien le candidat jugé inadmissible que celui qu'on estime ne pas <sup>c</sup> posséder les compétences voulues et celui qui n'a tout simplement pas été sélectionné. Comme le dit le juge Pratte (les juges Heald et Ryan souscrivant à son avis sur ce point) dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Landriault*, [[1983] 1 C.F. <sup>d</sup> 636, à la page 641]; 143 D.L.R. (3d) 163, aux pages 166 et 167 [C.A.]:

... il me paraît sage de donner au terme «candidat», tel qu'il apparaît à l'article 21, son sens ordinaire qui, à mon avis, s'applique à tous ceux qui ont fait acte de candidature.

<sup>e</sup> En vérité, permettre à la Commission d'agir comme elle l'a fait en l'espèce entraîne des résultats qui sont pour le moins étonnants. La décision initiale de rejeter la candidature de l'appellant au motif qu'il n'était pas un employé au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* a été prise <sup>f</sup> au nom de la Commission. Il est évident, du fait qu'il en a interjeté appel, que l'appellant conteste la validité de cette décision. En refusant d'établir le comité d'appel, la Commission déclare que l'appellant <sup>g</sup> n'est pas un employé au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Mais c'est là exactement ce qu'elle avait déjà conclu et, aux termes de l'article 21, cette décision ouvre droit à un contrôle non pas par la Commission elle-même <sup>h</sup> mais par un comité d'appel. Il faudrait une disposition des plus explicites pour me convaincre que le législateur a voulu que l'organisme même dont la décision est portée en appel puisse, par un simple acte administratif, empêcher que cet appel ait lieu. <sup>i</sup>

Le juge de première instance n'a pas en réalité examiné la question du droit de la Commission de la Fonction publique de faire obstacle à l'appel interjeté par l'appellant en vertu de l'article 21. Il mentionne en passant l'arrêt *Landriault*, précité,

dismisses the application for *mandamus* not because the Commission was right in refusing to establish an appeal board but because, in his view, any appeal to such board was doomed to failure; in his words [at page 2 of the reasons], “a futile and a useless exercise”.

With great respect, I do not think that this was a proper basis on which to proceed. I recognize, of course, that *mandamus* is always a discretionary remedy (*Harelkin v. The University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561), but where Parliament has clearly granted a statutory right of appeal to an appeal board as in section 21 of the *Public Service Employment Act*, I cannot believe that it is right for a court to exercise its discretion so as to frustrate that appeal. It may well be, as the learned Trial Judge thought, that the appeal was bound to fail. I prefer not to comment on that question. The fact remains that the appellant had a right to have his appeal determined by the appeal board and not by the learned Trial Judge. I would also point out that, as I read section 21, the parties are entitled to lead evidence before an appeal board, which right is rendered nugatory by the refusal of *mandamus*; in the absence of any pleadings, it is not possible to say that no evidence could be led at the appeal board hearing which might have the effect of changing the outcome.

In my opinion, the appellant is entitled to his hearing before the appeal board and this Court ought not to deny it to him. I would allow the appeal with costs, set aside the judgment of the Trial Division and direct the issuance of an order in the nature of *mandamus* directing the Public Service Commission to establish an appeal board in accordance with the provisions of section 21 of the *Public Service Employment Act* for the purpose of conducting a hearing into the appeal of the appellant in respect of Competition No. 82-TAX-HO-CCID-15.

HEALD J.: I concur.

MAHONEY J.: I agree.

mais, si je comprends bien ses motifs, il rejette la demande de *mandamus* non pas parce que la Commission a eu raison de refuser d'établir un comité d'appel mais parce que, selon lui, l'appel était voué à l'échec; il s'agissait, pour reprendre les termes du juge [à la page 2 des motifs], d'«un exercice futile et inutile».

Avec grands égards, j'estime que le juge a eu tort de prendre cela comme fondement de sa décision. Je reconnais, bien sûr, que le *mandamus* est toujours un recours discrétionnaire (*Harelkin c. L'université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561), mais lorsque le Parlement confère explicitement un droit d'appel à un comité d'appel, comme il le fait à l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, je ne puis croire qu'un tribunal puisse à bon droit exercer son pouvoir discrétionnaire de manière à contrecarrer cet appel. Il se peut bien, comme l'a estimé le juge de première instance, que l'échec de l'appel soit inévitable. Pour ma part, je préfère ne pas me prononcer sur cette question. Toujours est-il que l'appellant avait droit à ce que son appel soit entendu par le comité d'appel et non pas par le juge de première instance. De plus, selon mon interprétation de l'article 21, les parties peuvent apporter des preuves devant un comité d'appel, mais ce droit perd toute sa valeur si on refuse d'accorder un *mandamus*. Puisqu'il n'y a pas eu de plaidoiries, on ne peut conclure à l'impossibilité de produire, lors d'une audience devant le comité d'appel, des preuves qui auraient pu avoir pour effet de changer l'issue de la cause.

À mon avis, l'appellant a droit à une audience devant le comité d'appel et il n'appartient pas à cette Cour de la lui refuser. Je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens, d'infirmer la décision de la Division de première instance et de rendre une ordonnance de *mandamus* qui exigera que la Commission de la Fonction publique constitue, conformément à l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, un comité d'appel chargé d'entendre l'appel de l'appellant relativement au concours n° 82-TAX-HO-CCID-15.

LE JUGE HEALD: J'y souscris.

LE JUGE MAHONEY: Je suis d'accord.