

T-763-98

Gregory Murphy, Garnet Westhaver, John P. Keith, Gerard A. MacDonald, Brian H. Russell, Gerard Angus MacGillivray and Charles Blenkhorn
(Applicants)

v.

Attorney General of Canada (Revenue Canada)
(Respondent)

INDEXED AS: MURPHY v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(T.D.)

Trial Division, McGillis J.—Ottawa, November 30 and December 17, 1998.

Public Service — Appeals — Judicial review of Public Service Commission Appeal Board's refusal to disclose to applicants' representative scoring manual used to correct in-basket exercise completed by them in competition — Chairwoman holding bound by Hasan v. Canada (Attorney General), wherein held applicant not entitled to access to scoring manual — Chairwoman not bound by Hasan, decided under previous Public Service Employment Regulations — Failed to appreciate changes implemented in amended legislative scheme, including discretionary power accorded to appeal board to order access to any document in relation to which deputy head, Commission refusing access, subject to any conditions deemed necessary to make certain continued use of standardized test will not be compromised or that results not prejudiced — Erred by failing to consider under s. 24(5), (6) whether ought to order access to scoring manual subject to conditions, given deputy head's refusal to allow access.

This was an application for judicial review of the Public Service Commission Appeal Board's refusal to disclose to the applicants' representative the scoring manual used to correct a supervisory in-basket exercise completed by them as part of a closed competition held by the Department of National Revenue. The applicants were unsuccessful in the competition, and appealed against the selections for appointment on the basis that "the board of selection failed to consistently and properly assess qualifications and failed to use appropriate selection tools". At a disclosure meeting, Revenue Canada refused to disclose the scoring manual to the applicants' representative. The applicants filed a motion for disclosure. The Chairwoman of the Appeal Board

T-763-98

Gregory Murphy, Garnet Westhaver, John P. Keith, Gerard A. MacDonald, Brian H. Russell, Gerard Angus MacGillivray et Charles Blenkhorn
(demandeurs)

c.

Le procureur général du Canada (Revenu Canada)
(défendeur)

RÉPERTORIÉ: MURPHY c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(1^{re} INST.)

Section de première instance, juge McGillis—Ottawa, 30 novembre et 17 décembre 1998.

Fonction publique — Appels — Contrôle judiciaire du refus du comité d'appel de la Commission de la fonction publique de communiquer au représentant des demandeurs le guide de notation utilisé en vue de corriger l'exercice de la corbeille que ces derniers avaient effectué dans le cadre d'un concours — La présidente a soutenu être liée par la décision Hasan c. Canada (Procureur général), dans laquelle il a été conclu que le demandeur n'avait pas accès au guide de notation — La présidente n'était pas liée par la décision Hasan, qui avait été rendue sous le régime de l'ancien Règlement sur l'emploi dans la fonction publique — Elle a omis de tenir compte des modifications effectuées par le nouveau régime législatif, et notamment du pouvoir discrétionnaire, conféré au comité d'appel, d'ordonner l'accès à tout document à l'égard duquel l'administrateur général ou la Commission a refusé de donner accès, aux conditions jugées nécessaires pour empêcher que la continuation de l'utilisation d'un test standardisé ne soit compromise ou que les résultats d'un tel test ne soient faussés — Elle a commis une erreur lorsqu'elle a omis de tenir compte de la question de savoir si elle devait, en vertu de l'art. 24(5) et (6), ordonner l'accès au guide de notation à certaines conditions, vu que l'administrateur général avait refusé d'y donner accès.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire du refus du Comité d'appel de la Commission de la fonction publique de communiquer au représentant des demandeurs le guide de notation utilisé en vue de corriger l'exercice de la corbeille que ces derniers avaient effectué dans le cadre d'un concours interne tenu par le ministère du Revenu national. Les demandeurs n'ont pas été reçus et ils en ont appelé des nominations pour le motif que «le jury de sélection a[avait] omis d'évaluer d'une façon uniforme et appropriée les qualifications et a[avait] omis d'utiliser les outils de sélection appropriés». À une réunion au sujet de la divulgation, Revenu Canada a refusé de communiquer le guide de notation au représentant des demandeurs. Les demandeurs

refused to provide the applicants' representative with access to the scoring manual, holding that she was bound by *Hasan v. Canada (Attorney General)*, wherein Richard J. held, on April 12, 1996, that subsection 24(1) of the previous Regulations permitted either the applicant or his representative to have access to various documents concerning the standardized test, except the scoring manual used to mark the test because it was not within the class of documents for which disclosure rights are provided by subsection 24(1). The *Public Service Employment Regulations, 1993*, (the amended Regulations) were proclaimed in force on December 1, 1996. Subsection 24(1) provides that an appellant must be "provided access, on request, to any information, or document that contains information, that pertains to the appellant or to the successful candidate and that is liable to be disclosed before the appeal board". On December 3, 1996 the Federal Court of Appeal dismissed the appeal.

The issue was whether the Chairwoman of the Appeal Board erred in refusing to disclose to the applicants' representative the scoring manual.

Held, the application should be allowed.

The previous Regulations drew a clear distinction between access to documents, which was governed by subsection 24(1), and the provision of copies of documents, which was governed by subsections 24(2) and (3). An appellant's representative was entitled to have access to a document that fell within the terms of subsection 24(1), but could be denied the right to have a copy of that document. No provision of the previous Regulations provided the deputy head, the Commission or the appeal board with any other discretionary power in relation to access or disclosure.

In contrast, the amended Regulations qualify the subsection 24(1) disclosure provision by permitting the deputy head and the Commission to refuse to allow access where the disclosure might prejudice the continued use of a standardized test or affect the results of such a test by giving an unfair advantage to any individual. Furthermore, the amended Regulations accord a discretionary power to the appeal board to order access to any document in relation to which the deputy head or the Commission has refused access, subject to any conditions deemed necessary to make certain, among other things, that the continued use of the standardized test will not be compromised or that its results will not be prejudiced. The amended Regulations also make it clear that disclosure may only be granted in relation to documents or information that fall within the terms of subsection 24(1). There is no residual discretionary power under any other provision to enable the deputy head, the Commission or the appeal board to order disclosure of any other document or information. Finally, the amended Regulations introduce and define the concept of "full disclosure", and contain several provisions designed to

ont déposé une requête en divulgation. La présidente du Comité d'appel a refusé de donner au représentant des demandeurs accès au guide de notation, soutenant être liée par la décision *Hasan c. Canada (Procureur général)*, dans laquelle le juge Richard a conclu, le 12 avril 1996, que le paragraphe 24(1) de l'ancien Règlement permettait au demandeur ou à son représentant d'avoir accès à divers documents concernant le test standardisé, à l'exception du guide de notation utilisé pour noter le test parce qu'il ne se rangeait pas dans la catégorie des documents pour lesquels le paragraphe 24(1) prévoit des droits de communication. Le *Règlement sur l'emploi dans la fonction publique (1993)*, (le nouveau Règlement) est entré en vigueur le 1^{er} décembre 1996. Le paragraphe 24(1) prévoit qu'un appellant doit «[avoir] accès, sur demande, à toute information ou tout document qui contient des renseignements concernant lui-même ou le candidat reçu et qui est susceptible d'être communiqué au comité d'appel». Le 3 décembre 1996, la Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel.

La question à trancher était de savoir si la présidente du Comité d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a refusé de communiquer le guide de notation au représentant des demandeurs.

Jugement: la demande est accueillie.

L'ancien Règlement faisait une distinction claire entre l'accès aux documents, qui était régi par le paragraphe 24(1), et la communication de copies de documents, qui était régie par les paragraphes 24(2) et (3). Le représentant d'un appellant avait accès aux documents visés au paragraphe 24(1), mais pouvait se voir refuser le droit d'obtenir une copie de ce document. Aucune disposition de l'ancien Règlement ne conférait à l'administrateur général, à la Commission ou au comité d'appel un autre pouvoir discrétionnaire à l'égard de l'accès ou de la divulgation.

Par contre, le nouveau Règlement restreint la divulgation prévue au paragraphe 24(1) en permettant à l'administrateur général et à la Commission de refuser de donner accès à des documents si leur divulgation risque de nuire à la continuation de l'utilisation d'un test standardisé ou de fausser les résultats d'un tel test en conférant un avantage indu à une personne. En outre, le nouveau Règlement confère au comité d'appel le pouvoir discrétionnaire d'ordonner d'accorder l'accès à un document à l'égard duquel l'administrateur général ou la Commission a refusé de donner accès, aux conditions jugées nécessaires pour empêcher, entre autres choses, que la continuation de l'utilisation du test standardisé ne soit compromise ou que les résultats d'un tel test ne soient faussés. Le nouveau Règlement montre également d'une façon tout à fait claire que la divulgation peut uniquement avoir lieu à l'égard de documents ou d'informations qui sont visés par les dispositions du paragraphe 24(1). Il n'existe aucun pouvoir discrétionnaire résiduel en vertu d'une autre disposition permettant à l'administrateur général, à la Commission ou au comité d'appel d'ordonner la divulgation d'autres documents ou d'autres informations.

ensure that the appellant receives full disclosure prior to the hearing. In particular, the Regulations vest the appeal board with the discretionary power to impose any measure that it considers necessary for the completion of full disclosure.

The amended legislative scheme was designed to balance the competing interests of the appellant in receiving full disclosure and of the government in protecting the confidentiality and integrity of the standardized tests. In order to achieve the appropriate balance, the amended Regulations provide for full disclosure to an appellant, recognizing that circumstances may exist in which disclosure should be refused or granted subject to conditions in order to protect the confidentiality and integrity of the standardized test. The amendments clearly contemplate that documents or information pertaining to a standardized test will be subject to disclosure; otherwise, there would be no necessity for the provisions granting discretionary powers to the deputy head, Commission and appeal board in relation to standardized tests. The scoring manual is one of the documents directly related to the administration and use of the standardized test and, as such may be information or a document "that pertains to the appellant or to the successful candidate, and that is liable to be disclosed before the appeal board", within the meaning of subsection 24(1). The question of whether a scoring manual ought to be disclosed to an appellant under subsection 24(1) depends on its relevance in the context of the facts of the case. However, even if the scoring manual is subject to disclosure on the facts of a particular case, the deputy head or the Commission and the appeal board may exercise their various discretionary powers under the amended Regulations.

The Chairwoman of the Appeal Board erred in determining that she was bound by *Hasan v. Canada (Attorney General)* which was decided in the context of the previous Regulations. In so concluding, she failed to appreciate the changes implemented in the amended legislative scheme, including the nature and extent of the discretionary powers accorded to the appeal board. In particular, the Chairwoman erred by failing to consider, under subsections 24(5) and (6) of the amended Regulations, whether she ought to order access to the scoring manual, subject to any conditions, given the refusal of the deputy head to allow access.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1969, [1989] Can. T.S. No. 46.

Enfin, le nouveau Règlement introduit et définit le concept de «divulgence complète» et renferme plusieurs dispositions destinées à garantir que l'appellant obtienne une divulgation complète avant l'audience. En particulier, le nouveau Règlement confère au comité d'appel le pouvoir discrétionnaire d'imposer toute mesure qu'il estime nécessaire pour permettre de réaliser la divulgation complète.

Le nouveau régime législatif était destiné à mettre en balance les intérêts divergents de l'appellant qui cherche à obtenir une divulgation complète, et du gouvernement, qui cherche à protéger la confidentialité et l'intégrité des tests standardisés. Afin d'en arriver à l'équilibre approprié, le nouveau Règlement prévoit la divulgation complète à l'appellant, en reconnaissant qu'il peut néanmoins y avoir des cas dans lesquels la divulgation devrait être refusée ou encore être accordée à certaines conditions afin de protéger la confidentialité et l'intégrité du test standardisé. Les modifications prévoient clairement que les documents ou l'information se rapportant à un test standardisé seront assujettis à la divulgation; autrement, les dispositions conférant des pouvoirs discrétionnaires à l'administrateur général, à la Commission et au comité d'appel à l'égard des tests standardisés ne seraient pas nécessaires. Le guide de notation est l'un des documents se rapportant directement à l'administration et à l'utilisation du test standardisé et, en tant que tel, il peut constituer une information ou un document «qui contient des renseignements concernant [l'appellant] ou le candidat reçu et qui est susceptible d'être communiqué au comité d'appel» au sens du paragraphe 24(1). La question de savoir si le guide de notation doit être divulgué à l'appellant en vertu du paragraphe 24(1) dépend de sa pertinence dans le contexte des faits de l'affaire. Toutefois, même si le guide de notation est assujéti à la divulgation compte tenu des faits d'une affaire particulière, l'administrateur général ou la Commission et le comité d'appel peuvent exercer leurs divers pouvoirs discrétionnaires en vertu du nouveau Règlement.

La présidente du Comité d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a conclu qu'elle était liée par la décision *Hasan c. Canada (Procureur général)*, qui a été rendue dans le contexte de l'ancien Règlement. De fait, en concluant qu'elle était liée par cette décision, elle a omis de tenir compte des modifications effectuées par le nouveau régime législatif, et notamment de la nature et de l'étendue des pouvoirs discrétionnaires conférés au comité d'appel. En particulier, la présidente du Comité d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a omis de tenir compte de la question de savoir si elle devait, en vertu des paragraphes 24(5) et (6) du nouveau Règlement, ordonner l'accès au guide de notation à certaines conditions, vu que l'administrateur général avait refusé d'y donner accès.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les

International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage, 1971, [1989] Can. T.S. No. 47.
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 21 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 16; 1996, c. 18, s. 15).
Public Service Employment Regulations, 1993, SOR/93-286, ss. 20 (as am. by SOR/96-482, s. 2), 23 (as am. *idem*, s. 4), 24 (as am. *idem*), 25 (as am. *idem*).

hydrocarbures, [1989] R.T. Can n° 46.
Convention internationale de 1971 portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, [1989] R.T. Can n° 47.
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 21 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 16; 1996, ch. 18, art. 15).
Règlement sur l'emploi dans la fonction publique (1993), DORS/93-286, art. 20 (mod. par DORS/96-482, art. 2), 23 (mod., *idem*, art. 4), 24 (mod., *idem*), 25 (mod., *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Hasan v. Canada (Attorney General) (1996), 111 F.T.R. 217 (F.C.T.D.); affd *Canada (Attorney General) v. Hasan* (1996), 206 N.R. 175 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Kam et al.* (1996), 206 N.R. 173 (F.C.A.).

APPLICATION for judicial review of the Public Service Commission Appeal Board's refusal to disclose to the applicants' representative the scoring manual used to correct an in-basket exercise completed by them in a competition. Application allowed.

APPEARANCES:

Dougald E. Brown for applicants.
S. Ronald Stevenson for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Nelligan Power, Ottawa, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MCGILLIS J.:

INTRODUCTION

[1] The applicants have challenged by way of judicial review a decision, dated March 20, 1998, of the Chairwoman of the Public Service Commission Appeal Board (Chairwoman of the Appeal Board) on

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE AVEC:

Hasan c. Canada (Procureur général) (1996), 111 F.T.R. 217 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par *Canada (Procureur général) c. Hasan* (1996), 206 N.R. 175 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Kam et al.* (1996), 206 N.R. 173 (C.A.F.).

DEMANDE de contrôle judiciaire du refus du Comité d'appel de la Commission de la fonction publique de communiquer au représentant des demandeurs le guide de notation utilisé en vue de corriger l'exercice de la corbeille qu'ils avaient effectué dans le cadre d'un concours. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Dougald E. Brown pour les demandeurs.
S. Ronald Stevenson pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Nelligan Power, Ottawa, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

LE JUGE MCGILLIS:

INTRODUCTION

[1] Les demandeurs ont contesté au moyen d'un contrôle judiciaire une décision datée du 20 mars 1998 de la présidente du Comité d'appel de la Commission de la fonction publique (la présidente du Comité

an interlocutory motion for the disclosure of information. In particular, the applicants have alleged that the Chairwoman of the Appeal Board erred by refusing to disclose to their representative the scoring manual used to correct an in-basket exercise completed by them in a competition.

FACTS

[2] The applicants were candidates in a closed competition held by the Department of National Revenue (Revenue Canada) for positions of Team Leader, Audit, AU-04. As part of the competition, all candidates were required to complete Revenue Canada's Supervisory In-Basket Exercise (in-basket exercise), a standardized and professionally developed test created for Revenue Canada in 1992. The candidates' responses were marked by "scorers" on contract with Revenue Canada, who had been trained in marking the in-basket exercise by making use of a scoring manual.

[3] The applicants were unsuccessful in the competition, and appealed to the Appeal Board against the selections for appointment, pursuant to section 21 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, as amended [by S.C. 1992, c. 54, s. 16; 1996, c. 18, s. 15] (Act), on the basis that "the board of selection failed to consistently and properly assess qualifications and failed to use appropriate selection tools."

[4] On October 28, 1997, the applicants attended a disclosure meeting with an official of Revenue Canada. During the course of that meeting, Revenue Canada refused to disclose the scoring manual to the applicants' representative. The previous practice of Revenue Canada had been to disclose to an unsuccessful candidate's representative the in-basket exercise test materials and the scoring manual, under the terms of a confidentiality agreement. However, following the proclamation of the Regulations Amending the *Public*

d'appel), concernant une requête interlocutoire visant à la divulgation d'information. En particulier, les demandeurs ont allégué que la présidente du Comité d'appel avait commis une erreur en refusant de communiquer à leur représentant le guide de notation utilisé en vue de corriger l'exercice de la corbeille [exercice d'aptitude à l'expédition des affaires courantes] qu'ils avaient effectué dans le cadre d'un concours.

LES FAITS

[2] Les demandeurs étaient candidats à un concours interne tenu par le ministère du Revenu national (Revenu Canada) à l'égard de postes de chef d'équipe, Vérification, AU-04. Dans le cadre du concours, tous les candidats étaient tenus d'effectuer l'exercice de la corbeille à l'intention des superviseurs (l'exercice de la corbeille) de Revenu Canada, qui est un test standardisé à caractère professionnel élaboré pour Revenu Canada en 1992. Les réponses des candidats étaient notées par des correcteurs qui travaillaient à forfait pour Revenu Canada et qui avaient reçu une formation pour noter l'exercice de la corbeille à l'aide du guide de notation.

[3] Les demandeurs n'ont pas été reçus; ils en ont appelé des nominations devant le Comité d'appel, conformément à l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, dans sa forme modifiée [par L.C. 1992, ch. 54, art. 16; 1996, ch. 18, art. 15] (la Loi), pour le motif que [TRADUCTION] «le jury de sélection a[vait] omis d'évaluer d'une façon uniforme et appropriée les qualifications et a[vait] omis d'utiliser les outils de sélection appropriés».

[4] Le 28 octobre 1997, les demandeurs ont assisté à une rencontre avec un représentant de Revenu Canada au sujet de la divulgation. Pendant la rencontre, le représentant a refusé de communiquer le guide de notation au représentant des demandeurs. Par le passé, Revenu Canada divulguait au représentant d'un candidat non reçu les documents relatifs à l'exercice de la corbeille et le guide de notation, en vertu d'une entente de confidentialité. Toutefois, à la suite de la promulgation du *Règlement sur l'emploi dans la*

Service Employment Regulations, 1993 [SOR/93-286], SOR/96-482 (amended Regulations), Revenue Canada changed its practice by refusing to disclose the scoring manual.

[5] In or about November 1997, the applicants filed with the Appeal Board a motion for disclosure, pursuant to subsection 24(5) of the amended Regulations [SOR/96-482, s. 4], seeking the disclosure of certain information and documents. Among other things, they requested the Appeal Board to provide their representative with access to the scoring manual used to mark their in-basket exercises.

[6] In a decision dated March 20, 1998, the Chairwoman of the Appeal Board granted disclosure of certain information and documents to the applicants, on terms and conditions. However, she refused to provide the applicants' representative with access to the scoring manual. In her reasons, she stated as follows with respect to the question of disclosure of the scoring manual:

The [applicants'] representative sought access for himself alone to the scoring manual. In seeking to have such access denied, the department cited subsections 24(1) of the Regulations and its interpretation in *Hasan v. Attorney General of Canada* and *Attorney General v. Kam et al.* where the courts declined to find that the manual was a document that "contains information, that pertains to the appellant or to the successful candidate.[sic]" pursuant to subsection 24(1). The representative also cited subsection 24(3)(a) and (b) of the Regulations as a reason for not wanting such access. These subsections read:

24.(3) Despite subsections (1) and (2), the deputy head concerned may refuse to allow access to information or a document, or to provide a copy of any document, if the disclosure might

(c) affect the results of such a standardized test by giving an unfair advantage to any individual.

The [applicants] here are apparently not taking issue with the validity and reliability of the Supervisory In-Basket Exercise—a strategic decision that would normally occur only once in the history of a standardized test. Such a decision would make for an appeal hearing of an altogether different order of magnitude; and, as a practical matter, such allegations would invariably require full and complete

fonction publique (1993) [DORS/93-286]—modifié par DORS/96-482 (le nouveau Règlement), Revenu Canada a modifié sa pratique en refusant de communiquer le guide de notation.

[5] En novembre 1997 ou à peu près à ce moment-là, les demandeurs ont déposé auprès du Comité d'appel, conformément au paragraphe 24(5) du nouveau Règlement [DORS/96-482, art. 4], une requête visant à la divulgation de certaines informations et de certains documents. Entre autres choses, ils ont demandé au Comité d'appel de donner à leur représentant accès au guide de notation utilisé pour noter les exercices de la corbeille.

[6] Dans une décision datée du 20 mars 1998, la présidente du Comité d'appel a permis, à certaines conditions, la divulgation de certaines informations et de certains documents aux demandeurs. Toutefois, elle a refusé de donner au représentant des demandeurs accès au guide de notation. Dans ses motifs, la présidente du Comité d'appel a défini comme suit la question de la communication du guide de notation:

[TRADUCTION] Le représentant [des demandeurs] a demandé que l'accès au guide de notation lui soit donné à lui seul. À l'appui du refus de donner accès à ce document, le ministère a cité le paragraphe 24(1) du Règlement ainsi que l'interprétation qui a été donnée à cette disposition dans les jugements *Hasan c. Procureur général du Canada* et *Procureur général c. Kam et al.*, où les tribunaux ont refusé de conclure que le guide était un document qui «contient des renseignements concernant l'appellant ou le candidat reçu» aux termes du paragraphe 24(1). Le représentant a également cité les alinéas 24(3)a) et b) du Règlement comme motif de ne pas vouloir donner accès au document en question. Ces dispositions sont ainsi libellées:

24.(3) Malgré les paragraphes (1) et (2), l'administrateur général en cause peut refuser de donner accès à de l'information ou à des documents ou de fournir copie de documents si leur divulgation risquerait:

[. . .]

c) soit de fausser les résultats d'un tel test standardisé en conférant un avantage indu à une personne.

Les [demandeurs] ne remettent apparemment pas en question la validité et la fiabilité de l'exercice de la corbeille à l'intention de superviseurs—décision stratégique qui ne serait normalement prise qu'une fois dans l'histoire du test standardisé. Pareille décision donnerait lieu à une audience en appel beaucoup plus importante; en pratique, pareilles allégations exigeraient toujours une divulgation pleine et

disclosure to expert witnesses on both sides and a subsequent exchanges of analysis between such persons.

Any challenge to the validity and reliability of the [in-basket exercise] could not justify the subordination of the requirements of a fair hearing under section 21(1) of the *Public Service Employment Act* to a narrow interpretation of subsection 24(1) of the Regulations. The scoring manual would be relevant to the determination of these issues, and arrangements would have to be made for its disclosure under appropriate conditions. However, the only rationale given in aid of disclosure in this case has been a reference to “inconsistencies in marking” and “marking errors”, and, in this circumstance, I am bound by the holding in *Hasan*, above. Accordingly, I will not require that the [applicants’] representative be granted access to the scoring manual.

[7] No evidence was adduced by the respondent to establish that Revenue Canada’s previous practice of disclosing the scoring manual created any problems in relation to the confidentiality or integrity of the in-basket exercise.

ISSUE

[8] The question to be determined on this application for judicial review is whether the Chairwoman of the Appeal Board erred in refusing to disclose the scoring manual to the applicants’ representative.

ANALYSIS

[9] In order to determine the question raised in this application for judicial review, the legislative framework and the jurisprudence governing the disclosure of materials by the Appeal Board must be considered.

(i) Previous Regulations

[10] Prior to the amendments in 1996, section 24 of the *Public Service Employment Regulations, 1993*, SOR/93-286 (previous Regulations) provided for the disclosure of materials for use on an appeal in the following terms:

24. (1) An appellant or the appellant’s representative shall be provided access, on request, to any document that

complète aux témoins experts des deux parties et des échanges subséquents d’analyses entre pareilles personnes.

La contestation de la validité et de la fiabilité de [l’exercice de la corbeille] ne permettrait pas de subordonner les exigences relatives à la tenue d’une audience équitable en vertu du paragraphe 21(1) de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique* à une interprétation stricte du paragraphe 24(1) du Règlement. Le guide de notation aurait quelque chose à voir avec le règlement de ces questions, et il faudrait prendre des dispositions en vue de sa divulgation à certaines conditions. Toutefois, à l’appui de la divulgation en l’espèce on a uniquement invoqué des «incohérences dans la notation» et des «erreurs de correction»; cela étant, je suis liée par le jugement *Hasan*, précité. Je n’exigerai donc pas que l’accès au guide de notation soit accordé au représentant [des demandeurs].

[7] Le défendeur n’a présenté aucun élément de preuve en vue d’établir que la pratique passée qui existait à Revenu Canada, selon laquelle le guide de notation était communiqué, suscitait des problèmes à l’égard de la confidentialité ou de l’intégrité de l’exercice de la corbeille.

LE POINT EN LITIGE

[8] La question à trancher dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire est de savoir si la présidente du Comité d’appel a commis une erreur en refusant de communiquer le guide de notation au représentant des demandeurs.

ANALYSE

[9] Afin de trancher la question qui se pose en l’espèce, il faut examiner le cadre législatif et la jurisprudence régissant la divulgation de documents par le Comité d’appel.

i) L’ancien Règlement

[10] Avant que des modifications soient effectuées en 1996, l’article 24 du *Règlement sur l’emploi dans la fonction publique (1993)*, DORS/93-286 (l’ancien Règlement) prévoyait comme suit la communication de documents devant être utilisés dans le cadre d’un appel:

24. (1) L’appelant ou son représentant a accès, sur demande, à tout document qui contient des renseignements

contains information that pertains to the appellant or to the successful candidate and that may be disclosed before the appeal board.

(2) The appropriate deputy head may provide, on request, to the appellant or to the appellant's representative a copy of any document referred to in subsection (1).

(3) Where the appropriate deputy head refuses to provide a copy of a document, the appellant or the appellant's representative may request that the appeal board order that a copy of the document be provided to the appellant or the appellant's representative.

[11] The extent of the disclosure to be provided, under subsection 24(1) of the previous Regulations, to an unsuccessful candidate in a closed competition was considered by Richard J. (as he then was) in *Hasan v. Canada (Attorney General)* (1996), 111 F.T.R. 217 (F.C.T.D.). In that case, the Appeal Board had made an interlocutory ruling refusing to permit the applicant to examine personally the documents pertaining to the standardized test, similar to the in-basket exercise, which had been used to assess his ability qualifications in the competition. The applicant was not represented before the Appeal Board, and had requested disclosure of all relevant materials to himself personally, including the scoring manual used by assessors to mark his test responses.

[12] In his reasons at page 220, Richard J. outlined the practice followed by Revenue Canada, prior to the proclamation of the amended Regulations, for the disclosure of materials on an appeal to the Appeal Board under section 21 of the Act. He noted that there were two phases to the disclosure. In the first phase, the appellant was given all documents pertaining to his assessment, as well as a description by a departmental representative of the manner in which the standardized test was used in the selection process, without revealing "the 'expected' or 'correct' answers or behaviour." In the second phase, the appellant's representative was given full access to the standardized test materials, namely all documents pertaining to the appellant and the successful candidate, including the scoring manual used by the assessors to mark the test. The appellant was not authorized to consult the scoring manual, and

concernant l'appellant ou le candidat reçu qui sont susceptibles d'être communiqués au comité d'appel.

(2) L'administrateur général compétent peut fournir, sur demande, une copie de tout document visé au paragraphe (1) à l'appellant ou à son représentant.

(3) Dans le cas où l'administrateur général compétent refuse de fournir une copie d'un document, l'appellant ou son représentant peut demander que le comité d'appel ordonne la délivrance d'une copie du document à l'un ou l'autre.

[11] Le juge Richard (tel était alors son titre) a examiné dans la décision *Hasan c. Canada (Procureur général)* (1996), 111 F.T.R. 217 (C.F. 1^{re} inst.), l'étendue de la communication qui devait être accordée en vertu du paragraphe 24(1) de l'ancien Règlement à un candidat non reçu lors d'un concours interne. Dans cette affaire-là, le Comité d'appel avait rendu une décision interlocutoire refusant au demandeur d'examiner personnellement les documents se rapportant au test standardisé, similaire à l'exercice de la corbeille, qui avait été utilisé pour évaluer ses habiletés dans le cadre du concours. Le demandeur n'était pas représenté devant le Comité d'appel et avait demandé la communication de tous les documents le concernant, y compris le guide de notation que les évaluateurs avaient utilisé en vue de noter ses réponses.

[12] Dans ses motifs, à la page 220, le juge Richard a énoncé la pratique suivie par Revenu Canada, avant la promulgation du nouveau Règlement, à l'égard de la communication de documents dans le cadre d'un appel devant le Comité d'appel en vertu de l'article 21 de la Loi. Le juge a fait remarquer que la communication se faisait en deux étapes. En premier lieu, on remettait à l'appellant tous les documents se rapportant à son évaluation ainsi qu'une description par un représentant du ministère de la façon dont le test standardisé était utilisé dans le processus de sélection, sans révéler «les réponses ou les comportements "attendus" ou "bons"». En second lieu, le représentant de l'appellant avait pleinement accès aux documents relatifs au test standardisé, c'est-à-dire à tous les documents concernant l'appellant et le candidat reçu, y compris le guide de notation que les évaluateurs

his representative was not permitted to disclose any material which had not been disclosed to the appellant in the first phase of the disclosure process. The practice adopted by Revenue Canada was designed to ensure the confidentiality and integrity of the standardized testing system.

[13] In determining whether the Appeal Board erred in refusing to permit the applicant to examine personally the standardized test materials, including the scoring manual, Richard J. considered the interpretation to be accorded to section 24 of the previous Regulations. In that regard, he stated as follows, at page 223:

In view of the mandatory and unambiguous language of that regulation, I must conclude that mandatory and full disclosure must be made of all documents that contain information that pertains to the appellant or to the successful candidate and that may be disclosed before the Appeal Board. This does not embody the right to make or receive a copy which is dealt with in subs. 24(2) and (3) of the **Regulations**.

There is no statutory justification for distinguishing between the disclosure to be made to the appellant and the appellant's representative. Although the objective of the Act is to ensure that selection is conducted according to the merit principle, this is not determinative of the precise procedure to be adopted in attaining this end. In enacting the above regulatory provision, the Public Service Commission has decided that full disclosure of documents that contain information pertaining to the appellant or to the successful candidate is the best method to preserve the merit principle.

I note, however, that on a careful reading of the regulation, disclosure need be made only of documents that pertain to the appellant or to the successful candidate. The manual for assessors, which is the Simulation's answer key, does not pertain to either of these persons. It is an internal document which is intended solely for the assistance of the Selection Board to preserve some consistency in evaluating candidates. Thus, I find that the manual for assessors is not within the class of documents for which disclosure rights are provided by s. 24(1).

[14] Richard J. therefore concluded that subsection 24(1) of the previous Regulations permitted either the

avaient utilisé pour noter le test. L'appelant n'était pas autorisé à consulter le guide de notation, et son représentant n'était pas autorisé à communiquer un document qui n'avait pas été communiqué à l'appelant au cours de la première étape du processus de communication. La pratique adoptée par Revenu Canada était destinée à assurer la confidentialité et l'intégrité du système des test standardisés.

[13] Pour déterminer si le Comité d'appel avait commis une erreur en refusant de permettre au demandeur d'examiner personnellement les documents relatifs au test standardisé, y compris le guide de notation, le juge Richard a examiné l'interprétation qu'il convenait de donner à l'article 24 de l'ancien Règlement. À la page 223, il a affirmé:

Vu le libellé impératif et peu ambigu de cette disposition du Règlement, je me dois de conclure qu'il faut communiquer impérativement et intégralement l'ensemble des documents qui contiennent des renseignements se rapportant à l'appelant ou aux candidats reçus, et qui peuvent être communiqués au Comité d'appel. Cela n'inclut pas le droit de faire ou de recevoir une copie, dont il est question aux paragraphes 24(2) et (3) du Règlement.

Rien dans la loi ne justifie que l'on fasse une distinction entre les documents à communiquer à l'appelant et ceux qui doivent l'être à son représentant. Bien que la Loi ait pour objectif de s'assurer que la sélection se fait selon le principe du mérite, cela ne détermine pas la marche à suivre exacte qu'il convient d'adopter à cette fin. En édictant la disposition réglementaire susmentionnée, la Commission de la fonction publique a décidé que le fait de communiquer intégralement les documents qui contiennent des renseignements relatifs à l'appelant ou aux candidats reçus est la meilleure façon de préserver le principe du mérite.

Je signale toutefois, après avoir lu soigneusement le règlement, que seuls les documents qui se rapportent à l'appelant ou aux candidats retenus doivent être communiqués. Le guide destiné aux évaluateurs, qui constitue la clé des réponses aux tests de simulation, ne concerne ni l'une ni l'autre de ces deux personnes. Il s'agit d'un document interne qui vise uniquement à aider le jury de sélection à maintenir une certaine cohérence dans l'évaluation des candidats. Je conclus donc que le guide destiné aux évaluateurs ne se range pas dans la catégorie des documents pour lesquels le paragraphe 24(1) prévoit des droits de communication.

[14] Le juge Richard a donc conclu que le paragraphe 24(1) de l'ancien Règlement permettait au deman-

applicant or his representative to have access to various documents concerning the standardized test, save and except the scoring manual used to mark the test. Richard J. determined that the scoring manual was not subject to disclosure on the basis that it was “not within the class of documents for which disclosure rights are provided by s. 24(1).”

[15] The decision in *Hasan v. Canada (Attorney General)*, *supra*, was rendered by Richard J. on April 12, 1996.

[16] On December 1, 1996, the amended Regulations were proclaimed in force.

[17] On December 3, 1996, the Federal Court of Appeal rendered two decisions concerning the interpretation of subsection 24(1) of the previous Regulations. In *Canada (Attorney General) v. Hasan* (1996), 206 N.R. 175 (F.C.A.), Pratte J.A., writing for the Court, dismissed the appeal from the decision of Richard J., and held that subsection 24(1) of the previous Regulations required the disclosure of all relevant documents to an unrepresented appellant for the purposes of his appeal to the Appeal Board. In that regard, he stated as follows, at pages 176-177:

In our view, the judge of the first instance was right when he said that under the regulation there was no justification for distinguishing between the disclosure to be made to an appellant and to his representative. An unrepresented appellant and the representative of an appellant both have the same rights under s. 24(1).

[18] In the second decision released on that date, *Canada (Attorney General) v. Kam et al.* (1996), 206 N.R. 173 (F.C.A.), Pratte J.A., writing for the Court, held, at page 174, that “[c]learly, an appellant who is represented should not be in a worse position” than an unrepresented appellant, who must be given access to all relevant documents for the purposes of the appeal. As such, he concluded that “a represented appellant is entitled to have access with his representative to the documentary evidence referred to in the regulation.”

leur ou à son représentant d’avoir accès à divers documents concernant le test standardisé, à l’exception du guide de notation utilisé pour noter le test. Le juge Richard a conclu que le guide de notation n’était pas assujéti à la communication pour le motif qu’il «ne se range[ait] pas dans la catégorie des documents pour lesquels le paragraphe 24(1) prévoit des droits de communication».

[15] La décision *Hasan c. Canada (Procureur général)*, précitée, a été rendue par le juge Richard le 12 avril 1996.

[16] Le nouveau Règlement est entré en vigueur le 1^{er} décembre 1996.

[17] Le 3 décembre 1996, la Cour d’appel fédérale a rendu deux décisions au sujet de l’interprétation du paragraphe 24(1) de l’ancien Règlement. Dans la décision *Canada (Procureur général) c. Hasan* (1996), 206 N.R. 175 (C.A.F.), le juge Pratte, au nom de la Cour d’appel, a rejeté l’appel interjeté contre la décision du juge Richard et a statué que le paragraphe 24(1) de l’ancien Règlement exigeait la communication de tous les documents concernant un appellant non représenté aux fins de son appel devant le Comité d’appel. Sur ce point, il a affirmé aux pages 176 et 177:

Nous croyons que le juge de première instance avait raison d’affirmer que rien dans le Règlement ne justifiait l’établissement d’une distinction entre la divulgation devant être faite à un appellant et celle devant être faite au représentant de ce dernier. Les appelants non représentés et les représentants des appelants jouissent tous des mêmes droits en vertu du paragraphe 24(1).

[18] Dans la seconde décision qui a été rendue publique ce jour-là, *Canada (Procureur général) c. Kam et al.* (1996), 206 N.R. 173 (C.A.F.), le juge Pratte, au nom de la Cour d’appel, a dit ceci, à la page 174: «Il va de soi que tout appellant représenté ne doit pas être pénalisé pour autant», par rapport à l’appellant non représenté qui doit avoir accès à tous les documents pertinents aux fins de l’appel. Cela étant, le juge a conclu que «tout appellant représenté doit avoir accès, à l’instar de son représentant, à la preuve documentaire à laquelle renvoie le Règlement».

(ii) Amended Regulations

[19] As indicated earlier, the amended Regulations were proclaimed in force on December 1, 1996.

[20] Section 2 of the amended Regulations amended section 20, a definition section which defines various terms used in the provisions governing an appeal to the appeal board, including “appeal document”, “appellant” and “full disclosure”. Those terms are defined as follows:

20. The following definitions apply in this section and sections 21 to 26.

“appeal document” means a document, addressed to the Commission, by means of which an appeal is brought under section 21 of the Act. (*document d’appel*)

“appellant” includes the appellant’s representative. (*appelant*)

...

“full disclosure” means access by the appellant to documents or information referred to in subsection 24(1), the obtaining by the appellant of a copy of any document referred to in subsection 24(2) and the submission of the allegations referred to in subsection 25(1) by the appellant to the deputy head concerned; (*divulgation complète*)

[21] By virtue of section 4 of the amendments, sections 23 to 25 of the previous Regulations, which were in force at the time of the decision in *Hasan v. Canada (Attorney General)*, *supra*, were replaced by new provisions governing the disclosure of documents or information for use at a hearing before the appeal board. For ease of reference, the full text of sections 23 to 25 is reproduced in Appendix A.

[22] Under the amended legislative scheme, section 21 of the amended Regulations provides that an appeal to the appeal board under section 21 of the Act is instituted by the filing of an appeal document. Section 23 of the amended Regulations requires full disclosure of documents or information to be made to the appellant prior to giving notice of the date, time and place of the hearing. As defined in section 20, full disclos-

ii) Le nouveau Règlement

[19] Comme il en a ci-dessus été fait mention, le nouveau Règlement est entré en vigueur le 1^{er} décembre 1996.

[20] L’article 2 du nouveau Règlement modifiait l’article 20, où sont définies diverses expressions utilisées dans les dispositions régissant les appels devant le comité d’appel, et notamment les expressions «appelant», «divulgation complète» et «document d’appel»:

20. Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article et aux articles 21 à 26.

[. . .]

«appelant» Est assimilé à l’appelant son représentant.

[. . .]

«divulgation complète» S’entend de l’accès par l’appelant à l’information ou aux documents visés au paragraphe 24(1), de l’obtention d’une copie de tout document visé au paragraphe 24(2) et de la remise, par l’appelant à l’administrateur général en cause, des allégations visées au paragraphe 25(1).

«document d’appel» S’entend du document adressé à la Commission relativement à un appel interjeté en vertu de l’article 21 de la Loi.

[21] En vertu de l’article 4 des modifications, les articles 23 à 25 de l’ancien Règlement, qui étaient en vigueur au moment où la décision a été rendue dans l’affaire *Hasan c. Canada (Procureur général)*, précitée, ont été remplacés par de nouvelles dispositions régissant la communication de documents ou d’informations destinés à être utilisés dans une audience devant le comité d’appel. Pour plus de commodité, le texte complet des articles 23 à 25 est reproduit à l’appendice A.

[22] En vertu de l’article 21 du nouveau Règlement, l’appel est interjeté devant le comité d’appel en vertu de l’article 21 de la Loi au moyen du dépôt d’un document d’appel. En vertu de l’article 23 du nouveau Règlement, l’appelant a droit à la divulgation complète des documents ou de l’information avant d’être avisé de la date, de l’heure et du lieu de l’audience. Conformément à la définition figurant à l’article 20, la

ure consists of three elements: access by the appellant to documents or information referred to in subsection 24(1); the obtaining by the appellant of a copy of any document referred to in subsection 24(2); and, the submission by the appellant of his allegations to the deputy head under subsection 25(1). For the purposes of the present case, the latter element of the definition of “full disclosure”, concerning the submission of the allegations by the appellant in subsection 25(1), has no application or relevance.

[23] In the context of the legislative scheme, subsections 24(1) and (2) of the amended Regulations constitute the primary provisions governing disclosure to an appellant. Under the terms of subsection 24(1), an appellant must be “provided access, on request, to any information, or document that contains information, that pertains to the appellant or to the successful candidate and that is liable to be disclosed before the appeal board.” By virtue of subsection 24(2), the deputy head of the department must provide, on request, a copy of any document disclosed under subsection 24(1). However, an appellant’s right to disclosure under subsections 24(1) and (2) is qualified by subsections 24(3) and (4), which respectively permit the deputy head and the Commission to refuse to allow access to information or a document, or to provide a copy of any document, in certain circumstances. In particular, both the deputy head and the Commission may refuse access if the disclosure might prejudice the continued use of a standardized test or affect the results of such a test by giving an unfair advantage to any individual. In the event that the deputy head or the Commission exercises the discretionary power to refuse to allow access to information or a document, the appellant may request the appeal board, under subsection 24(5), to order that access. By virtue of subsection 24(6), the appeal board may order access to any information or document in relation to which the deputy head or the Commission has refused disclosure. In the event that the appeal board exercises its discretion to order that access, it may impose any conditions deemed necessary to make certain that, among other things, the continued use of a standardized test will not be compromised or that the results of such a test will not be prejudiced by giving an unfair advantage to any individual.

divulgation complète comporte trois éléments: l’accès par l’appelant à l’information et aux documents visés au paragraphe 24(1); l’obtention d’une copie de tout document visé au paragraphe 24(2); la remise par l’appelant à l’administrateur général des allégations visées au paragraphe 25(1). Aux fins qui nous occupent, ce dernier élément de la définition de l’expression «divulgation complète» concernant la remise des allégations visées au paragraphe 25(1) ne s’applique pas ou n’est pas pertinente.

[23] Dans ce contexte législatif, les paragraphes 24(1) et (2) du nouveau Règlement constituent les dispositions primordiales régissant la divulgation à l’appelant. En vertu des dispositions du paragraphe 24(1), l’appelant «a accès, sur demande, à toute information ou tout document qui contient des renseignements concernant lui-même ou le candidat reçu et qui est susceptible d’être communiqué au comité d’appel». En vertu du paragraphe 24(2), l’administrateur général du ministère fournit, sur demande, une copie de tout document communiqué en vertu du paragraphe 24(1). Toutefois, le droit à la divulgation reconnu à l’appelant en vertu des paragraphes 24(1) et (2) est assujéti aux dispositions des paragraphes 24(3) et (4), qui permettent respectivement à l’administrateur général et à la Commission de refuser dans certaines circonstances de donner accès à de l’information ou à des documents ou de fournir copie de documents. En particulier, l’administrateur général et la Commission peuvent refuser de donner accès si la divulgation risque de nuire à la continuation de l’utilisation d’un test standardisé ou de fausser les résultats d’un tel test en conférant un avantage indu à une personne. Si l’administrateur général ou la Commission exercent le pouvoir discrétionnaire qu’ils ont de refuser de donner accès à de l’information ou à des documents, l’appelant peut demander, en vertu du paragraphe 24(5), que le comité d’appel ordonne cet accès. En vertu du paragraphe 24(6), le comité d’appel peut ordonner d’accorder l’accès à de l’information ou à des documents dont l’administrateur général ou la Commission a refusé la divulgation. Si le comité d’appel exerce le pouvoir discrétionnaire qu’il a d’ordonner la divulgation, il peut imposer toute condition qu’il estime nécessaire pour empêcher, entre autres choses, que la continuation de l’utilisation d’un test standardisé ne

[24] Section 25 of the amended Regulations contains various provisions governing the making of full disclosure prior to a hearing, and accords supervisory and discretionary powers to the appeal board to ensure that full disclosure is provided. Subsection 25(3) requires full disclosure to be completed within 45 days after the date of the Commission's letter acknowledging receipt of the appeal document. Subsections 25(6) and (7) permit the appeal board, in certain circumstances, to extend the 45-day disclosure period and to impose any measure necessary for the completion of full disclosure. A further discretionary power is accorded to the appeal board, under subsection 25(8), to permit the appeal board, on its own initiative, to "make an order imposing any measure it considers necessary for the completion of full disclosure and, if necessary, setting a new time limit for that completion." The appeal board may exercise that power in circumstances where full disclosure has not been completed within the prescribed 45-day period or any extended period, or where the appeal board believes on reasonable grounds that full disclosure cannot be completed within those periods.

[25] A review of the legislative scheme enacted in the amended Regulations confirms that an appellant has a qualified right to have access to any information or documents containing information that pertains to him or to the successful appellant and that is liable to be disclosed before the appeal board. The appellant's right to access is expressly qualified by the discretionary power of the deputy head and the Commission to refuse access if the disclosure might, among other things, impact on the continued use or results of a standardized test. Furthermore, the appeal board may only order access in relation to the specific information or documents which either the deputy head or the Commission has refused to disclose. No provision in the amended Regulations creates any residual discretionary power to grant disclosure. In other words, to be subject to disclosure, information or documents must pertain to the appellant or to the successful candidate, and must be liable to be disclosed before

soit compromise ou que les résultats d'un tel test ne soient faussés en conférant un avantage indu à une personne.

[24] L'article 25 du nouveau Règlement renferme diverses dispositions régissant la divulgation complète avant l'audience et confère au comité d'appel des pouvoirs de surveillance et des pouvoirs discrétionnaires destinés à assurer la divulgation complète. En vertu du paragraphe 25(3), la divulgation complète doit être réalisée dans les 45 jours suivant la date de l'accusé de réception émis par la Commission quant au document d'appel. Les paragraphes 25(6) et (7) permettent au comité d'appel, dans certaines circonstances, de proroger le délai de 45 jours et d'imposer toute mesure nécessaire aux fins de la divulgation complète. En vertu du paragraphe 25(8), le comité d'appel a en outre le pouvoir discrétionnaire «par ordonnance, [d']imposer d'office toute mesure qu'il estime nécessaire pour permettre de réaliser la divulgation complète». Le comité d'appel peut exercer ce pouvoir si la divulgation complète n'a pas été réalisée dans le délai prévu de 45 jours ou dans tout autre délai imparti pour ce faire, ou s'il a des motifs raisonnables de croire que la divulgation complète ne pourra être réalisée dans ces délais.

[25] L'examen du régime législatif édicté dans le nouveau Règlement confirme que l'appellant a le droit, à certaines conditions, d'avoir accès à l'information ou aux documents qui contiennent des renseignements le concernant ou concernant le candidat reçu et qui sont susceptibles d'être communiqués au comité d'appel. Le droit d'accès de l'appellant est expressément assujéti au pouvoir discrétionnaire de l'administrateur général et de la Commission de refuser de donner accès si la divulgation risque, entre autres choses, de nuire à la continuation de l'utilisation ou de fausser les résultats d'un test standardisé. En outre, le comité d'appel peut uniquement ordonner d'accorder l'accès à l'information ou aux documents précis que l'administrateur général ou la Commission a refusé de divulguer. Aucune disposition du nouveau Règlement ne confère de pouvoir discrétionnaire résiduel de permettre la divulgation. En d'autres termes, pour être divulgués, l'information ou les documents doivent

the appeal board, within the meaning of subsection 24(1). Unless the information or document falls within the terms of subsection 24(1), it is not subject to disclosure. Indeed, that proposition is confirmed by section 20 which defines “full disclosure” as meaning, among other things, “access by the appellant to documents or information referred to in subsection 24(1), [and] the obtaining by the appellant of a copy of any document referred to in subsection 24(2)”.

(iii) Differences between the previous and the amended legislative schemes

[26] A comparison of the previous and the amended Regulations confirms that the amended Regulations altered, in several significant respects, the legislative scheme governing the disclosure of documents for use at a hearing before the appeal board.

[27] In both the previous and the amended Regulations, the wording in subsection 24(1) is substantially the same. However, under the previous Regulations, the disclosure to an appellant under subsection 24(1) was not qualified in any respect, as it is under the amended legislative scheme. By virtue of subsection 24(2) of the previous Regulations, the deputy head was permitted to provide, on request, a copy of a document in relation to which access had been granted under subsection 24(1). However, the deputy head had no discretionary power to refuse to provide the appellant or the appellant’s representative with access to a document. Similarly, under subsection 24(3) of the previous Regulations, the appeal board was accorded the discretion only to provide the appellant or the appellant’s representative with a copy of the document which the deputy head had refused to provide. The appeal board had no discretionary power enabling it to provide access to any document. In that sense, the previous Regulations drew a clear distinction between access to documents, which was governed by subsection 24(1), and the provision of copies of documents, which was governed by subsections 24(2) and (3). In other words, an appellant or an appellant’s representative was entitled to have access to a document that fell

concerner l’appelant ou le candidat reçu et être susceptibles d’être communiqués au comité d’appel, conformément au paragraphe 24(1). Seuls l’information ou les documents visés par les dispositions du paragraphe 24(1) peuvent être communiqués. De fait, cette thèse est confirmée par l’article 20 où l’expression «divulgation complète» est définie comme s’entendant entre autres choses «de l’accès par l’appelant à l’information ou aux documents visés au paragraphe 24(1) [et] de l’obtention d’une copie de tout document visé au paragraphe 24(2)».

iii) Différences entre l’ancien texte législatif et le nouveau texte législatif

[26] Si l’on compare l’ancien Règlement et le nouveau Règlement, on peut constater que le nouveau Règlement a modifié, à maints égards, le régime législatif régissant la communication de documents destinés à être utilisés à l’audience devant le comité d’appel.

[27] Le libellé du paragraphe 24(1) de l’ancien Règlement et celui du nouveau Règlement sont à peu près les mêmes. Toutefois, en vertu de l’ancien Règlement, la divulgation à l’appelant prévue au paragraphe 24(1) n’était assujettie à aucune condition, comme elle l’est en vertu du nouveau texte législatif. En vertu du paragraphe 24(2) de l’ancien Règlement, l’administrateur général était autorisé à fournir, sur demande, une copie d’un document auquel l’accès avait été donné en vertu du paragraphe 24(1). Toutefois, l’administrateur général n’avait pas le pouvoir discrétionnaire de refuser de donner l’accès à un document à l’appelant ou à son représentant. De même, en vertu du paragraphe 24(3) de l’ancien Règlement, le comité d’appel se voyait uniquement conférer le pouvoir discrétionnaire de fournir à l’appelant ou à son représentant une copie du document que l’administrateur général avait refusé de fournir. Le comité d’appel n’avait pas le pouvoir discrétionnaire de donner accès à un document. En ce sens, l’ancien Règlement faisait une distinction claire entre l’accès aux documents, qui était régi par le paragraphe 24(1), et la communication de copies de documents, qui était régie par les paragraphes 24(2) et (3). En d’autres termes, l’appelant ou son représentant avaient accès

within the terms of subsection 24(1), but could be denied the right to have a copy of that document. No provision of the previous Regulations provided the deputy head, the Commission or the appeal board with any other discretionary power in relation to access or disclosure.

[28] In contrast, the amended Regulations qualify the subsection 24(1) disclosure provision by permitting the deputy head and the Commission to refuse to allow access in circumstances where the disclosure might, among other things, prejudice the continued use of a standardized test or affect the results of such a test by giving an unfair advantage to any individual. Furthermore, the amended Regulations accord a discretionary power to the appeal board to order access to any document or information in relation to which the deputy head or the Commission has refused access, subject to any conditions deemed necessary to make certain, among other things, that the continued use of the standardized test will not be compromised or that its results will not be prejudiced. The amended Regulations also make it abundantly clear that disclosure may only be granted in relation to documents or information that fall within the terms of subsection 24(1). In other words, there is no residual discretionary power under any other provision to enable the deputy head, the Commission or the appeal board to order disclosure of any other documents or information. Finally, the amended Regulations introduce and define the concept of “full disclosure”, and contain several provisions designed to ensure that the appellant receives full disclosure prior to the hearing. In particular, the amended Regulations vest the appeal board with the discretionary power to impose any measure that it considers necessary for the completion of full disclosure.

(iv) Is the scoring manual subject to disclosure under the amended Regulations

[29] The amended Regulations were proclaimed in force following the decision of Richard J. in *Hasan v.*

aux documents visés au paragraphe 24(1), mais pouvaient se voir refuser l'obtention d'une copie de ce document. Aucune disposition de l'ancien Règlement ne conférait à l'administrateur général, à la Commission ou au comité d'appel un autre pouvoir discrétionnaire à l'égard de l'accès ou de la divulgation.

[28] Par contre, le nouveau Règlement restreint la divulgation prévue au paragraphe 24(1) en permettant à l'administrateur général et à la Commission de refuser de donner accès à de l'information ou à des documents dans des circonstances où leur divulgation risque, entre autres choses, de nuire à la continuation de l'utilisation d'un test standardisé ou de fausser les résultats d'un tel test en conférant un avantage indu à une personne. En outre, le nouveau Règlement confère au comité d'appel le pouvoir discrétionnaire d'ordonner d'accorder l'accès à un document ou à de l'information à l'égard desquels l'administrateur général ou la Commission a refusé de donner accès, aux conditions jugées nécessaires pour empêcher, entre autres choses, que la continuation de l'utilisation du test standardisé ne soit compromise ou que les résultats d'un tel test ne soient faussés. Le nouveau Règlement montre également d'une façon tout à fait claire que la divulgation peut uniquement avoir lieu à l'égard de documents ou d'informations qui sont visés par les dispositions du paragraphe 24(1). En d'autres termes, il n'existe aucun pouvoir discrétionnaire résiduel en vertu d'une autre disposition permettant à l'administrateur général, à la Commission ou au comité d'appel d'ordonner la divulgation d'autres documents ou d'autres informations. Enfin, le nouveau Règlement introduit et définit le concept de «divulgation complète» et renferme plusieurs dispositions destinées à garantir que l'appelant obtienne une divulgation complète avant l'audience. En particulier, le nouveau Règlement confère au comité d'appel le pouvoir discrétionnaire d'imposer toute mesure qu'il estime nécessaire pour permettre de réaliser la divulgation complète.

(iv) Le guide de notation est-il assujéti à la divulgation en vertu du nouveau Règlement?

[29] Le nouveau Règlement est entré en vigueur après que le juge Richard eut rendu sa décision dans

Canada (Attorney General), *supra*, and before the decision of the Court of Appeal in that case. Prior to the proclamation of the amended Regulations, Revenue Canada routinely disclosed to appellants' representatives, on a confidential basis, documents or information pertaining to the standardized in-basket exercise test, including the scoring manual. Presumably Revenue Canada disclosed that information or documentation on the basis that it was believed to be relevant to an issue raised on appeal, at least in some cases. No evidence was adduced by the respondent in these judicial review proceedings to establish that any harm was caused by the previous disclosure of information or documents concerning the standardized in-basket test, including the scoring manual.

[30] Counsel for the respondent submitted, among other things, that the scoring manual was not subject to disclosure under the terms of subsection 24(1) of the amended Regulations on the basis of the jurisprudence decided in the context of the previous *Regulations*. I cannot accept that argument. In my opinion, the amended legislative scheme was designed in order to balance the competing interests of the appellant in receiving full disclosure and of the government in protecting the confidentiality and integrity of the standardized tests. In order to achieve the appropriate balance, the amended Regulations provide for full disclosure to an appellant, recognizing that circumstances nevertheless may exist in which disclosure should be refused or granted subject to conditions in order to protect the confidentiality and integrity of the standardized test. Indeed, the amendments clearly contemplate that documents or information pertaining to a standardized test will be subject to disclosure; otherwise, there would be no necessity for the provisions granting discretionary powers to the deputy head, Commission and appeal board in relation to standardized tests. The scoring manual is one of the documents directly related to the administration and use of the standardized test and, as such, may be information or a document "that pertains to the appellant or to the successful candidate and that is liable to be disclosed before the appeal board", within the meaning of subsection 24(1). The question of

l'affaire *Hasan c. Canada (Procureur général)*, précitée, et avant que la Cour d'appel rende une décision dans cette affaire. Avant la promulgation du nouveau Règlement, Revenu Canada divulguait habituellement aux représentants des appelants, à titre confidentiel, les documents ou l'information se rapportant à l'exercice standardisé de la corbeille, y compris le guide de notation. Revenu Canada divulguait probablement cette information ou cette documentation s'il croyait que celles-ci se rapportaient à une question soulevée dans l'appel, du moins dans certains cas. Aucun élément de preuve n'a été présenté par le défendeur dans la présente demande de contrôle judiciaire en vue d'établir qu'un préjudice était causé du fait de la divulgation antérieure de l'information ou des documents se rapportant à l'exercice standardisé de la corbeille, y compris le guide de notation.

[30] L'avocat du défendeur a soutenu, entre autres choses, que le guide de notation n'était pas assujéti à la divulgation prévue par les dispositions du paragraphe 24(1) du nouveau Règlement compte tenu des décisions rendues dans le contexte de l'ancien Règlement. Je ne puis retenir cet argument. À mon avis, le nouveau régime législatif était destiné à mettre en balance les intérêts divergents de l'appellant lorsqu'il s'agissait d'obtenir une divulgation complète, et du gouvernement lorsqu'il s'agissait de protéger la confidentialité et l'intégrité des tests standardisés. Afin d'en arriver à l'équilibre approprié, le nouveau Règlement prévoit la divulgation complète à l'appellant, en reconnaissant qu'il peut néanmoins y avoir des cas dans lesquels la divulgation devrait être refusée ou encore être accordée à certaines conditions afin de protéger la confidentialité et l'intégrité du test standardisé. De fait, les modifications prévoient clairement que les documents ou l'information se rapportant à un test standardisé seront assujéti à la divulgation; autrement, les dispositions conférant des pouvoirs discrétionnaires à l'administrateur général, à la Commission et au comité d'appel à l'égard des tests standardisés ne seraient pas nécessaires. Le guide de notation est l'un des documents se rapportant directement à l'administration et à l'utilisation du test standardisé et, en tant que tel, il peut constituer une information ou un document «qui contient des renseignements concernant [l'appellant] ou le candidat reçu

whether a scoring manual ought to be disclosed to an appellant under subsection 24(1) depends on its relevance in the context of the facts of the case. However, even if the scoring manual is subject to disclosure on the facts of a particular case, the deputy head or the Commission and the appeal board may exercise their various discretionary powers under the amended Regulations.

[31] Conversely, if I were to conclude that the scoring manual does not, as a general rule, fall within the class of documents subject to disclosure within the meaning of subsection 24(1), its disclosure could not be compelled or ordered in any circumstances under any other legislative provision in the amended Regulations, given the absence of any residual discretionary power to grant disclosure. That simply could not have been the intent of Parliament in enacting the amended legislative scheme, particularly given the previous long-standing practice of Revenue Canada to disclose that document to an appellant's representative. Indeed, the Regulatory Impact Analysis Statement accompanying the amended Regulations confirms that one of the purposes of the amendments is to "limit the grounds on which a deputy head can refuse to release a document."¹

[32] I have therefore concluded that the Chairwoman of the Appeal Board erred in determining that she was bound by the decision in *Hasan v. Canada (Attorney General)*, *supra*, which was decided in the context of the previous Regulations. Indeed, in concluding that she was bound by *Hasan v. Canada (Attorney General)*, *supra*, the Chairwoman of the Appeal Board failed to appreciate the changes implemented in the amended legislative scheme, including the nature and extent of the discretionary powers accorded to the appeal board. In particular, the Chairwoman of the Appeal Board erred by failing to consider, under subsections 24(5) and (6) of the amended Regulations, whether she ought to order access to the scoring manual, subject to any conditions, given the refusal of the deputy head to allow access.

et qui est susceptible d'être communiqué au comité d'appel» au sens du paragraphe 24(1). La question de savoir si le guide de notation doit être divulgué à l'appellant en vertu du paragraphe 24(1) dépend de sa pertinence dans le contexte des faits de l'affaire. Toutefois, même si le guide de notation est assujéti à la divulgation compte tenu des faits d'une affaire particulière, l'administrateur général ou la Commission et le comité d'appel peuvent exercer leurs divers pouvoirs discrétionnaires en vertu du nouveau Règlement.

[31] Par contre, si je devais conclure que le guide de notation n'appartient pas d'une façon générale à la catégorie de documents assujéti à la divulgation au sens du paragraphe 24(1), sa divulgation ne pourrait en aucun cas être exigée ou ordonnée en vertu d'une autre disposition législative du nouveau Règlement, étant donné qu'il n'existe aucun pouvoir discrétionnaire résiduel de permettre la divulgation. Cela ne pouvait tout simplement pas être l'intention du législateur lorsqu'il a édicté le nouveau régime législatif, étant donné en particulier que par le passé, Revenu Canada avait depuis longtemps l'habitude de divulguer ce document au représentant de l'appellant. De fait, le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation qui est joint au nouveau Règlement confirme que les modifications visent notamment à «limiter les motifs pour lesquels un administrateur général peut refuser de fournir un document»¹.

[32] Je conclus donc que la présidente du Comité d'appel a commis une erreur en concluant qu'elle est liée par la décision *Hasan c. Canada (Procureur général)*, précitée, qui a été rendue dans le contexte de l'ancien Règlement. De fait, en concluant qu'elle est liée par cette décision, la présidente du Comité d'appel a omis de tenir compte des modifications effectuées par le nouveau régime législatif, et notamment de la nature et de l'étendue des pouvoirs discrétionnaires conférés au comité d'appel. En particulier, la présidente du Comité d'appel a commis une erreur en omettant de tenir compte de la question de savoir si elle devait, en vertu des paragraphes 24(5) et (6) du nouveau Règlement, ordonner l'accès au guide de notation à certaines conditions étant donné que l'administrateur général avait refusé d'y donner accès.

DECISION

[33] The application for judicial review is allowed with costs. The decision of the Chairwoman of the Appeal Board is quashed, and the matter is remitted to a differently constituted appeal board for rehearing and redetermination.

APPENDIX A

23. (1) Subject to subsection (3), the registrar of appeal boards shall give notice in writing, at least 14 days before the date of the appeal hearing, to the appellant, the deputy head concerned and the successful candidate, of the date, time and place of the hearing.

(2) The notice period referred to in subsection (1) does not begin until full disclosure is completed.

(3) Where the parties agree, the notice of an appeal hearing may be given less than 14 days before the date of the hearing.

...

24. (1) An appellant shall be provided access, on request, to any information, or document that contains information, that pertains to the appellant or to the successful candidate and that is liable to be disclosed before the appeal board.

(2) The deputy head concerned shall provide, on request, to the appellant a copy of any document referred to in subsection (1).

(3) Despite subsections (1) and (2), the deputy head concerned may refuse to allow access to information or a document, or to provide a copy of any document, if the disclosure might

- (a) threaten national security of any person's safety;
- (b) prejudice the continued use of a standardized test owned by the department or commercially available; or
- (c) affect the results of such a standardized test by giving an unfair advantage to any individual.

(4) Despite subsections (1) and (2), the Commission or the Commission's representative may refuse to allow access to any information or document, or to provide a copy of any document, if its disclosure might

- (a) prejudice the continued use of a standardized test owned by the Commission or commercially available; or
- (b) affect the result of such a standardized test by giving an unfair advantage to any individual.

DÉCISION

[33] La demande de contrôle judiciaire est accueillie avec dépens. La décision de la présidente du Comité d'appel est annulée et l'affaire est renvoyée à un comité d'appel différemment constitué pour nouvelle audition et nouvelle décision.

APPENDICE A

23. (1) Sous réserve du paragraphe (3), le greffier des comités d'appel avise par écrit l'appelant, l'administrateur général en cause et le candidat reçu des date, heure et lieu de l'audition de l'appel au moins 14 jours avant la date de l'audition.

(2) Le délai d'avis prévu au paragraphe (1) ne peut débuter avant qu'il y ait eu divulgation complète.

(3) Avec le consentement des parties, l'avis de l'audition de l'appel peut être donné moins de 14 jours avant la date de l'audition.

[. . .]

24. (1) L'appelant a accès, sur demande, à toute information ou tout document qui contient des renseignements concernant lui-même ou le candidat reçu et qui est susceptible d'être communiqué au comité d'appel.

(2) L'administrateur général en cause fournit, sur demande, à l'appelant une copie de tout document visé au paragraphe (1).

(3) Malgré les paragraphes (1) et (2), l'administrateur général en cause peut refuser de donner accès à de l'information ou à des documents ou de fournir copie de documents si leur divulgation risquerait:

- a) soit de menacer la sécurité national ou la sécurité d'une personne;
- b) soit de nuire à l'utilisation continue d'un test standardisé qui appartient au ministère ou qui est offert sur le marché;
- c) soit de fausser les résultats d'un tel test standardisé en conférant un avantage indu à une personne.

(4) Malgré les paragraphes (1) et (2), la Commission ou son représentant peut refuser de donner accès à de l'information ou à des documents ou de fournir copie de documents si leur divulgation risquerait:

- a) soit de nuire à l'utilisation continue d'un test standardisé qui appartient à la Commission ou qui est offert sur le marché;
- b) soit de fausser les résultats d'un tel test standardisé en conférant un avantage indu à une personne.

(5) Where the deputy head concerned or the Commission or its representative refuses to allow access to any information or document under subsection (3) or (4), the appellant may request that the appeal board order that access.

(6) Where the appeal board orders access to any information or document under subsection (5), that access is subject, before and during the hearing, to any conditions that the appeal board deems necessary in order to make certain that

(a) national security or any person's safety will not be threatened;

(b) the continued use of a standardized test referred to in subsection (3) or (4) will not be compromised; or

(c) the results of such a standardized test will not be prejudiced by giving an unfair advantage to any individual.

(7) Any information or document obtained under this section shall be used only for purposes of the appeal.

25. (1) The allegations submitted by the appellant to the deputy head concerned shall be in writing and sufficiently detailed to permit the deputy head to provide a response.

(2) Despite subsection (1), in exceptional circumstances and with the consent of the appeal board allegations may be submitted orally.

(3) Full disclosure shall be completed within the 45 days after the date of the letter acknowledging receipt of the appeal document.

(4) Despite subsection 23(2), after the full disclosure period referred to in subsection (3) has expired and whether or not full disclosure has been completed, the appeal may be scheduled to be heard in order that the appeal board may proceed to conduct the inquiry.

(5) Despite subsection (4), where full disclosure is completed and the completion confirmed in writing by the parties before the expiry of the period referred to in subsection (3), the appeal may be scheduled to be heard in order that the appeal board may proceed to conduct the inquiry.

(6) Despite subsections (3) and (4), where the appellant or the deputy head concerned believes on reasonable grounds that full disclosure cannot be completed within the period referred to in subsection (3), the appeal board may, on that person's request made within that period make an order

(a) if necessary, extending that period; or

(b) imposing any measure it considers necessary for the completion of full disclosure.

(5) Lorsque l'administrateur général en cause ou la Commission ou son représentant refuse de donner accès à de l'information ou à des documents en vertu des paragraphes (3) ou (4), l'appelant peut demander que le comité d'appel ordonne d'accorder cet accès.

(6) Lorsque le comité d'appel ordonne d'accorder l'accès à de l'information ou à des documents en vertu du paragraphe (5), cet accès est assujéti, avant et pendant l'audition, aux conditions que le comité d'appel estime nécessaires pour empêcher que:

a) la sécurité nationale ou la sécurité d'une personne ne soit menacée;

b) l'utilisation continue d'un test standardisé visé aux paragraphes (3) ou (4) ne soit compromise;

c) les résultats d'un tel test standardisé ne soient faussés en conférant un avantage indu à une personne.

(7) Toute information ou tout document obtenu en vertu du présent article ne peut être utilisé qu'aux fins de l'appel.

25. (1) Les allégations que l'appelant adresse à l'administrateur général en cause sont remises par écrit et sont suffisamment détaillées pour qu'il puisse y répondre.

(2) Malgré le paragraphe (1), les allégations peuvent, dans des circonstances exceptionnelles et avec le consentement du comité d'appel, être présentées oralement.

(3) La divulgation complète est réalisée dans les 45 jours suivant la date de l'accusé de réception du document d'appel.

(4) Malgré le paragraphe 23(2), après l'expiration du délai visé au paragraphe (3), que la divulgation complète soit réalisée ou non, l'appel peut être mis au rôle d'audition pour que le comité d'appel puisse faire enquête.

(5) Malgré le paragraphe (4), lorsque la divulgation complète est réalisée et confirmée par écrit par les parties avant l'expiration du délai visé au paragraphe (3), l'appel peut être mis au rôle d'audition pour que le comité d'appel puisse faire enquête.

(6) Malgré les paragraphes (3) et (4), lorsque l'appelant ou l'administrateur général en cause a des motifs raisonnables de croire que la divulgation complète ne pourra être réalisée dans le délai visé au paragraphe (3), le comité d'appel peut, à la demande de l'intéressé faite avant l'expiration du délai, rendre une ordonnance:

a) prorogeant ce délai, le cas échéant;

b) imposant toute mesure qu'il estime nécessaire pour permettre de réaliser la divulgation complète.

(7) Despite subsections (3) and (4), where the appellant or the deputy head concerned believes on reasonable grounds that full disclosure cannot be completed within the period extended under subsection (6), the appeal board may, on that person's request made within that period make an order

- (a) if necessary, extending that period; or
 - (b) imposing any measure it considers necessary for the completion of full disclosure.
- (8) Despite subsections (3) and (4), where

- (a) full disclosure has not been completed within the period referred to in subsection (3) or a period extended under subsection (6) or (7), or
- (b) the appeal board believes on reasonable grounds that full disclosure cannot be completed within the period referred to in subsection (3) or a period extended under subsection (6) or (7),

the appeal board may on its own initiative make an order imposing any measure it considers necessary for the completion of full disclosure and, if necessary, getting a new time limit that completion.

¹ SOR/96-482, *Canada Gazette, Part II*, Vol. 130, No. 23, p. 3081.

(7) Malgré les paragraphes (3) et (4), lorsque l'appelant ou l'administrateur général en cause a des motifs raisonnables de croire que la divulgation complète ne pourra être réalisée dans le délai prorogé par l'ordonnance rendue en vertu du paragraphe (6), le comité d'appel peut, à la demande de l'intéressé faite avant l'expiration de ce délai, rendre une nouvelle ordonnance:

- a) prorogeant ce délai, le cas échéant;
- b) imposant toute mesure qu'il estime nécessaire pour permettre de réaliser la divulgation complète.

(8) Malgré les paragraphes (3) et (4), le comité d'appel peut, par ordonnance, imposer d'office toute mesure qu'il estime nécessaire pour permettre de réaliser la divulgation complète lorsque, selon le cas:

- a) la divulgation complète n'a pas été réalisée dans le délai visé au paragraphe (3) ou prorogé en vertu des paragraphes (6) ou (7);
- b) il a des motifs raisonnables de croire que la divulgation complète ne pourra être réalisée dans le délai visé au paragraphe (3) ou prorogé en vertu des paragraphes (6) ou (7).

¹ DORS/96-482, *Gazette du Canada, Partie II*, vol. 130, n° 23, p. 3081.