

<p>A-1024-90</p> <p><b>J. F. Wiebe (Applicant)</b></p> <p>v.</p> <p><b>Her Majesty the Queen (Respondent)</b></p> <p><i>INDEXED AS: WIEBE v. CANADA (C.A.)</i></p>	<p>A-1024-90</p> <p><b>J. F. Wiebe (requérant)</b></p> <p>c.</p> <p>a</p> <p>b</p>	<p><b>Sa Majesté la Reine (intimée)</b></p> <p><i>RÉPERTORIÉ: WIEBE c. CANADA (C.A.)</i></p>
--	--	--

Court of Appeal, Heald, Mahoney and Hugessen J.J.A.—Ottawa, April 1 and 3, 1992.

Cour d'appel, juges Heald, Mahoney et Hugessen, J.C.A.—Ottawa, 1<sup>er</sup> et 3 avril 1992.

*Judicial review — Whether administrative tribunals must follow practice of ordering witnesses excluded prior to testifying — Appeal Board under Public Service Employment Act, s. 21 refusing to exclude each of two members of Screening/Selection Board while other testifying as not convinced witnesses should be excluded — Appeal based on screening and selection processes — Board exercising discretion on wrong principle — In law courts presumption in favour of exclusion, and onus on party opposing exclusion to show why order should not be granted — Refusal, rather than exclusion, requiring justification — Requirements for administrative tribunals depending upon nature of inquiry and extent to which procedure adversarial — S. 21 proceedings adversarial — As circumstances so similar to trial, Board should be governed by same considerations as court upon application for exclusion of witnesses — Natural for Screening/Selection Board members to put decisions in best possible light when challenged, creating presumption in favour of exclusion in interests of fairness and accuracy in fact finding — Proper question whether any reason why witnesses should not be excluded — As difficult to specify grounds for exclusion before testimony, exclusion based on mere possibility of bias, fabrication or tailoring of evidence.*

*Contrôle judiciaire — Les tribunaux administratifs doivent-ils suivre la pratique d'ordonner l'exclusion des témoins avant qu'ils ne témoignent? — Refus par le comité d'appel établi en vertu de l'art. 21 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique d'exclure chacun des deux membres du jury de sélection et de présélection pendant que l'autre témoignait puisqu'il n'était pas convaincu de la nécessité d'exclure les témoins — Appel fondé sur le processus de sélection et de présélection — Le comité a exercé sa discrétion en se fondant sur un principe erroné — Devant un tribunal judiciaire, il existe une présomption en faveur de l'exclusion, et il incombe à la partie s'y opposant de démontrer que l'ordonnance ne devrait pas être accordée — Le refus, et non l'exclusion, doit être justifié — Les exigences des tribunaux administratifs dépendent de la nature de l'enquête et de la mesure du caractère contradictoire de la procédure — La procédure visée à l'art. 21 est contradictoire — Les circonstances étant très semblables à celles d'un procès, le comité devrait tenir compte des mêmes facteurs qu'une cour lorsqu'une demande d'exclusion des témoins est présentée — Il est naturel que les membres du jury de présélection et de sélection présentent leurs décisions sous leur meilleur jour lorsqu'elles sont contestées, ce qui crée une présomption en faveur de l'exclusion dans l'intérêt de l'équité et de la précision dans la recherche des faits — La question est de savoir s'il existait des motifs de ne pas exclure les témoins — Puisqu'il est difficile de préciser les motifs de l'exclusion avant les témoignages, l'exclusion est fondée sur la seule possibilité d'avoir été partial, d'avoir fabriqué ou façonné la preuve.*

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.*  
*Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 21.*

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

*Millward v. Public Service Commission, [1974] 2 F.C. 530; (1974), 49 D.L.R. (3d) 295 (T.D.).*

LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28.*  
*Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 21.*

JURISPRUDENCE

DÉCISION EXAMINÉE:

*Millward c. La Commission de la Fonction publique, [1974] 2 C.F. 530; (1974), 49 D.L.R. (3d) 295 (1<sup>re</sup> inst.).*

## REFERRED TO:

*Schwartz v. R.*, [1982] 1 F.C. 386 (C.A.); *Sorobey v. Canada (Public Service Commission Appeal Board)*, [1987] 1 F.C. 219; (1986), 72 N.R. 318 (C.A.).

## AUTHORS CITED

Sopinka, John *et al.*, *The Law of Evidence in Canada*, Toronto: Butterworths, 1992.

APPLICATION to set aside Appeal Board's decision in an appeal against an appointment based on its refusal to exclude certain witnesses from the hearing while others were being examined as to the screening and selection process. Appeal allowed.

## COUNSEL:

*Catherine H. MacLean* for applicant.  
*Geoffrey S. Lester* for respondent.

## SOLICITORS:

*Nelligan/Power*, Ottawa, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

HUGESSEN J.A.: An order for the exclusion of witnesses from the courtroom, up until such time as they have given their evidence, is commonly sought and routinely granted in trials before courts of law.<sup>1</sup> This section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application raises the question of how far an administrative tribunal may be obliged to follow this same rule of conduct.

The application is brought against a decision of an Appeal Board appointed pursuant to section 21 of the *Public Service Employment Act*.<sup>2</sup> The Board was seized of an appeal by the applicant against a proposed appointment to the position of Senior Excise Auditor, AU-02, Revenue Canada, Customs and Excise, Winnipeg. The applicant was an unsuccessful candidate who had been screened out at an early

<sup>1</sup> One of the earliest recorded and spectacularly successful such applications is recounted in the apocryphal story of Susanna and the Elders, Daniel 13,51.

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. P-33

## DÉCISIONS CITÉES:

*Schwartz c. R.*, [1982] 1 C.F. 386 (C.A.); *Sorobey c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique)*, [1987] 1 C.F. 219; (1986), 72 N.R. 318 (C.A.).

a

## DOCTRINE

Sopinka, John *et al.*, *The Law of Evidence in Canada*, Toronto: Butterworths, 1992.

b

DEMANDE d'annulation de la décision d'un comité d'appel, dans le cadre d'un appel d'une nomination, de refuser d'exclure certains témoins de la salle d'audience pendant que d'autres étaient interrogés sur le processus de présélection et de sélection. Appel accueilli.

c

## AVOCATS:

*Catherine H. MacLean* pour le requérant.  
*Geoffrey S. Lester* pour l'intimée.

d

## PROCUREURS:

*Nelligan/Power*, Ottawa, pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée

e

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

f

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Dans les procès tenus devant les tribunaux judiciaires, on demande fréquemment et on accorde systématiquement des ordonnances prévoyant l'exclusion des témoins de la salle d'audience jusqu'à ce qu'ils aient témoigné<sup>1</sup>. La présente demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7] soulève la question de savoir jusqu'à quel point un tribunal administratif doit suivre la même règle de conduite.

g

h

La demande est à l'encontre de la décision d'un comité d'appel établi en vertu de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*<sup>2</sup>. Le comité a été saisi d'un appel interjeté par le requérant à l'encontre d'une nomination projetée au poste de vérificateur principal de l'Accise, AU-02, Revenu Canada, Douanes et Accise, à Winnipeg. Le requérant, candidat non reçu, a été éliminé dès l'étape préliminaire du

i

<sup>1</sup> L'une des premières requêtes de ce genre consignée et ayant remporté un succès spectaculaire est racontée dans l'histoire apocryphe de Suzanne et les vieillards, Daniel 13,51.

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), ch. P-33.

stage of the competition as not having the necessary qualifications. The screening out had been done by a Screening Board composed of two persons both of whom were present as witnesses at the Appeal Board hearing. The selection of the successful candidate had been effected by a Selection Board composed of the same two persons together with a third person who acted as the employer's representative in the proceedings before the Appeal Board.

At the opening of the hearing, the applicant's representative asked that each of the two members of the Screening/Selection Board be excluded from the room while the other was being examined as to the detail of the screening and selection process. No objection seems to have been taken to the presence of the third member of the Selection Board who, as noted, was acting as the employer's representative.

The Appeal Board refused to order such exclusion. In her written decision following the hearing, the Chairperson explained this refusal in these words:

I had not been convinced that in a case of this kind, one Board member's hearing another's testimony as to why a decision was reached, could affect the findings that I had to make with respect to the reasonableness of the conclusions. I mentioned that I could certainly change my ruling if the discussion involved bias or some other area where exclusion of witnesses would be appropriate. (Case, pages 161-162)

In my view, the Appeal Board was wrong to hold as it did.

While there can be no doubt that the Board is master of its own procedure and that, in any event, the decision as to whether or not to exclude witnesses is a matter of discretion, it is my view that the discretion was here exercised upon a wrong principle.

In a court of law the order to exclude witnesses is granted "as a matter of course".<sup>3</sup> That is to say that there is a presumption in favour of exclusion when it is sought and it is for the party opposing such exclusion to demonstrate that the order should not be granted with respect to some or all of the witnesses. Very commonly, the parties themselves, or their representatives, are exempted from the exclusion order

<sup>3</sup> Sopinka, John *et al.*, *The Law of Evidence in Canada*, (Toronto: Butterworths, 1992), at p. 826.

concours parce qu'il ne possédait pas les compétences nécessaires. Cette décision a été prise par un jury de présélection dont les deux membres étaient présents à titre de témoins lors de l'audience du comité d'appel. Le candidat reçu a été sélectionné par un jury de sélection composé des deux membres susmentionnés et d'une troisième personne qui a agi à titre de représentant de l'employeur dans le cadre des procédures tenues devant le comité d'appel.

À l'ouverture de l'audience, la représentante du requérant a demandé l'exclusion de la salle de chacun des deux membres du jury de présélection et de sélection pendant qu'on demandait à l'autre membre des précisions sur le processus de présélection et de sélection. Il semble qu'aucune objection n'ait été soulevée quant à la présence du troisième membre du jury de sélection qui, je le répète, exerçait les fonctions de représentant de l'employeur.

Le comité d'appel a refusé d'ordonner cette exclusion. Dans sa décision écrite rendue à la suite de l'audience, la présidente a expliqué ainsi son refus:

[TRADUCTION] On ne m'a pas convaincue que dans un tel cas, la présence d'un membre du jury lors du témoignage d'un autre membre sur les motifs d'une décision pourrait affecter les conclusions que je devais tirer à l'égard du caractère raisonnable des conclusions tirées. J'ai mentionné que je pourrais certainement modifier ma décision s'il était question de partialité ou d'un autre sujet qui rendrait opportune l'exclusion des témoins. (Dossier, pages 161 et 162)

À mon avis, le comité d'appel a conclu erronément.

Bien qu'il soit sans aucun doute maître de sa procédure et qu'en tout état de cause, la décision d'exclure ou non les témoins relève de sa discrétion, je suis d'avis qu'en l'espèce, le comité a exercé sa discrétion en se fondant sur un principe erroné.

Devant un tribunal judiciaire, l'ordonnance prévoyant l'exclusion des témoins est accordée [TRADUCTION] «naturellement»<sup>3</sup>. C'est-à-dire qu'il existe une présomption en faveur de l'exclusion lorsque celle-ci est recherchée, et il incombe à la partie s'y opposant de démontrer que l'ordonnance ne devrait pas être accordée à l'égard de certains ou de tous les témoins. Les parties elles-mêmes, ou leurs représentants, sont

<sup>3</sup> Sopinka, John *et al.*, *The Law of Evidence in Canada*, (Toronto: Butterworths, 1992) à la p. 826.

so as to ensure the fairness of the hearing. It is also common to exempt experts on the ground that their evidence, being a matter of opinion, is less likely to be improperly influenced by hearing the evidence of others. The matter being one of discretion, there are many other circumstances where the exclusion of witnesses may properly be refused, but they all have in common that it is the refusal rather than the exclusion which requires justification.

Clearly, administrative tribunals are not always held to follow the same rules as courts. The requirements for any particular tribunal will depend upon the nature of the inquiry being conducted and whether and to what extent the procedure may properly be seen as adversarial. In the case of the Appeal Boards appointed under section 21 of the *Public Service Employment Act* generally, and more specifically in the particular circumstances of this case, it is my view that the Board should have approached its discretion in the same way as would a court.

Proceedings under section 21, though styled an "inquiry", are very much adversarial in nature, with the applicant and the employer each being on opposite sides of the question and each generally being represented by persons experienced in this specialized type of dispute. The situation was aptly described by Cattanach J. in the Trial Division<sup>4</sup> as follows:

While there is not a *lis inter partes* [sic] in the true sense of that term, there is, nevertheless, a contest between two parties. The deputy head is before the board to justify that the selection of the successful candidate was on the basis of the merit system and the unsuccessful candidate is present to establish that this was not the case. Such situation has been described and established by authority as a *quasi-lis* between *quasi-parties*.

Often there will be one or more other interested parties as well, notably successful candidates or persons whose names have been placed on the eligible

<sup>4</sup> *Millward v. Public Service Commission*, [1974] 2 F.C. 530, at p. 539.

généralement exemptés de l'ordonnance d'exclusion afin que le caractère équitable de l'audience soit maintenu. Les experts sont également fréquemment exemptés parce qu'il est moins vraisemblable que leur témoignage, qui exprime une opinion, soit irrégulièrement influencé par celui des autres témoins. Puisqu'il s'agit d'une question de discrétion, il existe des nombreuses autres circonstances où l'exclusion des témoins peut à juste titre être refusée, mais dans tous les cas, c'est le refus, et non l'exclusion, qui doit être justifié.

Manifestement, les tribunaux administratifs ne sont pas toujours tenus de suivre les mêmes règles que les cours. Pour chaque tribunal, les exigences varieront selon la nature de l'enquête tenue, et elles dépendront de la question de savoir si et dans quelle mesure on peut considérer à bon droit la procédure comme contradictoire. Dans le cas des comités d'appel établis en vertu de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* en général, et plus particulièrement dans les circonstances de l'espèce, je suis d'avis que le comité aurait dû concevoir son pouvoir discrétionnaire de la même façon qu'une cour.

Bien qu'elle soit appelée «enquête», la procédure visée à l'article 21 est des plus contradictoire en nature puisque le requérant et l'employeur soutiennent des points de vue opposés et ils sont généralement représentés par des experts dans ce genre de litige spécialisé. Le juge Cattanach de la Section de première instance<sup>4</sup> a décrit la situation avec justesse:

Bien qu'il n'y ait pas de litige entre des parties au sens véritable de ce terme, il y a néanmoins une contestation entre deux parties. Le sous-chef comparait devant le comité pour expliquer que la sélection du candidat reçu s'est faite selon le système du mérite et le candidat non reçu est là pour démontrer que tel ne fut pas le cas. La jurisprudence a décrit et reconnu une telle situation comme un quasi-litige entre des quasi-parties.

Il arrive fréquemment qu'une ou plusieurs autres parties soient également intéressées, particulièrement les candidats reçus ou les personnes dont le nom a été

<sup>4</sup> *Millward c. La Commission de la Fonction publique*, [1974] 2 C.F. 530, à la p. 539.

list.<sup>5</sup> They are entitled as of right to participate<sup>6</sup> and if they choose to give evidence they must submit themselves to cross-examination.<sup>7</sup> The circumstances being so similar to those of a trial, the Appeal Board should be governed by the same considerations when considering the exclusion of witnesses.

Turning to the particular facts of this case, it will be recalled that the request for exclusion was specifically directed (and limited) to the two members of the Screening Board and that the third member of the Selection Board, who was serving as the employer's representative, was necessarily going to be present throughout the hearing in that capacity. The inquiry itself was directed in particular to the process by which the applicant had been screened out by the Screening Board and to that by which the successful candidate had been selected by the Selection Board. Members of such Boards are only human and one can hardly expect other of them than to attempt to put their decisions in the best possible light when challenged. Those facts, of themselves, created a strong presumption in favour of the Appeal Board's ordering exclusion in the interests of fairness and accuracy in fact finding. It is not without significance that the final decision of the Board, when made, contained a number of favourable findings of credibility regarding the members of the Screening Board, findings upon which respondent's counsel was quick to rely when arguing another aspect of this application.

In my view, the Appeal Board erred in law by exercising its discretion to exclude witnesses upon a wrong principle. Instead of asking itself whether there were any reasons why the two members of the Screening and Selection Boards should not be excluded, a question to which there could only be one answer in the circumstances, the Board asked itself whether it was convinced that they should be excluded. Since exclusion orders, by their very nature, are sought and obtained before the witnesses have testified, it is very difficult for a party to specify and articulate grounds for exclusion in advance. Such

<sup>5</sup> The successful candidate in this case appeared but made no representations before the Appeal Board.

<sup>6</sup> *Schwartz v. R.*, [1982] 1 F.C. 386 (C.A.).

<sup>7</sup> *Sorobey v. Canada (Public Service Commission Appeal Board)*, [1987] 1 F.C. 219 (C.A.).

porté à la liste d'admissibilité<sup>5</sup>. Ils peuvent participer de plein droit<sup>6</sup>, et s'ils désirent témoigner, ils doivent se soumettre à un contre-interrogatoire<sup>7</sup>. Les circonstances étant très semblables à celles d'un procès, le comité d'appel devrait tenir compte des mêmes facteurs lorsqu'il envisage l'exclusion des témoins.

Quant aux faits particuliers de l'espèce, il convient de rappeler que la demande d'exclusion visait précisément et seulement deux membres du jury de présélection et que le troisième membre du jury de sélection, qui exerçait les fonctions de représentant de l'employeur, devait nécessairement être présent tout au long de l'audience à ce titre. L'enquête elle-même portait particulièrement sur le processus qui a conduit à l'élimination du requérant par le jury de présélection et à la sélection du candidat reçu par le jury de sélection. Les membres d'un tel jury sont des êtres humains, de sorte qu'on peut facilement s'attendre à ce qu'ils tentent de présenter leurs décisions sous leur meilleur jour lorsqu'elles sont contestées. Ces faits, d'eux-mêmes, ont créé une forte présomption en faveur de l'exclusion des témoins par le comité d'appel dans l'intérêt de l'équité et de la précision dans la recherche des faits. Fait important, la décision finale du comité, lorsqu'elle a été rendue, tirait de nombreuses conclusions favorables sur la crédibilité des membres du jury de présélection, conclusions sur lesquelles l'avocat de l'intimée s'est empressé de s'appuyer au moment de débattre un autre aspect de la présente demande.

À mon avis, le comité d'appel a commis une erreur de droit en exerçant sa discrétion d'exclure des témoins en se fondant sur un principe erroné. Loin de se demander s'il existait des motifs de ne pas exclure les deux membres du jury de présélection et de sélection, question qui, dans les circonstances, ne pouvait recevoir qu'une seule réponse, le comité s'est demandé s'il était convaincu qu'ils devaient être exclus. Puisque les ordonnances d'exclusion, par leur nature même, sont demandées et obtenues avant les témoignages, il est très difficile pour une partie de préciser et de formuler préalablement les motifs de

<sup>5</sup> Le candidat reçu en l'espèce a comparu, mais il n'a fait aucune observation au comité d'appel.

<sup>6</sup> *Schwartz c. R.*, [1982] 1 C.F. 386 (C.A.).

<sup>7</sup> *Sorobey c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique)*, [1987] 1 C.F. 219 (C.A.).

grounds will at that stage necessarily be based on the mere possibility or suspicion of bias, fabrication or tailoring of evidence. Once the evidence has been given and there is material upon which such an allegation may be supported, it is too late and the damage has been done.

Since, in my view, there must be a new hearing, it is not appropriate for us to deal with the second ground of the applicant's attack which bears upon the merits of the decision of the Appeal Board.

I would allow the section 28 application, I would set aside the decision of the Appeal Board and I would refer the matter back for a new hearing before another Appeal Board to be established by the Public Service Commission.

HEALD J.A. concurred.

MAHONEY J.A. concurred.

cette exclusion. À cette étape, ceux-ci seront nécessairement fondés sur la seule possibilité ou soupçon d'avoir été partial, d'avoir fabriqué ou façonné la preuve. Une fois les témoignages rendus, s'il existe un motif pouvant appuyer une telle allégation, il est trop tard, et le mal est déjà fait.

Puisque, à mon avis, une nouvelle audience doit être tenue, il ne nous appartient pas d'étudier le second motif de la contestation du requérant portant sur le bien-fondé de la décision du comité d'appel.

J'accueillerais la demande fondée sur l'article 28, j'annulerais la décision du comité d'appel et je renverrais l'affaire afin qu'une nouvelle audience soit tenue devant un nouveau comité d'appel établi par la Commission de la fonction publique.

LE JUGE HEALD, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.