

T-1458-10
2012 FC 1263

T-1458-10
2012 CF 1263

Anissa Samatar (*Applicant*)

Anissa Samatar (*demanderesse*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Procureur général du Canada (*défendeur*)

INDEXED AS: SAMATAR v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : SAMATAR c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court, Martineau J.—Ottawa, September 6 and October 31, 2012.

Cour fédérale, juge Martineau—Ottawa, 6 septembre et 31 octobre 2012.

Public Service — Selection Process — Competitions — Judicial review of decision by Public Service Commission (Commission) determining applicant guilty of fraud for providing false references to candidate in appointment process within public service — Investigation by Commission conducted pursuant to Public Service Employment Act (PSEA), s. 69 — During investigation, Commission summoned applicant to interview, suspecting applicant of fraud — Before interview, investigator not telling applicant suspected of fraud — Investigator also not providing applicant with relevant evidence — Investigation report finding applicant guilty of fraud, corrective action taken against applicant — Issue namely whether (1) Public Service Employment Act (PSEA), s. 69 authorizing Commission to take corrective action against applicant when applicant not participating in competition, but giving references in competition, (2) rules of procedural fairness breached in case — PSEA not defining word fraud — French English definitions of word “fraud” similar — Fraud involving deceiving others for gain — Intent must be to deceive others, not sufficient to look only at material fact alone — Before assessing reasonableness of finding of “fraud”, first must be satisfied Commission having jurisdiction in respect of third parties like applicant — To do so, must review overall framework governing human resources in federal public service — Thus, information sent to Commission regarding supposed fraud of applicant in appointment process similar to disclosure of wrongdoing under Public Servants Disclosure Protection Act — Approach by Commission merely leading to duplication of investigation process — Parliament’s use of conjunction “and” in English version of PSEA, s. 69(a) directly before s. 69(b) not fortuitous — Only ancillary power related to revocation of proposed appointment — To exercise power to take “corrective action” under authority set out in s. 69(b) independently of power set out in s. 69(a) to revoke appointment, conjunction “and” would need to be replaced by “or” in English version, conjunction “ou” added in French version — Commission usurping powers, acting without jurisdiction — No need to express definitive opinion on jurisdiction

Fonction publique — Procédure de sélection — Concours — Contrôle judiciaire d’une décision de la Commission de la fonction publique (Commission) trouvant la demanderesse coupable de fraude pour avoir fourni de fausses références à une candidate dans le cadre d’un processus de nomination au sein de la fonction publique — L’enquête de la Commission a été menée en vertu de l’art. 69 de la Loi sur l’emploi dans la fonction publique (LEFP) — Au cours de l’enquête, la Commission a convoqué la demanderesse à une entrevue, la soupçonnant de fraude — Avant l’entrevue, l’enquêteur n’a pas dit à la demanderesse qu’elle était soupçonnée de fraude — Il ne lui a pas non plus communiqué les preuves pertinentes — Le rapport d’enquête a conclu à la fraude et des mesures correctives ont été prises à l’encontre de la demanderesse — Il était question entre autres de savoir 1) si l’art. 69 de la Loi sur l’emploi dans la fonction publique (LEFP) autorise la Commission à prendre des mesures correctives visant la demanderesse qui n’a pas participé à un concours, mais qui a donné des références dans le cadre d’un concours, et 2) si les règles d’équité procédurale ont été violées en l’espèce — La LEFP ne définit pas le mot fraude — Les définitions française et anglaise du mot « fraude » se rejoignent — Il est question de tromper autrui dans le but d’obtenir un avantage — Il faut avoir l’intention de tromper autrui, il ne suffit pas de s’arrêter au fait matériel en soi — Avant d’en arriver à examiner la raisonnable de la conclusion de « fraude », il faut d’abord être satisfait que la Commission a compétence vis-à-vis des tiers comme la demanderesse — Pour ce faire, il faut examiner le cadre global qui régit la fonction publique fédérale en matière de ressources humaines — Ainsi, l’information transmise à la Commission relativement à la présumée fraude de la demanderesse dans le cadre d’un processus de nomination ressemble à la divulgation d’actes répréhensibles visés par la Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d’actes répréhensibles — L’approche prise par la Commission ne fait qu’aboutir à un dédoublement du processus d’enquête — L’emploi par le législateur de la conjonction « and » dans la version anglaise de l’art. 69a) de la LEFP,

or reasonableness because procedural fairness issue determinative — Content of duty of fairness varying depending on context, consideration must be given to criteria listed by Supreme Court in Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) — In case at bar, investigator not revealing to applicant, in timely manner, intentions, evidence already collected — Notice to appear clearly insufficient — Rules of procedural fairness required investigator to disclose before interview documentary evidence likely to be used in interview — Breach of procedural fairness flagrant in applicant's case — Federal Courts Act, s. 18.1(3) conferring broad discretion on Court to choose appropriate remedy — Given specific, exceptional circumstances herein, not in best interests of justice to refer applicant's case back to Commission — Applicant entitled to increased costs exceeding party and party costs normally awarded — Commission's decision set aside — Application allowed.

This was an application for judicial review of a decision by the Public Service Commission of Canada (Commission) determining that the applicant was guilty of fraud for providing false references to a candidate in an appointment process within the public service.

The applicant contested the lawfulness of the Commission's investigation report that determined that she was guilty of fraud following an investigation conducted pursuant to section 69 of the *Public Service Employment Act* (PSEA). The applicant submitted that the investigator should have told her that she was suspected of fraud and provided her with all the relevant evidence before her interview, in particular the content of a witness's testimony and notes. The applicant did not participate in any competition. Nevertheless, she was the subject of a decision by the Commission that determined that she was guilty of fraud along with two other public servants: the candidate in the competition, and another person who, like the applicant, was a reference for the candidate. The candidate affected by the investigation was not appointed to the positions

directement avant l'art. 69b), n'est pas fortuit — Il ne peut s'agir que d'un pouvoir de nature accessoire, lié à la révocation d'une proposition de nomination — Pour pouvoir exercer le pouvoir de prendre des « mesures correctives » en vertu du pouvoir prévu à l'art. 69b) indépendamment du pouvoir prévu à l'art. 69a) de révoquer une nomination, il faudrait remplacer dans la version anglaise la conjonction « and » par « or », et ajouter dans la version française, la conjonction « ou » — La Commission a usurpé ses pouvoirs et agi sans compétence — Il n'est pas nécessaire d'exprimer une opinion définitive au sujet de la compétence ou de la raisonabilité puisque la question d'équité procédurale est déterminante — Le contenu du devoir d'agir équitablement varie selon le contexte et il faut considérer les critères énumérés par la Cour Suprême dans Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) — En l'espèce, l'enquêteur n'a pas révélé à la demanderesse, en temps utile, ses intentions et les preuves qu'il avait déjà recueillies — L'avis de convocation est nettement insuffisant — Les règles d'équité procédurale exigeaient que l'enquêteur communique avant l'entrevue les éléments de preuve documentaire susceptibles d'être utilisés à l'entrevue — La violation à l'obligation d'équité procédurale est flagrante dans le cas de la demanderesse — L'art. 18.1(3) de la Loi sur les Cours fédérales confère une large discrétion à la Cour dans le choix de la réparation appropriée — Compte tenu des circonstances particulières et exceptionnelles de la présente affaire, il n'est pas dans le meilleur intérêt de la justice que le dossier de la demanderesse retourne à la Commission — La demanderesse a droit à une indemnité de dépens accrue qui dépasse les dépens partie-partie habituellement accordés — La décision de la Commission est cassée — Demande accueillie.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision rendue par la Commission de la fonction publique du Canada (Commission) trouvant la demanderesse coupable de fraude pour avoir fourni de fausses références à une candidate dans le cadre d'un processus de nomination au sein de la fonction publique.

La demanderesse conteste la légalité du rapport d'enquête de la Commission la trouvant coupable de fraude à la suite d'une enquête menée en vertu de l'article 69 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* (LEFP). La demanderesse soutient que l'enquêteur devait lui dire qu'elle était soupçonnée de fraude et devait lui communiquer avant son entrevue toutes les preuves pertinentes, en particulier le contenu du témoignage d'un témoin et les notes de celle-ci. La demanderesse n'a participé à aucun concours. Néanmoins, elle est prise à partie dans la décision de la Commission la trouvant coupable de fraude en même temps que deux autres fonctionnaires, l'une, la candidate au concours et l'autre qui, tout comme la demanderesse, a fourni des références pour la candidate. La candidate visée par l'enquête n'a pas été nommée aux

for which she applied. However, the Commission asserted the authority to take corrective action with respect to any person in a situation where fraud may have occurred, even if it had no practical effect on the proposed appointment or appointment of qualified persons. The applicant questioned the existence of that power. The respondent, on behalf of the Commission, argued that it is unnecessary for a candidate to be appointed to a position for there to be a fraud investigation under section 69 of the PSEA, and that it is sufficient that the fraud was committed “in an appointment process”. The applicant submitted that the PSEA preamble does not provide for amendments to the clear wording of section 69, which uses the conjunction “and” and not “or”. The applicant also argued that, contrary to the candidate’s situation, she was not a candidate in any competition and was not directly involved in the appointment process (she was not herself a member of the selection board or in charge of checking the candidate’s references).

As corrective actions, the Commission required that the applicant, for a period of three years, obtain the written permission of the Commission before accepting a position within the federal public service, without which her appointment would be revoked. Furthermore, the impugned decision and investigation report would be sent to the applicant’s employer and to the Royal Canadian Mounted Police.

The issues were whether (1) the rules of procedural fairness or natural justice were respected, (2) the impugned decision that the applicant committed fraud is unreasonable, and (3) section 69 of the PSEA authorizes the Commission to take corrective action against the applicant, who did not participate in any competition, but provided references in a competition.

Held, the application should be allowed.

In this case, the Commission’s investigation was conducted under the supposed authority of section 69 of the PSEA. The Commission’s policy on considerations for investigations indicates that the decision to investigate or not is discretionary. The PSEA does not define what constitutes “fraud”. It is a question of law that is at the very heart of the jurisdiction conferred by Parliament on the Commission. The French and English definitions of “fraud” are similar. First, fraud involves deceiving others in the aim of gaining some advantage. Second, there must be an intent to deceive others, which leads to the question of whether the author is aware of the deception attributed to him or her. If the author acted in good faith, we are instead talking about an “error”. The determination of the intent behind the actions taken is therefore an essential element of the analysis of the evidence. We cannot look only at the material fact alone. Without personal interest in the

postes pour lesquels elle avait soumis sa candidature. Toutefois, la Commission revendique le pouvoir de prendre des mesures correctives à l’égard de toute personne dans les cas où une fraude a pu être commise, même si celle-ci n’a eu aucun effet pratique sur la proposition de nomination ou la nomination de personnes qualifiées. La demanderesse remet en cause l’existence de ce pouvoir. Le défendeur, au nom de la Commission, fait valoir qu’il n’est pas nécessaire qu’un candidat soit nommé à un poste pour qu’il y ait enquête pour fraude selon l’article 69 de la LEFP, et qu’il suffit que la fraude ait été commise « dans le processus de nomination ». La demanderesse soutient que le préambule de la LEFP n’autorise pas la modification du texte clair de l’article 69 qui utilise la conjonction « and » et non « or ». De plus, la demanderesse fait également valoir que contrairement au cas de la candidate, elle n’était candidate à aucun concours et elle n’a pas été directement impliquée dans le processus de nomination (n’étant pas elle-même membre du jury de sélection, ni chargée de vérifier les références de la candidate).

À titre de mesures correctives, la Commission oblige la demanderesse, pour une période de trois ans, à obtenir la permission écrite de la Commission avant d’accepter un poste au sein de la fonction publique fédérale, faute de quoi sa nomination sera révoquée. De plus, la décision et le rapport d’enquête contestés sont transmis à l’employeur de la demanderesse et à la Gendarmerie Royale du Canada.

Les questions en litige étaient de savoir 1) si les règles d’équité procédurale ou de justice naturelle ont été respectées, 2) si la décision contestée selon laquelle que la demanderesse a commis une fraude est déraisonnable, et 3) si l’article 69 de la LEFP autorise la Commission à prendre des mesures correctives visant la demanderesse qui n’a pas participé à un concours, mais qui a donné des références dans le cadre d’un concours.

Jugement : la demande doit être accueillie.

En l’espèce, l’enquête de la Commission a été conduite sous l’autorité présumée de l’article 69 de la LEFP. Les lignes directrices de la Commission en matière de motifs d’enquête indiquent que la décision d’enquêter ou non est un pouvoir discrétionnaire. La LEFP ne définit pas ce qui constitue une « fraude ». Il s’agit d’une question de droit au cœur même de la compétence attribuée par le législateur à la Commission. La définition française du mot « fraude » rejoint la définition anglaise. D’abord, il est question de tromper autrui dans le but d’obtenir un avantage quelconque. De plus, il faut avoir l’intention de tromper autrui, d’où la question de savoir si l’auteur est ou non au courant de la tromperie qu’on lui prête. S’il est de bonne foi, il faut plutôt parler d’« erreur ». La détermination de l’intention derrière les actions prises est donc un élément essentiel d’analyse de la preuve. Il ne suffit pas de s’arrêter au fait matériel en soi. Sans intérêt personnel pour

candidate and without the likelihood of benefitting in some way, it is not clear how the applicant could have had the intention, the motivation, or even “the intent to deceive” the employer. However, before assessing the reasonableness of the finding of “fraud”, one should first be satisfied that the Commission has jurisdiction in respect of third parties. The issues of jurisdiction or reasonableness cannot adequately be addressed without first conducting a review of the overall framework that governs the federal public service. Section 69 came into force as part of the *Public Service Modernization Act*, which introduced a framework for human resources modernization. Parliament also enacted a true framework legislation applicable to the entire public sector; one of the objectives of the legislation is specifically to maintain and enhance public confidence in the integrity of federal public servants. The *Public Servants Disclosure Protection Act* created the position of the Public Sector Integrity Commissioner, who investigates and decides on matters related to disclosure and reprisal. In a context where Parliament’s intent is to give a general supervisory power to the Commission to ensure that appointments are based on merit, the Commission understandably has the authority to revoke an appointment and take any corrective action that it considers appropriate to re-establish public confidence. The question is whether the Commission is authorized to take any “corrective action” with respect to a third party. Fraud and the manufacture of false documents are unethical and violate the codes of conduct applicable to public servants. Even if public servants are not appointed to a desired position, they could be disciplined if they committed wrongdoing and they are subject to disciplinary actions, including termination of employment. The applicant was not originally the subject of the investigation. The case started with information sent from the department where the candidate’s mother worked. That is similar to the disclosure of possible wrongdoings committed by two federal public servants in an appointment process. The approach taken by the Commission merely led to an unjustified duplication of the investigation process surrounding the commission of a possible wrongdoing by a federal public servant. Invoking the power set out in paragraph 69(b) of the PSEA, the Commission imposed three corrective actions. Parliament’s use of “and” in the English version of paragraph 69(a) of the PSEA, directly before paragraph 69(b), is not fortuitous. In this case, this can only be an ancillary power related to the revocation of a proposed appointment or appointment. In order to exercise the power to take “corrective action” under paragraph 69(b) independently of the power set out in paragraph 69(a) to revoke an appointment or not make an appointment, the conjunction “and” in the English version would need to be replaced by “or”, and the conjunction “ou” would need to be added in the French version—since the conjunction “and” is currently implied if an attempt is made to reconcile the French version with the English version. The Commission therefore usurped its powers and acted without jurisdiction in rendering the impugned decision. However,

la candidate et sans la possibilité de tirer un avantage quelconque, il n’est pas clair comment la demanderesse aurait pu avoir l’intention, la motivation, ou encore « le but de tromper » l’employeur. Cependant, avant d’en arriver à examiner la raisonabilité de la conclusion de « fraude », il faut d’abord être satisfait que la Commission ait compétence vis-à-vis des tiers. On ne peut pas répondre adéquatement à la question de compétence ou de raisonabilité, sans d’abord procéder à un examen du cadre global qui régit la fonction publique fédérale. L’article 69 est entré en vigueur dans le cadre de la *Loi sur la modernisation de la fonction publique*. Celle-ci a créé un cadre de modernisation des ressources humaines. Le Parlement a aussi adopté une véritable loi-cadre applicable à l’ensemble du secteur public, dont l’un des objets vise justement à maintenir et à accroître la confiance du public dans l’intégrité des fonctionnaires fédéraux. Il s’agit de la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d’actes répréhensibles* qui crée le poste de commissaire à l’intégrité de la fonction publique, lequel mène des enquêtes et se prononce sur les cas liés à la divulgation et aux représailles. Dans une optique où l’intention du législateur est de confier un pouvoir général de surveillance à la Commission pour s’assurer que les nominations soient fondées sur le mérite, on peut comprendre que celle-ci possède le pouvoir de révoquer la nomination et qu’elle puisse prendre les mesures correctives indiquées pour rétablir la confiance du public. Il reste à savoir si la Commission est autorisée à prendre des « mesures correctives » à l’égard de la tierce personne. La fraude et la fabrication de faux documents sont contraires à l’éthique et aux codes de conduite applicables aux fonctionnaires. Même s’il n’est pas nommé au poste convoité, le fonctionnaire pourra être discipliné s’il a commis un acte répréhensible et il s’expose à des sanctions pouvant aller jusqu’au licenciement. La demanderesse n’était pas visée par l’enquête à l’origine. Le dossier commence par une information transmise par le ministère où travaille la mère de la candidate. Cela ressemble à la divulgation d’actes répréhensibles possiblement commis par deux fonctionnaires fédéraux dans le cadre d’un processus de nomination. L’approche prise par la Commission ne fait qu’aboutir à un dédoublement injustifié du processus d’enquête entourant la perpétration d’actes possiblement répréhensibles par un fonctionnaire fédéral. Invoquant le pouvoir prévu à l’alinéa 69b) de la LEFP, la Commission a imposé trois mesures correctives. L’emploi par le législateur de la conjonction « and » dans la version anglaise de l’alinéa 69a) de la LEFP, directement avant l’alinéa 69b), n’est pas fortuit. Il ne peut s’agir en l’espèce que d’un pouvoir de nature accessoire, lié à la révocation d’une proposition de nomination ou d’une nomination. Pour pouvoir exercer le pouvoir de prendre des « mesures correctives » en vertu du pouvoir prévu à l’alinéa 69b) indépendamment du pouvoir prévu à l’alinéa 69a) de révoquer une nomination ou de ne pas nommer une personne, il faudrait remplacer dans la version anglaise la conjonction « and » par « or », et ajouter dans la version française, la conjonction « ou » — puisque la

there is no need to express a definitive opinion on the issue of jurisdiction or reasonableness because the issue of procedural fairness is determinative.

The content of the duty of fairness varies depending on the context, and consideration must be given to the criteria listed by the Supreme Court in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. When it makes an order relating to fraud, the Commission must be satisfied of the affected individual's guilt. It is the balance of probabilities standard that must apply in fraud matters. Regarding the implications on affected individual, they are significant. The impugned decision and investigation report negatively and directly affect the public servants involved in various ways. The primary asset, if not the sole asset, of a public servant is his or her integrity. Fraud is the ultimate accusation that can lead to the highest form of punishment: the loss of confidence by the employer and the public in the personal integrity of the public servant. The procedure put in place by the Commission, more specifically with respect to the investigation phase—which is crucial—did not respect the legitimate expectations of individuals suspected of fraud and was seriously flawed. The applicant did not receive the same treatment as the candidate and was excluded from the investigation process. There was no indication that the investigation could also involve the applicant. The investigator did not reveal to the applicant, in a timely manner, her intentions and the evidence already collected. The notice to appear is clearly insufficient. It in no way mentions that the Commission suspected the applicant of fraud. The rules of procedural fairness required, at a minimum, that the investigator disclose, before the interview, the documentary evidence likely to be used in the interview. The applicant received no communication of the draft report containing the investigator's analysis and conclusions. The impugned investigation report was approved by the Commission without the applicant having had the opportunity to comment on the investigator's final conclusions and analysis. The breach of procedural fairness was flagrant in the applicant's case.

Regarding the appropriate remedy, subsection 18.1(3) of the *Federal Courts Act* confers broad discretion on the Court. According to the evidence in the record, the Commission's breach of the rules of procedural fairness was flagrant and sufficient in itself to set aside the impugned decision, which adopts the impugned investigation report. Normally, when that is the only defect, the Court may refer the matter back to the tribunal in accordance with instructions that it deems appropriate in the circumstances. In all cases, it is a

conjonction « et » est sous-entendue si l'on tente de réconcilier la version française avec la version anglaise. La Commission a donc usurpé ses pouvoirs et agi sans compétence en rendant la décision contestée. Toutefois, il n'est pas nécessaire d'exprimer une opinion définitive au sujet de la compétence ou de la raisonnablement puisque la question d'équité procédurale est déterminante.

Le contenu du devoir d'agir équitablement varie selon le contexte et il faut considérer les critères énumérés par la Cour suprême dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*. Lorsqu'elle rend une ordonnance en matière de fraude, la Commission doit être convaincue de la culpabilité de la personne visée. C'est la norme de la prépondérance des probabilités qui s'applique en matière de fraude. En ce qui a trait aux répercussions sur la personne visée, elles sont très importantes. La décision et le rapport d'enquête contestés affectent directement et de façon négative les fonctionnaires visés et ce, de diverses manières. Le principal actif, sinon le seul, d'un fonctionnaire, c'est son intégrité. La fraude constitue l'accusation suprême pouvant entraîner la peine capitale : la perte de confiance de l'employeur et du public dans l'intégrité personnelle du fonctionnaire. La procédure mise en place par la Commission, plus particulièrement au niveau de la phase d'enquête — qui est cruciale — ne respecte pas les attentes légitimes des personnes soupçonnées de fraude et est gravement déficiente. La demanderesse n'a pas eu le même traitement que la candidate et a été tenue à l'écart du processus d'enquête. Rien ne laissait présager que l'enquête pouvait porter également sur la demanderesse. L'enquêteur n'a pas révélé à la demanderesse, en temps utile, ses intentions et les preuves qu'il avait déjà recueillies. L'avis de convocation est nettement insuffisant. Il ne mentionne d'aucune manière que la Commission soupçonne la demanderesse de fraude. Les règles d'équité procédurale exigeaient, au minimum, que l'enquêteur communique avant l'entrevue les éléments de preuve documentaire susceptibles d'être utilisés à l'entrevue. La demanderesse n'a reçu aucune communication du projet de rapport contenant l'analyse et les conclusions de l'enquêteur. Le rapport d'enquête contesté a été approuvé par la Commission sans possibilité pour la demanderesse de commenter l'analyse et les conclusions finales de l'enquêteur. La violation à l'obligation d'équité procédurale est flagrante dans le cas de la demanderesse.

En ce qui a trait à la réparation appropriée, le paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* confère une large discrétion à la Cour. Selon la preuve au dossier, la violation par la Commission des règles d'équité procédurale est flagrante et suffit en elle-même pour casser la décision contestée, qui entérine le rapport d'enquête contesté. Normalement, lorsque c'est le seul vice, la Cour peut renvoyer l'affaire à l'office fédéral, et ce, conformément aux instructions qu'elle estime appropriées dans les circonstances.

discretionary power and, because of the conduct of a party, or even the possible mootness of a referral to the tribunal, the Court may choose to simply set aside the impugned decision. The severity of the injustice committed against the applicant, the intransigence shown by the Commission up until now, the apprehensions one may have of bias or the predisposition taken by the Investigations Directorate, the stubbornness and the ferocity with which certain positions were advanced by the respondent (whether or not on behalf of the Commission), the fact that it was not until March 2010 that an investigation was conducted into allegations that go back to 2007, the absence of guarantees that the Commission will put in place new investigative and adjudicative processes to take into account the legitimate expectations of persons suspected of fraud make referring the applicant's case back to the Commission not in the best interests of justice. Given the specific and exceptional circumstances of this case, the applicant is entitled to an increased award of costs that exceeds the party and party costs normally awarded. We are talking about a simple public servant who had to spend thousands of dollars to assert her rights and have the impugned decision, the unlawfulness of which is blatant, set aside. The end cannot justify the unfair means that were used by the investigator in this case.

Dans tous les cas, il s'agit d'un pouvoir de nature discrétionnaire, et à cause du comportement d'une partie, ou encore du caractère académique que pourrait avoir un renvoi à l'office fédéral, la Cour peut choisir de simplement casser la décision contestée. La gravité de l'injustice commise à l'endroit de la demanderesse, l'intransigence jusqu'ici manifestée par la Commission, les craintes qu'on peut avoir sur la partialité ou le parti pris de la Direction des enquêtes, l'opiniâtreté et la férocité avec lesquelles certaines positions ont été avancées par le défendeur (au nom ou pas de la Commission), le fait que l'on ait attendu jusqu'au mois de mars 2010 pour faire enquête sur des allégations qui remontent en 2007, l'absence de garanties que la Commission va mettre en place de nouveaux processus d'enquête et d'adjudication pour tenir compte des attentes légitimes des personnes soupçonnées de fraude, font en sorte qu'il n'est pas dans le meilleur intérêt de la justice que le dossier de la demanderesse retourne à la Commission. Compte tenu des circonstances particulières et exceptionnelles de ce dossier, la demanderesse a droit à une indemnité de dépens accrue qui dépasse les dépens partie-partie habituellement accordés. Il s'agit d'une simple fonctionnaire qui a dû dépenser des milliers de dollars pour faire valoir ses droits et obtenir l'annulation de la décision contestée dont l'illégalité est criante. La fin ne peut justifier les moyens déloyaux qui ont été utilisés par l'enquêteur dans ce dossier.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5 (as am. by S.C. 1997, c. 18, s. 116).
Canada School of Public Service Act, S.C. 1991, c. 16, s. 1 (as am. by S.C. 2003, c.22, s.22).
Canadian Centre for Management Development Act, S.C. 1991, c. 16.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 13.
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 303, 317 (as am. by SOR/2002-417, s. 19; 2006-219, s. 11(F)), 318, 400(3) (as am. by SOR/2010-176, s. 11), Tariff B, column III.
Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 12 (as am. by S.C. 2003, c. 22, s. 8).
Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11.
Public Servants Disclosure Protection Act, S.C. 2005, c. 46, s. 9.
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 6(2), (3) (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 6).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 13.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6.
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 12 (mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 8).
Loi sur la modernisation de la fonction publique, L.C. 2003, ch. 22, art. 12, 13.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5 (mod. par L.C. 1997, ch. 18, art. 116).
Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles, L.C. 2005, ch. 46, art. 9.
Loi sur l'École de la fonction publique du Canada, L.C. 1991, ch. 16, art.1 (mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 22).
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.C. 2003, ch. 22, art. 12, 13, art. 29, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 133.
Loi sur l'emploi de la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 6(2),(3) (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 6).
Loi sur le Centre canadien de gestion, L.C. 1991, ch. 16.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

Public Service Employment Act, S.C. 2003, c. 22, ss. 12, 13, ss. 29, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 133.
Public Service Labour Relations Act, S.C. 2003, c. 22, s. 2.
Public Service Modernization Act, S.C. 2003, c. 22, ss. 12, 13.

Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11.
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.C. 2003, ch. 22, art. 2.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 303, 317 (mod. par DORS/2002-417, art. 19; 2006-219, art. 11(F)), 318, 400(3) (mod. par DORS/2010-176, art. 11), tarif B, colonne III.

CASES CITED

APPLIED:

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193.

CONSIDERED:

Seck v. Canada (Attorney General), 2011 FC 1355, 401 F.T.R. 59; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Challal v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 1251; *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684, (1978), 12 A.R. 449; *Canada (Attorney General) v. Quadrini*, 2010 FCA 246, [2012] 2 F.C.R. 3; *Canada Labour Relations Board v. Transair Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 722, (1976), 67 D.L.R. (3d) 421; *Belzile v. Canada (Attorney General)*, 2006 FC 983, 306 F.T.R. 39; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, (1989), 62 D.L.R. (4th) 385.

REFERRED TO:

Seck v. Canada (Attorney General) (May 1, 2013), T-1457-10 (F.C.); *M'Kounga v. Canada (Attorney General)* (June 7, 2011), T-1264-10 (F.C.); *M'Kounga v. Canada (Attorney General)* (June 27, 2011), T-1459-10 (F.C.); *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teacher's Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *King v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 488, 409 F.T.R. 216; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *Greaves v. Air Transat*, 2009 FC 9, 343 F.T.R. 9; *Murray v. Canada (Human Rights Commission)*, 2002 FCT 699; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, (1987), 78 A.R. 1; *Evans v. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 SCC 20, [2008] 1 S.C.R. 661; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 2 S.C.R. 381; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *El-Helou v. Courts Administration Service*, 2012 FC 1111.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Seck c. Canada (Procureur général), 2011 CF 1355; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Challal c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 1251; *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *Canada (Procureur général) c. Quadrini*, 2010 CAF 246, [2012] 2 R.C.F. 3; *Canada (Conseil canadien des relations du travail) c. Transair Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 722; *Belzile c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 983; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879.

DÉCISIONS CITÉES :

Seck c. Canada (Procureur général) (1 mai 2013), T-1457-10 (C.F.); *M'Kounga c. Canada (Procureur général)* (7 juin 2011), T-1264-10 (C.F.); *M'Kounga c. Canada (Procureur général)* (27 juin 2011), T-1459-10 (C.F.); *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teacher's Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *King c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 488; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *Greaves c. Air Transat*, 2009 CF 9; *Murray c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2002 CFPI 699; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Evans c. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 CSC 20, [2008] 1 R.C.S. 661; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 2 R.C.S. 381; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *El-Helou c. Service administratif des tribunaux judiciaires*, 2012 CF 1111.

AUTHORS CITED

- Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press, 2004, “fraud”.
- Grand Robert de la langue française*. Paris: Le Robert, 2001, “fraude”.
- Public Service Commission of Canada. *Investigation Report Summary: 2007 – Unfounded – Personnel Psychology Centre*, 2009, online: <<http://www.psc-cfp.gc.ca/inv-enq/sum-res/sec-art69/00-00-56-eng.htm>>.
- Public Service Commission of Canada. *Investigation Report Summary: Section 66 – Founded – Correctional Service Of Canada*, 2009, online: <<http://www.psc-cfp.gc.ca/inv-enq/sum-res/sec-art66/00-00-48-eng.htm>>.
- Public Service Commission of Canada. *Policy on Considerations for Investigations Conducted under the new PSEA by the PSC Relating to External Appointments, Non-delegated Internal Appointments and Appointments Involving Political Influence or Fraud*, 2007, online: <<http://www.psc-cfp.gc.ca/inv-enq/plcy-pltq/inv-enq-eng.htm>>.
- Publilius Syrus. *Sentences*. Paris: Les Belles lettres, 2011.
- Rousseau, Jean-Jacques. *Reveries of the Solitary Walker*. London, 1782.
- Treasury Board of Canada Secretariat. *Report of the Review of the Public Service Modernization Act (2003)*, 2011, online: <<http://www.tbs-sct.gc.ca/reports-rapports/psma-lmfp/psma-lmfp-eng.pdf>>.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Public Service Commission determining that the applicant is guilty of fraud for providing false references to a candidate. Application allowed.

APPEARANCES

Séverin Ndema-Moussa for applicant.
Agnieszka Zagorska for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Ndema-Moussa Law Office, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

DOCTRINE CITÉE

- Canadian Oxford Dictionary*, 2^e éd. Toronto : Oxford University Press, 2004, « fraud ».
- Commission de la fonction publique du Canada. *Lignes directrices en matière de motifs d'enquête par la CFP en vertu de la nouvelle LEFP au sujet des nominations externes, des nominations internes sans délégation de pouvoir et des nominations pouvant résulter de l'exercice d'une influence politique ou d'une fraude*, 2007, en ligne : <<http://www.psc-cfp.gc.ca/inv-enq/plcy-pltq/inv-enq-fra.htm>>.
- Commission de la fonction publique du Canada. *Résumé de rapport d'enquête: 2007 – Non fondée – Centre de psychologie du personnel*, 2009, en ligne : <<http://www.psc-cfp.gc.ca/inv-enq/sum-res/sec-art69/00-00-56-fra.htm>>.
- Commission de la fonction publique du Canada. *Résumé de rapport d'enquête : Article 66 – Fondée – Service Correctionnel du Canada*, 2009, en ligne : <<http://www.psc-cfp.gc.ca/inv-enq/sum-res/sec-art66/00-00-48-fra.htm>>.
- Grand Robert de la langue française*. Paris : Le Robert, 2001, « fraude ».
- Publilius Syrus. *Sentences*. Paris : Les Belles lettres, 2011.
- Rousseau, Jean-Jacques. *Les Rêveries du promeneur solitaire*. Paris, 1782.
- Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada. *Rapport sur l'examen de la Loi sur la modernisation de la fonction publique (2003)*, 2011, en ligne : <<http://www.tbs-sct.gc.ca/reports-rapports/psma-lmfp/psma-lmfp-fra.pdf>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de la fonction publique trouvant la demanderesse coupable de fraude pour avoir fourni de fausses références à une candidate. Demande accueillie.

ONT COMPARU

Séverin Ndema-Moussa pour la demanderesse.
Agnieszka Zagorska pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Ndema-Moussa Law Office, Ottawa, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

The following is the English version of the reasons for judgment and judgment rendered by

MARTINEAU J.:

I. INTRODUCTION

[1] Internal and external appointments within the federal public service, made in accordance with the *Public Service Employment Act* (S.C. 2003, c. 22, ss. 12, 13) (PSEA), are based on merit and non-partisanship, the two core values of the staffing system. Whether it is an open position in the public service or a job in the private sector, one can expect that a candidate will not lie about his or her competencies and that a candidate will not provide false references to a potential employer.

[2] In principle, the Public Service Commission (Commission) has the exclusive authority to make appointments, to or from within the public service, of persons (section 29 of the PSEA). However, for close to 50 years, the authority to make appointments was delegated in practice to deputy heads. There is no dispute that the Commission has, pursuant to sections 66 to 73 of the PSEA, a broad supervisory jurisdiction over internal and external appointments within the public service.

[3] Thus, following an investigation, the Commission may cancel an appointment or prevent someone from being appointed if it is satisfied: (1) that there was an error, an omission or improper conduct that affected the selection of the person appointed or proposed for appointment (sections 66 and 67); (2) that the appointment or proposed appointment was not free from political influence (section 68); or (3) that fraud has occurred in the appointment process (section 69).

[4] The applicant, Anissa Samatar, is a junior human resources advisor with the Office of the Secretary to the Governor General (OSGG). Today, she is contesting the lawfulness of record of decision 10-08-ID-73 (impugned decision), signed on August 9, 2010, by Maria Barrados, President, which determined that she

Voici les motifs du jugement et le jugement rendus en français par

LE JUGE MARTINEAU :

I. INTRODUCTION

[1] Les nominations internes et externes à la fonction publique fédérale, effectuées en vertu de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* (L.C. 2003, ch. 22, art. 12, 13) (LEFP), sont basées sur le mérite et l'impartialité qui constituent deux valeurs fondamentales du système de dotation. Qu'il s'agisse d'un poste à pourvoir dans la fonction publique ou d'un emploi dans le secteur privé, il faut s'attendre qu'un candidat ne mentira pas sur ses compétences et qu'il ne fournira pas de fausses références à un employeur potentiel.

[2] En principe, la Commission de la fonction publique du Canada (Commission) a compétence exclusive pour nommer à la fonction publique des personnes, y appartenant ou non (article 29 de la LEFP). Toutefois, depuis environ 50 ans, le pouvoir d'effectuer les nominations est délégué en pratique aux administrateurs généraux. Il n'est pas contesté que la Commission possède en vertu des articles 66 à 73 de la LEFP un large pouvoir de surveillance à l'égard des nominations internes et externes dans la fonction publique.

[3] Ainsi, à la suite d'une enquête, la Commission peut annuler une nomination ou empêcher qu'une personne soit nommée si elle est convaincue : 1) qu'une erreur, une omission ou une conduite irrégulière a influé sur le choix de la personne nommée ou dont la nomination est proposée (articles 66 et 67); 2) que la nomination ou proposition de nomination ne s'est pas faite indépendamment de toute influence politique (article 68); ou 3) qu'il y a eu fraude dans le processus de nomination (article 69).

[4] La demanderesse, M^{me} Anissa Samatar, est conseillère junior en ressources humaines au Bureau du Secrétaire du gouverneur général (BSGG). Elle conteste aujourd'hui la légalité du Rapport de décision 10-08-ID-73 (décision contestée), signé le 9 août 2010 par M^{me} Maria Barrados, présidente, la trouvant

was guilty of fraud following an investigation conducted by the Commission pursuant to section 69 of the PSEA.

[5] The applicant did not participate in any competition. Nevertheless, she is the subject of a single decision by the Commission that determined that she was guilty of fraud along with two other public servants: Marième Seck, a candidate in two competitions, and another public servant, Rose M’Kounga, who, like the applicant, was a reference for the candidate (collectively, the public servants affected by the impugned decision).

[6] The impugned decision adopted the findings and recommendations contained in investigation report 2009-SVC-00118.8305 dated June 10, 2010 (impugned investigation report or investigation report), which addresses internal appointment process 2006-SVC-IA-HQ-95563 (appointment process that is the subject of the impugned decision). The purpose of the appointment process was to fill an ES-5 analyst position within the Department of Public Works and Government Services (PWGSC or the employer involved in the appointment process).

[7] The candidate affected by the investigation was not appointed to the positions for which she applied. However, the Commission asserts the authority to take “corrective action” with respect to any person in a situation where fraud may have occurred, even if it had no practical effect on the proposed appointment or appointment of otherwise qualified persons who were successful in the appointment process (appointed candidates).

[8] Furthermore, beyond the specific issues of procedural fairness and reasonableness, the three public servants affected by the impugned decision are generally questioning the existence of a plenary power that is independent from any investigation and sanction by the Commission in accordance with section 69 of the PSEA with respect to unsuccessful candidates (other candidates) and persons who may have been a reference for them (third parties).

coupable de fraude à la suite d’une enquête menée par la Commission en vertu de l’article 69 de la LEFP.

[5] La demanderesse n’a pas participé à aucun concours. Néanmoins, elle est prise à partie dans une décision unique de la Commission la trouvant coupable de fraude, en même temps que deux autres fonctionnaires : M^{me} Marième Seck, une candidate à deux concours, et une autre fonctionnaire, M^{me} Rose M’Kounga, qui, comme la demanderesse, a fourni des références pour la candidate (collectivement, les fonctionnaires visées par la décision contestée).

[6] La décision contestée entérine les conclusions et recommandations contenues dans le Rapport d’enquête 2009-SVC-00118.8305 en date du 10 juin 2010 (rapport d’enquête contesté ou rapport d’enquête), qui traite du processus de nomination interne 2006-SVC-IA-HQ-95563 (processus de nomination visé par la décision contestée). Celui-ci visait à combler un poste d’analyste ES-5 au ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux (TPSGC ou employeur visé par le processus de nomination).

[7] La candidate visée par l’enquête n’a pas été nommée aux postes pour lesquels elle avait soumis sa candidature. Toutefois, la Commission revendique le pouvoir de prendre des « mesures correctives » à l’égard de toute personne dans les cas où une fraude a pu être commise, même si celle-ci n’a eu aucun effet pratique sur la proposition de nomination ou la nomination de personnes autrement qualifiées dont la candidature a été retenue dans le processus de nomination (candidats nommés).

[8] Aussi, au-delà des questions particulières d’équité procédurale et de raisonabilité, ce qui est remis globalement en cause par les trois fonctionnaires visées par la décision contestée, c’est l’existence d’un pouvoir plénier et indépendant d’enquête et de sanction de la Commission en vertu de l’article 69 de la LEFP à l’égard des personnes dont la candidature n’a pas été retenue (autres candidats) et des personnes ayant pu leur fournir des références (tiers).

II. FACTUAL BACKGROUND

[9] The fraud allegations against Ms. Seck and Ms. M’Kounga are not the subject of this application for judicial review. However, it must be understood that the applicant was not originally affected by the investigation by the Commission, which decided to investigate the actions by Ms. Seck and Ms. M’Kounga following information received from the Department of Natural Resources Canada (DNR), where Gisèle Seck, the candidate’s mother, worked.

[10] The DNR carried out an administrative investigation into the candidate’s mother’s use of the departmental computer networks. Several e-mails exchanged between the candidate, her mother and Ms. M’Kounga related to the references Ms. M’Kounga would provide for the candidate were intercepted. A DNR manager then sent those e-mails to the Commission, which is what triggered the investigation conducted in 2009 by the Commission.

[11] The DNR did not participate in the Commission’s investigation: the employer involved in the appointment process (PWGSC) took over. In fact, from the beginning of the case, the Commission treated the employer as an interested party and, among other things, asked it to make submissions. The employer ultimately supported the corrective actions proposed by the investigator following the communication of the impugned investigation report to the interested parties.

[12] That being said, the impugned investigation report found that the candidate deliberately intended to mislead PWGSC by providing the names of Ms. M’Kounga and the applicant as references. Not only did the candidate lie about her actual former job title (CR-4 rather than AS-1) within the Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT), but Ms. M’Kounga never actually worked with the candidate, let alone supervised her work. The investigator found that they are not credible and dismissed their explanations.

[13] Michelle Cousineau, Senior Analyst, Treasury Board Affairs Directorate/Corporate Services, Policy and Communications Branch at PWGSC (employer),

II. CONTEXTE FACTUEL

[9] Les allégations de fraude retenues contre M^{me} Seck et M^{me} M’Kounga ne font pas l’objet de la présente demande de contrôle judiciaire. Il faut comprendre cependant que la demanderesse n’était pas visée à l’origine par l’enquête de la Commission, qui avait décidé d’enquêter sur les actions posées par M^{me} Seck et M^{me} M’Kounga à la suite d’une information reçue par le ministère des Ressources naturelles Canada (MRN) où travaillait M^{me} Gisèle Seck, la mère de la candidate.

[10] C’est que le MRN menait une enquête administrative sur l’utilisation par la mère de la candidate des réseaux informatiques du ministère. Or, plusieurs courriels échangés entre la candidate, sa mère et M^{me} M’Kounga, ayant trait à des références que donnerait M^{me} M’Kounga pour la candidate, ont été interceptés. Une gestionnaire du MRN a ensuite envoyé ces courriels à la Commission, et c’est ce qui déclenché l’enquête entreprise en 2009 par la Commission.

[11] Le MRN n’a pas participé à l’enquête de la Commission : c’est l’employeur visé par le processus de nomination (TPSGC) qui a pris le relais. De fait, dès le début du dossier, la Commission a traité l’employeur à titre de partie intéressée et l’a notamment invité à faire des représentations. L’employeur a ultimement appuyé les mesures correctives proposées par l’enquêteur à la suite de la communication du rapport d’enquête contesté aux parties intéressées.

[12] Cela dit, le rapport d’enquête contesté conclut que la candidate a délibérément voulu tromper TPSGC en fournissant les noms de M^{me} M’Kounga et la demanderesse à titre de références. Non seulement la candidate a-t-elle menti sur son titre réel d’emploi antérieur (CR-4 plutôt que AS-1) au ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAÉCI) mais M^{me} M’Kounga n’a jamais dans les faits travaillé avec la candidate et encore moins pu superviser son travail. L’enquêteur conclut que ces dernières ne sont pas crédibles et rejettent leurs explications.

[13] M^{me} Michelle Cousineau, Analyste principale, Direction des affaires relatives au Conseil du Trésor/Direction générale des services ministériels, des

was responsible for checking the two references (Ms. M’Kounga and the applicant) provided by the candidate on October 23, 2007. Thus, when the person responsible for checking the references contacted Ms. M’Kounga to obtain information on the candidate, Ms. M’Kounga indicated that she did not have time to participate in a telephone interview, but offered to answer the questions in writing. She then submitted the reference request form with her answers to the various questions.

[14] The written answers provided by Ms. M’Kounga to the person responsible for checking the references were exhaustive, detailed and included very positive comments on the candidate’s competencies and qualities. However, the written reference provided by Ms. M’Kounga in the form of a written questionnaire returned on November 26, 2007, to PWGSC had in fact been prepared by the candidate’s mother, which is corroborated by several e-mails exchanged between the candidate, her mother and Ms. M’Kounga.

[15] Regarding the applicant, the allegations against her specifically seem a lot less serious and the evidence of her participation in fraud a lot weaker than the evidence and the allegations against Ms. M’Kounga or the candidate.

[16] In the beginning, it was the candidate herself who provided, in an e-mail dated October 23, 2007, the applicant’s name as “supervisor” and it was never really established that the applicant actually saw the e-mail in question, because, as she states, she was on maternity leave at that time, which is not contradicted by the evidence in the record. However, it is clear that the applicant never had the title of the candidate’s “supervisor”, a point that she never denied, even if she maintains that she actually “supervised” the candidate. Nevertheless, according to the investigator, the fraud committed by the applicant arises instead from the fact that the candidate was asked to provide the names of two “supervisors”. The impugned investigation report found that it was up to the applicant to correct erroneous or false information provided by the candidate in her e-mail dated October 23, 2007. The investigator in effect presumed that the applicant was aware of the false references provided

politiques et des communications à TPSGC (l’employeur) était chargée de vérifier les deux références (M^{me} M’Kounga et la demanderesse) fournies par la candidate le 23 octobre 2007. Ainsi, lorsque la personne chargée de vérifier les références, a communiqué avec M^{me} M’Kounga pour obtenir des renseignements sur la candidate, M^{me} M’Kounga a indiqué ne pas avoir le temps de participer à une entrevue téléphonique, mais elle a offert de répondre aux questions par écrit. Elle a ensuite soumis le formulaire de demande de références avec ses réponses aux diverses questions posées.

[14] Les réponses écrites données par M^{me} M’Kounga à la personne chargée de vérifier les références étaient exhaustives, détaillées et comportaient des commentaires très positifs sur les compétences et qualités de la candidate. Or, les références écrites fournies par M^{me} M’Kounga sous la forme d’un questionnaire écrit retourné le 26 novembre 2007 à TPSGC ont dans les faits été rédigées par la mère de la candidate, ce qui est corroboré par plusieurs courriels échangés entre la candidate, sa mère et M^{me} M’Kounga.

[15] En ce qui a trait à la demanderesse, les faits qui lui sont reprochés personnellement semblent beaucoup moins graves et la preuve de sa participation à une fraude beaucoup moins solide que dans le cas de M^{me} M’Kounga ou de la candidate.

[16] Au départ, c’est la candidate qui a elle-même fourni dans un courriel daté du 23 octobre 2007 le nom de la demanderesse à titre de « superviseure » et il n’a jamais vraiment été établi que la demanderesse avait bel et bien vu le courriel en question, puisque dit-elle, elle était en congé de maternité à cette époque, ce qui n’est pas contredit par la preuve au dossier. Ce qui est clair cependant, c’est que la demanderesse n’a jamais été la « superviseure » en titre de la candidate, un point qu’elle n’a jamais nié, même si elle soutient avoir « supervisé » dans les faits la candidate. Néanmoins, selon l’enquêteur, la fraude commise par la demanderesse résulte plutôt du fait qu’il était demandé à la candidate de fournir les noms de deux « superviseurs ». Le rapport d’enquête contesté conclut qu’il incombait à la demanderesse de corriger les informations erronées ou fausses fournies par la candidate dans son courriel du 23 octobre 2007. L’enquêteur présume en effet que la demanderesse

by the candidate. To make this finding, the investigator relied on the testimony and the notes from a telephone conversation that were taken by the person responsible for checking the references.

[17] As corrective actions, the Commission required that the public servants affected by the impugned decision, including the applicant, for a period of three years, obtain its written permission before accepting a position within the federal public service, without which their appointment would be revoked. Furthermore, the impugned decision and investigation report would be sent to the Canada Revenue Agency (CRA), where Ms. Seck and Ms. M’Kounga then worked, and to the OSGG. Finally, the impugned investigation report and [TRANSLATION] “any other relevant information” would be sent to the Royal Canadian Mounted Police (RCMP).

Other decision

[18] On July 5, 2010, in record of decision 10-07-ID-49 (other decision), the Commission also adopted the findings and recommendations in investigation report 2009-EXT-0049.7408 (other investigation report) following an investigation also conducted pursuant to section 69 of the PSEA. The Commission issued an order directed to Ms. Seck and Ms. M’Kounga, which is similar to the order in the impugned decision. The applicant was not personally affected by the other decision and the other investigation report.

[19] The other decision and the other investigation report address internal appointment process 07-EXT-IA-SKD-MCO-AS04 (other appointment process). Its purpose was to fill management and consular officer positions at the AS-4 group and level within DFAIT. The candidates had to provide the names of three people as references. Ms. Seck provided, *inter alia*, the name of Ms. M’Kounga, who she presented as being her supervisor for the 2003-2004 period. Ms. Seck was not appointed to one of the officer positions at the AS-4 level within DFAIT. The investigation found that “fraud” was also committed in the other appointment process by

était au courant des fausses références fournies par la candidate. Pour parvenir à cette conclusion, l’enquêteur s’appuie sur le témoignage et les notes d’une conversation téléphonique qui ont été prises par la personne chargée de vérifier les références.

[17] À titre de mesures correctives, la Commission oblige les fonctionnaires visées par la décision contestée, incluant la demanderesse, pour une période de trois ans, à obtenir sa permission écrite avant d’accepter un poste au sein de la fonction publique fédérale, faute de quoi leur nomination sera révoquée. De plus, la décision et le rapport d’enquête contestés sont transmis à l’Agence du revenu du Canada (ARC), où travaillent alors M^{me} Seck et M^{me} M’Kounga, et au BSGG. Enfin, le rapport d’enquête contesté, ainsi que « toute information pertinente », sont transmis à la Gendarmerie royale du Canada (GRC).

Autre décision

[18] Le 5 juillet 2010, dans le rapport de décision 10-07-ID-49 (l’autre décision), la Commission a également entériné les conclusions et recommandations contenues dans le rapport d’enquête 2009-EXT-0049.7408 (l’autre rapport d’enquête) à la suite d’une enquête menée également en vertu de l’article 69 de la LEFP. La Commission a rendu une ordonnance visant M^{me} Seck et M^{me} M’Kounga, qui est au même effet que celle que l’on retrouve dans la décision contestée. La demanderesse n’est pas visée personnellement par l’autre décision et l’autre rapport d’enquête.

[19] L’autre décision et l’autre rapport d’enquête traitent du processus de nomination interne 07-EXT-IA-SKD-MCO-AS04 (l’autre processus de nomination). Celui-ci visait à combler des postes d’agents de la gestion et des affaires consulaires, au groupe et niveau AS-4 au MAÉCI. Les candidats devaient fournir les noms de trois personnes à titre de références. M^{me} Seck a notamment indiqué le nom de M^{me} M’Kounga qu’elle a présentée comme ayant été sa superviseure durant la période 2003-2004. Mme Seck n’a pas été nommée dans l’un des postes d’agent de niveau AS-4 au MAÉCI. L’enquête a conclu que de la « fraude » a également été

the candidate and Ms. M’Kounga, [TRANSLATION] “who gave a false reference for Ms. Seck”.

[20] In light of the e-mails referred to earlier, the Commission started an investigation to verify whether the candidate had committed fraud during the other appointment process. In the other investigation report, the investigator found that the candidate had committed the alleged fraud. The investigator found that the evidence demonstrated that Ms. M’Kounga and the candidate had never worked together, that Ms. M’Kounga was therefore not entitled to give a reference for the candidate and that the written references had been compiled not by Ms. M’Kounga, but by the candidate and/or her mother.

III. APPLICATIONS FOR JUDICIAL REVIEW

[21] In the letters of transmittal dated August 10, 2010, the Commission informed the employer and the three public servants affected that they could challenge the legality of the impugned decision by filing an application for judicial review in accordance with section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] (FCA).

[22] The legality of the impugned decision and that of the other decision were the subject of judicial review proceedings filed by the three public servants affected:

- *Seck v. Canada (Attorney General)*, T-1263-10, (*Seck 1*) and *Seck v. Canada (Attorney General)*, T-1457-10 (*Seck 2*);
- *M’Kounga v. Canada (Attorney General)*, T-1264-10 (*M’Kounga 1*) and *M’Kounga v. Canada (Attorney General)*, T-1459-10 (*M’Kounga 2*); and
- *Samatar v. Canada (Attorney General)*, T-1458-10 (*Samatar* or this case).

[23] The respondent, on behalf of the Commission, was a party to all of those proceedings. The Commission was not named in the proceedings as a respondent,

commise dans l’autre processus de nomination par la candidate, et par M^{me} M’Kounga « qui a fourni de fausses références pour M^{me} Seck ».

[20] À la lumière des courriels dont il a été déjà question plus haut, la Commission a entrepris une enquête pour vérifier si la candidate avait commis une fraude lors de l’autre processus de nomination. Dans l’autre rapport d’enquête, l’enquêteur a conclu que la candidate avait commis la fraude dont elle était soupçonnée. L’enquêteur a jugé que la preuve démontrait que M^{me} M’Kounga et la candidate n’avaient jamais travaillé ensemble, que M^{me} M’Kounga ne pouvait donc donner des références pour la candidate et que les références écrites avaient été rédigées non pas par M^{me} M’Kounga, mais par la candidate et/ou sa mère.

III. DEMANDES DE CONTRÔLE JUDICIAIRE

[21] Dans les lettres de transmission en date du 10 août 2010, la Commission avise l’employeur et les trois fonctionnaires visées qu’ils peuvent contester la légalité de la décision contestée en déposant une demande de contrôle judiciaire conformément à l’article 18.1 [édicé par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)] (LCF).

[22] La légalité de la décision contestée et celle de l’autre décision ont fait l’objet de procédures en contrôle judiciaire intentées par les trois fonctionnaires visées :

- *Seck c. Canada (Procureur général)*, T-1263-10, 2011 CF 1355 (*Seck 1*) et *Seck c. Canada (Procureur général)*, T-1457-10 (*Seck 2*);
- *M’Kounga c. Canada (Procureur général)*, T-1264-10 (*M’Kounga 1*) et *M’Kounga c. Canada (Procureur général)*, T-1459-10 (*M’Kounga 2*); et
- *Samatar c. Canada (Procureur général)*, T-1458-10 (*Samatar* ou le présent dossier).

[23] Le défendeur, au nom de la Commission, est partie à toutes ces procédures. Comme il se doit, la Commission n’a pas été désignée dans les procédures à

which is appropriate and consistent with subsection (1) of rule 303 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] (Rules). In such a case, where there are no persons that can be named under subsection (1), the applicant shall name the Attorney General of Canada as a respondent. This is set out in subsection (2) of rule 303 and that is what the applicant did here.

[24] Nonetheless, according to subsection (3) of rule 303, the Court may, on a motion by the Attorney General of Canada, where it is satisfied that the Attorney General is unable or unwilling to act as a respondent after having been named under subsection (2), substitute another person or body, including the tribunal in respect of which the application is made, as a respondent in the place of the Attorney General of Canada. In this case, no such motion was made by the respondent to the Court.

[25] In passing, the employer (PWGSC) involved in the appointment process before us today (AS-5 position) is adverse in interest to the position taken by the applicant—because it supported, on July 23, 2010, the Commission’s approval of the corrective actions proposed by the investigator. In any event, the employer did not ask to intervene and is not a party to the case at bar. I must also assume that the employer was not otherwise represented in those proceedings by the respondent—who would then be in a conflict of interest situation because the Commission is an independent government agency that reports directly to Parliament.

[26] Returning now to the five applications for judicial review, the Court entries indicate that three cases (*Seck 2*; *M’Kounga 2* and *Samatar*) were the subject of a case management order dated May 6, 2011. Moreover, Ms. M’Kounga advised the Court that she wanted to withdraw because she had retired; also on June 7 and 27, 2011, the applications for judicial review in *M’Kounga 1* and *2* were dismissed for delay.

[27] We should also note that, on November 24, 2011, the candidate’s application for judicial review in *Seck 1* was dismissed on the merits by the Court: *Seck v.*

titre de défenderesse, ce qui est conforme au paragraphe (1) de la règle 303 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] (Règles). En pareil cas, si aucun défendeur n’est désigné en application du paragraphe (1), le demandeur désigne le Procureur général du Canada à ce titre. C’est ce que prévoit le paragraphe (2) de la règle 303 et c’est ce qu’a fait ici la demanderesse.

[24] Il n’empêche, selon le paragraphe (3) de la règle 303, la Cour peut, sur requête du procureur général du Canada, si elle est convaincue que celui-ci est incapable d’agir à titre de défendeur ou n’est pas disposé à le faire après avoir été ainsi désigné conformément au paragraphe (2), désigner en remplacement une autre personne ou entité, y compris l’office fédéral visé par la demande. En l’espèce, aucune telle requête n’a été présentée par le défendeur à la Cour.

[25] Au passage, l’employeur (TPSGC) visé par le processus de nomination qui nous intéresse aujourd’hui (poste AS-5) a des intérêts opposés à ceux de la demanderesse — puisqu’il a appuyé le 23 juillet 2010 l’approbation par la Commission des mesures correctives proposées par l’enquêteur. Quoiqu’il en soit, l’employeur n’a pas demandé d’intervenir et n’est pas partie au dossier devant la Cour. Je dois également présumer que l’employeur n’est pas autrement représenté dans ces procédures par le défendeur — qui serait alors en situation de conflit d’intérêts puisque la Commission est un organisme indépendant du gouvernement et faisant directement rapport au Parlement.

[26] Pour revenir aux cinq demandes de contrôle judiciaire, une lecture des entrées de la Cour indique que trois dossiers (*Seck 2*; *M’Kounga 2* et *Samatar*) ont fait l’objet d’une ordonnance de gestion de l’instance le 6 mai 2011. Par ailleurs, M^{me} M’Kounga a fait savoir à la Cour qu’elle désirait se retirer parce qu’elle avait pris sa retraite; aussi les 7 et 27 juin 2011, les demandes de contrôle judiciaire dans *M’Kounga 1* et *2* ont été rejetées pour cause de retard.

[27] Notons également que le 24 novembre 2011, la demande de contrôle judiciaire de la candidate dans *Seck 1* a été rejetée au mérite par la Cour : *Seck c. Canada*

Canada (Attorney General), 2011 FC 1355, 401 F.T.R. 59 (*Seck* 1 first instance); on appeal A-493-11 [the decision has since been rendered: 2012 FCA 314, [2014] 2 F.C.R. 167]. That last application by Ms. Seck concerns the other decision and the other investigation report by the Commission. In the interim, the proceedings in *Seck* 2 that concern the impugned decision and report were suspended until determination or resolution of the appeal in *Seck* 1.

The present application for judicial review

[28] This application was heard by the Court on September 6, 2012, and its deliberation was suspended to allow the parties to come to an agreement. On September 24, 2012, counsel advised the Court that the parties had not reached an agreement and asked the Court to render a final judgment on the matter; counsel have since also made submissions on costs.

[29] Essentially, the applicant is claiming that the rules of procedural fairness or natural justice were not respected, that the impugned decision that she committed fraud is unreasonable and that section 69 of the PSEA does not authorize the Commission to take corrective action against her specifically. Those claims are highly contested by the respondent, who defends the lawfulness of the investigation process and the reasonableness of the impugned decision, as well as the Commission's jurisdiction to make the order in question.

[30] First, the applicant submits that the investigator should have told her that she was suspected of fraud and provided her with all the relevant evidence before her interview, in particular Ms. Cousineau's testimony and notes, which was not done in this case. If the Court accepts this argument, the investigator's finding of fraud cannot legally succeed given the denial of procedural fairness. The applicant's other major argument involves the Commission's lack of jurisdiction: either the Commission did not have jurisdiction to start the investigation, or it otherwise usurped its powers by making an order of "corrective action" against her specifically.

(*Procureur général*), 2011 CF 1355 (*Seck* 1 première instance); en appel A-493-11 [l'arrêt a depuis été rendu : 2012 CAF 314, [2014] 2 F.C.R. 167]. Cette dernière demande de M^{me} Seck vise l'autre décision et l'autre rapport d'enquête de la Commission. Dans l'interim, les procédures dans *Seck* 2 qui visent la décision et le rapport contestés sont suspendues jusqu'à la détermination ou la résolution de l'appel dans *Seck* 1.

La présente demande de contrôle judiciaire

[28] La présente demande a été entendue par la Cour le 6 septembre 2012 et le délibéré a été suspendu afin de permettre aux parties de trouver une avenue de règlement. Le 24 septembre 2012, les procureurs faisaient savoir à la Cour que les parties n'avaient pas réussi à s'entendre et demandaient à la Cour de rendre un jugement final dans cette affaire; les procureurs ayant depuis également fait des représentations sur les dépens.

[29] Essentiellement, la demanderesse prétend que les règles d'équité procédurale ou de justice naturelle n'ont pas été respectées, que la décision contestée à l'effet qu'elle a commis une fraude est déraisonnable, alors que l'article 69 de la LEFP n'autorise pas la Commission à prendre les mesures correctives la visant personnellement. Ces prétentions sont vivement contestées par le défendeur, qui défend la légalité du processus d'enquête et la raisonabilité de la décision contestée, ainsi que la compétence de la Commission pour rendre l'ordonnance contestée.

[30] D'une part, la demanderesse soumet que l'enquêteur devait lui dire qu'elle était soupçonnée de fraude et devait lui communiquer avant son entrevue toutes les preuves pertinentes, en particulier le contenu du témoignage et des notes de M^{me} Cousineau, ce qui n'a pas été fait en l'espèce. Si la Cour accepte cet argument, la conclusion de fraude de l'enquêteur ne peut légalement tenir, vu le non-respect de l'équité procédurale. L'autre argument majeur de la demanderesse porte sur l'absence de compétence de la Commission : ou bien la Commission n'avait pas compétence pour commencer l'enquête, ou bien elle a autrement usurpé ses pouvoirs

[31] Alternatively, the applicant submits to the Court that the Commission’s findings are unreasonable because she did not gain anything personally from the fraud. That relevant evidence was not considered by the investigator. Moreover, contrary to the harsh passages that explicitly concern the candidate and Ms. M^{me} Kounga, the investigator accepts that the applicant actually worked with the candidate and “supervised” her work for a two-year period at DFAIT.

[32] Regardless, if there was fraud, which is highly contested by the applicant (who instead speaks of a “communication problem” with the person in charge of verifying the references), any “false information” that she may have provided had no practical effect on the appointment process. In fact, the candidate was not appointed to the analyst position and another candidate was eventually selected by PWGSC.

Standard of judicial review

[33] It should be noted that, as decided by the Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 62, the judicial review process involves two steps. First, courts ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question. Second, where the first inquiry proves unfruitful, courts must proceed to an analysis of the factors in order to identify the proper standard of review.

[34] To the extent that the blame lies solely on the Commission—in effect, the investigator—for erring in its analysis of the evidence, the decisions in *Seck* 1 first instance (in appeal A-493-11 [cited above]) and *Challal v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 1251 (*Challal*) (appeal in A-3-10 discontinued), satisfactorily respond to the question of the standard of review applicable to

en rendant une ordonnance de « mesures correctives » la visant personnellement.

[31] Alternativement, la demanderesse soumet à la Cour que les conclusions de la Commission sont déraisonnables parce qu’elle ne tire aucun avantage personnel de la fraude. Cette preuve pertinente n’a pas été considérée par l’enquêteur. De plus, contrairement aux durs passages qui visent explicitement la candidate et M^{me} M^{me} Kounga, l’enquêteur accepte que dans les faits, la demanderesse a travaillé avec la candidate et qu’elle a pu « superviser » son travail pendant une période de deux ans au MAÉCI.

[32] Quoiqu’il en soit, s’il y a eu une fraude, ce qui est vivement contesté par la demanderesse qui parle plutôt d’un « problème de communication » avec la personne chargée de vérifier les références, toute « fausse information » qu’elle a pu fournir n’a eu aucune incidence pratique sur le processus de nomination. En effet, la candidate n’a pas été nommée au poste d’analyste et c’est une autre candidature qui a finalement été retenue par TPSGC.

Norme de contrôle judiciaire

[33] Faut-il le rappeler, comme en a décidé la Cour Suprême du Canada dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 62, le processus de contrôle judiciaire se déroule normalement en deux étapes. Premièrement, la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l’analyse des éléments qui permettent d’arrêter la bonne norme de contrôle.

[34] Dans la mesure où l’on reprocherait uniquement à la Commission — dans les faits à l’enquêteur — d’avoir erré dans son analyse de la preuve, les jugements *Seck* 1 première instance (en appel A-493-11 [prcité]) et *Challal c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 1251 (*Challal*) (désistement en appel A-3-10), répondent de façon satisfaisante à la question de la norme

findings of fact, even to the Commission's possible interpretations of the PSEA provisions, where no jurisdiction issue is truly at stake.

[35] However, the applicant is asking the Court to determine whether section 69 of the PSEA authorizes the Commission to investigate with respect to the conduct of other candidates and third parties in situations where fraud may have occurred but had no practical effect on the proposed appointment or appointment of selected candidates. With respect, in my view, this is a question of jurisdiction, if not a question of law that is of vital importance to the entire public service appointment system and that merits a correct interpretation of the PSEA.

Finding by the Court

[36] For the following reasons, this application will be allowed. Nevertheless, before addressing the merit of the various issues discussed by the parties, it is important to address the scope of the respondent's participation in this case and the difficulties that can occur first in terms of an image of justice and impartiality and then in terms of the exercise of the Court's remedial powers.

IV. ROLE OF THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

[37] The respondent is acting on behalf of the Commission here. This is not the first time that the respondent has taken a position that could be characterized as "aggressive", even "forceful", or even, in the absence of other qualifiers, "very defensive". For example, in *Challal*, the respondent argued that it was "too late to question the finding of guilt issued by the Commission" and that the corrective measures "were indeed within the Commission's jurisdiction and were reasonable" (*Challal*, at paragraphs 4 and 5).

de contrôle applicable aux déterminations de fait, voire aux interprétations que peut faire la Commission des dispositions de la LEFP, lorsqu'aucune question de compétence n'est véritablement en jeu.

[35] Toutefois, la demanderesse invite la Cour à déterminer si l'article 69 de la LEFP autorise la Commission à enquêter à l'égard de la conduite d'autres candidats et de tiers dans les cas où une fraude a pu être commise, mais que ceci n'a eu aucun effet pratique sur la proposition de nomination ou la nomination des candidats nommés. Avec égards pour l'opinion contraire, à mon avis, il s'agit d'une question de compétence, sinon d'une question de droit qui est d'une importance capitale pour l'ensemble du système de nomination de la fonction publique et qui mérite une interprétation correcte de la LEFP.

Conclusion de la Cour

[36] Pour les motifs qui suivent, la présente demande sera accueillie. Néanmoins, avant d'aborder le mérite des diverses questions ayant été débattues par les parties, il convient de traiter de l'étendue de la participation du défendeur dans ce dossier et des difficultés que cela peut occasionner tant en amont — en termes d'image de la justice et d'impartialité, qu'en aval — du point de vue de l'exercice des pouvoirs de réparation accordés à la Cour.

IV. RÔLE DU PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

[37] Le défendeur agit ici au nom de la Commission. Ce n'est pas la première fois que le défendeur prend une position que l'on pourrait qualifier du point de vue de certains « d'agressive », voire « d'énergique », ou encore, à défaut d'autres qualificatifs, de « très défensive ». Par exemple, dans l'affaire *Challal*, le défendeur a fait valoir qu'il était « trop tard pour remettre en question la déclaration de culpabilité émise par la Commission » et que les mesures correctives « étaient bien de la compétence de la Commission et étaient raisonnables » (*Challal*, aux paragraphes 4 et 5).

[38] However, there is generally no dispute that it is not up to a tribunal whose decision is under review, whether it is an appeal or a judicial review, to vindicate itself, as well as the merit of its decision. As it was so aptly stated in *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684, at page 710: “To allow an administrative board the opportunity to justify its action and indeed to vindicate itself would produce a spectacle not ordinarily contemplated in our judicial traditions.”

[39] Why would it be different when counsel for the respondent themselves admit taking “instructions” from the Commission itself?

[40] In this context, the question is whether it is appropriate to allow the respondent, with no reservations, to fight tooth and nail against the applicant by aggressively arguing that there was no misconduct by the Commission and that its decision on the merits is reasonable in all respects. I am asking the question here because if the Commission were a party to the case (either as respondent or an intervener), its submissions would be limited to the issue of jurisdiction (excluding procedural fairness).

[41] The Federal Court of Appeal effectively summarized in *Canada (Attorney General) v. Quadrini*, 2010 FCA 246, [2012] 2 F.C.R. 3, at paragraphs 15 to 24, why common law narrows the scope of the representations that an administrative tribunal may make on judicial review. In addition to the principle of finality, there is the principle of impartiality. The problem is not only with respect to the unpleasant “spectacle” that tarnishes the image of impartiality to be ascribed to the decision maker, which must be maintained in the interests of justice. In the end, the range of remedies available to the reviewing court may also seriously suffer.

[42] In this regard, Justice Stratas reiterated the following at paragraph 16:

When a court allows an application for judicial review, it has a broad discretion in the selection and design of remedies: *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6. One remedy, quite common, is to

[38] Or, il est généralement acquis qu’il n’appartient pas à un tribunal dont la décision est contestée, qu’il s’agisse d’un appel ou d’un contrôle judiciaire, de venir défendre sa conduite, ainsi que le mérite de sa décision. Comme il est si bien dit dans l’arrêt *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d’Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684, à la page 710 : « Accorder au tribunal administratif la possibilité de défendre sa conduite et en fait de se justifier donnerait lieu à un spectacle auquel nos traditions judiciaires ne nous ont pas habitués. »

[39] Pourquoi en serait-il autrement lorsque les procureurs du défendeur admettent eux-mêmes prendre des « instructions » de la Commission elle-même?

[40] Dans ce contexte, il faut se demander s’il est approprié de permettre au défendeur, sans réserves, de se battre bec et ongles contre la demanderesse, en faisant valoir de manière musclée que la Commission n’a pas mal agi et que sa décision au mérite est raisonnable à tous égards. Je pose ici la question parce que si la Commission était une partie dans le dossier (soit à titre de défendeur ou d’intervenant), ses représentations devraient se limiter à la question de compétence (excluant l’équité procédurale).

[41] La Cour d’appel fédérale a très bien résumé dans l’affaire *Canada (Procureur général) c. Quadrini*, 2010 CAF 246, [2012] 2 R.C.F. 3, aux paragraphes 15 à 24, les raisons pour lesquelles la common law restreint la portée des observations qu’un tribunal administratif peut présenter dans le cadre d’un contrôle judiciaire. Outre le principe du caractère définitif des décisions, il y a le principe de l’impartialité. Le problème n’est pas seulement au niveau du « spectacle » désagréable venant ternir l’image d’impartialité qu’il faut prêter au décideur et qu’il faut préserver dans l’intérêt de la justice. À terme, l’éventail des remèdes s’offrant à la cour siégeant en révision judiciaire, peut également gravement en souffrir.

[42] À ce chapitre, le juge Stratas rappelle au paragraphe 16 :

Lorsqu’elle fait droit à une demande de contrôle judiciaire, une juridiction dispose d’une grande latitude en ce qui concerne le choix et la conception des réparations (*MiningWatch Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S.

remit the matter back to the tribunal for redetermination. If that happens, the tribunal must redetermine the matter, and appear to redetermine it, impartially, with an open mind. Submissions by the tribunal in a judicial review proceeding that descend too far, too intensely, or too aggressively into the merits of the matter before the tribunal may disable the tribunal from conducting an impartial redetermination of the merits later. Further, such submissions by the tribunal can erode the tribunal's reputation for evenhandedness and decrease public confidence in the fairness of our system of administrative justice.

[43] In my opinion, when the respondent agrees to act on behalf of the Commission, in the absence of another party to support the legality of the impugned decision, the respondent should try to intervene like an *amicus curiae*, even if the respondent has more latitude than an *amicus curiae*. After all, the respondent represents the public interest. That being said, the respondent should, first and foremost, enlighten the Court objectively and completely on the facts stated in the impugned decision and on the Commission's reasoning, without seeking justification that was not provided by the Commission itself in the impugned decision—which of course includes the reasons in the investigation report that the Commission supported.

[44] In short, there is no problem as long as the respondent explains the impugned decision and provides objective light on the Commission's jurisdiction and the powers vested in it under the law. I acknowledge that this can be difficult in some cases. In fact, as was noted long ago in *Canada (Canada Labour Relations Board) v. Transair Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 722, at page 728, “[w]hat is or is not a question of jurisdiction as opposed to a question of law only, touching the manner in which a statutory tribunal exercises its authority, is a somewhat ambiguous if not also a trammelled question.”

[45] Even though the present wording of section 69 of the PSEA is, at first glance, a jurisdiction-granting provision, it can undoubtedly be argued that the respondent is also authorized, in the public interest, to support the reasonableness of the “corrective action”. This is

6). Une des réparations les plus courantes consiste à renvoyer l'affaire au tribunal administratif pour qu'il rende une nouvelle décision. En pareil cas, le tribunal administratif doit examiner de nouveau l'affaire et être perçu comme l'examinant de nouveau avec impartialité et un esprit ouvert. Les observations que le tribunal administratif présente dans une instance en contrôle judiciaire et qui plongent trop loin, trop intensément ou trop énergiquement dans le bien-fondé de l'affaire soumise au tribunal administratif risquent d'empêcher celui-ci de procéder par la suite à un réexamen impartial du bien-fondé de l'affaire. De plus, de telles observations du tribunal administratif sont susceptibles de miner sa réputation d'impartialité et d'entamer la confiance du public envers l'équité de notre système de justice administrative.

[43] À mon avis, lorsque le défendeur accepte d'agir au nom de la Commission, en l'absence d'une autre partie venant soutenir la légalité de la décision contestée, son intervention devrait tendre à celle d'un *amicus curiae*, même s'il possède plus de latitude qu'un *amicus curiae*. Après tout, le défendeur représente l'intérêt public. Cela dit, le défendeur devrait d'abord et avant tout éclairer la Cour, d'une façon objective et complète, sur les faits mentionnés dans la décision contestée et sur le raisonnement de la Commission, sans aller chercher des justifications qui ne sont pas fournies par la Commission elle-même dans la décision contestée — ce qui inclut bien entendu les motifs que l'on retrouve dans le rapport d'enquête que la Commission a pu entériner.

[44] Bref, il n'y a aucun problème tant que le défendeur explique la décision contestée et fournit un éclairage objectif sur la compétence de la Commission et les pouvoirs qui lui sont dévolus en vertu de la loi. Je reconnais que cela peut être difficile dans certains dossiers. En effet, comme il a été noté il y a bien longtemps déjà dans l'arrêt *Canada (Conseil canadien des relations du travail) c. Transair Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 722, à la page 728, « [e]n ce qui concerne la façon dont un tribunal créé par la loi exerce ses pouvoirs, le point de savoir ce qui est ou n'est pas une question de compétence par opposition à une question de droit strict est pour le moins ambigu sinon embrouillé. »

[45] Bien que le texte actuel de l'article 69 de la LEFP soit, à première vue, une disposition attributive de compétence, on peut sans doute argumenter que le défendeur est autorisé, au nom de l'intérêt public, à soutenir également la raisonabilité des « mesures

certainly a borderline case. Nevertheless, in my opinion, nothing authorizes the respondent to argue, on behalf of the Commission, that the rules of natural justice or procedural fairness were respected in this case.

[46] Given that counsel for the applicant did not object at the hearing before the Court to counsel for the respondent's argument on the issues of natural justice, I have decided to consider the merits of every argument made by the respondent and his counsel at the hearing, with, nevertheless, the possible consequences from the point of view of the exercise of discretion that is conferred upon me in matters of remedies and costs.

V. THE ISSUE OF JURISDICTION OR REASONABLENESS

[47] Like the other public servants affected by the impugned decision, the applicant submits that the Commission did not have jurisdiction to start an investigation or otherwise usurped its powers by making an order of "corrective action" against her specifically. The respondent, on behalf of the Commission, argues that it is unnecessary for a candidate to be appointed to a position for there to be a fraud investigation under section 69 of the PSEA; it is sufficient that the fraud was committed "in an appointment process". The impugned decision is in all respects reasonable according to the respondent.

[48] In this case, the Commission's investigation was conducted under the supposed authority of section 69 of the PSEA, which reads as follows:

Fraud **69.** If it has reason to believe that fraud may have occurred in an appointment process, the Commission may investigate the appointment process and, if it is satisfied that fraud has occurred, the Commission may

(a) revoke the appointment or not make the appointment, as the case may be; and

(b) take any corrective action that it considers appropriate.

correctives ». Il s'agit certainement d'un cas limite. Néanmoins, à mon avis, rien ne l'autorise à plaider, au nom de la Commission, que les règles de justice naturelle ou d'équité procédurale ont été respectées en l'espèce.

[46] Étant donné que le procureur de la demanderesse ne s'est pas objecté à l'audition devant la Cour à ce que l'avocat du défendeur plaide sur les questions de justice naturelle, j'ai décidé de considérer le mérite de tous les arguments qui ont pu être formulés par le défendeur et son avocat à l'audition, avec néanmoins les conséquences que cela pouvait occasionner du point de vue de l'exercice de la discrétion qui m'est conférée en matière de remèdes et de dépens.

V. LA QUESTION DE COMPÉTENCE OU DE RAISONNABILITÉ

[47] À l'instar des autres fonctionnaires visées par la décision contestée, la demanderesse soumet que la Commission n'avait pas compétence pour entreprendre l'enquête ou a autrement usurpé ses pouvoirs en rendant une ordonnance de « mesure corrective » la visant personnellement. Pour sa part, le défendeur, au nom de la Commission, fait valoir qu'il n'est pas nécessaire qu'un candidat soit nommé à un poste pour qu'il y ait enquête pour fraude selon l'article 69 de la LEFP; il suffit que la fraude ait été commise « dans le processus de nomination ». Or, la décision contestée est à tous égards raisonnable selon le défendeur.

[48] En l'espèce, l'enquête de la Commission a été conduite sous l'autorité présumée de l'article 69 de la LEFP, qui se lit comme suit :

69. La Commission peut mener une enquête si elle a des motifs de croire qu'il pourrait y avoir eu fraude dans le processus de nomination; si elle est convaincue de l'existence de la fraude, elle peut : Fraude

a) révoquer la nomination ou ne pas faire la nomination, selon le cas;

b) prendre les mesures correctives qu'elle estime indiquées.

[49] The *Policy on Considerations for Investigations Conducted under the new PSEA by the PSC Relating to External Appointments, Non-delegated Internal Appointments and Appointments Involving Political Influence or Fraud* (Policy), published by the Commission on its Web site, contains an explanation that the decision to investigate or not to investigate is discretionary and will be determined on a case by case basis.

What is fraud?

[50] As philosopher Jean-Jacques Rousseau so aptly stated in *Reveries of the Solitary Walker* (1782, posth.) [at page 195]:

To lie to one's own advantage, is a cheat; to lie to another's advantage, is a fraud; to lie to do harm, is calumny; this is the worst sort of lies:—to lie without profit or prejudice to one's self, or others, is not lying, 'tis fiction.
(Fourth Walk)

[51] In this case, the PSEA does not define what constitutes “fraud”; we must therefore rely on the Commission's interpretation of that concept. It is a question of law that is at the very heart of the jurisdiction conferred by Parliament on the Commission.

[52] In the impugned investigation report, the investigator referred to the definition given for the word “fraud” in the *Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press, 2004:

The action or an instance of deceiving someone in order to make money or obtain an advantage illegally. a person or thing that is not what it is claimed or expected to be. a dishonest trick or stratagem.

[53] Furthermore, according to *Le Grand Robert de la langue française*, Paris: Le Robert, 2001, “*fraude*” is an [TRANSLATION] “[a]ction made in bad faith with the intent to deceive”. As you can see, the French and English definitions are similar. First, fraud involves deceiving others in the aim of gaining some advantage. Second, there must be an intent to deceive others, which leads to the question of whether the author is aware of the deception attributed to him or her. If it was in good faith, we

[49] Dans les *Lignes directrices en matière de motifs d'enquête par la CFP, en vertu de la nouvelle LEFP, au sujet des nominations externes, des nominations internes sans délégation de pouvoir et des nominations pouvant résulter de l'exercice d'une influence politique ou d'une fraude* (Lignes directrices), publiées par la Commission sur son site web, il est expliqué que la décision d'enquêter ou non est un pouvoir discrétionnaire et sera prise au cas par cas.

Qu'est-ce que la fraude?

[50] Comme le dit si bien le philosophe Jean-Jacques Rousseau dans *Les Réveries du promeneur solitaire* (1782, posth.) [à la page 62]:

Mentir pour son avantage à soi-même est imposture, mentir pour l'avantage d'autrui est fraude, mentir pour nuire est calomnie, c'est la pire espèce de mensonge; mentir sans profit ni préjudice de soi ni d'autrui n'est pas mentir : ce n'est pas mensonge, c'est fiction.
(Quatrième promenade)

[51] En l'espèce, la LEFP ne définit pas ce qui constitue une « fraude »; il faut donc s'en remettre à l'interprétation que la Commission a pu faire de cette notion. Il s'agit d'une question de droit qui est au cœur même de la compétence attribuée par le législateur à la Commission.

[52] Dans le rapport d'enquête contesté, l'enquêteur se réfère à la définition donnée au mot « *fraud* » que donne le *Canadian Oxford Dictionary*, 2^e éd. Toronto : Oxford University Press, 2004 :

The action or an instance of deceiving someone in order to make money or obtain an advantage illegally. A person or thing that is not what it is claimed or expected to be. A dishonest trick or stratagem.

[53] D'autre part, selon *Le Grand Robert de la langue française*, Paris : Le Robert, 2001, la « fraude » est une « [a]ction faite de mauvaise foi dans le but de tromper. » Comme on peut le constater, la définition française rejoint la définition anglaise. D'abord, il est question de tromper autrui dans le but d'obtenir un avantage quelconque. De plus, il faut avoir l'intention de tromper autrui, d'où la question de savoir si l'auteur est ou non au courant de la tromperie qu'on lui prête. S'il est de

are talking about an “error” instead. In this case, the evidence that the author does gain some advantage from the deceit supports the inference that the author intended to defraud others.

[54] The determination of the intent behind the actions taken is therefore an essential element of the analysis of the evidence. We cannot look only at the material fact alone. By analogy, the Commission noted the following in an investigation conducted under section 66 of the PSEA (Public Service Commission of Canada – *Investigation Report Summary: Section 66 – Founded – Correctional Service of Canada*, 2009, see: <http://www.psc-cfp.gc.ca>):

In assessing whether there has been an error, omission or improper conduct in the selection process, it is necessary to consider the intent behind the actions taken. [Emphasis added.]

[55] An “error” must not be confused with “fraud” and vice versa. Moreover, it has been established that it is not the criminal burden of proof that applies, but that of the balance of probabilities (*Challal*, at paragraphs 27 to 30). The jurisprudence of the Commission reveals that, to date, investigations by the Commission that have resulted in “corrective action” have always involved candidates in an appointment process.

[56] By way of illustration, in *Challal* (public summary of investigation report 2007-IPC-00286 and record of decision 08-09-IB-65), it was alleged that, in the context of an appointment process, the candidate, Challal, cheated on or plagiarized a test. Following its investigation, the Commission found that the explanations provided by the candidate were not credible and that he had intentionally copied the protected correction guide when he answered the test questions.

[57] The Court confirmed that the finding of fraud was valid and reasonable. At paragraph 17 of the judgment of the Court in *Challal*, the investigator made the following argument:

Copying during a test constitutes fraud under the most common meaning. Mr. Challal copied in order to gain an advantage, a test result sufficiently high to ensure his appointment to the

bonne foi, il faut plutôt parler d’« erreur ». En l’espèce, la preuve que l’auteur tire un avantage quelconque de la tromperie permet d’inférer qu’il a l’intention de frauder autrui.

[54] La détermination de l’intention derrière les actions prises est donc un élément essentiel d’analyse de la preuve. Il ne suffit pas de s’arrêter au fait matériel en soi. Par analogie, dans une enquête menée en vertu de l’article 66 de la LEFP, la Commission note (Commission de la fonction publique du Canada – *Résumé de rapport d’enquête : Article 66 – Fondée – Service Correctionnel du Canada*, 2009, voir : <http://www.psc-cfp.gc.ca>) :

Pour évaluer s’il y a eu erreur, omission ou conduite irrégulière dans le processus de sélection, il est nécessaire d’examiner l’in-tention derrière les actions prises. [Non souligné dans l’original.]

[55] Il ne faut pas confondre une « erreur » avec une « fraude » et vice-versa. D’autre part, il est acquis que ce n’est pas le fardeau de preuve en matière criminelle qui s’applique, mais celui de la prépondérance des probabilités (*Challal*, aux paragraphes 27 à 30). Selon la jurisprudence de la Commission, jusqu’à ce jour, les enquêtes de la Commission ayant donné lieu à la prise de « mesures correctives » ont toujours visé des candidats à un processus de nomination.

[56] En guise d’illustration, dans l’affaire *Challal* (résumé public du rapport d’enquête 2007-IPC-00286 et du Rapport de décision 08-09-IB-65), il était allégué que dans le cadre d’un processus de nomination, le candidat Challal avait triché ou plagié à un examen. À la suite de son enquête, la Commission a conclu que les explications fournies par le candidat n’étaient pas crédibles et a conclu qu’il avait copié de manière intentionnelle le guide de correction protégé lorsqu’il a répondu aux questions d’examen.

[57] La Cour a confirmé la validité de la conclusion de fraude qui était raisonnable. Au paragraphe 17 du jugement de la Cour dans l’affaire *Challal*, on voit que l’enquêteur tenait le raisonnement suivant :

Copier à un examen constitue de la fraude au sens de la définition la plus usuelle. M. Challal a copié en vue d’obtenir un avantage, soit avoir un résultat d’examen suffisamment élevé

CS-03 position and thus obtaining a promotion. [Emphasis added.]

[58] However, in *Personnel Psychology Centre*, a case that has certain similarities to the case at bar, the Commission decided that the mere fact that a third party provided “false references” does not mean that the candidate committed fraud, in the absence of evidence of bad faith (Public Service Commission of Canada – *Investigation Report Summary: 2007 – Unfounded – Personnel Psychology Centre*, see: <http://www.psc-cfp.gc.ca>):

The Act does not contain any definition of fraud. According to section 69, in order to be able to determine that fraud has occurred, it must be possible to link the misconduct to an appointment process.

...

Having discovered this e-mail message, the PPC investigated the employee’s file. It was discovered that this third party had been one of the employee’s referees during the external appointment process to fill the position of Assistant Second-Language Assessor. The PPC determined that there was a possibility that the third party had given a false reference in favour of the employee at the latter’s request.

The focus of the investigation was therefore to determine whether the references obtained from the third party in favour of the employee were false in that they constituted fraud on the part of the employee. The issue was whether the fact that the third party had allegedly requested, in an e-mail message to the employee, that the employee assume the role of a company director in order to improve the outcome of a reference check would lead one to believe that the employee had previously requested the third party to play the same role and to provide false references in the employee’s favour.

The Commission decided that it was not possible to conclude that fraud had been committed by inferring from the third party’s e-mail message that the employee defrauded the system by asking the third party to provide false references. It was not demonstrated that the references obtained in favour of the employee that were used for the appointment were obtained fraudulently by means of any action committed by the employee.

Therefore, during the appointment process in question, the employee did not act in bad faith in order to mislead the system during their reference check. [Emphasis added.]

pour lui assurer la nomination au poste de CS-03 et lui procurer ainsi une promotion [...] [Non souligné dans l’original.]

[58] D’un autre côté, dans l’affaire *Centre de psychologie du personnel*, un cas qui présente certaines similitudes avec le cas sous étude, la Commission a décidé que le seul fait pour une tierce partie d’avoir fourni des « fausses références », ne signifiait pas que le candidat avait commis une fraude, en l’absence d’une preuve de mauvaise foi (Commission de la fonction publique du Canada – *Résumé de rapport d’enquête : 2007 – Non fondée – Centre de psychologie du personnel*, voir : <http://www.psc-cfp.gc.ca>) :

Aucune définition de la fraude ne se retrouve dans la Loi [...] D’après l’article 69 de la *Loi*, pour qu’on puisse déterminer qu’il y ait eu fraude, il faut pouvoir relier le comportement fautif à un processus de nomination.

[...]

En découvrant ce courriel, le CPP a vérifié le dossier de l’employé. On y a découvert que cette tierce partie était un de ses répondants lors du processus de nomination externe visant à pourvoir le poste d’Adjoint à l’évaluation de la langue seconde. Le CPP a déterminé qu’il y avait une possibilité que la tierce partie aurait donné de fausses références en faveur de l’employé à sa demande.

Le point central de l’enquête était donc de savoir si les références obtenues de la tierce partie en faveur de l’employé étaient fausses parce qu’elles comportaient un élément de fraude de la part de l’employé. Il s’agissait de déterminer si le fait que la tierce partie aurait demandé, dans un courriel à l’employé, de jouer le rôle de directeur d’une compagnie, pour favoriser sa prise de référence, pouvait porter à croire que l’employé aurait auparavant demandé à la tierce partie de jouer le même genre de rôle et de fournir de fausses références en sa faveur.

La Commission a décidé qu’il n’était pas possible de conclure qu’une fraude aurait été commise en extrapolant que, à la suite d’un courriel de la tierce partie, l’employé aurait fraudé le système en demandant à la tierce partie de fournir de fausses références à son égard. Il n’a pas été démontré que les références obtenues en faveur de l’employé, et qui ont servi à sa nomination, ont été faites de façon frauduleuse par une action quelconque de l’employé.

Dans le processus de nomination en question, l’employé n’a donc pas commis une action faite de mauvaise foi dans le but de tromper le système lors de la prise de références. [Non souligné dans l’original.]

[59] In this case, the applicant did unsuccessfully attempt to obtain the Commission’s full investigation report in *Personnel Psychology Centre*. The respondent forcefully objected to the applicant’s motion, arguing that it was not clear upon reading the documents already provided under rule 317 [as am. by SOR/2002-417, s. 19; 2006-219, s. 11(F)] that the Commission had not considered that document despite the existence of an internal note suggesting that research had been done to find precedents with possible similarities to the investigation then being conducted by the Commission.

[60] On November 19, 2010, Prothonotary Tabib agreed with the respondent and dismissed the applicant’s motion with costs, which she fixed at \$650. In a way, even though I do not call into question the “technical” reason that justified the motion’s dismissal, I find it regrettable in this case. To the extent that the Commission actually has jurisdiction to investigate and sanction third parties, the question is therefore whether the finding that the applicant committed fraud is one that is “defensible in respect of the facts and law” (*Challal*, at paragraph 25).

[61] In that context, for the purposes of assessing the reasonableness of the impugned decision, it becomes highly relevant to verify whether the Commission actually applied and considered its own jurisprudence governing fraud involving “false references” provided by third parties as part of an appointment process. The issue before the Court today—always on the assumption that the Commission had jurisdiction—is not so much whether the investigation report in *Personnel Psychology Centre* should have been part of the certified record as a piece of evidence taken into consideration by the investigator, but rather whether the investigator knew about that relevant case law, and, in that case, why the investigator did not mention or consider it in the impugned investigation report.

[62] In the case at bar, the applicant argues that the impugned investigation report does not show in a clear and intelligible manner that she intended to present herself fraudulently as the candidate’s supervisor.

[59] Dans le présent dossier, la demanderesse a bien tenté, mais sans succès, d’obtenir la communication du rapport d’enquête intégral de la Commission dans l’affaire *Centre de psychologie du personnel*. Le défendeur s’est opposé avec force à la requête de la demanderesse, en faisant notamment valoir qu’il n’était pas clair à la lecture des documents déjà communiqués en vertu de la règle 317 [mod. par DORS/2002-417, art. 19; 2006-219, art. 11(F)] que la Commission avait bel et bien considéré ce dernier document, et ce, malgré l’existence d’une note interne laissant croire que des recherches avaient été entreprises pour trouver des précédents pouvant avoir certaines similitudes avec l’enquête alors menée par la Commission.

[60] Le 19 novembre 2010, la protonotaire Tabib a donné raison au défendeur et a rejeté la requête de la demanderesse avec dépens, qu’elle a fixés à 650 \$. D’une certaine façon, bien que je ne remette pas en cause le motif « technique » ayant justifié le rejet de la requête, cela m’apparaît regrettable en l’espèce. Dans la mesure où la Commission a effectivement compétence pour enquêter et sanctionner des tiers, on doit alors se demander si la conclusion que la demanderesse a commis une fraude en est une « pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Challal*, au paragraphe 25).

[61] Dans ce contexte, aux fins d’évaluer la raisonnablement de la décision contestée, il devient hautement pertinent de vérifier si la Commission a effectivement appliqué et considéré sa propre jurisprudence en matière de fraude visant des « fausses références » fournies par des tiers à l’occasion d’un processus de nomination. La question devant la Cour aujourd’hui — toujours en supposant que la Commission a compétence — n’est pas tant de savoir si le rapport d’enquête dans l’affaire *Centre de psychologie du personnel* devrait faire partie du dossier certifié à titre d’élément de preuve considéré par l’enquêteur, mais plutôt si l’enquêteur connaissait ou non cette jurisprudence pertinente, et le cas échéant, pourquoi dans le rapport d’enquête contesté, il n’en parle pas ou ne l’a pas considéré.

[62] Dans le cas sous étude, la demanderesse fait valoir que le rapport d’enquête contesté ne démontre pas d’une manière claire et intelligible que la demanderesse avait l’intention de se présenter frauduleusement comme étant

Moreover, the candidate in this case was not appointed to the position following the internal appointment process; she therefore did not gain anything from the fraud; but she could have gained something from it if she had been appointed. In contrast, the applicant in this case had nothing to gain from the success (or the failure) of the candidate for whom she provided the reference. Without personal interest in the candidate and without the likelihood of benefitting in some way, it is not clear how the applicant could have had the intention, the motivation, or even “the intent to deceive” the employer.

[63] However, before assessing the reasonableness of the finding of “fraud”, one should first be satisfied that the Commission has jurisdiction in respect of third parties, and that is exactly what the applicant is contesting today. Before assessing the parties’ respective arguments, once again, a prior assessment of the evidence in the record and of the investigator’s reasoning are in order.

Evidence in the record

[64] In fact, it was on June 5, 2009, after receiving information from the DNR, where Gisèle Seck, the candidate’s mother, worked, that the Commission officially gave notice that the candidate was suspected of fraud and that an investigation would be conducted under section 69 of the PSEA into the two internal appointment processes (the ES-5 analyst position within PWGSC and the AS-4 management and consular officer position within DFAIT), which Ms. Seck applied for in 2007 and 2008 (notice of investigation).

[65] The notice of investigation also specified that the Commission’s Investigations Directorate [TRANSLATION] “reviewed the information provided in accordance with the [Policy]”. According to the Policy, in deciding whether to conduct an investigation the Commission must take into consideration whether:

- the matter falls within the Commission’s jurisdiction under sections 66, 67(1), 68 or 69 of the PSEA;

superviseure de la candidate. D’autre part, la candidate dans la présente affaire n’a pas accédé au poste suite au processus de nomination interne; elle n’a donc pas profité de la fraude commise, mais elle aurait pu en profiter si elle avait été nommée. En revanche, la demanderesse en l’espèce n’avait rien à gagner du succès (ou l’échec) de la candidate pour laquelle elle aurait fourni la référence. Sans intérêt personnel pour la candidate et sans la possibilité de tirer un avantage quelconque, il n’est pas clair comment la demanderesse aurait pu avoir l’intention, la motivation, ou encore « le but de tromper » l’employeur.

[63] Cependant, avant d’en arriver à examiner la raisonnablement de la conclusion de « fraude », il faut d’abord être satisfait que la Commission a compétence vis-à-vis des tiers, et c’est justement, ce que conteste aujourd’hui la demanderesse. Avant d’analyser les prétentions respectives des parties, encore une fois, un examen préalable de la preuve au dossier et du raisonnement de l’enquêteur sont de mise.

Preuve au dossier

[64] Dans les faits, c’est le 5 juin 2009, à la suite d’une information provenant du MRN où travaillait Gisèle Seck, la mère de la candidate, que la Commission notifie de façon officielle que la candidate est soupçonnée de fraude et qu’une enquête sera menée en vertu de l’article 69 de la LEFP sur les deux processus de nomination interne visés (poste d’analyste ES-5 à TPSGC et poste d’agent de la gestion et des affaires consulaires AS-4 au MAÉCI), pour lesquels M^{me} Seck a postulé en 2007 et 2008 (avis d’enquête).

[65] L’avis d’enquête précise également que la Direction des enquêtes de la Commission a « complété la revue de l’information fournie conformément aux [Lignes directrices] ». Selon les Lignes directrices, lorsqu’elle décide de mener une enquête, la Commission doit déterminer :

- si la question relève de la compétence de la Commission en vertu de l’article 66, du paragraphe 67(1), de l’article 68 ou de l’article 69 de la LEFP;

- the matter raises the possibility of a problem in the application of the PSEA that affected the selection for appointment or a breach of the PSEA, the *Public Service Employment Regulations* (PSER), Commission policies or the terms and conditions of delegation;
 - the information received indicates the possibility of a pattern of irregularities in the application of the PSEA, PSER, Commission policies or the terms and conditions of delegation;
 - the matter has come to the attention of the Commission by a person involved in the process within six months of the appointment being made or proposed; however, the Commission may, in the interest of fairness and the protection of merit, extend this time period;
 - the matter has come to the attention of the Commission by any other means, and the Commission believes it should intervene, whether or not it is within six months of the appointment being made or proposed;
 - there exists the possibility of implementing corrective action; and
 - there is no recourse available for the matter through other avenues.
- si la question soulève la possibilité d'un problème lié à l'application de la LEFP qui a eu une incidence sur la sélection aux fins de nomination ou la possibilité d'une infraction à la LEFP, au *Règlement sur l'emploi dans la fonction publique* (REFP), aux lignes directrices de la Commission ou aux conditions de délégation;
 - si les renseignements obtenus laissent croire à la possibilité d'irrégularités systématiques lors de l'application de la LEFP, du REFP, des lignes directrices de la Commission ou des conditions de délégation;
 - si la question a été portée à l'attention de la Commission par une personne visée par le processus en question dans les six mois suivant la nomination ou la proposition de nomination; toutefois, la Commission peut, par souci de justice et de protection du mérite, prolonger ce délai;
 - si la question a été portée à l'attention de la Commission par d'autres moyens et si cette dernière estime qu'elle doit intervenir, que la question ait été soulevée ou non dans les six mois suivant la nomination ou la proposition de nomination;
 - s'il existe une possibilité de mettre en œuvre des mesures correctives;
 - s'il n'y a aucun recours disponible qui permettrait de régler la question par d'autres voies.

[66] According to the evidence in the record, it seems that there was a cursory review of the Commission's jurisdiction. In fact, the notice of investigation is dated June 5, 2009, that is, two days after the jurisdiction division prepared a [TRANSLATION] "jurisdiction report—2009-EXT-00049.7408 (EA) & 2009-SVC-00118.8305 (EA)" (jurisdiction report). The Policy was not mentioned in the jurisdiction report.

[67] In short, "the information" from the DNR was the determinative factor in the decision to launch an investigation under section 69 of the PSEA. In that regard, it does not seem that anyone considered whether it was possible to implement corrective action or even whether there was another recourse available to resolve the matter through other avenues, as the Policy suggests. What is clear, however, is that the investigation did not involve the applicant specifically.

[66] Selon la preuve au dossier, il semble y avoir eu un examen sommaire de la compétence de la Commission. En effet, l'avis d'enquête est daté du 5 juin 2009, soit deux jours après que la Division de la Compétence ait préparé un « rapport de compétence – 2009-EXT-00049.7408 (EA) & 2009-SVC-00118.8305 (EA) » (rapport de compétence). Il n'y a aucune mention des Lignes directrices dans le rapport de compétence.

[67] Bref, « l'information » du MRN est le facteur déterminant dans la décision d'entreprendre une enquête en vertu de l'article 69 de la LEFP. À ce chapitre, il ne semble pas que l'on se soit demandé s'il existait une possibilité de mettre en œuvre des mesures correctives, ou encore s'il existait un autre recours disponible qui permettrait de régler la question par d'autres voies, comme le suggèrent les Lignes directrices. Ce qui est clair cependant, c'est que la demanderesse n'est pas personnellement visée par l'enquête.

Dismissal of the jurisdiction objection

[68] The objection by the public servants affected by the impugned decision regarding the Commission's jurisdiction is briefly addressed by the investigator in paragraph 41 of the impugned investigation report:

The purpose of section 69 of the PSEA is to determine if fraud occurred during an appointment process, regardless of whether the candidate suspected of committing the fraudulent act has been appointed to the position or not. Often, the fraud is discovered before the conclusion of an appointment process and the person is never appointed. The language of s. 69 PSEA does not lend itself to an assumption that an appointment must be made in order to investigate an allegation of fraud.

[69] Aside from the jurisdiction report, it is the only written reason, on behalf of the Commission, that in any way addresses the scope of section 69 of the PSEA and the jurisdiction granted to the Commission.

Seck 1 first instance

[70] In the judgment rendered on November 24, 2011, in *Seck 1* [first instance], the Court briefly addressed the issue of the Commission's jurisdiction under section 69 of the PSEA and confirmed the lawfulness of the corrective action prescribed in the other decision with respect to the candidate.

[71] After determining that the jurisdiction issue must be reviewed on the standard of reasonableness—because the interpretation and application of section 69 of the PSEA are at the heart of the Commission's mandate and expertise—the Court found that the candidate's argument had no merit and that the Commission had the authority to investigate whether the candidate had committed fraud.

[72] The essence of the Court's reasoning can be found at paragraph 15:

I share the respondent's opinion. First, it is clear in the preamble to the Act and in the Act in its entirety that Parliament conferred on the Commission the responsibility to protect the integrity and impartiality of appointment processes and to support the merit principle. Second, it seems evident in

Rejet de l'objection portant sur la compétence

[68] L'objection des fonctionnaires visées par la décision contestée à la compétence de la Commission est brièvement abordée par l'enquêteur au paragraphe 41 du rapport d'enquête contesté :

[TRADUCTION] Le but de l'article 69 de la LEFP est de déterminer si une fraude a été commise au cours d'un processus de nomination, indépendamment de la question de savoir si le candidat soupçonné d'avoir commis l'acte frauduleux a été nommé au poste en question. Souvent, la fraude est découverte avant la conclusion du processus de nomination et la personne n'est jamais nommée. Le libellé de l'article 69 de la LEFP ne se prête pas à une hypothèse selon laquelle une nomination doit être faite afin d'enquêter sur une allégation de fraude.

[69] Outre le rapport de compétence, c'est la seule motivation écrite, au nom de la Commission, traitant un tant soit peu de la portée de l'article 69 de la LEFP et de la compétence accordée à la Commission.

Seck 1 première instance

[70] Dans le jugement qui a été rendu le 24 novembre 2011 dans le dossier *Seck 1* [première instance], la Cour a brièvement abordé la question de la compétence de la Commission en vertu de l'article 69 de la LEFP et a confirmé la légalité des mesures correctives prescrites dans l'autre décision à l'égard de la candidate.

[71] Ayant déterminé que la question de compétence doit être analysée suivant la norme de la décision raisonnable — puisque l'interprétation et l'application de l'article 69 de la LEFP sont au cœur du mandat et de l'expertise de la Commission — la Cour conclut que l'argument de la candidate n'a aucun mérite et que la Commission avait le pouvoir de faire enquête pour vérifier si la candidate avait commis de la fraude.

[72] L'essentiel du raisonnement de la Cour se retrouve au paragraphe 15 :

Je partage l'avis du défendeur. D'abord, il ressort clairement du préambule de la Loi et de la Loi dans son ensemble que le législateur a confié à la Commission la responsabilité de protéger l'intégrité et l'impartialité des processus de nomination et de soutenir le principe du mérite. D'autre part, il m'apparaît

reading section 69 that the Commission's mandate relates to any fraud that may have been committed in the course of an appointment process instead of only when a person suspected of fraud is the successful candidate. Furthermore, there is no reason to conclude that the possibility for the Commission to "take any corrective action that it considers appropriate" applies only when it first decides to revoke or to not make an appointment. I see nothing to suggest that this authority is dependent on and secondary to an order rendered in accordance with paragraph (a). Instead, I understand from section 69 of the Act that the Commission may not make or revoke an appointment if the person suspected of fraud is the person chosen at the end of the appointment process. If so, the Commission may also take other additional actions that it considers appropriate. When the person concerned is not the successful candidate, the Commission may still investigate and take any corrective action that it considers appropriate. The authority conferred on the Commission is very broad and gives it the flexibility to adapt the corrective action to the circumstances specific to each file. [Emphasis in original.]

[73] It is that aspect of the judgment in *Seck* 1 [first instance] that is undoubtedly the most contentious today. The applicant is asking the Court to adopt a different approach, by arguing that it is wrong in law. The applicant submits that the PSEA preamble does not provide for amendments to the clear wording of section 69, which uses the conjunction "and" and not "or". The applicant also argues that, contrary to Ms. Seck's situation, she was not a candidate in any competition and was not directly involved in the appointment process (she was not herself a member of the selection board or in charge of checking the candidate's references). Moreover, the candidate was not appointed.

[74] The respondent relies on the short passage from *Seck* 1 first instance quoted above, as well as on his written submissions to the Federal Court of Appeal (A-493-11) [cited above] to maintain that the Commission had jurisdiction to make the impugned decision. In fact, the authority to investigate and to take "corrective action" under sections 66 to 69 of the PSEA is plenary. Even if there was no error, political influence or fraud in the proposed appointment or appointment of a person in the public service, the Commission has the latitude and discretion to sanction any improper conduct, political interference or fraud by a third party in the appointment process, whether it is a person who occupies or does not

évident à la lecture de l'article 69 que le mandat de la Commission a trait à toute fraude susceptible d'avoir été commise dans le cadre d'un processus de nomination et non uniquement lorsque la personne soupçonnée de fraude est la ou le candidat choisi. De plus, rien ne permet de conclure que la possibilité pour la Commission de « prendre les mesures correctives qu'elle estime indiquées » ne s'applique que lorsqu'elle a d'abord décidé de révoquer ou d'éviter une nomination. Je ne vois rien qui laisse entendre que ce pouvoir est dépendant et secondaire à une ordonnance rendue en vertu de l'alinéa a). Je comprends plutôt de l'article 69 de la Loi que la Commission peut éviter ou révoquer une nomination si la personne soupçonnée de fraude est la personne choisie à l'issue du processus de sélection. Le cas échéant, la Commission peut aussi prendre d'autres mesures additionnelles qu'elle juge appropriées. Lorsque la personne visée n'est pas la ou le candidat choisi, la Commission peut quand même faire enquête et prendre les mesures correctives qu'elle estime indiquées. Le pouvoir confié à la Commission est très large et lui donne la flexibilité d'adapter les mesures correctives aux circonstances propres à chaque dossier. [Souligné dans l'original.]

[73] C'est cet aspect du jugement rendu dans *Seck* 1 [première instance] qui est sans doute le plus litigieux aujourd'hui. La demanderesse invite la Cour à adopter une approche différente, en plaçant son caractère erroné en droit. La demanderesse soumet que le préambule de la LEFP n'autorise pas la modification du texte clair de l'article 69 qui utilise la conjonction « and » et non « or ». De plus, la demanderesse fait également valoir que contrairement au cas de M^{me} Seck, elle n'était candidate à aucun concours et elle n'a pas été directement impliquée dans le processus de nomination (n'étant pas elle-même membre du jury de sélection, ni chargée de vérifier les références de la candidate). D'ailleurs, la candidate n'a pas été nommée.

[74] De son côté, le défendeur se fonde sur le court passage dans *Seck* 1 première instance cité plus haut, ainsi que sur son argumentation écrite à la Cour d'appel fédérale (A-493-11) [précité] pour soutenir que la Commission avait compétence pour rendre la décision contestée. En effet, le pouvoir d'enquête et de prendre des « mesures correctives » en vertu des articles 66 à 69 de la LEFP est plénier. Même s'il n'y a eu aucune erreur, influence politique ou fraude dans la proposition de nomination ou la nomination d'une personne à la fonction publique, la Commission a pleine latitude et discrétion pour sanctionner toute conduite irrégulière, toute interférence politique et toute fraude d'un tiers

occupy a position in the public service, a member of Parliament or a federal minister, or even a member of their political staff.

Correct interpretation or just reasonable interpretation?

[75] The determination of the standard of review that applies to the assessment of the jurisdiction and powers granted to the Commission under section 69 of the PSEA is a question of law that will eventually be decided by the Federal Court of Appeal. No deference is owed to the trial Judge in that area.

[76] With respect, a rereading of *Dunsmuir*, paragraphs 55 to 61 in particular, and the exchanges in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, leads me, however, to distance myself from the position adopted by the Court in *Seck 1* first instance. One must show great caution here. In fact, the application of the presumption of the standard of reasonableness to a truly jurisdictional issue without prior review of Parliament's intent and the specific framework in which a specialized quasi-judicial or administrative organization operates seems to me to raise a serious legal question.

[77] One of the difficulties in the case at bar arises also from the fact that, in *Seck 1* first instance, it was specifically argued that the Commission did not have jurisdiction to launch "an investigation under section 69 of the [PSEA]" (*Seck 1* first instance, at paragraph 9). The legal confusion arises undoubtedly from the fact that section 69 is not only a jurisdiction-granting provision—if it has reason to believe that fraud may have occurred in the appointment process, the Commission may investigate the appointment process—but also a provision that grants some remedial powers to the Commission if it is satisfied that fraud has occurred.

dans le processus de nomination, qu'il s'agisse d'une personne occupant ou non un emploi dans la fonction publique, d'un député ou d'un ministre fédéral, ou encore un membre de leur personnel politique.

Interprétation correcte ou seulement raisonnable?

[75] La détermination de la norme de contrôle qui s'applique à l'examen de la compétence et des pouvoirs dévolus à la Commission en vertu de l'article 69 de la LEFP est une question de droit qui sera éventuellement tranchée par la Cour d'appel fédérale. Le juge de première instance ne jouit d'aucune déférence en cette matière.

[76] Avec égards pour l'opinion contraire, une relecture de l'arrêt *Dunsmuir*, en particulier les paragraphes 55 à 61, et des échanges dans l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, m'incite toutefois à me distancier de la position adoptée par la Cour dans *Seck 1* première instance. Il faut ici faire preuve de la plus grande prudence. En effet, l'application de la présomption de la norme de raisonabilité à une pure question de compétence, sans examen préalable de l'intention du législateur et du cadre particulier dans lequel opère un organisme administratif ou quasi judiciaire spécialisé, m'apparaît soulever un sérieux questionnement en droit.

[77] L'une des difficultés du cas sous étude provient également du fait que dans l'affaire *Seck 1* première instance, on plaidait notamment que la Commission n'avait pas compétence pour déclencher « une enquête en vertu de l'article 69 de la [LEFP] » (*Seck 1* première instance, au paragraphe 9). La confusion juridique provient sans doute du fait que non seulement l'article 69 est une disposition attributive de compétence — la Commission peut mener une enquête si elle a des motifs de croire qu'il pourrait y avoir eu fraude dans le processus de nomination — mais également une disposition qui accorde certains pouvoirs de réparation de la Commission lorsqu'elle est convaincue de l'existence de la fraude.

Legislative environment

[78] In my view, the issues of jurisdiction or reasonableness cannot adequately be addressed without first conducting a review of the overall framework that governs the federal public service. Before describing the tree and its foliage, it seems more prudent in determining Parliament's intent to discuss the forest where the tree grows. You will see that other large trees of different varieties and colours grow there and indeed create the beauty of that lovely forest.

[79] Section 69 came into force on December 31, 2005, at the same time as the other PSEA provisions, which are enacted pursuant to sections 12 and 13 of the *Public Service Modernization Act*, S.C. 2003, c. 22 (PSMA), which received Royal Assent on November 7, 2003. That legislation was described as “the single biggest change to public service human resources management in more than 35 years” (Government of Canada communications material, 2005).

[80] The PSMA introduced a framework for human resources modernization in the federal public service, which also includes a new *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2 (PSLRA). Furthermore, the PSMA substantially amended the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 (FAA), which outlines the powers of the Treasury Board and the deputy heads. Finally, the PSMA amended the *Canadian Centre for Management Development Act* [S.C. 1991, c. 16], renamed the *Canada School of Public Service Act* [S.C. 2003, c.22, s. 22], which addresses learning and development.

[81] Among the amendments made by the PSMA, it must be noted that in 2005 Parliament enacted true framework legislation applicable to the entire public sector, also with a preamble; one of the public interest objectives of the legislation is specifically to maintain and enhance public confidence in the integrity of federal public servants. I am referring to the *Public Servants Disclosure Protection Act*, S.C. 2005, c. 46 (PSDPA), which came into force in April 2007. The Public Sector

Environnement législatif

[78] À mon avis, on ne peut pas répondre adéquatement à la question de compétence ou de raisonabilité, sans d'abord procéder à un examen du cadre global qui régit la fonction publique fédérale. Avant de décrire l'arbre et son feuillage, il m'apparaît plus prudent, pour connaître l'intention du législateur, de vous parler de la forêt où pousse cet arbre. Vous verrez qu'il y pousse également d'autres grands arbres, d'une variété et d'une couleur différentes, et qui font justement la beauté de cette belle forêt.

[79] L'article 69 est entré en vigueur le 31 décembre 2005, en même temps que les autres dispositions de la LEFP, qui sont édictées en vertu des articles 12 et 13 de la *Loi sur la modernisation de la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22 (LMFP), laquelle a reçu la sanction royale le 7 novembre 2003. Ce texte législatif a été décrit comme « la transformation la plus profonde de la gestion des ressources humaines dans la fonction publique en plus de 35 ans » (matériel de communication, Gouvernement du Canada, 2005).

[80] La LMFP a créé un cadre de modernisation des ressources humaines dans la fonction publique fédérale, qui inclut également une nouvelle *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2 (LRTFP). De même, la LMFP modifie substantiellement la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11 (LGFP), qui encadre les pouvoirs du Conseil du Trésor et des administrateurs généraux. Enfin, la LMFP modifie la *Loi sur le Centre canadien de gestion* [L.C. 1991, ch. 16], renommée *Loi sur l'École de la fonction publique du Canada* [L.C. 2003, ch.22, art. 22], qui concerne l'apprentissage et le perfectionnement.

[81] Aux modifications apportées par la LMFP, il faut souligner l'adoption en 2005 par le Parlement d'une véritable loi-cadre applicable à l'ensemble du secteur public, également pourvue d'un préambule, et dont l'un des objets d'intérêt public vise justement à maintenir et à accroître la confiance du public dans l'intégrité des fonctionnaires fédéraux. Je parle ici de la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*, L.C. 2005, ch. 46 (LPFDAR), qui est entrée

Integrity Commissioner investigates and decides on matters related to disclosure and reprisal, while the Public Servants Disclosure Protection Tribunal hears complaints about reprisals taken as a result of a protected disclosure.

[82] It should be noted that the PSDPA is part of a continuum that starts with the creation of a work environment where dialogue on values and ethics is encouraged, where employees feel at ease raising their concerns without fear of reprisal and where good conduct is encouraged. In accordance with the PSDPA, the Minister responsible for the Treasury Board Secretariat must encourage a public sector environment that is conducive to the disclosure of wrongdoing. Furthermore, the Treasury Board must establish a code of conduct applicable to the entire public sector. Chief executives must also establish a code of conduct applicable to the portion of the public sector for which they are responsible. These codes must be consistent with the code of conduct established by the Treasury Board.

[83] In a context where Parliament's intent is to give a general supervisory power to the Commission to ensure that internal or external appointments are based exclusively on merit, the Commission understandably has the authority to revoke the appointment—or not make the appointment—and, at the same time, can take any corrective action that it considers appropriate to re-establish public confidence when there was an error, an omission or improper conduct that affected the selection of the person appointed or proposed for appointment (sections 66 and 67 of the PSEA), or even when the appointment or proposed appointment was not free from political influence (section 68 of the PSEA).

[84] It will also not be a surprise to anyone that, in the exercise of the remedial powers under section 69 of the PSEA, Parliament also intended to allow the Commission, in cases of fraud—whether they involve, for example, plagiarism or the submission of falsified documents—to revoke an appointment or not make

en vigueur en avril 2007. Le Commissaire à l'intégrité de la fonction publique mène des enquêtes et se prononce sur les cas liés à la divulgation et aux représailles, alors que le Tribunal de la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles instruit les plaintes liées à des représailles subies à la suite d'une divulgation protégée.

[82] Faut-il le rappeler, la LPFDAR s'inscrit dans un continuum, qui commence par la création d'un environnement de travail où le dialogue sur les valeurs et l'éthique est encouragé, où les employés se sentent à l'aise de soulever leurs préoccupations sans crainte de représailles, et où on encourage la bonne conduite. En vertu de la LPFDAR, le ministre responsable du Secrétariat du Conseil du Trésor doit encourager dans le secteur public un environnement favorable à la divulgation des actes répréhensibles. De plus, le Conseil du Trésor doit établir un code de conduite applicable à l'ensemble du secteur public. Les administrateurs généraux doivent également établir un code de conduite applicable à l'organisme dont ils sont responsables. Ce code doit être compatible avec celui du Conseil du Trésor.

[83] Dans une optique où l'intention du législateur est de confier un pouvoir général de surveillance à la Commission pour s'assurer que les nominations internes ou externes soient exclusivement fondées sur le mérite, on peut comprendre que celle-ci possède le pouvoir de révoquer la nomination — ou ne pas faire la nomination — et que du même coup, celle-ci puisse prendre les mesures correctives qu'elle estime indiquées pour rétablir la confiance du public lorsqu'il y a eu une erreur, une omission ou une conduite irrégulière qui a influé sur le choix de la personne nommée ou dont la nomination est proposée (articles 66 et 67 de la LEFP), ou encore lorsque la nomination ou la proposition de nomination ne s'est pas faite indépendamment de toute influence politique (article 68 de la LEFP).

[84] Personne non plus ne se surprendra que dans l'exercice des pouvoirs de réparation prévus à l'article 69 de la LEFP, le législateur ait également voulu permettre à la Commission dans le cas de fraude — qu'il s'agisse par exemple de plagiat ou de la présentation de documents falsifiés — de révoquer une nomination

an appointment, as the case may be. That is what paragraph 69(a) of the PSEA explicitly states. The only question is whether, following an investigation where the evidence indicates that there was fraud by a third party other than the candidate who was appointed or proposed for appointment, independently of the power set out in paragraph 69(a), the Commission is authorized to take any “corrective action” with respect to the third party.

[85] It is not surprising that fraud and the manufacture of false documents by a public servant to promote his or her candidacy in an internal appointment process are unethical and violate the codes of conduct applicable to federal public servants. Even if public servants are not appointed to a desired position, they could always be disciplined by their employer if they committed wrongdoing. However, pursuant to section 9 of the PSDPA, independently of any punishment authorized by law, a public servant is subject to appropriate disciplinary action, including termination of employment, if he or she commits a wrongdoing. That leads me to section 12 [as am. by S.C. 2003, c. 22, s. 8] of the FAA, which is a very important statutory provision because it confers on deputy heads the general power to discipline and terminate public servants who work under their authority.

[86] The Court’s reasons for judgment in *Seck* 1 first instance as well as the respondent’s written submissions place a great deal of emphasis on the need to maintain the integrity of the staffing system as justification for the power to investigate and sanction with respect to other candidates and third parties, which is what the Commission is claiming. As a result, the Commission is of the view that it does not have to consider whether “fraud” had a practical effect on the proposed appointment or appointment of those selected following an internal or external competition. I doubt whether the respondent’s position today is consistent with that of stakeholders in the public service sector.

[87] The PSEA and the PSLRA, both enacted by the PSMA, provide for a review of legislation, as well as its administration and application, five years after its entry into force. The review took place and the results were

ou ne pas faire la nomination, selon le cas. C’est ce que prévoit expressément l’alinéa 69a) de la LEFP. Reste à savoir si, à la suite d’une enquête, des éléments de preuve indiquent qu’il y a eu fraude de la part d’une tierce personne autre que le candidat nommé ou qu’on s’apprêtait à nommer, indépendamment du pouvoir prévu à l’alinéa 69a), la Commission est autorisée à prendre des « mesures correctives » à l’égard de la tierce personne.

[85] On ne saurait se surprendre du fait que la fraude et fabrication de faux documents par un fonctionnaire aux fins de favoriser sa candidature dans un processus de nomination interne soit contraire à l’éthique et aux codes de conduite applicables aux fonctionnaires fédéraux. Même s’il n’est pas nommé au poste convoité, le fonctionnaire pourra toujours être discipliné par son employeur s’il a commis un acte répréhensible. Or, en vertu de l’article 9 de la LPFDAR, indépendamment de toute peine prévue par la loi, le fonctionnaire qui commet un acte répréhensible s’expose à des sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu’au licenciement. Cela m’amène à l’article 12 [mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 8] sur la LGFP qui est une disposition législative très importante, puisqu’elle confère en effet aux administrateurs généraux le pouvoir général de discipliner et congédier les fonctionnaires travaillant sous leur autorité.

[86] Les motifs de jugement de la Cour dans *Seck* 1 première instance, ainsi que l’argumentation écrite du défendeur, font grand état de la nécessité de préserver l’intégrité du système de dotation en guise de justification du pouvoir d’enquête et de sanction que revendique en l’espèce la Commission à l’égard des autres candidats et des tiers. De ce fait, la Commission estime qu’elle n’a pas à se demander si la « fraude » a pu avoir un effet pratique sur la proposition de nomination ou la nomination des personnes nommées à la suite d’un concours interne ou externe. Je ne suis pas certain que la position défendue aujourd’hui par le défendeur soit en harmonie avec la conception que se font les autres intervenants dans le secteur de la fonction publique.

[87] La LEFP et la LRTFP, toutes deux édictées par la LMFP, prévoient un examen des textes législatifs, ainsi que de leur administration et de leur application, cinq ans après leur entrée en vigueur. Cet examen a eu lieu et

made public in a report tabled in Parliament in 2011. In its *Report of the Review of the Public Service Modernization Act (2003)*, the Review Team noted the following at pages 37 and 38:

The [Public Service Commission (Commission)], the Office of the Chief Human Resources Officer and deputy heads differ in their views about what “ensuring the integrity of the staffing system” should entail. The boundaries between their authorities are not always easy to establish, and there is little consensus on, or comfort with, the resultant need to act in concert and develop strong relationships. For example, the Commission noted that, when an error or omission is identified in the course of an audit, an investigation into alleged fraud or an investigation into an external appointment, it cannot act alone to address all aspects of wrongdoing that may be associated with an appointment. Although the Commission may revoke an appointment or impose conditions on the delegation to a deputy head, in some instances a wrong may be done by someone else, such as another employee, a manager or even [Human Resources (HR)] staff. In such a situation, the responsibility rests with the deputy head to determine follow-up action, including the possibility and nature of discipline.

The authorities for the PSC, deputy head and employer are laid out in not one, but two statutes. In a complex system where several players have related authorities and the effective response to any single event is often concerted and collective action, it is essential that the players collaborate to ensure that the public interest and the integrity of the system are safeguarded.

Therefore, the Review Team recommends that:

3.1 Where the Commission, as a result of an audit or an investigation, has evidence of errors, omissions, fraud or other improper conduct on the part of an individual other than the appointee, it should engage with deputy heads who are responsible for taking appropriate action, including discipline. [Boldface in original.]

[88] It should be noted that the case history, which contains numerous developments—the applicant was not originally the subject of the investigation—started with “information” sent from the DNR, where

les résultats ont été rendus publics dans un rapport ayant été déposé au Parlement en 2011. Dans son *Rapport sur l'examen de la Loi sur la modernisation de la fonction publique (2003)*, l'équipe d'examen note à la page 42 :

La [Commission de la fonction publique] CFP, le Bureau du dirigeant principal des ressources humaines et les administrateurs généraux ne s'entendent pas sur la signification de l'expression « assurer l'intégrité du système de dotation ». Les limites de leurs pouvoirs respectifs ne sont pas toujours faciles à établir, et il n'existe pas vraiment de consensus sur la nécessité d'agir en concertation et de nouer des liens solides; il arrive aussi que les intervenants concernés ne soient pas à l'aise avec une telle idée. La CFP a par exemple fait remarquer que, lorsqu'une erreur ou une omission a été décelée au cours d'une vérification, d'une enquête sur une fraude présumée ou d'une enquête sur une nomination externe, elle ne peut pas s'occuper à elle seule de tous les aspects de l'acte répréhensible pouvant être associés à la nomination. La CFP peut révoquer une nomination ou assortir de certaines conditions les pouvoirs délégués à un administrateur général, mais l'acte répréhensible peut avoir été posé par une autre personne, notamment un employé, un gestionnaire ou même un membre du personnel des [Ressources Humaines] RH. Dans cette situation, il revient à l'administrateur général de décider de ce qu'il convient de faire, de déterminer s'il y a lieu de prendre des mesures disciplinaires et, le cas échéant, d'établir la nature de ces mesures.

Les pouvoirs conférés à la CFP, à l'administrateur général et à l'employeur sont énoncés dans non pas une, mais deux fois. Dans un système complexe où plusieurs intervenants ont des pouvoirs interreliés et où un seul événement peut souvent nécessiter une action commune et concertée, il est essentiel que les intervenants collaborent pour assurer le respect de l'intérêt public et préserver l'intégrité du système.

Par conséquent, l'équipe d'examen formule la recommandation suivante :

3.1 Si, à la suite d'une vérification ou d'une enquête, des éléments de preuve indiquent qu'il y a eu erreur, omission, fraude ou conduite irrégulière de la part d'une personne autre que la personne nommée, la CFP devrait communiquer avec les administrateurs généraux chargés de prendre les mesures appropriées, y compris sur le plan disciplinaire. [En caractère gras dans l'original.]

[88] Rappelons que l'histoire dans ce dossier aux multiples rebondissements — la demanderesse n'était pas visée à l'origine par l'enquête — commence par une « information » transmise par le MRN où

Gisèle Seck, the candidate's mother, worked. According to the information in question, false references could have been provided by the candidate and Ms. M'Kounga, who both worked at the CRA. That is strangely similar to the disclosure of possible wrongdoings committed by two federal public servants in an appointment process. From the start, it was also clear that someone other than the candidate had been appointed to both the PWGSC and DFAIT positions. So why did the Commission not refer the case to the appropriate deputy head for investigative purposes?

[89] It can be argued that the approach taken by the Commission merely led to an unjustified duplication of the investigation process surrounding the commission of a possible wrongdoing by a federal public servant. In fact, it must be understood that a deputy head cannot take disciplinary action without personally investigating and without giving the public servant in question the opportunity to be heard and to defend him or herself beforehand. In such a case, it is mandatory to follow the mechanisms and procedures set out in the PSLRA and in any applicable collective agreement; in which case the public servants would be able to challenge the lawfulness of any disciplinary action through a grievance that could be referred to an adjudicator by the Public Service Labour Relations Board (*King v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 488, 409 F.T.R. 216). Regarding other candidates and third parties, did Parliament really intend for the Commission to investigate them directly and take corrective action against them specifically?

Interpretation of section 69

[90] Invoking the power set out in paragraph 69(b) of the PSEA, the Commission imposed three "corrective actions" on the applicant: (1) the applicant must obtain written permission from the Commission before accepting a position within the public service for a period of three years, without which her appointment would be revoked; (2) a copy of the impugned decision and the impugned investigation report would be sent to her current employer, the Office of the Secretary to the

travaillait M^{me} Gisèle Seck, la mère de la candidate. Selon l'information en question, des fausses références auraient pu être fournies par la candidate et M^{me} M'Kounga qui travaillaient toutes les deux à l'ARC. Cela ressemble étrangement à la divulgation d'actes répréhensibles possiblement commis par deux fonctionnaires fédéraux dans le cadre d'un processus de nomination. Dès le départ, il était également clair qu'une autre personne que la candidate avait été nommée à chacun des postes à TPSGC et au MAÉCI. Alors, pourquoi la Commission n'a-t-elle pas plutôt référé le cas à l'administrateur général concerné pour fins d'enquête?

[89] On peut argumenter que l'approche prise par la Commission ne fait qu'aboutir à un dédoublement injustifié du processus d'enquête entourant la perpétration d'actes possiblement répréhensibles par un fonctionnaire fédéral. En effet, il faut comprendre qu'un administrateur général ne peut pas prendre de mesures disciplinaires sans lui-même procéder à une enquête et sans préalablement donner l'occasion au fonctionnaire visé d'être entendu et de se défendre. Dans un tel cas, il faut obligatoirement suivre les mécanismes et les procédures prévues à la LRTFP et à toute convention collective applicable en l'espèce; auquel cas les fonctionnaires visées pourront contester la légalité de toute mesure disciplinaire par un grief qui pourra être référé à un arbitre par la Commission sur les relations du travail dans la fonction publique (*King c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 488). Dans le cas d'autres candidats et de tiers, le Parlement a-t-il vraiment voulu que la Commission fasse enquête directement à leur sujet et prennent des mesures correctives les visant personnellement?

Interprétation de l'article 69

[90] Invoquant le pouvoir prévu à l'alinéa 69b) de la LEFP, la Commission, a imposé trois « mesures correctives » à l'encontre de la demanderesse : 1) la demanderesse doit obtenir la permission écrite de la Commission avant d'accepter un poste au sein de la fonction publique pour une période de trois ans, faute de quoi sa nomination sera révoquée; 2) une copie de la décision contestée et du rapport d'enquête contesté sont envoyés à son employeur actuel, le Bureau du secrétaire du

Governor General; and (3) the impugned investigation report and any other relevant information would be sent to the RCMP for the purposes of section 133 of the PSEA.

[91] The applicant argues that the Commission acted without jurisdiction or otherwise usurped the powers assigned to it by section 69, which should be read as a whole. In fact, Parliament's use of the conjunction "and", which is in the English version of paragraph 69(a) of the PSEA, directly before paragraph 69(b), is not fortuitous. Furthermore, the same wording is used in paragraphs 66(a), 67(1)(a), 67(2)(a) and 68(a), directly before paragraphs 66(b), 67(1)(b), 67(2)(b) and 68(b). In this case, this can only be an ancillary power related to the revocation of a proposed appointment or appointment.

[92] As broad as the power to take "corrective action" under paragraph 69(b) may be, in order for it to be exercised independently of the power set out in paragraph 69(a) to revoke an appointment or not make an appointment, the conjunction "and" in the English version would need to be replaced by "or", and the conjunction "ou" would need to be added in the French version—since the conjunction "and" is currently implied if an attempt is made to reconcile the French version with the English version. The Commission therefore usurped its powers and acted without jurisdiction in rendering the impugned decision. I am inclined to agree with the interpretation proposed by the applicant.

[93] However, there is no need to express a definitive opinion on the issue of jurisdiction or reasonableness today or to base the judgment of the Court allowing the application for judicial review on such a contentious aspect that might soon be argued before the Federal Court of Appeal [A-493-11, the decision has since been rendered: 2012 FCA 314, [2014] 2 F.C.R. 167] as part of the appeal in *Seck 1* [first instance]. In fact, the issue of procedural fairness seems determinative to me; as explained below, there appears to be a flagrant breach by the Commission, more specifically by its investigator, of the duty to act fairly with respect to the applicant.

gouverneur général; et 3) le rapport d'enquête contesté et toute information pertinente sont transmis à la GRC aux fins de l'article 133 de la LEFP.

[91] La demanderesse argumente que la Commission a agi sans compétence ou a autrement usurpé les pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 69 qu'il faut lire dans son ensemble. En effet, l'emploi par le législateur de la conjonction « and » que l'on retrouve dans la version anglaise de l'alinéa 69a) de la LEFP, directement avant l'alinéa 69b), n'est pas fortuit. D'ailleurs, on reprend la même formulation aux alinéas 66a), 67(1)a), 67(2)a) et 68a), directement avant les alinéas 66b), 67(1)b), 67(2)b) et 68b). Il ne peut s'agir en l'espèce que d'un pouvoir de nature accessoire, lié à la révocation d'une proposition de nomination ou d'une nomination.

[92] Aussi large que puisse être le pouvoir de prendre des « mesures correctives » en vertu de l'alinéa 69b), pour pouvoir être exercé indépendamment du pouvoir prévu à l'alinéa 69a) de révoquer une nomination ou de ne pas nommer une personne, il faudrait remplacer dans la version anglaise la conjonction « and » par « or », et ajouter dans la version française, la conjonction « ou » — puisque la conjonction « et » est actuellement sous-entendue si l'on tente de réconcilier la version française avec la version anglaise. La Commission a donc usurpé ses pouvoirs et agi sans compétence en rendant la décision contestée. Je suis porté à être d'accord avec l'interprétation que propose la demanderesse.

[93] Toutefois, il n'est pas nécessaire d'exprimer une opinion définitive au sujet de la question de compétence ou de raisonabilité aujourd'hui et de faire reposer le jugement de la Cour accueillant la demande de contrôle judiciaire sur un aspect aussi litigieux et qui sera probablement débattu bientôt devant la Cour d'appel fédérale [A-493-11, l'arrêt a depuis été rendu : 2012 CAF 314, [2014] 2 R.C.F. 167] dans le cadre de l'appel dans le dossier *Seck 1* [première instance]. En effet, la question d'équité procédurale m'apparaît déterminante; tel que ci-après expliqué, on peut parler ici d'une violation flagrante par la Commission, plus particulièrement par son enquêteur, de l'obligation d'agir de façon équitable à l'endroit de la demanderesse.

VI. THE ISSUE OF PROCEDURAL FAIRNESS

[94] The applicant also claims that the Commission breached the rules of procedural fairness by not informing her in a timely manner of the true nature of the investigation, and by not disclosing to her before her interview the documents and testimony concerning her directly, which would then be used by the investigator in the impugned investigation report to incriminate her and find her guilty of fraud. Moreover, the investigation of the applicant was unlawful and unfair, and the findings of the investigation are highly biased, especially since the process adopted by the investigator did not impartially dispose of the determinative credibility issues in this case in keeping with the applicant's right to be heard.

[95] The respondent readily admits that the Commission's decision and investigation led to corrective actions with serious consequences on the employment, reputation, professional career and opportunities for advancement in the public service of the three public servants in question. Nevertheless, the respondent argues that the applicant was interviewed by the investigator and that the applicant had the opportunity to comment on her report and recommendations before the Commission's final decision, which is sufficient in this case. In all respects, the procedure was fair and nothing unlawful occurred in this case. The applicant has only herself to blame if she attended the interview without being assisted by a representative or counsel.

[96] It is appropriate for the standard of correctness to guide the analysis of the Court with respect to the alleged breach of the rules of procedural fairness: *Belzile v. Canada (Attorney General)*, 2006 FC 983, 306 F.T.R. 39 (*Belzile*). As we know, issues of procedural fairness are resolved on a case-by-case basis, which means that today, the Court is not bound by the findings of fact the Court made on this issue in *Seck* 1 first instance, at paragraphs 17 to 20, especially since the facts differ substantially because the applicant was never formally informed that she was suspected of fraud.

VI. LA QUESTION D'ÉQUITÉ PROCÉDURALE

[94] La demanderesse prétend également que la Commission a violé les règles d'équité procédurale en ne l'informant pas en temps utile de la véritable nature de l'enquête, et en ne lui dévoilant pas avant son entrevue les documents et les témoignages la concernant directement, et qui seront par la suite utilisés par l'enquêteur dans le rapport d'enquête contesté pour l'incriminer et la trouver coupable de fraude. Au demeurant, l'enquête à l'endroit de la demanderesse était illégale et inéquitable, et les conclusions de l'enquête sont fortement biaisées; d'autant plus que le processus retenu par l'enquêteur ne permettait pas de trancher impartialement, dans le respect du droit d'être entendu de la demanderesse, les questions de crédibilité qui sont déterminantes dans ce dossier.

[95] Le défendeur reconnaît d'emblée que l'enquête et la décision de la Commission ont débouché sur des mesures correctives qui ont de lourdes conséquences sur l'emploi, la réputation, la carrière professionnelle et les chances d'avancement dans la fonction publique des trois fonctionnaires visées. Il n'empêche, le défendeur fait valoir que la demanderesse a été interviewée par l'enquêteur et qu'elle a eu l'occasion de commenter son rapport et ses recommandations avant la décision finale de la Commission, ce qui est suffisant en l'espèce. À tous égards, la procédure était équitable et aucune illégalité n'a été commise en l'espèce. La demanderesse n'a qu'à s'en prendre à elle-même si elle s'est présentée à l'entrevue sans être assistée par un représentant ou un avocat.

[96] Comme il se doit, c'est la norme de la décision correcte qui doit guider l'analyse de la Cour au niveau du bris allégué aux règles d'équité procédurale : *Belzile c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 983 (*Belzile*). Comme on le sait, les questions d'équité procédurale se règlent au cas par cas, de sorte qu'aujourd'hui, la Cour ne saurait être liée par les conclusions de fait auxquelles en est arrivée à ce sujet la Cour dans *Seck* 1 première instance, aux paragraphes 17 à 20, d'autant plus que les faits diffèrent sensiblement, la demanderesse n'ayant jamais été avisée formellement qu'elle était soupçonnée de fraude.

[97] The content of the duty of fairness varies depending on the context, and consideration must first be given to the criteria listed by the Supreme Court of Canada in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (*Baker*): the nature of the decision and the process followed in making it; the statutory scheme; the importance of the decision to the individuals affected; the legitimate expectations of the individual affected by the investigation; and respect for the choices of procedure.

Statutory scheme and the nature of the decision

[98] Section 69 is found in Part 5 of the PSEA, which includes sections 66 to 73 which address the Commission's investigations into appointments, and sections 74 to 87, which deal with complaints that may be referred to the Public Service Staffing Tribunal, created under Part 6 [sections 88 to 110] of the PSEA, with respect to appointments and revocations. We note that investigations conducted by the Commission into appointments represent an important supervisory tool that helps manage the staffing system and ensure the impartiality of the public service. Furthermore, the right to make submissions is legislatively recognized when the appointment or proposed appointment of a person is at issue (section 72).

[99] The manufacture of documents and their misuse in an appointment process are very serious allegations that could lead to the candidate being disqualified for fraud if the appointment process is still in progress or revocation of the appointment if he or she has already been appointed. This is clearly stated in section 69 of the PSEA, which requires that the Commission "investigate" in such a case.

[100] In *Belzile*, above, the Court decided that the scheme established under subsections 6(2) and (3) [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 6] of the former *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, favoured "greater procedural protection". Those provisions, even though written differently, were similar to sections 66 and 67 of the PSEA, which address situations of error, omission

[97] Le contenu du devoir d'agir équitablement varie selon le contexte et il faut d'abord considérer les critères énumérés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (*Baker*) : nature de la décision et processus pour y parvenir; régime législatif; importance de la décision pour les personnes visées; attentes légitimes de la personne affectée par l'enquête; respect du choix des procédures.

Le régime législatif et la nature de la décision

[98] L'article 69 se retrouve à la partie 5 de la LEFP, qui comprend d'une part, les articles 66 à 73 traitant des enquêtes de la Commission sur les nominations, et d'autre part, les articles 74 à 87 traitant des plaintes relatives aux nominations et aux révocations pouvant être portées devant le Tribunal de la dotation de la fonction publique créé en vertu de la partie 6 [articles 88 à 110] de la LEFP. Rappelons que les enquêtes menées par la Commission sur les nominations représentent un important outil de surveillance qui aide à gérer le système de dotation et à assurer le caractère impartial de la fonction publique. De plus, le droit de présenter des observations est législativement reconnu lorsque sont en cause la nomination ou la proposition de nomination d'une personne (article 72).

[99] La fabrication de documents et leur utilisation trompeuse dans le cadre d'un processus de nomination sont des allégations très graves pouvant entraîner la disqualification pour fraude du candidat si le processus de nomination est encore en cours, voire la révocation de sa nomination si celui-ci a déjà été nommé. C'est ce qu'énonce clairement l'article 69 de la LEFP, qui exige la tenue en pareil cas d'une « enquête » de la Commission.

[100] Dans l'affaire *Belzile*, précitée, la Cour a décidé que le régime établi en vertu des paragraphes 6(2) et (3) [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 6] de l'ancienne *Loi sur l'emploi de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, militait en faveur d'une « protection procédurale plus importante ». Ces dernières dispositions, bien que rédigées de façon différente, présentaient des similitudes

or improper conduct that may affect the selection of the person appointed or proposed for appointment.

[101] It must also be noted that the decision rendered by the Commission under section 69 is final and cannot be appealed. The situation is quite different when an internal appointment is revoked under section 67 (error, omission or improper conduct); the person whose appointment is revoked may in fact make a complaint to the Public Service Staffing Tribunal (section 74). However, the person suspected of fraud will not be in a position to apply to the Public Service Staffing Tribunal and call witnesses.

Choice of procedures and legitimate expectations

[102] The criterion of respect for the choices of procedure is not determinative (*Baker*, at paragraph 27).

[103] If it is true that the Commission is master of its own procedure and that its investigations must be conducted as informally and expeditiously as possible (subsection 70(2) of the PSEA), the Commission still has, in that respect, all the powers of a commissioner under Part II [sections 6 to 10] of the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11 (subsection 70(2) of the PSEA).

[104] The commissioner's quasi-judicial powers under the *Inquiries Act* are very broad. One can speak of inquisitorial powers. Thus, someone who is called as a witness cannot refuse to appear or to respond to questions addressed to him or her by the commissioner, and if the individual refuses to appear or to respond, the individual can be found guilty of contempt of court and be prosecuted criminally.

[105] As can be seen, the exercise of a commissioner's powers of compulsion by the Commission's investigator greatly facilitates the collection of evidence, in particular, evidence gathered from someone suspected of fraud,

avec les articles 66 et 67 de la LEFP, qui traitent des cas d'erreur, d'omission ou de conduite irrégulière ayant pu influencer sur le choix de la personne nommée ou dont la nomination est proposée.

[101] Il faut également noter que la décision rendue par la Commission en vertu de l'article 69 est finale et sans appel. La situation est bien différente dans le cas d'une révocation de nomination interne prononcée en vertu de l'article 67 (erreur, omission ou conduite irrégulière); la personne dont la nomination est révoquée peut en effet présenter une plainte au Tribunal de la dotation de la fonction publique (article 74). Toutefois, la personne soupçonnée de fraude n'aura pas le loisir de s'adresser au Tribunal de la dotation de la fonction publique et de faire entendre des témoins.

Choix des procédures et attentes légitimes

[102] Le critère du respect du choix des procédures n'est pas déterminant (*Baker*, au paragraphe 27).

[103] S'il est vrai que la Commission est maître de sa procédure et que ses enquêtes doivent être menées dans la mesure du possible sans formalisme et avec célérité (paragraphe 70(2) de la LEFP), il n'empêche que la Commission dispose à ce chapitre des pouvoirs d'un commissaire nommé au titre de la partie II [articles 6 à 10] de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11 (paragraphe 70(2) de la LEFP).

[104] Or, les pouvoirs quasi judiciaires que possède un commissaire en vertu de la *Loi sur les enquêtes* sont très vastes. On peut parler de pouvoirs de nature inquisitoire. Ainsi, une personne qui est assignée à titre de témoin, ne peut refuser de comparaître ou de répondre aux questions que lui adresse le commissaire, et s'il refuse de se présenter ou de répondre, la personne peut être condamnée pour outrage au tribunal et être poursuivie au criminel.

[105] Comme on peut le constater, l'exercice des pouvoirs de contrainte d'un commissaire par l'enquêteur de la Commission facilite grandement la collection de la preuve, notamment celle recueillie auprès d'une

which could incriminate the person when he or she testifies before the investigator. However, regardless of the procedure chosen by the Commission (or its investigator), it is necessary for the investigative means used in such a case to respect the individual's legitimate expectations in terms of integrity, fairness, respect and transparency.

[106] In that respect, the mission statement published on the Commission's Web site clearly states that "[i]n serving Parliament and Canadians, [the Commission is] guided by and proudly adhere[s] to the following values":

- **Integrity** in our actions;
- **Fairness** in our decisions;
- **Respect** in our relationships; and
- **Transparency** in our communication. [Boldface in original.]

[107] Fraud investigations conducted by the Commission are not public. The evidence gathered during the investigation remains confidential unless the investigator decides to disclose it to an interested party or a witness who was summoned to an interview. There is therefore a *quid pro quo* to the exercise of the investigator's absolute power to compel a person suspected of fraud to testify against his or her will: the investigator must adhere to the rules of fair play with respect to the individual. It is not a cat and mouse game with the witnesses: beyond the negative inferences that the investigator can draw with respect to a person's testimony is the issue of incrimination. Is the person summoned a mere witness or the principal subject of the investigation?

[108] No matter who the witness is, a person summoned to an interview must be made aware of the suspicions weighing against him or her, and even have access to documents relevant to the investigation. A witness must be able to, if applicable, invoke the protection granted to him or her under section 5 [as am. by S.C. 1997, c. 18, s. 116] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, even though it no longer seems really necessary because of section 13 of the *Canadian*

personne soupçonnée de fraude, qui pourra s'incriminer lorsqu'elle témoigne devant l'enquêteur. D'un autre côté, peu importe la procédure choisie par la Commission (ou son enquêteur), il est nécessaire que les moyens d'enquête mis en œuvre en pareil cas respectent les attentes légitimes de la personne en termes d'intégrité, de justice, de respect et de transparence.

[106] À ce chapitre, dans l'énoncé de mission publié sur le site Web de la Commission, il est clairement indiqué que « [p]our servir le Parlement et les Canadiens, [la Commission est guidée] par les valeurs suivantes, auxquelles [elle adhère] avec fierté »:

- **Intégrité** dans nos actes;
- **Justice** dans nos décisions;
- **Respect** dans nos relations;
- **Transparence** dans nos communications. [En caractère gras dans l'original.]

[107] Les enquêtes que mène la Commission en matière de fraude ne sont pas publiques. La preuve recueillie durant l'enquête demeure confidentielle à moins que l'enquêteur ne décide d'en communiquer la teneur à une partie intéressée ou un témoin qui a été convoqué à une entrevue. Il existe donc un *quid pro quo* à l'exercice du pouvoir absolu de l'enquêteur de contraindre une personne soupçonnée de fraude à témoigner contre son gré, c'est que l'enquêteur respecte les règles du « *fair play* » à son endroit. Il ne s'agit pas de jouer au chat et à la souris avec les témoins : au-delà des inférences négatives que l'enquêteur peut tirer à l'endroit du témoignage d'une personne, il y a la question de l'incrimination. La personne assignée est elle un simple témoin ou le sujet principal de l'enquête?

[108] Tout témoin qu'elle soit, la personne convoquée à une entrevue doit pouvoir connaître les soupçons pesant contre elle, voire obtenir communication des documents pertinents à l'enquête. Un témoin doit pouvoir, le cas échéant, invoquer la protection que lui confère l'article 5 [mod. par L.C. 1997, ch. 18, art. 116] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, même si cela ne semble plus vraiment nécessaire depuis qu'existe l'article 13 de la *Charte canadienne des droits*

Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (Charter). On this point, see *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609.

Distinguishing the Canadian Human Rights Commission

[109] The purpose of sections 66 to 73 of the PSEA is very different from the complaints and investigation regime established under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (CHRA). Furthermore, the legitimate expectations of a person who is suspected of fraud in an investigation conducted under the authority of section 69 of the PSEA are much greater than in a discrimination case.

[110] The Commission's decision pursuant to section 69 of the PSEA is of some consequence. When it makes an order following an investigation, the Commission must have more than "reasonable grounds" to believe that fraud was committed by the individual affected. It must be "satisfied" of the person's guilt. Thus, the Court decided in *Challal*, at paragraphs 26 to 31, that, in law, it is the civil standard of proof on a balance of probabilities that must apply when the Commission's investigator is asked to determine whether fraud has been committed by a candidate (*F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at paragraphs 26 and 40).

[111] The Supreme Court of Canada in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, identified the filtering role that the Canadian Human Rights Commission (CHRC) plays under the provisions of the CHRA. In fact, it does not determine rights, but simply decides if the discrimination complaint should be referred to the Canadian Human Rights Tribunal.

[112] Justice Sopinka, speaking for the majority, stated the following in pages 898 and 899:

et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (Charte). Voir à ce sujet *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609.

Distinction avec la Commission canadienne des droits de la personne

[109] L'objet des articles 66 à 73 de la LEFP est bien différent du régime de plaintes et d'enquête établi en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (LCDP). De plus, les attentes légitimes d'une personne qu'on soupçonne de fraude lors d'une enquête conduite sous l'autorité de l'article 69 de la LEFP sont beaucoup plus importantes que dans une affaire de discrimination.

[110] La décision de la Commission en vertu de l'article 69 de la LEFP porte à conséquence. Lorsqu'elle rend une ordonnance à la suite d'une enquête, la Commission doit avoir plus que des « motifs raisonnables » de croire qu'une fraude a été commise par l'individu visé. Elle doit être « convaincue » de sa culpabilité. Ainsi, la Cour a décidé dans la décision *Challal*, aux paragraphes 26 à 31, qu'en droit, c'est la norme de preuve civile de la prépondérance des probabilités qui doit s'appliquer lorsque l'enquêteur de la Commission est appelé à déterminer si une fraude a été commise par un candidat (*F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, aux paragraphes 26 et 40).

[111] La Cour Suprême du Canada dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, a bien circonscrit le rôle de filtre qu'exerce la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP) en vertu des dispositions de la LCDP. En effet, cette dernière ne tranche pas des droits, mais décide seulement s'il y a lieu que la plainte de discrimination soit référée au Tribunal canadien des droits de la personne.

[112] Le juge Sopinka, parlant au nom de la majorité, explique aux pages 898 et 899 :

The investigator, in conducting the investigation, does so as an extension of the Commission. I do not regard the investigator as someone independent of the Commission who will then present evidence as a witness before the Commission. Rather the investigator prepares a report for the Commission. This is merely an example of the principle that applies to administrative tribunals, that they do not have to do all the work themselves but may delegate some of it to others. Although s. 36 does not require that a copy of the report be submitted to the parties, that was done in this case.

Section 36(3) provides for two alternative courses of action upon receipt of the report. The Commission may either adopt the report “if it is satisfied” that the complaint has been substantiated, or it may dismiss the complaint if “it is satisfied that the complaint has not been substantiated”. If the report is adopted, I presume that it is intended that a tribunal will be appointed under s. 39 unless the complaint is resolved by settlement. I come to this conclusion because otherwise there is no provision for any relief to the complainant consequent on adoption of the report. This aspect of the Commission’s procedure has been clarified by amendments to the Act (S.C. 1985, c. 26, s. 69). The current version of s. 36(3) is contained in s. 44(3) of the R.S.C., 1985, c. H-6 (as amended by c. 31 (1st Supp.), s. 64) and now provides that, upon receipt of the report of the investigator, the Commission may request the appointment of a tribunal if it is satisfied that, having regard to all the circumstances, an inquiry into the complaint is warranted.

The other course of action is to dismiss the complaint. In my opinion, it is the intention of s. 36(3)(b) that this occur where there is insufficient evidence to warrant appointment of a tribunal under s. 39. It is not intended that this be a determination where the evidence is weighed as in a judicial proceeding but rather the Commission must determine whether there is a reasonable basis in the evidence for proceeding to the next stage. It was not intended that there be a formal hearing preliminary to the decision as to whether to appoint a tribunal. Rather the process moves from the investigatory stage to the judicial or quasi-judicial stage if the test prescribed in s. 36(3)(a) is met. Accordingly, I conclude from the foregoing that, in view of the nature of the Commission’s function and giving effect to the statutory provisions referred to, it was not intended that the Commission comply with the formal rules of natural justice. In accordance with the principles in *Nicholson, supra*, however, I would supplement the statutory provisions by requiring the Commission to comply with the rules of procedural fairness.

[113] Furthermore, the judgments rendered by the Court in *Greaves v. Air Transat*, 2009 FC 9, 343 F.T.R.

L’enquêteur qui mène l’enquête le fait en tant que prolongement de la Commission. Pour ma part, je ne considère pas l’enquêteur comme une personne indépendante de la Commission qui présente des preuves en témoignant devant elle. Ce qui arrive plutôt c’est que l’enquêteur établit un rapport à l’intention de la Commission. C’est là simplement une illustration du principe qui s’applique aux tribunaux administratifs, savoir qu’ils ne sont pas tenus de s’acquitter eux-mêmes de la totalité de leurs tâches, mais peuvent en déléguer une partie à d’autres. Bien que l’art. 36 n’exige pas la remise d’une copie du rapport aux parties, cela a été fait en l’espèce.

Le paragraphe 36(3) prévoit deux possibilités sur réception du rapport. La Commission peut adopter le rapport si elle est « convaincue » que la plainte est fondée ou bien rejeter la plainte si elle « est convaincue [...] que la plainte n’est pas fondée ». Je présume que, dans l’hypothèse de l’adoption du rapport, un tribunal est alors constitué en vertu de l’art. 39, à moins qu’intervienne un règlement de la plainte. J’arrive à cette conclusion parce qu’aucun autre redressement n’est prévu pour le plaignant à la suite de l’adoption du rapport. Cet aspect de la procédure devant la Commission a été élucidé par des modifications apportées à la Loi (S.C. 1985, chap. 26, art. 69). La version actuelle du par. 36(3) se trouve au par. 44(3) des L.R.C. (1985), chap. H-6 (modifié par chap. 31 (1^{er} supp.), art. 64) qui dispose que, sur réception du rapport de l’enquêteur, la Commission peut demander la constitution d’un tribunal si elle est convaincue que, compte tenu des circonstances, l’examen de la plainte est justifié.

L’autre possibilité est le rejet de la plainte. À mon avis, telle est l’intention sous-jacente à l’al. 36(3)(b) pour les cas où la preuve ne suffit pas pour justifier la constitution d’un tribunal en application de l’art. 39. Le but n’est pas d’en faire une décision aux fins de laquelle la preuve est soupesée de la même manière que dans des procédures judiciaires; la Commission doit plutôt déterminer si la preuve fournit une justification raisonnable pour passer à l’étape suivante. L’intention n’était pas non plus de tenir une audience en règle avant de décider de l’opportunité de constituer un tribunal. Au contraire, le processus va du stade de l’enquête au stade judiciaire ou quasi judiciaire dès lors qu’est rempli le critère énoncé à l’al. 36(3)(a). Je conclus donc de ce qui précède que, compte tenu de la nature du rôle de la Commission et suivant les dispositions susmentionnées, il n’y a aucune intention d’astreindre la Commission à l’observation des règles formelles de la justice naturelle. Conformément aux principes posés dans l’arrêt *Nicholson*, précité, cependant, je compléerais les dispositions législatives en exigeant que la Commission observe les règles de l’équité procédurale.

[113] Aussi, les jugements rendus par la Cour dans les affaires *Greaves c. Air Transat*, 2009 CF 9, et *Murray c.*

9, and *Murray v. Canada (Human Rights Commission)*, 2002 FCT 699, which the respondent relies on, do not apply in this case. It must also be noted that, in discrimination cases where an investigation is conducted by the CHRC, the respondent is normally a corporation or a government institution. Unlike individuals who are investigated under section 69 of the PSEA, employers accused of discrimination have numerous financial and human resources at their disposal to contest the discrimination allegations that the victim has made. Moreover, when the CHRC decides to refer a complaint to the Canadian Human Rights Tribunal (CHRT), the employer will have the opportunity to call witnesses and rebut the allegations of the CHRC if it chooses to be a party before the CHRT.

Significant implications on individuals

[114] The impugned decision and the impugned investigation report negatively and directly affect the public servants involved in various ways.

[115] First, regarding their current employment, like a sword of Damocles, the fact that the Commission sent the impugned investigation report to the employers is an invitation for them to, sooner or later, take disciplinary action against the public servants concerned on the basis of the analysis and findings in the impugned investigation report.

[116] In passing, one of the fundamental problems in this case is that the impugned investigation report, that is, the investigation report dated June 10, 2010, containing the investigator's analysis and findings, was not submitted to the applicant for comments before it was presented to the Commission for final approval. More will be said about this fatal flaw later.

[117] Second, the transfer or advancement opportunities within the public service for the public servants involved are extremely limited by the condition of obtaining written permission from the Commission to participate in a competition.

Canada (Commission canadienne des droits de la personne), 2002 CFPI 699, qu'invoque le défendeur, sont inapplicables en l'espèce. Il faut également souligner que dans les affaires de discrimination où une enquête est menée par la CCDP, le défendeur sera normalement une personne morale ou une institution fédérale. Or, contrairement aux individus faisant l'objet d'une enquête en vertu de l'article 69 de la LEFP, les employeurs accusés de discrimination ont à leur disposition de nombreuses ressources financières et humaines pour contester les allégations de discrimination dont se plaint la victime. D'ailleurs, lorsque la CCDP décide de renvoyer une plainte au Tribunal canadien des droits de la personne (TCDP), l'employeur aura l'occasion de faire entendre des témoins et de réfuter les allégations de la CCDP si celle-ci choisit d'être une partie devant le TCDP.

Répercussions très importantes sur les individus

[114] La décision contestée et le rapport d'enquête contesté affectent directement et de façon négative les fonctionnaires visées, et ce, de diverses manières.

[115] Tout d'abord, au niveau de leur emploi actuel, telle une épée de Damoclès, la transmission par la Commission du rapport d'enquête contesté aux employeurs est une invitation pour qu'ils prennent tôt ou tard des mesures disciplinaires contre les fonctionnaires visées sur la base de l'analyse et des conclusions contenues dans le rapport d'enquête contesté.

[116] Au passage, l'un des problèmes fondamentaux dans ce dossier, c'est que le rapport d'enquête contesté, c'est-à-dire l'« Investigation Report » daté du 10 juin 2010, contenant l'analyse et les conclusions de l'enquêteur, n'a jamais été soumis préalablement à la demanderesse pour commentaires avant sa présentation à la Commission pour approbation finale. Nous reviendrons sur ce vice fatal plus loin.

[117] Deuxièmement, les perspectives de transfert ou de promotion des fonctionnaires visées au sein de la fonction publique sont sévèrement limitées par la condition de demander la permission écrite de la Commission pour participer à un concours.

[118] Third, not only is the impugned investigation report sent to the RCMP for the purposes of possible criminal prosecution, but also “any other relevant information” gathered by the Commission. That could mean the entire investigation record, which includes the testimony of the public servants involved—because the Commission did not indicate otherwise in its decision. Section 133 of the PSEA reads as follows:

Fraud **133.** Every person who commits fraud in any appointment process is guilty of an offence punishable on summary conviction.

[119] The sending of “any other relevant information” to the RCMP also seems like a paradox in this case because when the impugned decision was made, the documents and testimony gathered by the investigator had not been communicated to the public servants involved. The applicant would have had to file this application for judicial review and request that they be filed in the Court’s Registry under rules 317 and 318 [of the Rules] for her and her counsel to have access to the said documents and testimony.

[120] Furthermore, the lawfulness of sending the public servants’ incriminating testimony for criminal prosecution purposes must be seriously questioned. In fact, section 13 of the Charter is clear: “A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.”

[121] Fourth, in the letter of transmittal dated August 10, 2010, of the Commission’s final decision on corrective actions, the Director of Investigations stated the following to the applicant:

The purpose of this letter is to inform you of the final decision on corrective actions taken by the Public Service Commission of Canada (PSC), following its investigation into the appointment process number 2006-SVC-IA-HQ-95563.

...

[118] Troisièmement, non seulement le rapport d’enquête contesté est transmis à la GRC aux fins d’une poursuite criminelle éventuelle, mais également « toute information pertinente » recueillie par la Commission. Aussi bien dire que tout le dossier d’enquête, est visé, ce qui inclut ici le témoignage des fonctionnaires visées — la Commission n’ayant donné aucune indication contraire dans sa décision. L’article 133 de la LEFP se lit comme suit :

133. Quiconque commet une fraude dans le cadre d’une procédure de nomination est coupable d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Fraude

[119] La transmission de « toute information pertinente » à la GRC apparaît également comme un paradoxe dans ce dossier, puisque dans les faits, au moment où la décision contestée a été rendue, les documents et les témoignages recueillis par l’enquêteur n’avaient jamais été communiqués préalablement aux fonctionnaires visées. Il aura fallu que la demanderesse dépose la présente demande de contrôle judiciaire et exige leur production au greffe de la Cour en vertu des règles 317 et 318 [des Règles] pour que la demanderesse et son avocat aient accès auxdits documents et témoignages.

[120] De plus, il faut sérieusement s’interroger sur la légalité de la transmission des témoignages incriminants des fonctionnaires visées, pour fins de poursuite criminelle. En effet, l’article 13 de la Charte est clair : « Chacun a droit à ce qu’aucun témoignage incriminant qu’il donne ne soit utilisé pour l’incriminer dans d’autres procédures, sauf lors des poursuites pour parjure ou pour témoignage contradictoires. »

[121] Quatrièmement, dans la lettre de transmission en date du 10 août 2010 de la décision finale de la Commission sur les mesures correctives, la directrice des enquêtes indique à la demanderesse :

[TRADUCTION] Le but de la présente lettre est de vous informer de la décision finale prise par la Commission de la fonction publique du Canada (CFP) sur les mesures correctives, à la suite de son enquête sur le processus de nomination numéro 2006-SVC-IA-HQ-95563.

[...]

As previously advised, the PSC may decide to publish an investigation summary, which may include names and personal information. In accordance with section 19 of the *Public Service Employment Regulations*, the PSC has the discretionary authority to disclose personal information obtained in the course of an investigation. The Regulations require that the PSC consider whether the public interest in disclosure outweighs privacy interests. Should the PSC consider exercising its discretion with respect to disclosure of personal information; you will be consulted and given an opportunity to comment.

[122] Canadian case law has traditionally recognized the central role of work as an element of an individual's dignity: *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at page 368; *Evans v. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 SCC 20, [2008] 1 S.C.R. 661; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 2 S.C.R. 381; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at paragraph 104.

[123] However, it can be said that the reputation of the public servants involved is likely to be irrevocably damaged by the public release of the impugned decision and the impugned investigation report (even in a summarized form). In fact, it must be noted that summaries of investigation reports by the Commission may be published on its Web site. "An honorable reputation is a second patrimony" (Publilius Syrus, *Sentences* [Paris: Les Belles lettres, 2011]); nevertheless, in only a few seconds, the Web can destroy someone's reputation with a single click.

[124] The primary asset, if not the sole asset, of a public servant is his or her integrity. Fraud is the ultimate accusation that can lead to the highest form of punishment: the loss of confidence by the employer and the public in the personal integrity of the public servant. In situations where the Commission decides to disclose the name of the person involved (disclosure summaries section), the individual's personal participation in the fraud committed is publicly exposed, which, of course, will have a considerable impact on his or her reputation and future employment opportunities.

Comme nous l'avons précédemment indiqué, la CFP peut décider de publier un résumé de l'enquête, qui peut inclure des noms et des renseignements personnels. Conformément à l'article 19 du Règlement sur l'emploi dans la fonction publique, la CFP a le pouvoir discrétionnaire de communiquer des renseignements personnels obtenus dans le cadre d'une enquête. Le Règlement exige que la CFP examine si des raisons d'intérêt public l'emportent sur la protection de la vie privée. Si la CFP devait envisager d'exercer son pouvoir discrétionnaire en matière de communication de renseignements personnels, vous serez consultée et aurez l'occasion de fournir vos commentaires.

[122] D'une part, la jurisprudence canadienne reconnaît traditionnellement le rôle central du travail en ce qui a trait à la dignité de la personne : *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la page 368; *Evans c. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 CSC 20, [2008] 1 R.C.S. 661; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 2 R.C.S. 381; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, au paragraphe 104.

[123] D'autre part, on peut dire que la réputation des fonctionnaires visées risque d'être irrémédiablement atteinte par la diffusion publique de la décision contestée et du rapport d'enquête contesté (ne serait-ce sous la forme d'un résumé). En effet, faut-il le rappeler, les résumés des rapports d'enquête de la Commission peuvent être publiés sur son site Web. « Une bonne réputation est un second patrimoine » (Publilius Syrus, *Sentences* [Paris: Les Belles lettres, 2011]); pourtant, en quelques secondes seulement, le Web peut détruire la réputation d'une vie d'un seul clic.

[124] Or, le principal actif, sinon le seul, d'un fonctionnaire, c'est son intégrité. La fraude constitue l'accusation suprême pouvant entraîner la peine capitale : la perte de confiance de l'employeur et du public dans l'intégrité personnelle du fonctionnaire. Dans le cas où la Commission décide de dévoiler le nom d'une personne visée (section des résumés divulgués), sa participation personnelle à la fraude commise est publiquement exposée, ce qui bien entendu, aura un impact considérable sur sa réputation et ses chances d'emploi futur.

[125] It is true that, technically speaking, the public servants affected by the impugned order have the right to be presumed innocent. Nonetheless, in the minds of the public or an employer—for which the legal subtleties are often incomprehensible—the public servants affected are “guilty of fraud”, even if their guilt was not established beyond a reasonable doubt before a criminal court. Furthermore, certain public summaries state that the Commission found specific named individuals “to have committed fraud”: Ms. Marin-Vuletic—investigation report 2010-CSD-00088.10365/2010-CSD-00089.10367; Ms. Vuletic—investigation report 2010-CSD-00088.10366/2010-CSD-00089.10368 and Ms. Lavoie—investigation report 2008-IPC-00333.6908.

Finding on the application of the Baker criteria

[126] For all of the above-mentioned reasons, I am of the opinion that the Commission’s exercise of the power set out in section 69 of the PSEA justifies “greater procedural protection”. The very seriousness of the grounds raised in section 69 of the PSEA, that is, fraud, and the impact on individuals are even more severe than those noted by the Court in *Belzile*.

[127] After weighing each of the factors listed in *Baker*, I find that the procedure put in place by the Commission, more specifically with respect to the investigation phase—which is crucial—does not respect the legitimate expectations of individuals suspected of fraud and is seriously flawed. In the applicant’s case, the evidence on the failure to comply with the principles of procedural fairness is overwhelming, and one has to wonder how the respondent, on behalf of the Commission, can defend the indefensible before the Court, even in the name of public interest.

[125] Il est vrai que, techniquement parlant, les fonctionnaires visées par l’ordonnance contestée ont le droit d’être présumées innocentes. Il n’empêche, dans l’esprit du public ou d’un employeur — pour qui les subtilités d’ordre juridique sont souvent incompréhensibles — les fonctionnaires visées sont « coupables de fraude », même si leur culpabilité n’a pas été établie hors de tout doute devant une cour criminelle. D’ailleurs, dans certains résumés publics, on peut lire que la Commission « a déclaré coupable de fraude » telle ou telle personne nommément désignée : M^{me} Marin-Vuletic — Rapport d’enquête 2010-CSD-00088.10365/2010-CSD-00089.10367; M^{me} Vuletic — Rapport d’enquête 2010-CSD-00088.10366/2010-CSD-00089.10368 et M^{me} Lavoie — Rapport d’enquête 2008-IPC-00333.6908.

Conclusion sur l’application des critères de l’arrêt Baker

[126] Pour tous les motifs mentionnés plus haut, je suis d’avis que l’exercice par la Commission du pouvoir prévu à l’article 69 de la LEFP justifie une « protection procédurale accrue ». La gravité même des motifs invoqués à l’article 69 de la LEFP, soit la fraude, et les conséquences sur les individus sont encore plus sévères que celles ayant été notées par la Cour dans l’affaire *Belzile*.

[127] Ayant pondéré chacun des facteurs énumérés à l’arrêt *Baker*, j’en viens à la conclusion que la procédure mise en place par la Commission, plus particulièrement au niveau de la phase d’enquête — qui est cruciale — ne respecte pas les attentes légitimes des personnes soupçonnées de fraude et est gravement déficiente. Dans le cas de la demanderesse, les preuves de non-respect des principes d’équité procédurale sont accablantes, et c’est à se demander, comment le défendeur, au nom de la Commission, peut se permettre de défendre devant la Cour l’indéfendable, et ce, même au nom de l’intérêt public.

Evidence in the record

[128] The only sworn evidence on the conduct of the investigation is the applicant's detailed affidavit dated October 17, 2010, which must be read in light of the material that is reproduced in the two volumes of the certified record filed by the Commission on October 6, 2010, following the request made under rules 317 and 318.

[129] In respect of the breach of procedural fairness, I find the applicant entirely credible. In particular, I accept the allegations in paragraphs 10 to 15, 20 and 21 of her affidavit, which are not contradicted by the documentary evidence in the record.

[130] In this case, I have no reason to believe that the applicant is not telling the truth before this Court. I also accept that the personal or relevant information that could incriminate her was gathered by the investigator from DFAIT without her knowledge and without her being informed of the suspicions weighing against her. I also accept that it was only when she read the final report sent on June 10, 2010 (impugned investigation report), that the applicant truly learned that the purpose of the investigation, apparently conducted from August 16, 2009, to April 27, 2010, was also to determine whether she, specifically, had committed fraud.

[131] I also accept that during the interview the applicant provided a version of the facts to the investigator that she, at the time, could "supervise" the candidate's work even if she did not have the title of her "supervisor". Nevertheless, the investigator did not contact the applicant's "managers", which would have enabled her to gather essential information on her tasks and which was likely to corroborate the information she had provided as part of the investigation.

[132] I also accept that the evidence of fraud—contradicted by the applicant's testimony—accepted by the investigator is based on what the applicant may have said to Ms. Cousineau, and, specifically, on what she stated in her handwritten notes (hearsay evidence, the

Preuves au dossier

[128] La seule preuve assermentée touchant la conduite de l'enquête se trouve à être l'affidavit circonstancié de la demanderesse en date du 17 octobre 2010, et qu'il faut lire à la lumière des documents qui sont reproduits dans les deux volumes du dossier certifié produit par la Commission le 6 octobre 2010, suite à la demande formulée en vertu des règles 317 et 318.

[129] Sur la question de la violation de l'équité procédurale, je trouve la demanderesse entièrement crédible. En particulier, j'accepte notamment les allégations aux paragraphes 10 à 15, 20 et 21 de son affidavit et qui ne sont pas contredites par la preuve documentaire au dossier.

[130] En l'espèce, je n'ai aucune raison de croire que la demanderesse ne dit pas la vérité devant cette Cour. J'accepte aussi que de l'information personnelle ou pertinente pouvant l'incriminer a été recueillie par l'enquêteur auprès du MAÉCI, hors sa connaissance, et sans qu'elle ait été informée des soupçons pesant contre elle. J'accepte également que c'est seulement au moment où elle a pris connaissance du rapport final transmis le 10 juin 2010 (le rapport d'enquête contesté) que la demanderesse a véritablement su que l'enquête, apparemment conduite du 16 août 2009 au 27 avril 2010, avait également pour objet de déterminer si elle avait personnellement commis une fraude.

[131] J'accepte également que la demanderesse a offert lors de l'entrevue une version des faits à l'enquêteur, selon laquelle elle pouvait à l'époque « superviser » le travail de la candidate, et ce, même si elle n'était pas sa « superviseuse » en titre. Pourtant, l'enquêteur n'a pas eu de contact avec les « gestionnaires » de la demanderesse, ce qui lui aurait permis de recueillir des informations essentielles sur ses tâches et qui étaient de nature à corroborer les informations qu'elle avait fournies dans le cadre de l'enquête.

[132] J'accepte également que la preuve de fraude — contredite par le témoignage de la demanderesse — retenue par l'enquêteur, repose sur ce qu'aurait pu dire la demanderesse à M^{me} Cousineau, et plus particulièrement sur ce qu'elle a consigné dans ses notes manuscrites

reliability of which was never really established). Nevertheless, the investigator did not disclose the relevant documents and Ms. Cousineau's testimony (or even a summary of it) before the interview.

[133] Today, the respondent would like the Court to accept the fact, much disputed according to the evidence, that, supposedly, [TRANSLATION] "the Commission never changed its mandate". Even if that is true, there were very serious breaches to procedural fairness. In fact, the Commission completely lacked transparency, and the actions taken by the investigator, while being a source of substantial injustice to the applicant, seriously damaged the integrity of the investigation conducted in this case.

Notice of investigation not involving the applicant specifically

[134] On June 5, 2009, Marième Seck (candidate) was formally informed that an investigation would be taking place to determine whether she had committed fraud. The notice of investigation, signed by Suzanne Charbonneau, Director at the Commission's Investigations Directorate (Director), specified that the investigation would deal with the following allegations:

[TRANSLATION] There is reason to believe that fraudulent documents were submitted as part of these two appointment processes. More specifically, it would seem that the written references provided about you by Rose M'Kounga were written in whole or in part by your mother, Gisèle Seck, or yourself. Please find attached a copy of the information received.

[135] The Commission also sent a copy of the notice of investigation to PWGSC (the interested employer), which was treated as an interested party throughout the investigation concerning internal appointment process 2006-SVC-IA-HQ-95563, the purpose of which was to fill an ES-5 level analyst position. In fact, the interested employer was specifically asked by the investigator to review and comment on the revised factual report dated April 29, 2010, as well as the corrective actions proposed on June 28, 2010, by the investigator following

(une preuve par ouï-dire dont la fiabilité n'a jamais été vraiment établie). Pourtant, l'enquêteur n'a jamais communiqué avant l'entrevue les documents pertinents et le témoignage de M^{me} Cousineau (sinon un résumé de celui-ci).

[133] Le défendeur veut aujourd'hui faire accepter par la Cour le fait très contesté selon la preuve, que, soi-disant, « la Commission n'a jamais changé de mandat ». Même si cela est vrai, il y a eu de très graves accrocs à l'équité procédurale. Dans les faits, la Commission a totalement manqué de transparence et les actes posés par l'enquêteur, tout en étant source d'une grave injustice à l'endroit de la demanderesse, portent gravement atteinte à l'intégrité de l'enquête menée dans cette affaire.

Avis d'enquête ne visant pas spécifiquement la demanderesse

[134] Le 5 juin 2009, M^{me} Marième Seck (candidate), est formellement avisée qu'une enquête aura lieu pour déterminer si elle a commis une fraude. L'avis d'enquête, signé par M^{me} Suzanne Charbonneau, Directrice à la direction des enquêtes de la Commission (directrice), précise que l'enquête portera sur les allégations suivantes :

Il y a des motifs de croire que des documents frauduleux auraient été soumis dans le cadre de ces deux processus de nomination. Plus particulièrement, il semblerait que les références écrites fournies à votre sujet par Rose M'Kounga ont en fait été rédigées en tout ou en partie par votre mère, Gisèle Seck ou par vous-même. Vous trouverez en pièce jointe copie de l'information reçue.

[135] La Commission a également transmis copie de l'avis d'enquête à TPSGC (employeur intéressé), qui a été traité comme une partie intéressée tout au long de l'enquête visant le processus de nomination interne 2006-SVC-IA-HQ-95563, qui visait à combler un poste d'analyste de niveau ES-5. Dans les faits, l'employeur intéressé a été notamment invité par l'enquêteur à réviser et commenter le rapport factuel modifié du 29 avril 2010, ainsi que les mesures correctives proposées le 28 juin 2010 par l'enquêteur, suite à la transmission de son

the transmittal of her final investigation report on June 10, 2010 (impugned investigation report).

[136] As will be seen below, the applicant was not entitled to such notice and was treated differently since the Commission's investigator decided to change the rules of the game at the very end of the investigation process, to the detriment of her duty to act fairly and the applicant's legitimate hopes, which warrants the intervention of the Court (*El-Helou v. Courts Administration Service*, 2012 FC 1111).

Legitimate hopes of the person suspected of fraud

[137] As of June 5, 2009, the candidate was also informed via the notice of investigation of her right to be represented throughout the investigation by a person of her choice, while it was up to the person in charge of the investigation to establish the most appropriate approach for the conduct of the investigation. The applicant did not receive the same treatment and was excluded from the investigation process.

[138] In fact, the Commission's investigation was conducted in the form of "individual interviews" by Marie La Terreur, Manager, Investigations Support (investigator). Reference is made to interviews, but reference should instead be made to formal questioning sessions at which the person summoned is sworn and cannot refuse to answer the investigator's questions. From the start, the investigator confirmed that she would prepare separate reports for each appointment process: (1) a factual report addressing the highlights revealed during the interviews; and (2) a final report containing her conclusions and recommendations.

[139] There was therefore no indication that the investigation could also involve the applicant, as the impugned investigation report suggests. In fact, on August 6 and September 2, 2009, the investigator heard the respective evidence from the manager responsible for the appointment process, Franckel Meus, and from Ms. Cousineau, who was responsible for verifying some of the references submitted as part of the appointment

rapport d'enquête final en date du 10 juin 2010 (rapport d'enquête contesté).

[136] Comme nous le verrons plus loin, la demanderesse n'aura pas droit à un tel avis et elle sera traitée de façon différente, alors que l'enquêteur de la Commission décidera de modifier les règles de jeu à la toute fin du processus d'enquête, et ce, au détriment de son obligation d'agir de façon équitable et des espérances légitimes de la demanderesse, ce qui justifie l'intervention de la Cour (*El-Helou c. Service administratif des tribunaux judiciaires*, 2012 CF 1111).

Espérances légitimes de la personne soupçonnée de fraude

[137] Dès le 5 juin 2009, la candidate est également avisée par l'avis d'enquête de son droit d'être représentée tout au long de l'enquête par une personne de son choix, alors qu'il incombera à la personne chargée de l'enquête d'établir quelle approche semble plus appropriée pour mener l'enquête. La demanderesse n'a pas eu le même traitement et a été tenue à l'écart du processus d'enquête.

[138] Dans les faits, l'enquête de la Commission a été menée sous forme d'« entrevues individuelles » par M^{me} Marie La Terreur, Gestionnaire, soutien aux enquêtes (l'enquêteur). On parle d'entrevues, mais il faut plutôt parler d'interrogatoires formels où la personne convoquée est assermentée et ne peut pas refuser de répondre aux questions de l'enquêteur. Dès le début, l'enquêteur confirme qu'elle préparera des rapports distincts pour chaque processus de nomination : 1) un rapport factuel faisant état des faits saillants révélés lors des entrevues; et 2) un rapport final contenant les conclusions et les recommandations de l'enquêteur.

[139] Rien ne laissait donc présager que l'enquête pouvait porter également sur la demanderesse comme le laisse entendre le rapport d'enquête contesté. Dans les faits, l'enquêteur a recueilli le 6 août et le 2 septembre 2009 les témoignages respectifs du gestionnaire responsable du processus de nomination, Franckel Meus, et de M^{me} Cousineau, qui était chargée de vérifier certaines des références soumises dans le cadre du

process. The investigator then confronted the candidate and Ms. M’Kounga, who were questioned on October 7 and December 1, 2009. On those two occasions, the candidate and Ms. M’Kounga were accompanied by a representative who, *inter alia*, raised the Commission’s lack of jurisdiction. All the individuals were questioned under oath.

Factual report dated January 20, 2010

[140] On January 20, 2010, as announced by the investigator, the “factual report” that summarizes the relevant facts of the investigation that emerged from the interviews was sent to the candidate, Ms. M’Kounga, Mr. Meus and Ms. Cousineau. In passing, there is no need to determine, as the candidate alleged in the other applications for judicial review, whether the investigator should have contacted her mother and obtained another version from her; she had apparently left Canada in August 2009 to live in Africa.

[141] Under the “Purpose of the Investigation” heading, the investigator specified the following:

The purpose of this investigation, undertaken pursuant to section 69 of the *Public Service Employment Act (PSEA)*, was to determine if fraud has occurred during internal appointment process 2006-SVC-IA-HQ-95563, held by the Department of Public Works and Government Services Canada to fill a position of Analyst, at the ES-5 group and level. In particular, it is alleged that references provided by Rose M’Kounga concerning Ms. Marième Seck, a candidate in the appointment process, may have been written by the candidate’s mother, Gisèle Seck.

[142] Under the “Purpose of the Factual Report” heading, the investigator specified the following:

This factual report is disclosed to persons affected by the investigation so that they can provide their comments or any additional information that they believe is relevant.

[143] At the hearing before the Court, counsel for the respondent argued that an inference could be drawn from certain passages of the factual report dated January 20, 2010, that the applicant was also suspected

processus de nomination. Puis, l’enquêteur a confronté la candidate et M^{me} M’Kounga, qui ont été interrogées les 7 octobre et 1^{er} décembre 2009. À ces deux occasions, la candidate et M^{me} M’Kounga étaient accompagnées d’un représentant qui a notamment soulevé l’incompétence de la Commission. Tous les individus ont été interrogés sous serment.

Rapport factuel du 20 janvier 2010

[140] Le 20 janvier 2010, tel qu’annoncé par l’enquêteur, le « rapport factuel » qui résume les faits pertinents à l’enquête ressortant des entrevues est transmis à la candidate, à M^{me} M’Kounga, à M. Meus et à M^{me} Cousineau. Au passage, il n’est pas nécessaire de déterminer, comme l’allègue la candidate dans les autres demandes de contrôle judiciaire, si l’enquêteur aurait dû rejoindre et recueillir autrement la version de sa mère qui avait apparemment quitté le Canada en août 2009 pour vivre en Afrique.

[141] Sous le titre « Purpose of the Investigation », l’enquêteur précise :

[TRADUCTION] Le but de cette enquête, menée en application de l’article 69 de la Loi sur l’emploi dans la fonction publique (LEFP), était de déterminer si une fraude a été commise au cours du processus de nomination interne 2006-SVC-IA-HQ-95563, tenu par le ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada en vue de pourvoir un poste d’analyste de groupe et de niveau ES-5. En particulier, il est allégué que les références fournies par Rose M’Kounga concernant M^{me} Marième Seck, candidate dans le processus de nomination, auraient été écrites par la mère de la candidate, Gisèle Seck.

[142] D’autre part, sous le titre « Purpose of the Factual Report », l’enquêteur précise :

[TRADUCTION] Ce rapport factuel est communiqué aux personnes touchées par l’enquête afin qu’elles puissent présenter leurs observations ou toute information supplémentaire qu’elles jugent pertinente.

[143] À l’audience devant la Cour, l’avocate du défendeur a fait valoir qu’on pouvait inférer de certains passages du rapport factuel du 20 janvier 2010 que la demanderesse était également soupçonnée de fraude et

of fraud and that the investigation was not complete. I do not share this view. First, the investigator did not send her factual report to the applicant. Second, upon reading the letters dated January 20, 2010, it is clear that the investigation was complete and that the investigator was ready to move to the second announced phase (analysis and conclusions).

[144] In fact, in the letters dated January 20, 2010, the candidate and Ms. M’Kounga (and Ms. Cousineau and Mr. Meus on the employer’s side) were asked to send their comments before February 5, 2010. Ms. Cousineau and Mr. Meus did not respond to the request. The candidate and Ms. M’Kounga, through their representative, made certain comments on the questionnaire that Ms. M’Kounga had completed in November 2007, without prejudice to the Commission’s lack of jurisdiction. The comments that were made had absolutely nothing to do with the applicant.

Evidence of bad faith

[145] In a dramatic turn of events, on March 10, 2010, a notice to appear at an interview with the investigator on March 23, 2010, was sent via e-mail to the applicant. That succinct message from Linda Constant, Case Management Officer with Investigations in the Commission (officer), simply included the following: [TRANSLATION] “details to follow”.

[146] Only the investigator could have explained this sudden reversal of position; the issue was never really addressed in either one of her reports. However, it is clear from the evidence in the record that the Commission’s investigator had a hidden agenda. In fact, the investigator was very careful not to reveal to the applicant, in a timely manner, her intentions and the evidence that she had already collected. Not only did the investigator lack transparency, but the series of events suggests that she acted in bad faith.

[147] The applicant explained in her affidavit that she did try to obtain relevant details with respect to her notice to appear before the investigator, but to no avail; all of her efforts were unsuccessful. In another brief

que l’enquête n’était pas complétée. Je ne suis pas de cet avis. D’une part, l’enquêteur ne transmet pas son rapport factuel à la demanderesse. D’autre part, à la lecture des lettres du 20 janvier 2010, on voit bien que l’enquête est complétée et que l’enquêteur s’apprête à passer à la deuxième phase annoncée (analyse et conclusions).

[144] En effet, dans les lettres du 20 janvier 2010, on invite la candidate, M^{me} M’Kounga, et M^{me} Cousineau et M. Meus du côté de l’employeur à transmettre leurs commentaires avant le 5 février 2010. M^{me} Cousineau et M. Meus ne répondent pas à l’invitation. De leur côté, la candidate et M^{me} M’Kounga, par l’entremise de leur représentant, apportent certaines précisions de fait touchant le questionnaire complété en novembre 2007 par M^{me} M’Kounga, sans préjudice à l’absence de compétence de la Commission. Les précisions apportées n’ont absolument rien à voir avec la demanderesse.

Preuve de mauvaise foi

[145] Coup de théâtre, le 10 mars 2010, une convocation à se présenter à une entrevue le 23 mars 2010 devant l’enquêteur est adressée par courriel à la demanderesse. Dans cette missive laconique de M^{me} Linda Constant, Agent de Gestion de cas à la Direction des enquêtes de la Commission (agent), il est seulement indiqué que « [l]es détails suivront ».

[146] Seul l’enquêteur aurait pu expliquer ce revirement subit de position; la question n’est jamais vraiment abordée dans l’un ou l’autre de ses rapports. Toutefois, il est clair selon la preuve au dossier que l’enquêteur de la Commission avait un « agenda caché » — si l’on peut se permettre d’emprunter ce calque tiré de la langue anglaise. En effet, l’enquêteur s’est bien gardé de révéler en temps utile à la demanderesse ses intentions et les preuves qu’il avait déjà recueillies. Non seulement l’enquêteur a-t-il manqué de transparence, mais la suite des choses permet de conclure qu’il a agi de mauvaise foi.

[147] La demanderesse explique dans son affidavit qu’elle a bien tenté d’obtenir des détails pertinents au sujet de sa convocation devant l’enquêteur, mais peine perdue, toutes ses démarches se sont soldées par un

e-mail, this one dated March 29, 2010, the Commission officer's only response was this:

This pertains to the ongoing investigation of Aida Marième Seck. I am not permitted to give you the details, however, you are requested to present yourself for an interview. Please confirm your availability as well as the language you wish to be interviewed in. If you decide on representation, please inform of the person's name and title.

Your cooperation in this matter is appreciated.

[148] Two days later, on March 31, 2010, the officer sent an official notice to appear to the applicant. She had to appear without fail before the investigator on April 27, 2010. The notice to appear still did not say exactly why the applicant was being summoned, other than that an investigation was being conducted under section 69 of the PSEA.

Insufficiency of the notice to appear at the interview

[149] At the hearing before this Court, counsel for the respondent stated emphatically that the official notice to appear was sufficient in this case because it contained the following information:

At the end of the investigation, the investigator will come to a conclusion on the matter. The investigator may make negative or adverse findings regarding any person involved regarding any person involved in the process or matter under investigation.

You may be represented or accompanied by a person of your choice. This person may be a union representative, a friend, a lawyer etc. If you decide that you want to be represented or accompanied by someone, please ensure that this person is available at the time and on the day mentioned above and inform us as soon as possible of this person's name and title.

The proceedings will be recorded and testimonies will be rendered under a solemn affirmation or oath. If you wish to testify under oath, you are required to bring with you a holy book or artifact of your choice (such as a Bible, a Koran etc.). Otherwise, a solemn affirmation will be administered.

échec. Dans un autre courriel laconique, celui-là du 29 mars 2010, l'agent de la Commission lui offre pour toute réponse :

[TRADUCTION] La présente se rapporte à l'enquête en cours mettant en cause Aida Marième Seck. Je ne suis pas autorisé à vous donner les détails; cependant, vous êtes priée de vous présenter à une entrevue. Veuillez confirmer votre disponibilité ainsi que la langue dans laquelle vous souhaitez être interviewée. Si vous décidez d'être représentée, veuillez nous faire connaître le nom et le titre de votre représentant.

Nous vous remercions vivement de votre coopération à ce sujet.

[148] Deux jours plus tard, le 31 mars 2010, l'agent transmet une convocation officielle à la demanderesse. Celle-ci devra se présenter sans faute devant l'enquêteur le 27 avril 2010. L'avis de convocation ne dit toujours pas pourquoi au juste la demanderesse est convoquée, sinon qu'une enquête est conduite en vertu de l'article 69 de la LEFP.

Lacunes de l'avis de convocation à l'entrevue

[149] À l'audition devant cette Cour, l'avocate du défendeur a soutenu avec force que l'avis de convocation officiel était suffisant en l'espèce parce qu'on y retrouve les mentions suivantes :

[TRADUCTION] À la fin de l'enquête, l'enquêteur en arrivera à une conclusion sur la question. L'enquêteur peut tirer des conclusions négatives ou défavorables concernant toute personne impliquée dans le processus ou l'affaire faisant l'objet de l'enquête.

Vous pouvez être représentée ou accompagnée par une personne de votre choix. Cette personne peut être notamment un représentant syndical, un ami ou un avocat. Si vous décidez d'être représentée ou accompagnée par quelqu'un, veuillez vous assurer que cette personne est disponible à l'heure et à la date mentionnées ci-dessus et nous informer dès que possible du nom et du titre de cette personne.

Les procédures seront enregistrées et les témoignages seront rendus sous affirmation solennelle ou sous serment. Si vous souhaitez témoigner sous serment, vous êtes tenue d'apporter un livre saint ou un objet de votre choix (comme une Bible, le Coran, etc.). Sinon, une affirmation solennelle sera administrée.

If you intend to present or to refer to documents, please bring 2 additional copies of these documents with you.

Si vous avez l'intention de présenter des documents ou de vous y référer, veuillez apporter deux copies supplémentaires de ces documents avec vous.

[150] The notice to appear dated March 31, 2010, is clearly insufficient. It must be stated again that it in no way mentions that the Commission suspected the applicant of fraud at that time. Furthermore, the general information given by the respondent is the same information that is in all of the Commission's notices to appear at an interview, whether or not the person summoned is suspected of fraud. Moreover, a similar notice to appear was addressed to the candidate for her interview on December 1, 2009, and the investigator also read a warning that was almost identical to the wording of the notice dated March 31, 2010, before starting to question Ms. Cousineau, Ms. M'Kounga and the candidate on September 2, October 7 and December 1, 2009.

[150] L'avis de convocation du 31 mars 2010 est nettement insuffisant. Faut-il le répéter, celui-ci ne mentionne d'aucune manière que la Commission soupçonne alors la demanderesse de fraude. D'autre part, les mentions générales invoquées par le défendeur sont celles que l'on retrouve dans tous les avis de convocation à une entrevue de la Commission, que la personne convoquée soit ou non soupçonnée de fraude. D'ailleurs, une convocation semblable avait été adressée à la candidate pour son entrevue du 1^{er} décembre 2009, alors que l'enquêteur avait également lu une mise en garde à peu près identique au texte de l'avis du 31 mars 2010 avant que ne débute les interrogatoires de M^{me} Cousineau, M^{me} M'Kounga et la candidate, les 2 septembre, 7 octobre et 1^{er} décembre 2009.

Failure to communicate essential evidence before the applicant's interview

Défaut de communiquer des éléments de preuve essentiels avant l'entrevue de la demanderesse

[151] In the alternative, the respondent maintains that the insufficiency of the notice dated March 31, 2010, caused no prejudice to the applicant. In fact, he states that she had every opportunity to give her own version of the facts during the interview with the investigator on April 27, 2010, if not after the investigator sent her a copy of her revised factual report dated April 29, 2010, for comments. By consulting that document and the differing explanations, the respondent argues that the nature of the investigation should have been obvious given that Ms. Cousineau herself had indicated that the applicant had been Ms. Seck's supervisor. Once again, this is a truncated argument that does not take the reality into consideration and unfortunately does not hold water.

[151] De façon subsidiaire, le défendeur soutient que l'insuffisance de l'avis du 31 mars 2010 n'a causé aucun préjudice à la demanderesse. En effet, on affirme que cette dernière a eu tout le loisir de présenter sa propre version des faits durant l'entrevue avec l'enquêteur le 27 avril 2010, sinon après que l'enquêteur lui ait transmis pour commentaires copie de son Rapport factuel révisé en date du 29 avril 2010. En consultant ce dernier document et les explications divergentes, le défendeur plaide que la nature de l'enquête aurait dû être évidente, vu que M^{me} Cousineau avait elle-même indiqué que la demanderesse était la superviseuse de M^{me} Seck. Encore une fois, il s'agit d'une argumentation tronquée qui ne tient pas compte de la réalité et qui ne tient malheureusement pas la route.

[152] At the outset, it is important to reject any suggestion by the respondent that the procedure put in place by the investigator was consistent with the legitimate expectations of a person suspected of fraud. The evidence in the record shows that the investigator meticulously prepared each interview that was conducted in the case. In fact, Ms. La Terreur had a well-thought-out

[152] Il faut d'emblée écarter toute suggestion du défendeur que la procédure mise en place par l'enquêteur était conforme aux attentes légitimes d'une personne qu'on soupçonne alors de fraude. La preuve au dossier révèle que l'enquêteur a minutieusement préparé chacune des entrevues qui ont été conduites dans le dossier. En effet, M^{me} La Terreur avait un plan de match bien

game plan when she questioned the applicant on April 27, 2010. Not only did the investigator not want to disclose her suspicions in advance, but she kept two trump cards that she had every intention of using in the interview and thereafter against the applicant.

[153] Remember that in 2007 Ms. Cousineau was in charge of verifying some of the references submitted for the appointment process that was the subject of the Commission's investigation. After passing the written examination, Ms. Seck was asked to attend an interview and to provide references, which was done by e-mail on October 23, 2007.

[154] That e-mail, which, from the start of the investigation, was given to the investigator, is of paramount importance as the investigator relied on its content in her final report dated June 10, 2010, to find that the applicant had committed fraud. First, the candidate's e-mail mentioned the names of the applicant and Ms. M'Kounga as "supervisors". Second, the applicant's name as well as Ms. M'Kounga's appeared on the cc. line.

[155] The other trump card that the investigator held before the interview on April 27, 2010, was Ms. Cousineau's testimony, which relied on notes from a telephone conversation that she took in October 2007 when she contacted the applicant. According to Ms. Cousineau, the applicant told her that she had supervised Ms. Seck's work for two years. However, the applicant never had the title of the candidate's "supervisor" according to the information the investigator would have previously obtained from DFAIT.

[156] Once again, the investigator completely lacked transparency. Even though some of the investigator's questions were related to the candidate—for example, whether the applicant was aware that the candidate had pressed charges against her former director, Mr. Giroux, which may seem out of place—the true and, up until then, concealed purpose of the interview on April 27, 2010, was to incriminate the applicant. It was only then that the investigator gave the applicant the e-mail dated

arrêté lorsqu'elle a interrogé la demanderesse le 27 avril 2010. Non seulement l'enquêteur ne voulait pas dévoiler à l'avance ses soupçons, mais elle gardait dans son jeu deux cartes maîtresses qu'elle avait bien l'intention d'utiliser à l'entrevue et par la suite contre la demanderesse.

[153] Rappelons que M^{me} Cousineau était chargée de vérifier en 2007 certaines des références soumises dans le cadre du processus de nomination visé par l'enquête de la Commission. Ayant réussi l'examen écrit, M^{me} Seck a été invitée à passer une entrevue et à fournir des références, ce qui a été fait par l'envoi d'un courriel le 23 octobre 2007.

[154] Or, ce courriel — qui dès le début de l'enquête a été communiqué à l'enquêteur, est d'une importance capitale, car c'est sur son contenu que, dans son rapport final du 10 juin 2010, l'enquêteur se fonde pour conclure que la demanderesse a commis une fraude. D'une part, le courriel de la candidate mentionne les noms de la demanderesse et de M^{me} M'Kounga à titre de « superviseuses ». D'autre part, le nom de la demanderesse apparaît en copie avec celui de M^{me} M'Kounga.

[155] L'autre carte maîtresse que l'enquêteur détenait dans son jeu avant l'entrevue du 27 avril 2010, était le témoignage de M^{me} Cousineau elle-même, qui s'appuie sur les notes d'une conversation téléphonique qu'elle aurait prises en octobre 2007 au moment où elle a contacté la demanderesse. Aux dires de M^{me} Cousineau, la demanderesse lui aurait dit qu'elle avait supervisé le travail de M^{me} Seck pendant deux ans. Or, la demanderesse n'avait jamais été la « superviseuse » en titre de la candidate selon les informations que l'enquêteur aurait par ailleurs obtenues au préalable du MAÉCI.

[156] Encore une fois, l'enquêteur a totalement manqué de transparence. Bien que certaines questions de l'enquêteur aient porté sur la candidate — par exemple, si la demanderesse était au courant que la candidate avait porté des accusations contre son ancien directeur, M. Giroux, ce qui peut sembler déplacé — l'objet véritable et jusqu'alors dissimulé de l'entrevue du 27 avril 2010 était d'incriminer la demanderesse. C'est seulement à ce moment-là que l'enquêteur remet à la

October 23, 2007, and the notes taken by Ms. Cousineau to confront her.

[157] In my view, the rules of procedural fairness required, at a minimum, that the investigator disclose, before the interview on April 27, 2010, the documentary evidence likely to be used in the interview, in this case the e-mail dated October 23, 2007, the handwritten notes by Ms. Cousineau, and since the summary or the full content of Ms. Cousineau's prior testimony had not been provided, the factual report dated January 20, 2010—to the extent that it contained relevant information in respect of which the investigator had the intention of questioning the applicant.

Revised factual report dated April 29, 2010

[158] On April 29, 2010, that is, only two days after the applicant was questioned, the investigator requested comments from the candidate, Ms. Cousineau, the PWGSC representatives and finally the applicant with respect to a “revised factual report”; all of their comments had to be submitted in writing before May 7, 2010. Once again, the content of that letter suggested that the investigator was finished and would soon move to the “analysis and conclusions” phase.

[159] It is important to note that the purpose of the investigation indicated in the revised factual report dated April 29, 2010, had not changed:

The purpose of this investigation, undertaken pursuant to section 69 of the *Public Service Employment Act (PSEA)*, was to determine if fraud has occurred during internal appointment process 2006-SVC-IA-HQ-95563, held by the Department of Public Works and Government Services Canada to fill a position of Analyst, at the ES-5 group and level. In particular, it is alleged that references provided by Rose M’Kounga concerning Ms. Marième Seck, a candidate in the appointment process, may have been written by the candidate’s mother, Gisèle Seck.

[160] It is apparent that there is no reference, directly, at least, to any fraud committed by the applicant, whose testimony could not be clearer: it was not because she had the title of the candidate’s “supervisor” that she provided a reference, but because she “supervised” and assessed

demanderesse, pour la confronter, le courriel du 23 octobre 2007 et les notes de M^{me} Cousineau.

[157] À mon avis, les règles d'équité procédurale exigeaient, au minimum, que l'enquêteur communique avant l'entrevue du 27 avril 2010, les éléments de preuve documentaire susceptibles d'être utilisés à l'entrevue, en l'occurrence le courriel du 23 octobre 2007, les notes manuscrites de M^{me} Cousineau, et à défaut de transmettre un résumé ou le contenu intégral du témoignage antérieur de M^{me} Cousineau, le rapport factuel du 20 janvier 2010 — dans la mesure où celui-ci contient des informations pertinentes au sujet desquelles l'enquêteur avait l'intention d'interroger la demanderesse.

Rapport factuel révisé du 29 avril 2010

[158] Le 29 avril 2010, soit deux jours seulement après l'interrogatoire de la demanderesse, l'enquêteur transmet pour commentaires à la candidate, à M^{me} Cousineau, aux représentants de TPSGC et enfin à la demanderesse un « rapport factuel révisé »; tous leurs commentaires doivent être faits par écrit avant le 7 mai 2010. Encore une fois, la teneur de cette lettre laisse entendre que l'enquête est terminée et que l'enquêteur va bientôt passer à la phase « analyse et conclusions ».

[159] Il est important de noter que l'objet de l'enquête indiqué au rapport factuel révisé du 29 avril 2010 n'a pas changé :

[TRADUCTION] Le but de cette enquête, menée en application de l'article 69 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique (LEFP)*, était de déterminer si une fraude a été commise au cours du processus de nomination interne 2006-SVC-IA-HQ-95563, tenu par le ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada en vue de pourvoir un poste d'analyste de groupe et de niveau ES-5. En particulier, il est allégué que les références fournies par Rose M’Kounga concernant M^{me} Marième Seck, candidate dans le processus de nomination, auraient été écrites par la mère de la candidate, Gisèle Seck.

[160] Comme on peut le constater, il n'est pas question directement, du moins, d'une fraude commise par la demanderesse dont le témoignage ne peut être plus clair : ce n'est pas à titre de « superviseuse » en titre de la candidate qu'elle a fourni des références, mais parce qu'elle

the quality of her work when she and the candidate worked together at DFAIT. Furthermore, the applicant had invited Ms. Cousineau to speak directly to the candidate's supervisor if she wanted more information.

[161] Under the circumstances, the applicant was entitled to legitimately expect that that would be the end of the matter; her testimony under oath was finished—it was not directly contradicted by other testimony reported in the revised factual report.

[162] However, Ms. Cousineau does not agree with the version given by the applicant, and, in an e-mail dated May 17, 2010—thus 10 days after the comments deadline—she completed her prior testimony with a series of factual statements that shed new light:

[TRANSLATION] I apologize for not replying by the deadline but, like I said, this is the busiest time of the year in our sector (PWGSC Treasury Board Submissions).

[ORIGINAL] I have read the Revised Factual Report provided to me with a letter dated April 29, 2010 seeking my feedback. I have no further comments regarding Mme M'Kounga's statements on the reference process for Marième Seck during the ES-05 staffing process in 2007.

I have read the additional information provided below by Mme Samatar as well as Mme Samatar's statements in the Revised Factual Report. I disagree with Mme Samatar's comment (#30 of the Revised Factual Report) that she was not aware that Mme Seck provided her name as a reference for the ES-05 staffing process. The first question I asked referees during the reference verification was, in fact, if they had directly supervised the candidate. I then confirmed where the referee currently worked, during which period they supervised the candidate and at which organization. The purpose of my call was clearly stated to Mme Samatar as I explained that I would be asking standard reference check questions and would need time to write Mme Samatar's responses to comply with the established process (as supported by my hand-written notes in the Reference Check questionnaire).

I am unable to confirm or deny Mme Samatar's statement about my sending her an electronic copy of the reference

a pu « superviser » et évaluer la qualité de son travail durant la période où la candidate et la demanderesse ont travaillé ensemble au MAÉCI. D'ailleurs, la demanderesse a invité M^{me} Cousineau à parler directement au superviseur de la candidate si elle désirait plus d'informations.

[161] Dans les circonstances, la demanderesse peut légitimement s'attendre que ce sera la fin de l'affaire; son témoignage sous serment étant concluant — celui-ci n'étant pas directement contredit par les autres témoignages qui sont rapportés dans le rapport factuel révisé.

[162] Mais voilà, M^{me} Cousineau n'est pas d'accord avec la version donnée par la demanderesse, et dans un courriel en date du 17 mai 2010 — donc 10 jours après la date de tombée des commentaires — elle complète son témoignage antérieur par une série d'affirmations de fait qui viennent apporter un nouvel éclairage :

Je m'excuse de ne pas avoir répondu par la date demandée mais tel que mentionné, ceci est la période la plus occupée de l'année de notre secteur (le Centre des Présentations au Conseil du Trésor de TPSGC).

[TRADUCTION] J'ai lu le rapport factuel révisé qui m'a été fourni accompagné d'une lettre datée du 29 avril 2010 dans laquelle on me demande de fournir de commentaires. Je n'ai pas d'autres commentaires sur les déclarations de M^{me} M'Kounga sur le processus de référence pour Marième Seck au cours du processus de dotation ES-5 tenu en 2007.

J'ai lu les renseignements supplémentaires fournis ci-dessous par M^{me} Samatar ainsi que les déclarations de M^{me} Samatar dans le rapport factuel révisé. Je suis en désaccord avec les commentaires formulés par M^{me} Samatar (commentaire n° 30 du rapport factuel révisé) selon lesquels elle ne savait pas que M^{me} Seck avait fourni son nom comme référence pour le processus de dotation ES-05. La première question que j'ai posée aux références lors du processus de vérification était, en fait, si elles avaient supervisé directement la candidate. J'ai ensuite confirmé l'endroit où elles travaillaient à l'heure actuelle et je leur ai demandé durant quelle période elles avaient supervisé la candidate et dans quel organisme. Le but de mon appel a été clairement indiqué à M^{me} Samatar; je lui ai expliqué que je poserais des questions standards de vérification des références et que j'aurais besoin de temps pour écrire ses réponses pour me conformer à la procédure établie (comme indiqué dans mes notes manuscrites dans le questionnaire de vérification des références).

Je suis incapable de confirmer ou d'infirmer la déclaration de M^{me} Samatar sur le fait que je lui ai envoyé une copie

verification questionnaire. As you are aware, I left PWGSC just before the pool for this staffing process was established, and I returned to the same sector just over 1 year ago. As a result, my PWGSC e-mail account was closed and most of my e-mail was lost. However, as per my hand-written notes in the Reference Check questionnaire, since Mme Samatar and I conducted the reference check by telephone and discussed each question in the questionnaire, the purpose of my call was clear.

I hope this information is helpful and again, my apologies for the delay in responding.

Please don't hesitate to contact me if you have any additional questions.

[163] It is already very surprising that the investigator agreed to consider the late so-called comments by Ms. Cousineau—who would eventually have the last word in the case, when it was not Ms. Cousineau who was suspected of fraud. It is even more surprising that the investigator, without previously providing all of Ms. Cousineau's testimony to the applicant, was then inclined, in her final report dated June 10, 2010, to attach more weight to the new information in the nature of additional evidence. That type of conduct can give the impression that the investigator had a "double standard", and one may wonder whether there is a reasonable apprehension of bias, at least in appearance, and this is what matters in this type of case.

[164] In light of what was announced from the beginning by the investigator, the applicant was entitled to legitimately expect that, along the way, the investigator would not change the rules of the game. From the outset, the investigator was gathering evidence, other than purely documentary evidence, by means of interviews where the people questioned were duly sworn. At the very least, in the absence of giving that new evidence to the applicant, the investigator should have, once again, sent a revised factual report that incorporated the new information provided by Ms. Cousineau on May 17, 2010.

électronique du questionnaire de vérification des références. Comme vous le savez, j'ai quitté TPSGC juste avant que le bassin de candidats pour ce processus de dotation soit créé, et je suis revenue dans ce secteur il y a un peu plus d'un an. En conséquence, mon compte de messagerie de TPSGC a été fermé et la plupart de mes messages ont été perdus. Toutefois, selon mes notes manuscrites qui figurent dans le questionnaire de vérification des références, étant donné que M^{me} Samatar et moi avons procédé à cette vérification des références par téléphone et examiné chaque question du questionnaire, le but de mon appel était clair.

J'espère que cette information est utile et encore une fois, je vous prie d'accepter mes excuses pour le retard de ma réponse.

N'hésitez pas à communiquer avec moi si vous avez d'autres questions.

[163] Il est déjà très surprenant que l'enquêteur ait accepté de considérer hors délai les soi-disant commentaires de M^{me} Cousineau — qui aura finalement eu le dernier mot dans cette affaire, alors que ce n'est pas elle qui est soupçonnée de fraude. Il est encore plus surprenant que l'enquêteur, sans communiquer au préalable l'ensemble du témoignage de M^{me} Cousineau à la demanderesse, veuille ensuite, dans son rapport final du 10 juin 2010, accorder un poids supérieur à des informations nouvelles de la nature d'une preuve additionnelle. Ce type de comportement peut donner l'impression que l'enquêteur a « deux poids, deux mesures », et on peut se demander s'il existe une crainte raisonnable de partialité, du moins en apparence, et c'est ce qui compte dans ce type de dossier.

[164] Compte tenu de ce qui avait été annoncé au départ par l'enquêteur, la demanderesse pouvait légitimement s'attendre qu'en cours de route, l'enquêteur ne changerait pas les règles du jeu. Depuis le début, l'enquêteur recueillait la preuve, autre que purement documentaire, par le biais d'entrevues où les personnes interrogées étaient dûment assermentées. Au minimum, à défaut de communiquer cette nouvelle preuve à la demanderesse, l'enquêteur aurait dû, une nouvelle fois, transmettre un rapport factuel révisé incorporant les informations nouvelles fournies par M^{me} Cousineau le 17 mai 2010.

Prejudice to the applicant

[165] The Commission's investigation is not complete. For example, the actual description of the applicant's tasks at DFAIT (including any supervisory functions) could not have been established by Ms. Cousineau, Mr. Meus or the employer (PWGSC). This is a critical aspect.

[166] Let us note what the applicant wrote in paragraph 20 of her affidavit dated October 7, 2010:

[TRANSLATION] Throughout the investigation process, the investigator, Marie La Terreur, did not contact my managers to obtain qualitative information on my working relationships with clients. Such contact would have enabled the investigator to collect additional information and contact other people who would have either corroborated the information at her disposal or, at best, provided information that would have had a significant impact on the investigator's description of the facts and therefore on her conclusions about me.

[167] Any suggestion by the respondent that the investigator's approach did not cause prejudice to the applicant is completely refuted by the evidence in the record, and it is clear that very important aspects of the investigation seem to have been botched. This is obvious in the investigator's haste to finish with the applicant, who was questioned only two days before the revised factual report dated April 29, 2010.

No communication of a draft that contained the investigator's analysis and conclusions

[168] The respondent skilfully insists at paragraph 43 of his memorandum on the fact that [TRANSLATION] "[t]he investigator gave the applicant the opportunity to make comments on the revised factual report", which she did on May 7, 2010, and [TRANSLATION] "[t]he investigator gave the applicant the opportunity, on June 28, 2010, to make submissions against the proposed corrective actions".

[169] At the same time, the respondent is silent on a determinative element: the Commission's final approval on or around June 10, 2010, of the impugned investigation report without the applicant having had

Préjudice causé à la demanderesse

[165] L'enquête de la Commission n'est pas complète. Par exemple, la description réelle des tâches de la demanderesse au MAÉCI (incluant toute fonction de supervision) ne pouvait pas être établie par M^{me} Cousineau, M. Meus ou l'employeur (TPSGC). C'est pourtant un aspect essentiel.

[166] Retenons ce qu'écrit la demanderesse au paragraphe 20 de son affidavit du 7 octobre 2010 :

Tout au long de son processus d'enquête, l'enquêtrice, Madame Marie La Terreur n'a pas eu de contact avec mes « managers » pour obtenir de l'information qualitative sur mes relations de travail avec les clients. Un tel contact aurait permis à l'enquêtrice de collecter des informations additionnelles et de contacter d'autres personnes qui auraient soit corroborer les informations en sa disposition soit, au mieux, auraient fourni des informations qui auraient eu un impact significatif sur la description des faits qu'a faite l'enquêtrice et donc sur les conclusions auxquelles l'enquêtrice est parvenue sur moi.

[167] Toute suggestion du défendeur à l'effet que la façon de procéder de l'enquêteur n'a pas causé de préjudice à la demanderesse est formellement démentie par la preuve au dossier, et il est clair que des aspects très importants de l'enquête semblent avoir été bâclés. Cela est manifeste dans la hâte de l'enquêteur d'en finir avec la demanderesse qui a été interrogée seulement deux jours avant le rapport factuel révisé du 29 avril 2010.

Aucune communication d'un projet contenant l'analyse et les conclusions de l'enquêteur

[168] De manière habile, le défendeur insiste au paragraphe 43 de son mémoire sur le fait que « [l']enquêteur a donné la chance à la demanderesse de faire des commentaires sur le Rapport factuel révisé », ce qu'elle a fait le 7 mai 2010, alors que « [l']enquêteur a donné la chance à la demanderesse le 28 juin 2010 de faire des submissions à l'encontre des mesures correctives proposées ».

[169] Du même coup, le défendeur passe sous silence un élément déterminant : l'approbation finale par la Commission, le ou vers le 10 juin 2010, du rapport d'enquête contesté, et ce, en l'absence de toute possibilité

the opportunity to comment on the investigator's final conclusions and analysis with respect to the alleged fraud in this case.

[170] Thus, in her letter dated June 10, 2010, to which the impugned investigation report is attached, the investigator informed the applicant of the following:

This is to inform you that the Investigations Directorate of the Public Service Commission (PSC) has now completed its investigation into internal appointment process number 2006-SVC-IA-HQ-95563, to fill a position of Analyst, at the ES-5 group and level, at the Department of Public Works and Government Services. The investigation was conducted pursuant to section 69 of the *Public Service Employment Act* (PSEA).

To that effect, please find enclosed the final investigation report, which sets out the facts, the analysis and the conclusion of the investigation. This report is "Protected B" and should only be disclosed, on a need to know basis, to authorized individuals.

The investigation has concluded that this matter is founded. This is the PSC's final decision for the investigation.

As previously advised, the PSC may decide to publish an investigation summary, which may include names and personal information. In accordance with section 19 of the *Public Service Employment Regulations*, the PSC has the discretionary authority to disclose personal information obtained in the course of an investigation. The Regulations require that the PSC consider whether the public interest in disclosure outweighs privacy interests. Should the PSC consider exercising its discretion with respect to disclosure of personal information you will be consulted and given an opportunity to comment.

Given that the investigation has concluded that this matter is founded, the PSC will now proceed to determine the corrective actions that it considers appropriate in the circumstances. You will receive shortly the proposed corrective actions for your comments. [Emphasis added.]

[171] An internal note in the record confirms that the Commission decided to approve the impugned investigation report and that that left only obtaining the Commission's approval with respect to the corrective actions proposed by the investigator and approved by the Director of Investigations. The impugned investigation

pour la demanderesse de commenter l'analyse et les conclusions finales de l'enquêteur au niveau de la fraude qui lui est reprochée en l'espèce.

[170] Ainsi, dans sa lettre du 10 juin 2010, à laquelle est joint le rapport d'enquête contesté, l'enquêteur avise la demanderesse :

[TRADUCTION] La présente est pour vous informer que la Direction des enquêtes de la Commission de la fonction publique (CFP) a terminé son enquête sur le processus de nomination interne n° 2006-SVC-IA-HQ-95563, qui avait pour but de pourvoir un poste d'analyste de groupe et de niveau ES-5 au ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux. L'enquête a été menée en vertu de l'article 69 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* (LEFP).

À cet effet, vous trouverez ci-joint le rapport final d'enquête, qui expose les faits, l'analyse et la conclusion de l'enquête. Ce rapport est classé « Protégé B » et ne devrait être communiqué, selon le principe de connaissance sélective, qu'aux personnes autorisées.

Selon la conclusion de l'enquête, la présente affaire est fondée. Il s'agit de la décision finale de la CFP.

Comme nous l'avons précédemment indiqué, la CFP peut décider de publier un résumé de l'enquête, qui peut inclure des noms et des renseignements personnels. Conformément à l'article 19 du *Règlement sur l'emploi dans la fonction publique*, la CFP a le pouvoir discrétionnaire de communiquer des renseignements personnels obtenus dans le cadre d'une enquête. Le *Règlement* exige que la CFP examine si des raisons d'intérêt public l'emportent sur la protection de la vie privée. Si la CFP devait envisager d'exercer son pouvoir discrétionnaire en matière de communication de renseignements personnels, vous serez consultée et aurez l'occasion de fournir vos commentaires.

Comme il a été conclu dans le cadre de l'enquête que la présente affaire était fondée, la CFP déterminera maintenant les mesures correctives qu'elle estime appropriées dans les circonstances. Vous serez informée sous peu des mesures correctives proposées pour vos commentaires. [Non souligné dans l'original.]

[171] Une note interne au dossier confirme que la Commission a décidé d'entériner le rapport d'enquête contesté et qu'il ne reste plus qu'à obtenir son approbation quant aux mesures correctives proposées par l'enquêteur et approuvées par la directrice des enquêtes. Le rapport d'enquête contesté en date du 10 juin 2010

report dated June 10, 2010, was “final”; it was not a simple reproduction of the revised factual report dated April 29, 2010, accompanied by a few factual additions suggested by the applicant, the interested employer and the other people to which it was addressed.

[172] The impugned investigation report constitutes both the investigator’s summary and the Commission’s final decision concerning the fraud committed by the public servants involved; the only thing left was for the Commission’s President to approve it. Once again, the differences between the impugned investigation report and the revised factual report are major. One can see—this is a first—that the purpose of the investigation was modified to include new allegations, including the fraud allegations against the applicant, whose guilt is now established. Furthermore, new sections were added to reflect the analysis of the evidence and the law applicable in this case.

[173] In fact, the applicant had no say in the second phase (analysis and conclusions) that the investigator announced at the start of her investigation during the summer of 2009. It must be noted that the impugned investigation report was final and would be sent—as we now know—to the employers of the public servants involved and to the RCMP. It could even be disclosed as a summary on the Web. So how could one imagine for one moment that the people directly affected by it would not receive and be able to comment on a draft of the final investigation report before it was submitted for approval to the Commission?

[174] To ask the question is to answer it at the same time.

Too little, too late

[175] There is a third phase in this case, that is, that of the corrective actions. Regarding the finding of fraud, everything was said, everything was confirmed, and despite all of the nice displays by counsel for the applicant, the Commission would remain inflexible; the impugned decision, which contains the corrective actions, would soon follow on August 9, 2010.

est « final »; ce n’est pas une simple reproduction du rapport factuel révisé du 29 avril 2010, agrémenté de quelques additions au niveau factuel ayant pu être suggérées par la demanderesse, l’employeur intéressé et les autres personnes à qui il était adressé.

[172] Le rapport d’enquête contesté constitue à la fois le réquisitoire de l’enquêteur et la décision finale de la Commission concernant les fraudes commises par les fonctionnaires visées; il ne reste plus à la présidente de la Commission qu’à l’entériner. Encore une fois, les différences entre le rapport d’enquête contesté et le rapport factuel révisé sont majeures. On peut voir — c’est une première — que l’objet de l’enquête a été modifié pour inclure de nouvelles allégations dont la fraude reprochée à la demanderesse et dont la culpabilité est maintenant établie. De plus, de nouvelles sections ont été ajoutées pour rendre compte de l’analyse de la preuve et du droit applicable en l’espèce.

[173] En fait, la demanderesse n’a eu aucun mot à dire au niveau de la deuxième phase (analyse et conclusions) qu’avait annoncée l’enquêteur au début de son enquête durant l’été 2009. Faut-il le répéter, le rapport d’enquête contesté est final et sera transmis — comme on le sait maintenant — aux employeurs des fonctionnaires visées et à la GRC. Il pourra même être diffusé sous forme de résumé sur le Web. Alors, comment peut-on imaginer un seul instant que les personnes directement affectées par son contenu, puissent ne pas recevoir et commenter un projet dudit rapport d’enquête final, avant qu’il ne soit soumis pour approbation à la Commission?

[174] Poser la question, c’est y répondre du même coup.

Trop peu, trop tard

[175] En fait, on peut parler d’une troisième phase dans ce dossier, soit celle des mesures correctives. Au niveau de la conclusion de fraude, tout a été dit, tout a été consommé, et malgré toutes les belles parades du procureur de la demanderesse, la Commission demeurera inflexible; la décision contestée, qui contient les mesures correctives, suivra rapidement, c’est-à-dire le 9 août 2010.

[176] On June 28, 2010, the applicant was asked to make written submissions on the corrective actions proposed by the investigator, which were the same for the three public servants affected by the impugned investigation report, but with the investigator's ground work, this was, in my opinion, too little, too late under the circumstances.

[177] In fact, on July 23, 2010, former counsel for the applicant, who had just been retained, eloquently complained of the breach of the principles of procedural fairness with respect to the applicant during the investigation. He also argued that the proposed corrective actions did not take into account the applicant's specific situation and the seriousness of the mistake of the applicant, who continues to assert her innocence, and that the proposed actions were too vague and too severe. The applicant once again reiterates that she never presented herself as the candidate's former supervisor and that she did not know the candidate had named her as a supervisor.

[178] One might think that the serious allegations by former counsel for the applicant with respect to a breach of procedural fairness would have raised serious questions, but no, that was not the case based on the content of the memorandum dated August 9, 2010, by the Commission's Investigations Directorate:

Comments were provided on behalf of Ms. Anissa Samatar by her legal counsel, Chris Rootham. During the investigation, Ms. Samatar had been advised that she could be represented by legal counsel but had chosen not to at that time. Mr. Rootham claims that the rules of procedural fairness were breached during the investigation. In particular, he claimed that Ms. Samatar was not informed that she was the subject of an investigation, and that she was also not informed prior to her interview of the evidence that was already before the investigator. On the first issue, Ms. Samatar was informed, both in writing before her interview and verbally during the interview, of the appointment process that was under investigation under section 69 PSEA, and of the possibility that adverse conclusions could be drawn against anybody involved in the appointment process or in the matter under investigation. On the second issue, after her interview, Ms. Samatar was provided with a factual report containing the facts gathered from the file and from all the individuals interviewed.

[176] Le 28 juin 2010, la demanderesse est invitée à faire des représentations écrites au sujet des mesures correctives proposées par l'enquêteur, et qui sont les mêmes pour les trois fonctionnaires visées par le rapport d'enquête contesté, mais avec le travail de sappe de l'enquêteur, c'est à mon avis trop peu, trop tard dans les circonstances.

[177] De fait, le 23 juillet 2010, l'ancien procureur de la demanderesse, dont les services viennent d'être retenus, se plaint d'une façon éloquent du déni des principes d'équité procédurale à l'endroit de la demanderesse au cours de l'enquête. De plus, il fait valoir que les mesures correctives proposées ne tiennent pas compte de la situation particulière et de la gravité de la faute de la demanderesse qui continue d'affirmer son innocence, alors que les mesures proposées sont trop vagues et trop sévères. La demanderesse réitère encore une fois qu'elle ne s'est jamais présentée comme l'ancienne superviseure de la candidate et qu'elle ne savait pas que cette dernière l'avait désignée comme superviseure.

[178] On pourrait croire que les graves allégations au sujet du non-respect de l'équité procédurale faites par l'ancien procureur de la demanderesse auraient été de nature à soulever un sérieux questionnement, mais non, il n'en est rien si l'on se fie au contenu de la note de service adressée le 9 août 2010 par la direction des enquêtes à la Commission :

[TRADUCTION] Les commentaires ont été fournis au nom de M^{me} Anissa Samatar par son avocat, Chris Rootham. Au cours de l'enquête, M^{me} Samatar avait été informée qu'elle pouvait être représentée par un avocat, mais avait choisi de ne pas le faire à ce moment-là. M. Rootham affirme que les règles d'équité procédurale ont été violées au cours de l'enquête. En particulier, il a affirmé que M^{me} Samatar n'a pas été informée qu'elle faisait l'objet d'une enquête, et qu'elle n'avait pas non plus été informée avant son entrevue des éléments de preuve dont disposait déjà l'enquêteur. Sur le premier point, M^{me} Samatar a été informée, à la fois par écrit avant son entrevue et verbalement lors de l'entretien, du processus de nomination qui faisait l'objet d'une enquête en vertu de l'article 69 de la LEFP, et de la possibilité que des conclusions défavorables puissent être tirées à l'égard de toute personne impliquée dans le processus de nomination ou dans l'affaire faisant l'objet de l'enquête. Sur la deuxième question, après son entrevue, M^{me} Samatar a été saisie d'un rapport factuel contenant

She was given the opportunity to comment on the factual report, which she did.

[179] The breach of procedural fairness is flagrant in the applicant's case. It is very unfortunate that further investigation into the applicant's allegations was not requested in August 2010 by the Commission's President. Furthermore, at the hearing before this Court, counsel for the respondent, on behalf of the Commission, continued to strongly and convincingly defend the untenable position that the investigation had been conducted in accordance with the rules of natural justice and that there was no injustice with respect to the applicant. The specious arguments made by the respondent have no merit and are borderline "frivolous and vexatious", if not completely inappropriate and abusive under the circumstances.

VII. EXERCISE OF JUDICIAL DISCRETION

[180] Given the reasons provided above, the application for judicial review will be allowed. On this point, subsection 18.1(3) of the FCA confers broad discretion on the Court to choose the appropriate remedy. The same is true for the award of costs; the plenary and discretionary power of the Court in this area requires consideration of the factors listed in subsection (3) of rule 400 [as am. by SOR/2010-176, s. 11 of the Rules] and any other issue that it deems relevant.

[181] It is in exercising that judicial discretion that the Court is more apt to engage in meaningful dialogue with the parties; despite what it looks like, it is not a monologue or soliloquy, pardon the pleonasm. For the judge, alone in his chambers after the "truth-telling", comes the difficult arbitration between right and wrong; the right words must be used, especially when, like today, the judge is addressing the losing party. I hope to perform a useful function and convince both parties that it is not the argument of the "strongest" that should prevail, but that of the "sharpest", in the figurative sense of the word, certainly, in both cases.

les faits recueillis à partir du dossier et auprès de toutes les personnes interrogées. Elle a eu l'occasion de commenter le rapport factuel, ce qu'elle a fait.

[179] La violation à l'obligation d'équité procédurale est flagrante dans le cas de la demanderesse. Il est très malheureux qu'une enquête plus poussée sur les allégations de la demanderesse n'ait pas été demandée en août 2010 par la présidente de la Commission. D'ailleurs, à l'audition devant cette Cour, l'avocate du défendeur, au nom de la Commission, a continué à défendre avec force et conviction la position intenable que l'enquête a été menée conformément aux règles de justice naturelle et qu'il n'y a eu aucune injustice à l'égard de la demanderesse. Les arguments spécieux présentés par le défendeur n'ont aucun mérite et sont à la limite du « frivole et vexatoire », s'ils ne sont pas carrément déplacés et abusifs dans les circonstances.

VII. EXERCICE DE LA DISCRÉTION JUDICIAIRE

[180] Vu les motifs fournis plus haut, la demande de contrôle judiciaire sera accueillie. À ce chapitre, le paragraphe 18.1(3) de la LCF confère une large discrétion à la Cour dans le choix de la réparation appropriée. Il en est de même au niveau de l'adjudication des dépens; le pouvoir plénier et discrétionnaire que la Cour possède en cette matière fait appel à la considération des facteurs énumérés au paragraphe (3) de la règle 400 [mod. par DORS/2010-176, art. 11 des Règles], ainsi que toute autre question qu'elle juge pertinente.

[181] C'est dans l'exercice de cette discrétion judiciaire que la Cour est la plus apte à engager un véritable dialogue avec les parties; malgré les apparences, ce n'est pas un monologue, ni un soliloque, excusez-moi le pléonasm. Pour le juge, seul dans sa chambre, après le « dire-vrai », vient le difficile arbitrage entre les torts et la raison; il faut trouver les mots les plus justes, surtout lorsque, comme aujourd'hui, le juge s'adresse au perdant. J'espère pouvoir faire œuvre utile et convaincre les deux parties que ce n'est pas la raison du plus « fort » qui doit l'emporter, mais celle du plus « fin », au sens figuré du terme, il va sans dire, dans les deux cas.

[182] I will therefore begin with the issue of remedies, but I could also have started with costs; regardless of the process, the result of my reflection, of this voluntary decision after deliberation, is the same, and here is the fiat. While considering the facts of the matter, there is a need to “repair” in the noblest sense of the word; I say “repair” and not “excuse” what is inexcusable.

[183] First, I wish only to offer a solution to the dispute that is fair and as expeditious and economic as possible. I, myself, acknowledge that the issue of jurisdiction or reasonableness—regardless of its qualifier—is one that is difficult and that merits particular attention from the higher courts. Also, despite the strong doubts that I may harbour on the Commission’s jurisdiction and the reasonableness of the impugned decision, to prevent, as much as possible, the applicant from having to justify before a court of appeal the correctness in law of the opinion that I may have on this subject, I have decided that it is in the best interests of justice to not provide a final ruling on these issues.

[184] There will therefore be no declaration in my judgment on the Commission’s jurisdiction or the reasonableness of the impugned decision. Moreover, the scope of any declaration of illegality and nullity in the judgment that follows is to the exclusive benefit of the applicant and relates entirely to the finding of fraud and to the “corrective actions” in the impugned decision and in the impugned investigation report, in so far as the applicant is affected by the impugned decision and the impugned investigation report.

[185] I repeat, according to the evidence in the record, the Commission’s breach of the rules of procedural fairness is flagrant and is sufficient in itself to set aside the impugned decision, which adopts the impugned investigation report. Normally, when that is the only defect, the Court may refer the matter back to the tribunal in accordance with instructions that it deems appropriate in the circumstances. In all cases, it is a discretionary power and, because of the conduct of a party, or even the possible mootness of a referral to the

[182] Je commencerai donc par la question de la réparation, mais j’aurais pu tout autant débiter par celle des dépens; peu importe le cheminement, le résultat de ma réflexion, de cette décision volontaire après délibération, est le même, en voici le fiat. Tout en tenant compte des faits de l’affaire, il s’agit de « réparer », et ce, dans le sens le plus noble du terme; je dis « réparer » et ne pas « excuser » ce qui est inexcusable.

[183] Tout d’abord, mon seul souhait, c’est apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible. Je reconnais moi-même que la question de compétence ou de raisonabilité — peu importe son qualificatif — en est une qui est difficile et qui mérite une attention particulière des tribunaux supérieurs. Aussi, malgré les forts doutes que je peux entretenir sur la compétence de la Commission et la raisonabilité de la décision contestée, pour éviter à la demanderesse, autant faire que se peut, d’avoir à justifier devant une cour d’appel la justesse en droit de l’opinion que je peux avoir à ce sujet, j’ai décidé qu’il était dans le meilleur intérêt de la justice de ne pas trancher de façon finale ces questions.

[184] Il n’y aura donc aucune déclaration dans mon jugement sur la compétence de la Commission ou la raisonabilité de la décision contestée. De même, la portée de toute déclaration d’illégalité et de nullité dans le jugement qui suit, est au bénéfice exclusif de la demanderesse, et se rapporte exclusivement à la conclusion de fraude et aux « mesures correctives » que l’on retrouve dans la décision contestée et dans le rapport d’enquête contesté, en autant que la demanderesse est visée par la décision contestée et le rapport d’enquête contesté.

[185] Je le répète encore une fois, selon la preuve au dossier, la violation par la Commission des règles d’équité procédurale est flagrante et suffit en elle-même pour casser la décision contestée, qui entérine le rapport d’enquête contesté. Normalement, lorsque c’est le seul vice, la Cour peut renvoyer l’affaire à l’office fédéral, et ce, conformément aux instructions qu’elle estime appropriées dans les circonstances. Dans tous les cas, il s’agit d’un pouvoir de nature discrétionnaire, et à cause du comportement d’une partie, ou encore du caractère

tribunal, the Court may choose to simply set aside the impugned decision.

[186] That is the case here. In my opinion, the severity of the injustice committed against the applicant, the intransigence shown by the Commission up until now, the apprehensions one may have of bias or the predisposition taken by the Investigations Directorate, the stubbornness and the ferocity with which certain positions were advanced by the respondent (whether or not on behalf of the Commission), the fact that it was not until March 2010 that an investigation was conducted into allegations that go back to 2007, the absence of guarantees that the Commission will put in place new investigative and adjudicative processes to take into account the legitimate expectations of persons suspected of fraud make referring the applicant's case back to the Commission not in the best interests of justice.

[187] And now for costs. Fortunately, there is at least one point on which both parties agree: it is desirable that the Court award to the successful party a lump sum in lieu of taxed costs. That is, of course, the applicant. In the end, she obtained a perfect score.

[188] The applicant is claiming, on a solicitor and client basis, costs in the amount of \$14 134.25 for the application for judicial review, together with fees and disbursements in the amount of \$1 261.58, which the applicant paid to her former counsel at the time of submissions made to the Commission in the summer of 2010 before the filing of this application for judicial review.

[189] The respondent concedes that, if the applicant is successful, she is entitled to costs, which should be assessed in accordance with column III of the table to Tariff B [of the Rules]. That is the minimum the successful party is normally entitled to. The applicant should not have one cent more. The respondent therefore agrees to pay \$2 484.25, which includes the disbursements. The respondent also notes that the applicant did not pay the amount of \$650 attributed to him following the dismissal of the applicant's motion for production of documents.

académique que pourrait avoir un renvoi à l'office fédéral, la Cour peut choisir de simplement casser la décision contestée.

[186] C'est le cas en l'espèce. À mon avis, la gravité de l'injustice commise à l'endroit de la demanderesse, l'intransigence jusqu'ici manifestée par la Commission, les craintes qu'on peut avoir sur la partialité ou le parti pris de la Direction des enquêtes, l'opiniâtreté et la ferocité avec lesquelles certaines positions ont été avancées par le défendeur (au nom ou pas de la Commission), le fait que l'on ait attendu jusqu'au mois de mars 2010 pour faire enquête sur des allégations qui remontent en 2007, l'absence de garanties que la Commission va mettre en place de nouveaux processus d'enquête et d'adjudication pour tenir compte des attentes légitimes des personnes soupçonnées de fraude, font en sorte qu'il n'est pas dans le meilleur intérêt de la justice que le dossier de la demanderesse retourne à la Commission.

[187] J'en arrive aux dépens. Heureusement, il y a au moins un point sur lequel les deux parties sont d'accord : il est souhaitable que la Cour adjuge au gagnant une somme globale au lieu des dépens taxés. C'est bien entendu la demanderesse. Elle a obtenu, au final, un score parfait.

[188] Pour sa part, la demanderesse réclame sur une base avocat-client des dépens de 14 134,25 \$ pour la demande de contrôle judiciaire, auxquels s'ajoutent les honoraires et déboursés de l'ordre de 1 261,58 \$ que la demanderesse a payé à son ancien procureur à l'occasion des représentations ayant été effectuées devant la Commission à l'été 2010 avant le dépôt de la présente demande de contrôle judiciaire.

[189] De son côté, le défendeur concède que si la demanderesse obtient gain de cause, elle a droit à des dépens, lesquels devraient être taxés en conformité avec la colonne III du tableau du tarif B [des Règles]. C'est le minimum auquel la partie gagnante a normalement droit. La demanderesse ne devrait pas avoir un écu de plus. Le défendeur se dit donc prêt à payer une somme de 2 484,25 \$, ce qui inclut les déboursés. Le défendeur note également que la demanderesse n'a pas acquitté le montant de 650 \$ qui lui a été attribué à

[190] In the exercise of my discretion, given the specific—and I would say, exceptional—circumstances of this case, I am of the view that the applicant is entitled to an increased award of costs that exceeds the party and party costs normally awarded in the absence of an order to the contrary by the Court; that means those assessed in accordance with column III of the table to Tariff B of the Rules. Beyond the importance and the complexity of the issues and the other usual criteria, in this case, the irreparable harm already suffered by the applicant, the conduct of the opposing party—which had the effect of unnecessarily prolonging the case—the public interest, the better administration of justice and the maintenance of public confidence in the justice system are determining factors in the exercise of my discretion with respect to costs.

[191] We are talking here about a simple public servant who had to spend thousands of dollars to assert her rights and have the impugned decision, the unlawfulness of which is blatant, set aside. The Court does not have the authority to retroactively set aside the impugned decision, which is unlawful and the negative effects of which—simply think of the obligation to obtain written permission from the Commission before participating in a competition since August 2010—continue to this day.

[192] I cannot even imagine the consequences on the applicant's reputation and all of the distress related to the communication of the impugned decision and the impugned investigation report to her employer, let alone the communication to the RCMP of “any other relevant information”, and I am not forgetting all of the stress that this may have caused the applicant for more than two years, even though public dissemination on the Web has not yet occurred.

[193] Clearly, nothing has been easy in this case, which was vigorously defended, on behalf of the Commission, by the respondent. Even if the applicant's “victory” seems complete today, it might as well be a “pyrrhic victory”, since she has already suffered irreparable harm because of the Commission. The public

la suite du rejet de la requête en production de documents de la demanderesse.

[190] Dans l'exercice de ma discrétion, compte tenu des circonstances particulières de ce dossier — et je dirais, exceptionnelles — je suis d'avis que la demanderesse a droit à une indemnité de dépens accrue, qui dépasse les dépens partie-partie habituellement accordés en l'absence d'ordonnance contraire de la Cour; c'est-à-dire ceux taxés en conformité avec la colonne III du tableau du tarif B des Règles. Au-delà de l'importance et de la complexité des questions en litige, ainsi que des autres critères usuels, dans cette instance, le préjudice irréparable déjà subi par la demanderesse, la conduite de la partie adverse — qui a eu pour effet de prolonger inutilement la durée de l'instance, l'intérêt public, la meilleure administration de la justice et la préservation de la confiance dans le système judiciaire, sont des critères déterminants de l'exercice de ma discrétion au chapitre des dépens.

[191] On parle ici d'une simple fonctionnaire qui a dû dépenser des milliers de dollars pour faire valoir ses droits et obtenir l'annulation de la décision contestée dont l'illégalité est criante. La Cour n'a pas le pouvoir d'annuler rétroactivement la décision contestée qui est illégale et dont les effets négatifs — pensons seulement à l'obligation depuis août 2010 d'obtenir la permission écrite de la Commission avant de participer à un concours — perdurent jusqu'à ce jour.

[192] Je n'imagine même pas les conséquences sur la réputation de la demanderesse et tous les tracas reliés à la communication de la décision contestée et du rapport d'enquête contesté à son employeur, sans parler de la communication également à la GRC de « toute information pertinente », et je n'oublie pas tout le stress que cela a pu causer à la demanderesse pendant plus de deux ans même s'il n'y a pas encore eu de diffusion publique sur le Web.

[193] Décidément, rien n'aura été facile dans cette cause qui a été farouchement défendue, au nom de la Commission, par le défendeur. Même si la « victoire » de la demanderesse apparaît totale aujourd'hui, cela pourrait bien être une « victoire à la Pyrrhus », alors qu'un préjudice irréparable lui a déjà été causé par la

interest requires this to be taken into consideration. Otherwise, the Court's message may not get out and the confidence in the administration of justice and in the justice system may suffer irrevocably.

[194] Many people in the same situation as the applicant—I hope this not to be the case—might not have, in the future, the applicant's courage, resources and tenacity to denounce, at the risk of losing their career and everything they have, something that appears to be, at least in the case at bar, an investigative process that is totalitarian and has no place in a free and democratic society. It seems to me that public servants accused of fraud have the right to know that suspicions weigh against them and that they can defend themselves before the final verdict from the Commission.

[195] I do not judge the Commission or its staff; others will do that in my place and will ask the questions that need to be asked when the time comes. However, an investigative process must not—as laudable as it is in the beginning—invite people in power to embark on a type of “witch hunt” under the guise of legality: to go beyond the information received, to search for and flush out, using sometimes questionable means (interception of private e-mails), everyone suspected of fraud, at the risk of doing “collateral damage”. I repeat, in a context where we are talking about ensuring public confidence in our institutions, the end cannot justify the unfair means that were used by the investigator in this case. A blind institutional machine must not get carried away and start making “innocent victims” in the name of some administrative or operational imperative.

[196] I am also not saying that the applicant is “innocent” of the actions alleged by the Commission—others may have to determine that someday, who knows? However, today, given the evidence before me, and limiting my comments to the applicant's specific case, I say “no”: no to the inconsistency, no to the concealment and no to the inequities throughout the investigation in this case. We live in a system of democracy where there is a rule of law that everyone must respect, including

Commission. L'intérêt public exige qu'on en tienne compte. Autrement le message de la Cour risque de ne pas passer et la confiance qu'on peut avoir dans l'administration de la justice et dans le système judiciaire pourra en souffrir de manière irrémédiable.

[194] Nombre de personnes dans la même situation que la demanderesse — j'espère que ce n'est pas le cas — n'auront peut-être pas à l'avenir le courage, les ressources et la ténacité de la demanderesse pour dénoncer, au risque de perdre leur carrière et tout ce qu'ils possèdent, ce qui m'apparaît être, du moins dans le cas sous étude, un processus d'enquête totalitaire et qui n'a pas sa raison d'être dans une société libre et démocratique. Il me semble qu'un fonctionnaire accusé de fraude a le droit de savoir que des soupçons pèsent contre lui et qu'il a le droit de se défendre avant que ne tombe le verdict final de la Commission.

[195] Je ne juge pas la Commission, ni son personnel, d'autres se chargeront de le faire à ma place et de poser le moment venu les questions qui s'imposent. Toutefois, il ne faut pas qu'un processus d'enquête — aussi louable soit-il au départ — invite les personnes en pouvoir à entreprendre sous le couvert de la légalité une sorte de « chasse aux sorcières » : aller au-delà des dénonciations reçues, chercher et débusquer par des moyens peut-être discutables (interception de courriels privés) tous ceux et celles qu'on soupçonne de fraude, au risque de faire des « dommages collatéraux ». Je le répète, dans un contexte où l'on parle d'assurer la confiance du public dans nos institutions, la fin ne peut justifier les moyens déloyaux qui ont été utilisés par l'enquêteur dans ce dossier. Il ne faut surtout pas qu'une machine institutionnelle aveugle s'emballer et se mette à faire des « victimes innocentes » au nom de quelque impératif d'ordre administratif ou opérationnel.

[196] Je ne dis pas non plus que la demanderesse est « innocente » des actions qui lui sont reprochées par la Commission — d'autres auront à en juger peut-être un jour, qui sait? Toutefois, aujourd'hui, vu la preuve devant moi, et limitant mes commentaires au cas particulier de la demanderesse, je dis « non » : non à l'inconséquence, non à la dissimulation et non aux iniquités que l'on retrouve tout au long de l'enquête dans ce dossier. Nous vivons dans un système démocratique où règne la *rule*

public institutions and the Commission, which have such an important mandate.

[197] I am indignant and dismayed by the Commission's intransigence to not want to repair the serious errors committed during the investigation process in respect of the applicant, and I am shocked by the respondent's stubborn refusal to not simply consent to judgment. It is clear that this application for judicial review should not have proceeded on the merits and that a satisfactory resolution for the applicant should have intervened in the meantime, long ago. Add to that the respondent's extreme position (whether or not on behalf of the Commission) on the issues of natural justice and procedural fairness.

[198] I cast no individual aspersions on counsel for the Department of Justice who acted in good faith in this case. They have a difficult and important task to accomplish and, at times, have to deal with difficult "clients". In particular, I would like to note the impeccable conduct of counsel for the respondent who argued before me. In every respect, counsel for the respondent accomplished a difficult task under the circumstances with professionalism and courtesy. In short, she was a true officer of the court. Therefore, my criticisms today are exclusively directed to "the institution", that is, the "client", who "instructs" its counsel.

[199] It goes without saying that the applicant cannot claim the fees and disbursements that were paid to her former counsel because they were not incurred on this application for judicial review. However, the fees and disbursement related to the preparation and presentation of the motion for production of documents that was dismissed by Prothonotary Tabib must be deducted. I am also of the opinion that a lump sum of \$12 000 as costs is reasonable in this case, and given the comments mentioned above, they are payable forthwith to the applicant, after deducting the amount of \$650 payable to the respondent, if that amount has not yet been paid by the applicant.

of law, que tous et toutes doivent respecter, incluant les institutions publiques et la Commission qui a un mandat aussi important.

[197] Je suis indigné et consterné par l'intransigence de la Commission à ne pas vouloir réparer les graves erreurs commises durant le processus d'enquête à l'endroit de la demanderesse, et je suis choqué par le refus obstiné du défendeur de ne pas simplement consentir à jugement. Il est manifeste que cette demande de contrôle judiciaire n'aurait pas dû procéder au mérite et qu'un règlement satisfaisant pour la demanderesse aurait dû intervenir dans l'intervalle, et ce, depuis fort longtemps déjà. À cela s'ajoutent les prises de position extrêmes du défendeur (au nom ou pas de la Commission) au sujet des questions de justice naturelle et d'équité procédurale.

[198] Je n'adresse aucun reproche individuel aux avocats du ministère de la Justice qui ont agi en toute bonne foi dans le présent dossier. Ces derniers ont une tâche difficile et importante à accomplir, et parfois, ils ont à traiter avec des « clients » difficiles. En particulier, je désire souligner la conduite impeccable de l'avocate du défendeur qui a plaidé devant moi. À tous égards, celle-ci a accompli avec professionnalisme et courtoisie une tâche difficile dans les circonstances. Bref, elle a agi comme un véritable officier de justice. Donc, les reproches que j'adresse aujourd'hui visent exclusivement « l'institution », c'est-à-dire le « client », qui donne les « instructions » à ses procureurs.

[199] Il va de soi que la demanderesse ne peut réclamer les honoraires et déboursés qui ont été payés à son ancien procureur puisque ceux-ci n'ont pas été encourus à l'occasion de la présente demande de contrôle judiciaire. D'un autre côté, il faut déduire les honoraires et déboursés relatifs à la préparation et à la présentation de la requête en production de document qui a été rejetée par la protonotaire Tabib. Aussi, je suis d'avis qu'un montant forfaitaire de 12 000 \$ à titre de dépens est raisonnable en l'espèce, et compte tenu des observations que j'ai déjà formulées plus haut, ceux-ci devront être payés sans délai à la demanderesse, déduction faite du montant de 650 \$ payable au défendeur, si ce dernier montant n'a pas encore été acquitté par la demanderesse.

[200] In closing, I would like to thank counsel who appeared before me, and I hope that this painful affair for the parties involved, including the Commission, ends with this judgment, which will be final and binding upon the expiry of rights of appeal. Finally, to ensure that the systemic deficiencies or gaps—in investigative or adjudicative processes—outlined above are not the source of new injustices, I ask the Commission to be magnanimous and to, without delay, engage in reflection that should lead to a review of its practices in cases where it must determine whether fraud has occurred in an appointment process. Thank you for the attention you will give to these reasons.

JUDGMENT

THE COURT DECLARES AND ORDERS:

1. This application for judicial review is allowed with costs to the applicant;
2. The Commission breached its duty of fairness owed to the applicant;
3. The Commission's impugned decision is set aside, in so far as the applicant is affected by the finding of fraud and the corrective action contained therein;
4. The corrective action and conclusions affecting the applicant specifically in the impugned decision and the impugned investigation report are illegal and invalid with respect to the applicant for all legal purposes;
5. The applicant is entitled to a lump sum amount of \$12 000 in costs; they are payable forthwith to the applicant, after deducting the amount of \$650 payable to the respondent, if that amount has not yet been paid by the applicant; and
6. This judgment will be final and binding upon the expiry of rights of appeal.

[200] En terminant, je tiens à remercier les procureurs qui ont comparu devant moi, tout en souhaitant que cette pénible affaire pour les parties en cause, incluant la Commission, se termine avec le présent jugement, qui deviendra final et exécutoire à l'expiration des délais d'appel. Enfin, pour que les déficiences ou lacunes d'ordre systémique — dans les processus d'enquête et d'adjudication — exposées plus haut ne soient pas la source de nouvelles injustices, j'invite la Commission à faire preuve de magnanimité et à entreprendre sans délai une réflexion qui devrait l'amener à réviser ses pratiques dans les cas où elle doit déterminer si une fraude a été commise dans un processus de nomination. Merci donc de l'attention qui sera apportée aux présents motifs.

JUGEMENT

LA COUR STATUE, DÉCLARE ET ORDONNE :

1. La présente demande de contrôle judiciaire est accueillie avec dépens en faveur de la demanderesse;
2. La Commission a manqué à son obligation d'agir de façon équitable à l'endroit de la demanderesse;
3. La décision contestée de la Commission est cassée, en autant que la demanderesse est visée par la conclusion de fraude et les mesures correctives y contenues;
4. Les conclusions et les mesures correctives visant personnellement la demanderesse que l'on retrouve dans la décision contestée et dans le rapport d'enquête contesté, sont illégales et de nul effet à l'égard de la demanderesse, et ce, à toutes fins que de droit;
5. La demanderesse a droit à un montant forfaitaire de 12 000 \$ à titre de dépens; ceux-ci devront être payés sans délai à la demanderesse, déduction faite du montant de 650 \$ payable au défendeur, si ce dernier montant n'a pas encore été acquitté par la demanderesse; et
6. Le présent jugement deviendra final et exécutoire à l'expiration des délais d'appel.