

A-945-91

A-945-91

Réjean A. Éthier (*Appellant*) (*Applicant*)**Réjean A. Éthier** (*appelant*) (*requérant*)

v.

c.

The Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police and The Public Service Commission (*Respondents*) (*Respondents*)**a Le commissaire de la Gendarmerie royale du Canada et la Commission de la fonction publique** (*intimés*) (*intimés*)*INDEXED AS: ÉTHIER v. CANADA (RCMP COMMISSIONER) (C.A.)**b RÉPERTORIÉ: ÉTHIER c. CANADA (COMMISSAIRE DE LA GRC) (C.A.)*

Court of Appeal, Hugessen, Stone and Décary J.J.A.—Ottawa, February 26, 1993.

Cour d'appel, juges Hugessen, Stone et Décary, J.C.A.—Ottawa, 26 février 1993.

Evidence — Appeal from Motions Judge's decision rejecting appellant's supplementary affidavit and exhibits thereto as hearsay — Law of hearsay changed by two recent SCC decisions — Hearsay evidence now admissible on basis of reliability, necessity — Reliability criterion met — Declarants most likely truthful as documents advanced by appellant to support own case — Possibility of mistake remote — Criterion of necessity met, respondents, by counsel, having blocked normal means of access to material — Production of documents by supplementary affidavit most practical and convenient way to bring them forward — Appeal allowed, new hearing ordered.

c Preuve — Appel de la décision du juge des requêtes de rejeter l'affidavit supplémentaire de l'appelant et les pièces qui y sont jointes pour le motif qu'il s'agit de ouï-dire — Le droit en matière de ouï-dire a été modifié par deux récentes décisions de la CSC — L'admission de la preuve par ouï-dire est désormais fondée sur la fiabilité et la nécessité — Le critère de la fiabilité est respecté — Il est fort probable que les déclarants aient dit la vérité puisque l'appelant a produit les documents à l'appui de sa cause — Il est satisfait au critère de la nécessité, les intimés ayant, par l'entremise de leur avocat, bloqué tout moyen régulier d'accès aux documents — L'affidavit supplémentaire était la façon la plus pratique et commode de produire les documents — Appel accueilli, nouvelle audience ordonnée.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

LOIS ET RÈGLEMENTS

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 332.1(6) (as enacted by SOR/90-846, s. 10).

f Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 332.1(6) (éditée par DORS/90-846, art. 10).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

g JURISPRUDENCE

FOLLOWED:

DÉCISIONS SUIVIES:

R. v. Khan, [1990] 2 S.C.R. 531; (1990), 59 C.C.C. (3d) 92; 79 C.R. (3d) 1; 113 N.R. 53; 41 O.A.C. 353; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; (1992), 94 D.L.R. (4th) 590; 75 C.C.C. (3d) 257; 15 C.R. (4th) 133; 139 N.R. 323; 55 O.A.C. 321.

h R. c. Khan, [1990] 2 R.C.S. 531; (1990), 59 C.C.C. (3d) 92; 79 C.R. (3d) 1; 113 N.R. 53; 41 O.A.C. 353; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; (1992), 94 D.L.R. (4th) 590; 75 C.C.C. (3d) 257; 15 C.R. (4th) 133; 139 N.R. 323; 55 O.A.C. 321.

APPEAL from decision of Motions Judge ([1992] 1 F.C. 109; (1991), 45 F.T.R. 310 (T.D.)) rejecting appellant's supplementary affidavit and exhibits thereto as hearsay. Appeal allowed.

i APPEL d'une décision du juge des requêtes ([1992] 1 C.F. 109; (1991), 45 F.T.R. 310 (1^{re} inst.)), de rejeter l'affidavit supplémentaire de l'appelant et les pièces qui y sont jointes pour le motif qu'il s'agit de ouï-dire. Appel accueilli.

COUNSEL:

AVOCATS:

j Charles T. Hackland and Patricia Brethour for appellant (applicant).

Charles T. Hackland et Patricia Brethour pour l'appelant (requérant).

Geoffrey S. Lester for respondents (respondents).

SOLICITORS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for appellant (applicant).^a
Deputy Attorney General of Canada, for respondents (respondents).

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

HUGESSEN J.A.: We are all of the view that the learned Motions Judge [[1992] 1 F.C. 109] erred when he rejected the appellant's supplementary affidavit sworn 29 April 1991 and the exhibits thereto on the grounds that they were hearsay. In the Motions Judge's favour let it be said at once that he did not have drawn to his notice the then recent decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Khan*.¹ The subsequent decision of the Supreme Court in *R. v. Smith*² had, of course, not even been delivered at the time of the judgment under appeal.

As we read them, those two decisions dramatically clarified and simplified the law of hearsay in this country. As Lamer C.J. said in *Smith*, they "signalled an end to the old categorical approach to the admission of hearsay evidence. Hearsay evidence is now admissible on a principled basis, the governing principles being the reliability of the evidence, and its necessity." (At page 933.)

The evidence here sought to be introduced consisted of materials which the appellant had obtained from the Public Service Commission, one of the respondents, following a request under the *Access to Information Act*.³ It is not without significance that respondent's counsel had generally refused requests for production of such documents during the preliminaries leading up to the hearing in the Trial Division. The documents are in two categories, file notes and memoranda relating to an investigation carried out by the Public Service Commission at appellant's request (exhibit A), and contemporary official documents generated by the Commission or by the Royal

¹ [1990] 2 S.C.R. 531.

² [1992] 2 S.C.R. 915.

³ R.S.C., 1985, c. A-1.

Geoffrey S. Lester pour les intimés (intimés).

PROCUREURS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour l'appellant (requérant).
Le sous-procureur général du Canada, pour les intimés (intimés).

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

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Nous sommes tous d'avis que le juge des requêtes [[1992] 1 C.F. 109] a commis une erreur en rejetant l'affidavit supplémentaire de l'appellant assermenté le 29 avril 1991 et les pièces qui y sont jointes pour le motif qu'il s'agissait de ouï-dire. À la décharge du juge des requêtes, disons tout de suite qu'il n'avait pas été mis au courant de l'arrêt alors récent de la Cour suprême du Canada, *R. c. Khan*¹. Évidemment, l'arrêt subséquent *R. c. Smith*² de la Cour suprême n'avait même pas été rendu au moment où le jugement contesté l'a été.

À notre avis, ces deux arrêts ont clarifié et simplifié radicalement le droit canadien en matière de ouï-dire. Comme le juge en chef Lamer l'a dit dans l'arrêt *Smith*, ils ont «annoncé la fin de l'ancienne conception, fondée sur des catégories d'exceptions, de l'admission de la preuve par ouï-dire. L'admission de la preuve par ouï-dire est désormais fondée sur des principes, dont les principaux sont la fiabilité de la preuve et sa nécessité.» (À la page 933.)

En l'espèce, l'appellant cherchait à produire des documents obtenus auprès de la Commission de la fonction publique, l'un des intimés, à la suite d'une demande soumise en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*³. Le refus général de l'avocat de l'intimée de produire ces documents au cours des étapes préliminaires à l'audience devant la Section de première instance n'est pas sans importance. Les documents, regroupés en deux catégories, sont des notes au dossier et des notes de service relatives à une enquête menée par la Commission de la fonction publique à la demande de l'appellant (pièce A), et des documents officiels rédigés à la même époque par la

¹ [1990] 2 R.C.S. 531.

² [1992] 2 R.C.S. 915.

³ L.R.C. (1985), ch. A-1.

Canadian Mounted Police (exhibit B). Both categories relate directly either to the decision to hold an open competition to fill for an indeterminate period the position then held by the appellant on a term basis, or to the competition itself. Those two matters were, of course, the very subject of the section 18 [Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7] proceedings in the Trial Division.

In our view, in the circumstances of this case, the documents in question meet the first criterion of reliability. We, of course, say nothing of the weight they should have at this stage, but on a *prima facie* basis we think that the manner in which they were generated is such as to “substantially negate the possibility that the declarant was untruthful or mistaken.”⁴ These are the respondents’ own documents created during an internal investigation into alleged improprieties in the appointment process. To the extent that they are advanced by the appellant to support his case, it is almost inconceivable that the various declarants would have said anything that was untrue. As to the possibility of mistake, while it is always present, we can see nothing in the circumstances which would lead us to believe that it is realistic in this case, at least in so far as the preliminary question of admissibility is concerned, to say that the declarants erred.

There can equally be no serious question as to the criterion of necessity in the circumstances. Respondents, by their counsel, had blocked any normal means of access to the material. Even once it was obtained through *Access to Information Act* proceedings it was hardly realistic to expect appellant’s solicitor to approach the various declarants and seek affidavits from them, assuming that he could have done so without committing a serious breach of professional ethics. Their production, by means of the supplementary affidavit, was clearly the most practical and convenient way to bring them forward without putting in jeopardy any of the respondents’ rights to reply or explain if they wished to do so.

⁴ *Smith, supra*, at p. 933.

Commission ou la Gendarmerie royale du Canada (pièce B). Les documents des deux catégories portent directement soit sur la décision de tenir un concours public afin de pourvoir pour une période indéterminée le poste alors détenu par l’appellant pour une durée déterminée, soit sur le concours même. C’est, évidemment, sur ces questions même que portaient les procédures intentées en vertu de l’article 18 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7] devant la Section de première instance.

À notre avis, compte tenu des circonstances de l’espèce, les documents en question respectent le premier critère de la fiabilité. Certes, nous ne nous prononçons pas sur le poids qu’ils devraient avoir à cette étape-ci, mais, à première vue, nous croyons que la façon dont ils ont été produits est telle qu’ils «écartent considérablement la possibilité que le déclarant ait menti ou commis une erreur»⁴. Ces documents, qui émanent des intimés, ont été rédigés au cours d’une enquête interne menée relativement à de présumées irrégularités dans le processus de nomination. Dans la mesure où l’appellant les a produits à l’appui de sa cause, il est pour ainsi dire inconcevable que les différents déclarants aient menti. Quant au risque d’une erreur, même s’il est toujours présent, rien dans les circonstances ne pourrait nous amener à croire qu’il est réaliste, en l’espèce, du moins en rapport avec la question préliminaire de l’admissibilité, d’affirmer que les déclarants ont commis une erreur.

De même, dans les circonstances, il ne peut y avoir de doute sérieux sur le critère de la nécessité. Par l’entremise de leur avocat, les intimés avaient bloqué tout moyen régulier d’accès aux documents. Même à partir du moment où ces derniers ont été obtenus grâce à une procédure instruite en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information*, il n’était guère réaliste de s’attendre à ce que le procureur de l’appellant aborde les différents déclarants en vue d’obtenir leurs affidavits, en présumant qu’il aurait pu le faire sans manquer gravement à l’éthique professionnelle. L’affidavit supplémentaire était certainement la façon la plus pratique et commode de produire les documents sans compromettre les droits des intimés de répondre ou d’expliquer s’ils le désiraient.

⁴ *Smith, précité*, à la p. 933.

In the Trial Division the respondents also objected to the production of the supplementary affidavit on the grounds of the prohibition in Rule 332.1(6) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/90-846, s. 10)].⁵ The Motions Judge did not deal with this question in his reasons for judgment and respondents' counsel conceded on the hearing of the appeal that the decision on the evidentiary question could and should be determinative of the question of whether discretion should be exercised in favour of allowing the supplementary affidavit to be filed.

In view of the conclusion we have reached on the admissibility of the supplementary affidavit, we do not think we should deal with the other grounds advanced by the appellant. The whole evidentiary basis upon which the Motions Judge proceeded has now changed. We have carefully considered whether we should now proceed to decide the merits of the section 18 application in his place and have concluded that it is not appropriate that we should do so. The Motions Judge was clearly of the view that the inferences which he could draw from the appellant's material were not strong enough to overcome in his mind the positive assertions in the respondents' affidavits that no impropriety had taken place. The material which we have now found to have been wrongly excluded is manifestly of a nature to permit other, similar inferences to be drawn and we are simply unable to say whether their cumulative effect would have been enough to change the result in the Judge's mind. There must, therefore, be a new hearing.

The appeal will be allowed, the order of the Trial Division dated August 6, 1991, will be set aside and a new hearing ordered. The appellant is entitled to his costs of the appeal; the costs of both hearings in the Trial Division will be at the discretion of the Motions Judge.

En première instance, les intimés se sont également opposés à la production de l'affidavit supplémentaire en invoquant l'interdiction prévue à la Règle 332.1(6) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (éditée par DORS/90-846, art. 10)]⁵. Le juge des requêtes ne s'est pas prononcé sur cette question dans les motifs de son jugement, et l'avocat des intimés a reconnu à l'audition de l'appel que la décision portant sur la recevabilité de la preuve pourrait et devrait trancher la question de savoir si l'on devrait exercer un pouvoir discrétionnaire et permettre le dépôt de l'affidavit supplémentaire.

Compte tenu de notre conclusion sur l'admissibilité de l'affidavit supplémentaire, nous ne croyons pas opportun d'examiner les autres motifs invoqués par l'appellant. L'ensemble de la preuve sur lequel le juge des requêtes s'est fondé n'est plus le même. Nous nous sommes sérieusement demandés s'il fallait maintenant nous prononcer, à sa place, sur le bien-fondé de la demande présentée en vertu de l'article 18 et nous avons conclu qu'il n'était pas opportun de le faire. Le juge des requêtes était manifestement d'avis que les conclusions qu'il pouvait tirer des documents de l'appellant n'étaient pas suffisamment convaincantes pour réfuter, dans son esprit, les affirmations contenues dans les affidavits des intimés selon lesquels aucune irrégularité n'avait été commise. Les documents qui, selon nous, ont été exclus à tort, sont manifestement de nature à permettre d'autres déductions semblables, et nous sommes absolument incapables de dire si leur effet cumulatif aurait permis de modifier la conclusion du juge. Une nouvelle audience doit donc être tenue.

L'appel sera accueilli, l'ordonnance rendue le 6 août 1991 par la Section de première instance sera annulée et la tenue d'une nouvelle audience sera ordonnée. L'appellant aura droit à ses dépens de l'appel; l'adjudication des dépens des deux audiences en première instance sera laissée à la discrétion du juge des requêtes.

⁵ Rule 332.1 . . .

(6) A party who has cross-examined the deponent of an affidavit may not subsequently file any affidavit in the motion without leave of the Court or the consent of all of the adverse parties to the motion.

⁵ Règle 332.1 . . .

(6) La partie qui a contre-interrogé l'auteur d'un affidavit ne peut par la suite déposer un affidavit dans le cadre de la requête, sauf avec le consentement de toutes les parties adverses à la requête, ou si la Cour ne l'y autorise.