

T-3388-90

T-3388-90

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

v.

c.

The Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police and the Public Service Commission (*Respondents*)**Le commissaire de la Gendarmerie royale du Canada et la Commission de la fonction publique** (*intimés*)*INDEXED AS: ÉTHIER v. CANADA (RCMP COMMISSIONER) (T.D.)**b RÉPERTORIÉ: ÉTHIER c. CANADA (COMMISSAIRE DE LA GRC) (1^{re} INST.)*

Trial Division, Cullen J.—Ottawa, June 12 and August 6, 1991.

Section de première instance, juge Cullen—Ottawa, 12 juin et 6 août 1991.

Public service — Selection process — Competitions — Applicant says personnel officer promised closed competition on completion of term appointment — Whether estoppel — Certiorari to quash decision to hold open competition for canteen manager at RCMP headquarters — Former incumbent, no longer civil servant, awarded indeterminate appointment — Public Service Commission having statutory power to decide whether appointment made from within or without Public Service — Case law on duty of procedural fairness reviewed — Decision as to type of competition management prerogative — Applicant lacking right to make representations thereon — Decision not directly terminating applicant's employment — No general duty to act fairly herein.

c Fonction publique — Procédure de sélection — Concours — Le requérant soutient qu'un agent du personnel a promis de tenir un concours restreint au terme de son emploi à durée déterminée — Peut-il plaider estoppel? — Demande d'un bref de certiorari visant à annuler la décision de tenir un concours public pour pourvoir au poste de gérant de l'économat à la Direction générale de la GRC — Le titulaire précédent, qui n'est plus fonctionnaire, obtient la nomination pour une durée indéterminée — La loi habilite la Commission de la fonction publique à décider de nommer des personnes choisies à l'intérieur ou à l'extérieur de la fonction publique — Examen de la jurisprudence relative à l'équité procédurale — La détermination du genre de concours à tenir relève de la prérogative patronale — Le requérant ne peut revendiquer le droit de se faire entendre à ce sujet — La décision ne met pas directement fin à l'emploi du requérant — Il n'y a pas d'obligation générale d'agir équitablement en l'espèce.

Judicial review — Prerogative writs — Certiorari — Application to quash competition and decision to hold open competition for indeterminate position of canteen manager at RCMP headquarters — Term appointee says personnel officer promised closed competition at end of term — Case law on duty of procedural fairness reviewed — Applicant lacking right to make representations as to form of competition — Employment not directly terminated by decision — No general duty on respondents to act fairly — Reasonable apprehension of bias not established.

d e f Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Certiorari — Demande d'annulation d'un concours et de la décision de tenir un concours public afin de pourvoir au poste de gérant de l'économat à la Direction générale de la GRC pour une période indéterminée — La personne occupant le poste pour une durée déterminée soutient qu'un agent du personnel lui a promis la tenue d'un concours restreint à l'expiration de son contrat — Examen de la jurisprudence relative à l'équité procédurale — Le requérant ne peut revendiquer le droit de se faire entendre au sujet du genre de concours — La décision ne met pas directement fin à l'emploi — Les intimés n'assument pas d'obligation générale d'agir équitablement — La crainte raisonnable de partialité n'est pas prouvée.

Practice — Evidence — Supplementary affidavit upon certiorari application comprised of statements made on information and belief, hearsay — Admissible portions not severable — Affidavit struck in entirety — Annexed exhibits hearsay — Introduced to establish truth of contents — Whether admissible as within exception to hearsay rule — Double hearsay — Inadmissibility of record made in course of investigation — Business records at common law — Public document exception — Necessity for public access in case of "inquiry" documents.

i j Pratique — Preuve — L'affidavit supplémentaire produit au soutien de la demande de certiorari renferme des déclarations découlant de renseignements et de croyances et qui sont du ouï-dire — Les portions admissibles ne peuvent être séparées des portions non admissibles — L'affidavit est radié dans sa totalité — Les pièces jointes à l'affidavit constituent du ouï-dire — Elles visent à établir la véracité de la teneur de celui-ci — Sont-elles couvertes par une exception à la règle du ouï-dire? — Double ouï-dire — Inadmissibilité des documents constitués à l'occasion d'une enquête — Règles de common law applicables aux pièces commerciales — Exception relative

This was a section 18 application for *certiorari* quashing the respondents' decision to hold an open competition for the position of canteen manager at RCMP headquarters in Ottawa, and setting aside the competition itself. Respondents sought an order striking applicant's supplementary affidavit and exhibits attached thereto as hearsay under *Federal Court Rules*, Rule 332 and the common law rules of evidence. The applicant, first employed at the RCMP canteen in 1979, was named canteen manager, as a public servant, on a term appointment from June 7, 1988 to December 1989. Prior to expiry of the term, it was decided to hold an open competition to fill the position on an indeterminate basis. The indeterminate appointment was awarded to applicant's predecessor. The applicant questioned the regularity of the process but the Public Service Commission, after an internal investigation, concluded that the complaint was unfounded. Applicant then sued the respondents, alleging breach of the duty of fairness in failing to provide him with an opportunity to be heard on the decision to hold an open competition. It was argued that the decision was based on an improper consideration, namely to give applicant's predecessor an opportunity to regain his position, that the respondents were estopped from holding an open competition in view of certain representations made to applicant by an RCMP personnel officer and that the involvement of another RCMP officer raised a reasonable apprehension of bias. The respondents' position was that the decision to hold an open competition was made in good faith and within the discretion conferred by the *Public Service Employment Act*.

The issues were whether the respondents breached the duty of fairness towards the applicant in deciding to hold an open competition without offering him an opportunity to make representations and whether the applicant's supplementary affidavit and attached exhibits were admissible in support of his application.

Held, the application should be dismissed.

To be admissible under the *Federal Court Rules*, Rule 332(1), applicant's supplementary affidavit should have been based on his own knowledge and belief, not on hearsay. Since the affidavit was comprised of statements made from information and opinions based not on personal knowledge but on hearsay and because the admissible portions were not severable from the inadmissible portions, it should be struck out in its entirety. The two exhibits annexed to the supplementary affidavit were introduced as assertive documents to establish the truth of what is contained in the statement and were therefore hearsay. These exhibits, to be admissible, would have to fall within one of the four exceptions to the hearsay rule. (1) Such exhibits would be admissible under subsection 26(1) of the *Canada Evidence Act* if considered a "book" within the meaning of that subsection. But the word "book" does not include any kind of record and does not extend to reports consisting of

aux documents publics — Nécessité de l'existence d'un droit d'accès public à l'égard des documents «d'enquête».

Le requérant a demandé à la Cour de prononcer, en application de l'article 18, une ordonnance de la nature d'un bref de *certiorari* annulant la décision des intimés de pourvoir au poste de gérant de l'économat à la Direction générale de la GRC à Ottawa par voie de concours public et annulant le concours lui-même. Les intimés ont demandé la radiation de l'affidavit supplémentaire du requérant et des pièces qui y étaient annexées parce qu'ils constituaient du ouï-dire aux termes de la Règle 332 des *Règles de la Cour fédérale* et des règles de preuve de la common law. Le requérant, qui a commencé à travailler à l'économat de la GRC en 1979, en fut nommé gérant, avec statut de fonctionnaire fédéral, pour une durée déterminée, savoir du 7 juin 1988 jusqu'au mois de décembre 1989. Avant l'expiration du terme, il fut décidé de tenir un concours public pour pourvoir au poste pour une durée indéterminée. C'est le prédécesseur du requérant qui obtint la nomination. Le requérant contesta la régularité du processus suivi, mais la Commission de la fonction publique, après une enquête interne, déclara sa plainte non fondée. Le requérant poursuivit alors les intimés, leur reprochant d'avoir manqué à leur devoir d'agir équitablement en ne lui fournissant pas l'occasion d'être entendu avant de décider de la tenue d'un concours public. Il soutint aussi que la décision avait été prise pour des motifs incorrects, savoir pour donner à son prédécesseur la possibilité de reprendre son poste, que les règles applicables à l'estoppel empêchaient les intimés de tenir un concours public, à cause des déclarations qu'un agent du personnel de la GRC lui avaient faites et que l'intervention d'un autre employé de la GRC faisait naître une crainte raisonnable de partialité. Les intimés ont allégué que la décision de tenir un concours public avait été prise dans l'exercice de bonne foi d'un pouvoir discrétionnaire conféré par la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*.

La Cour devait déterminer si les intimés avaient manqué à leur devoir d'agir équitablement en décidant de tenir un concours public sans offrir au requérant l'occasion de se faire entendre et devait se prononcer sur l'admissibilité de l'affidavit supplémentaire produit par le requérant à l'appui de sa demande et des pièces qui y étaient jointes.

Jugement: la requête devrait être rejetée.

Pour être admissible conformément à la Règle 332(1) des *Règles de la Cour fédérale*, l'affidavit supplémentaire du requérant aurait dû reposer sur les propres connaissances et croyances de ce dernier, non sur du ouï-dire. Puisque l'affidavit se compose de déclarations découlant de renseignements et d'opinions constituant du ouï-dire et non de connaissances personnelles, et comme les portions admissibles du document ne peuvent être séparées des portions inadmissibles, il doit être radié dans sa totalité. Les deux pièces jointes à l'affidavit sont des documents affirmatifs produits pour établir la véracité des déclarations faites et constituent donc du ouï-dire. Pour être admissibles, elles doivent donc être couvertes par l'une des quatre exceptions reconnues à la règle du ouï-dire. (1) Les pièces pourraient être admises en vertu du paragraphe 26(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* si elles pouvaient être considérées comme un «livre» au sens de cette disposition. Mais le

opinion and interpretation such as the exhibits herein. This subsection is therefore inapplicable. 2) The exception based on subsection 30(1) of the Act is inapplicable for two reasons. First, a condition precedent to the admissibility of documents under this subsection is that oral evidence of the matter recorded in the document also be admissible. In other words, the maker of the record must have had personal knowledge of the events or statements recorded, otherwise the recorded statements would be double hearsay. This condition had not been met. Furthermore, the notes having been taken in the course of an investigation into the applicant's complaint, they were excluded by virtue of subparagraph 30(10)(a)(i) of the *Canada Evidence Act*. 3) While most of the requirements of the business record exception at common law had been satisfied, the exhibits failed to meet the requirement that the recorder have personal knowledge of the thing recorded. In both exhibits, the recorders did not have such knowledge. 4) Although both exhibits met the basic requirements of the public documents exception, in the case of "inquiry documents" there may be a further requirement: public right of access. The exhibits in question were the results of inquiries made pursuant to a public duty; the limited access available under the *Access to Information Act* is not equivalent to the broad public access that is necessary for the rationale of public scrutiny to be effective and was insufficient to be a guarantee of reliability. The exhibits were, therefore, not admissible under any of the exceptions to the hearsay rule and should be struck out.

As to the duty of fairness owed to the applicant, the *Public Service Employment Act* appears to give the Commission a discretion to make appointments from within or from outside the Public Service. But, in decisions which may be considered administrative in nature, the decision-maker owes a duty of procedural fairness in certain circumstances. First of the three factors to be considered in determining whether there is a duty to act fairly is the nature of the decision, more precisely its finality. A decision of a preliminary nature, such as that in question, will not in general trigger the duty to act fairly. The second factor is the relationship between the body and the individual. In the instant case, it was that of employer-employee. That an employee occupies a term position is not necessarily incompatible with the existence of a duty of fairness upon the expiration or non-renewal of the term. However, the relationship of the parties in this case was not one that would trigger the right to make representations as to the form of competition. The decision as to the type of competition is a management prerogative, entrusted to the Public Service Commission by statute. The third question is whether the decision has a significant effect upon the individual. Unless it does, the right to procedural fairness does not arise. The decision to hold an open competition did not terminate the applicant's employment, but only deprived him of certain advantages he would have enjoyed in a closed competition. In view of these three factors, there was not a general duty on the respondents to act fairly.

mot «livre» ne vise pas tout type de pièce et n'englobe pas les rapports constitués d'opinions et d'interprétations que sont les pièces produites en l'espèce. Ce paragraphe est donc inapplicable. (2) L'exception prévue au paragraphe 30(1) de la Loi est également inapplicable pour deux raisons. Premièrement, l'admissibilité de documents en vertu de cette disposition est assujettie à la condition préalable que la preuve orale de leur teneur soit admissible. Autrement dit, leur auteur doit avoir eu une connaissance personnelle des événements relatés ou des déclarations faites, autrement ceux-ci constitueraient un double ouï-dire. Cette condition n'est pas remplie. En outre, comme les notes avaient été établies au cours de l'enquête relative à la plainte du requérant, elles étaient exclues en raison du sous-alinéa 30(10)a)(i) de la *Loi sur la preuve au Canada*. (3) Bien que les pièces satisfassent à la plupart des exigences prévues par la common law à l'égard de l'exception visant les pièces commerciales, elles ne remplissent pas la condition voulant que l'auteur ait une connaissance personnelle des éléments consignés. Cette connaissance fait défaut dans le cas des deux pièces. (4) Bien que les deux pièces soient conformes aux exigences fondamentales de l'exception visant les documents publics, il est possible qu'une autre exigence s'ajoute dans le cas des «documents d'enquête», celle du droit d'accès public. Les pièces en question proviennent d'enquêtes effectuées dans l'exercice d'une charge publique. L'accès limité prévu à la *Loi sur l'accès à l'information* n'équivalait pas au vaste accès public nécessaire à l'efficacité des motifs justifiant l'examen public et n'est pas suffisant pour constituer une garantie de fiabilité. Aucune des exceptions invoquées à la règle du ouï-dire n'autorise donc l'admission des pièces; elles doivent être radiées.

En ce qui concerne le devoir d'agir équitablement, la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* semble conférer à la Commission le pouvoir discrétionnaire de nommer des personnes choisies à l'intérieur ou à l'extérieur de la fonction publique. Mais à l'égard de certaines décisions pouvant être considérées de nature administrative, le décideur doit, dans certaines situations, respecter l'équité procédurale. Le premier des trois facteurs à examiner pour déterminer s'il existe une obligation d'agir équitablement est la nature de la décision et, plus précisément, son caractère irrévocable. Une décision de nature préliminaire, comme en l'espèce, ne fera pas naître, généralement, le devoir d'agir équitablement. Le deuxième facteur est la relation existant entre l'organisme et le particulier. En l'espèce, il s'agit d'une relation employeur-employé. Le fait qu'un employé occupe un poste pour une durée déterminée n'exclut pas nécessairement l'existence d'un devoir d'agir équitablement à l'expiration du contrat ou à l'occasion de la décision de ne pas le renouveler. Toutefois, la relation existant entre les parties en l'espèce n'est pas de celles qui donnent ouverture au droit de se faire entendre relativement au genre de concours à tenir. La décision en cette matière relève de la prérogative patronale, que la loi a dévolue à la Commission de la fonction publique. Le troisième facteur consiste à se demander si la décision a des répercussions importantes sur la personne visée. Si elle n'en a pas, il n'y a pas de droit à l'équité procédurale. La décision de tenir un concours public n'a pas mis fin à l'emploi du requérant; elle n'a fait que le priver de certains avan-

Even if it were true that a personnel officer had promised applicant that if he accepted a term there would be a closed competition upon its completion, that would not found an estoppel against the respondents because the officer lacked authority to give such an undertaking.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 26(1), 30(1),(10)(a)(i),(11),(12).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 332(1).
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 8, 11.
Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, s. 10(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Knight v. Indian Head School Division No. 19, [1990] 1 S.C.R. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17; *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66 (H.L.).

APPLIED:

R. v. O'Brien, [1978] 1 S.C.R. 591; (1977), 76 D.L.R. (3d) 513; [1977] 5 W.W.R. 400; 35 C.C.C. (2d) 209; 38 C.R.N.S. 325; 16 N.R. 271; *Finestone v. The Queen*, [1953] 2 S.C.R. 107; (1953), 107 C.C.C. 93; 17 C.R. 211; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410; *R. v. Laverty (No. 2)* (1979), 47 C.C.C. (2d) 60; 9 C.R. (3d) 288 (Ont. C.A.).

CONSIDERED:

Nowlan v. Elderkin, [1950] 3 D.L.R. 773 (N.S.S.C.); *R. v. Grimba and Wilder* (1977), 38 C.C.C. (2d) 469 (Ont. Co. Ct.); *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; (1970), 14 D.L.R. (3d) 4; 73 W.W.R. 347; 12 C.R.N.S. 349.

REFERRED TO:

Okeynan v. Prince Albert Penitentiary and National Parole Board (1988), 20 F.T.R. 270 (F.C.T.D.); *Regina v. Northern Electric Company, Limited et al.*, [1955] O.R. 431; [1955] 3 D.L.R. 449; 111 C.C.C. 241; 24 C.P.R. 1; 21 C.R. 45 (H. C.); *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*,

tages dont il aurait joui dans un concours restreint. Compte tenu de ces trois facteurs, les intimés n'assumaient pas d'obligation générale d'agir équitablement.

Même si un agent du personnel avait véritablement promis au requérant que s'il acceptait une nomination à durée déterminée il y aurait un concours restreint à l'expiration de son contrat, cela n'est pas suffisant pour fonder l'estoppel parce que l'agent n'avait pas le pouvoir de s'engager de la sorte.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), chap. A-1.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.
Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), chap. R-10, art. 10(1).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), chap. C-5, art. 26(1), 30(1),(10)(a)(i),(11),(12).
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-33, art. 8, 11.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 332(1).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

Knight c. Indian Head School Division No. 19, [1990] 1 R.C.S. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17; *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66 (H.L.).

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

R. c. O'Brien, [1978] 1 R.C.S. 591; (1977), 76 D.L.R. (3d) 513; [1977] 5 W.W.R. 400; 35 C.C.C. (2d) 209; 38 C.R.N.S. 325; 16 N.R. 271; *Finestone v. The Queen*, [1953] 2 R.C.S. 107; (1953), 107 C.C.C. 93; 17 C.R. 211; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410; *R. v. Laverty (No. 2)* (1979), 47 C.C.C. (2d) 60; 9 C.R. (3d) 288 (C.A. Ont.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Nowlan v. Elderkin, [1950] 3 D.L.R. 773 (C.S.N.-É.); *R. v. Grimba and Wilder* (1977), 38 C.C.C. (2d) 469 (C. Cté. Ont.); *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; (1970), 14 D.L.R. (3d) 4; 73 W.W.R. 347; 12 C.R.N.S. 349.

DÉCISIONS CITÉES:

Okeynan c. Pénitencier de Prince Albert et Comité de libération conditionnelle, (1988) 20 F.T.R. 270 (C.F. 1^{re} inst.); *Regina v. Northern Electric Company, Limited et al.*, [1955] O.R. 431; [1955] 3 D.L.R. 449; 111 C.C.C. 241; 24 C.P.R. 1; 21 C.R. 45 (H. C.); *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries*

[1968] A.C. 997 (H.L.); *Cantwell v. Canada (Minister of the Environment)* (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 16 (F.C.T.D.).

and *Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.); *Cantwell c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 16 (C.F. 1^{re} inst.).

AUTHORS CITED

Ewart, J. Douglas. *Documentary Evidence in Canada*, Toronto: Carswell Legal Publications, 1984.

Lederman, S. N. "The Admissibility of Business Records: A Partial Metamorphosis" (1973), 11 *Osgoode Hall L.J.* 373.

Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 5th ed., Oxford: Clarendon Press, 1982.

COUNSEL:

Charles T. Hackland for applicant.
Geoffrey S. Lester and *Hélène Laurendeau* for respondents.

SOLICITORS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada, for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

CULLEN J.: This is an application pursuant to section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, for an order in the nature of *certiorari*. It concerns certain alleged irregularities involved in staffing the position of canteen manager at the RCMP headquarters in Ottawa. The relief sought is an order quashing and setting aside the decision by the respondents to hold an open competition to staff the position of canteen manager, and an order quashing and setting aside the competition and declaring the position vacant.

The respondents have made a concurrent application for an order striking out the supplementary affidavit of the applicant and the exhibits attached thereto made in support of the above application on the ground that they are based on the applicant's information and belief, and are hearsay, pursuant to Rule 332 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] and the rules of evidence at common law.

DOCTRINE

Ewart, J. Douglas. *Documentary Evidence in Canada*, Toronto: Carswell Legal Publications, 1984.

Lederman, S. N. «The Admissibility of Business Records: A Partial Metamorphosis» (1973), 11 *Osgoode Hall L.J.* 373.

Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 5th ed., Oxford: Clarendon Press, 1982.

AVOCATS:

Charles T. Hackland pour le requérant.
Geoffrey S. Lester et *Hélène Laurendeau* pour les intimés.

PROCUREURS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

LE JUGE CULLEN: Le requérant se prévaut de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7 pour demander à la Cour de prononcer une ordonnance de la nature d'un bref de *certiorari*. L'affaire porte sur de prétendues irrégularités commises dans la dotation du poste de gérant de l'économat à la Direction générale de la GRC à Ottawa. Le requérant demande à la Cour de rendre une ordonnance annulant la décision des intimés de pourvoir au poste par voie de concours public ainsi qu'une ordonnance annulant le concours et déclarant le poste vacant.

Les intimés ont présenté une demande concomitante visant la radiation de l'affidavit supplémentaire souscrit par le requérant au soutien de sa demande ainsi que des pièces qu'il y a annexées. Ils soutiennent que ces documents reposent sur des croyances et des renseignements du requérant et constituent du oui-dire suivant la Règle 332 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663] et les règles de preuve de la common law.

FACTS

The applicant was first employed by the Royal Canadian Mounted Police canteen in 1979, and served as assistant manager of the canteen from 1981 to 1987. The applicant was not during this time a federal public servant. In February 1988, the canteen manager, Gilles Charbonneau, resigned from the Public Service. An open competition was held to find a replacement. The applicant was the successful candidate. He was then appointed to canteen manager on a term basis with the status of a public servant from June 7, 1988, to May 1, 1989. With extensions, the contract ran to December, 1989.

It is unclear why the position of canteen manager was filled by the applicant on a term as opposed to an indeterminate basis. The position had been considered indeterminate when it had been held by Charbonneau. According to Public Service Guidelines, if the work to be performed is ongoing in nature, the preferred staffing option is to make the appointment on an indeterminate basis. RCMP superintendent J. A. Lebel, who was in charge of administration and personnel at RCMP headquarters, states in his affidavit that the applicant was appointed on a term basis so the applicant would have "an opportunity to demonstrate his capacity to perform in the position rather than appoint him permanently from the beginning". He also stated that this was done on the advice of the Public Service staffing officer, Lise Péladeau. Péladeau, however, states that she believed the decision to be Lebel's alone. The evidence of Louise Parry, Péladeau's supervisor, was that the Public Service Commission does not approve of making term appointments for probationary purposes.

The applicant states that when he accepted the position, he was advised by Lebel that he had several options with respect to his employment status in the new position. He could choose to be appointed manager on an indefinite basis, as a non-governmental employee, or he could choose to take the appoint-

LES FAITS

Le requérant a commencé à travailler à l'économat de la Gendarmerie royale du Canada en 1979. De 1981 à 1987, il y a occupé le poste de gérant adjoint. Il n'avait pas, pendant cette période, le statut de fonctionnaire fédéral. Au mois de février 1988, le gérant de l'économat, M. Gilles Charbonneau, démissionna de la fonction publique. L'employeur organisa un concours public pour lui trouver un remplaçant. C'est le requérant qui se classa premier. Il fut donc nommé gérant de l'économat pour une durée déterminée, savoir du 7 juin 1988 au 1^{er} mai 1989, avec statut de fonctionnaire fédéral. Il y eut des prolongations au contrat, et il occupa le poste jusqu'au mois de décembre 1989.

La raison pour laquelle le requérant a été nommé pour une durée déterminée plutôt qu'indéterminée n'est pas claire. Lorsque M. Charbonneau occupait le poste, celui-ci était un poste à durée indéterminée et, suivant les lignes directrices de la Commission de la fonction publique, il est préférable de pourvoir les postes dont les fonctions sont de nature permanente en y nommant les employés pour une durée indéterminée. M. J. A. Lebel, surintendant de la GRC, qui avait la charge de l'administration et du personnel à la Direction générale de l'organisme, a déclaré dans son affidavit que le requérant avait été nommé pour une durée déterminée pour qu'il [TRADUCTION] «ait la possibilité de faire la preuve de son aptitude à exécuter les attributions de son poste au lieu d'être nommé immédiatement à titre permanent». Il a ajouté que c'est sur les conseils de l'agente de dotation de la Commission de la fonction publique, M^{me} Lise Péladeau, qu'il avait procédé de cette façon. M^{me} Péladeau, toutefois, a affirmé que, selon elle, c'est M. Lebel seul qui avait pris la décision. La supérieure de M^{me} Péladeau, M^{me} Louise Parry, a indiqué dans son témoignage que la Commission de la fonction publique n'approuvait pas le recours à des nominations à durée déterminée à des fins probatoires.

Le requérant déclare que lorsqu'il a accepté le poste, M. Lebel l'a informé qu'il pouvait choisir entre plusieurs statuts. Il pouvait opter pour une nomination à durée indéterminée à titre d'employé non gouvernemental ou bien pour une nomination pour une durée déterminée à titre de fonctionnaire.

ment as a governmental employee for a limited term. According to the applicant, Lebel advised him that if he chose to accept a term appointment, a closed competition would be held upon the end of his term, and as long as no qualified persons came forward for the job, he would be confirmed in the position indefinitely. Lebel denies that he promised the applicant that a closed competition would be held, and at most expressed a possibility. He also states that he had no authority to make such a representation that would be binding upon the respondents.

Superintendent Lebel was replaced by Superintendent Yves Campagna in the summer of 1988. Campagna was requested by his superior, Chief Superintendent Yelle, to contact Charbonneau and determine if he was interested in returning to his former position. Yelle, Campagna and Charbonneau later met to discuss this possibility, with Charbonneau stating that he would return if he could receive performance bonuses over and above his salary. Campagna enquired as to the possibility of such bonuses with Michel Chatelaine, the officer in charge of the Public Service Personnel Administration branch at RCMP headquarters. Chatelaine advised that such bonuses could not be offered. Charbonneau then told Campagna that he would not be interested in the position. He subsequently changed his mind, but as will be seen it is unclear when this change of heart was brought to the attention of Campagna before or after the decision was made to have an open competition.

As the applicant's term drew to a close, a preliminary decision had been made by Louise Parry and Lise Péladeau to re-staff the position by means of a closed competition. On May 9, 1989, however, this decision was changed at a brief meeting between Parry and Campagna. Parry for the Public Service Commission, in consultation with Campagna for the RCMP, decided that an open competition would be held to fill the position of canteen manager on an indeterminate basis. The circumstances surrounding this meeting are, unfortunately, unclear in several key respects. It appears that Parry set out a number of staffing options for the position, and that Campagna stated that he wished to have an open competition in order to find the best qualified candidate for the position. Parry testified that she inferred from this that Campagna was not completely satisfied with the

Lebel lui aurait en outre fait valoir que s'il choisissait la nomination à durée déterminée, il y aurait un concours restreint à l'expiration du contrat, et que s'il ne se présentait pas d'autres candidats qualifiés, sa nomination à ce poste serait confirmée pour une durée indéterminée. Lebel a nié avoir promis au requérant qu'il procéderait par voie de concours restreint; il aurait tout au plus mentionné l'existence de cette possibilité. Il a affirmé en outre qu'il n'avait pas le pouvoir de faire une déclaration de ce genre qui lierait les intimés.

Pendant l'été 1988, le surintendant Lebel fut remplacé par le surintendant Yves Campagna, lequel reçut l'instruction du surintendant principal Yelle de communiquer avec Charbonneau et de voir si ce dernier était intéressé à revenir à son ancien poste. MM. Yelle, Campagna et Charbonneau se rencontrèrent par la suite afin de discuter de cette possibilité. Charbonneau se déclara prêt à revenir s'il pouvait toucher une prime de rendement en plus de son salaire. Campagna s'enquit de cette possibilité auprès de Michel Chatelaine, le cadre responsable de l'administration du personnel de la fonction publique à la Direction générale de la GRC. Ce dernier l'informa qu'il n'était pas possible d'accorder de telles primes. Charbonneau déclara alors à Campagna qu'il n'était pas intéressé au poste. Il changea d'avis par la suite, mais, comme nous le verrons, on ne sait trop si M. Campagna a été mis au courant de ce revirement avant de décider de tenir un concours public ou après.

Le terme du contrat du requérant approchant, M^{mes} Louise Parry et Lise Péladeau ont résolu de combler le poste par voie de concours restreint. Toutefois, il fut décidé de procéder autrement au cours d'une brève rencontre, tenue le 9 mai 1989 entre M^{me} Parry, de la Commission de la fonction publique, et M. Campagna, de la GRC. M^{me} Parry, en consultation avec M. Campagna, prit la décision de tenir un concours public et de pourvoir au poste de gérant de l'économat pour une durée indéterminée. Malheureusement, les circonstances de cette réunion demeurent, à plusieurs égards importants, nébuleuses. Il appert que M^{me} Parry présenta un certain nombre d'options en rapport avec la dotation de ce poste et que M. Campagna indiqua qu'il préférerait tenir un concours public afin de trouver le candidat le mieux qualifié. Dans son témoignage, M^{me} Parry déclara

applicant. Left unexplained was the reason for pursuing a closed competition until May 9th if it was apparent that there would be a problem in finding sufficiently qualified candidates for the position.

It also appears that at the time of the meeting, Parry, who had only been in her job for some weeks, while aware that the applicant was a term employee, was unaware of the applicant's long history with the canteen or of the circumstances of his appointment when the decision to have an open competition was made, although Péladeau had been aware of these matters. It also appears that at the time of the meeting, Campagna may have had concerns about the applicant's job performance, although he denied on cross-examination that he was other than completely satisfied with the applicant. Four days before the May 9th meeting, Campagna had signed a performance appraisal that stated that canteen profits had seriously declined under the applicant's stewardship. This was in fact incorrect. The applicant subsequently grieved this appraisal, and in February 1990 the appraisal was altered to indicate that substantial profits had been achieved.

The evidence of Campagna was unclear in certain other respects. He stated on cross-examination that he did not remember when he had been advised by Charbonneau that he wished to compete for his former position, whether it was before or after the May 9th meeting. He also stated that he did not remember if he had advised Parry that Charbonneau wanted to compete. Parry stated that she was not so advised, and also stated that it would be inappropriate to employ a process to facilitate the chance of a particular individual to compete.

The applicant submits that the inescapable conclusion to be drawn from the circumstances was that the decision to have an open competition was made in order to allow Charbonneau a chance to compete for his position, for as he was no longer a civil servant he would not be eligible for a closed competition. Campagna and Parry deny that the decision to have an

qu'elle en avait conclu que M. Campagna n'était pas entièrement satisfait du rendement du requérant. Personne n'a expliqué pourquoi on avait opté pour un concours restreint jusqu'au 9 mai, s'il était manifeste qu'il serait difficile d'obtenir suffisamment de candidats qualifiés pour le poste.

Il appert également que M^{me} Parry, qui n'exerçait ses fonctions que depuis quelques semaines au moment de la rencontre, savait que le requérant avait été nommé pour une durée déterminée, mais ignorait, quand la décision de tenir un concours public fut prise, ses longs états de service à l'économat ainsi que les circonstances ayant présidé à sa nomination. M^{me} Péladeau, par contre, était au courant de ces faits. Il semble en outre qu'au moment de la rencontre, M. Campagna ait pu avoir des réserves quant au rendement du requérant, bien qu'il ait nié, en contre-interrogatoire, avoir éprouvé autre chose qu'une entière satisfaction à l'égard du travail de celui-ci. Quatre jours avant la réunion du 9 mai, M. Campagna avait signé l'évaluation du rendement du requérant, laquelle mentionnait que les profits de l'économat avaient sérieusement diminué sous sa direction. Ce fait était inexact. Le requérant formula un grief à ce sujet et, au mois de février 1990, l'évaluation fut modifiée pour indiquer une hausse substantielle des profits.

Le témoignage de Campagna souffre d'imprécision à d'autres égards. Il a affirmé, en contre-interrogatoire, qu'il ne se souvenait pas du moment où Charbonneau l'avait informé qu'il souhaitait participer au concours visant son ancien poste; il ne savait pas si c'était avant ou après la rencontre du 9 mai. Il ne se rappelait pas non plus s'il avait avisé M^{me} Parry du fait que Charbonneau entendait se porter candidat. M^{me} Parry a affirmé qu'elle n'en a pas été informée et a ajouté qu'il serait incorrect d'opter pour un processus donné dans le but de faciliter la participation d'un candidat particulier à un concours.

Le requérant soutient qu'on ne peut faire autrement que conclure de ces circonstances que la décision de tenir un concours public visait à donner à Charbonneau la chance de se porter candidat au poste. En effet, celui-ci n'étant plus fonctionnaire, il n'aurait pu prendre part à un concours restreint. M. Campagna et M^{me} Parry nient avoir opté pour un concours public

open competition was made to allow Charbonneau a chance to compete for the position, but in order to have the best possible candidate for the position.

In June 1989, the applicant was advised for the first time of the decision to have an open competition. He states that while he felt the decision to be extremely unfair in light of his performance and his understanding of the representations made by Lebel, he also felt that he had no choice but to enter the competition. It is unclear how the applicant was made eligible for the competition, for it is the policy of the Public Service Commission not to refer for competitions for indeterminate positions the names of those who already occupy the position on a term basis. This would have had the effect of disqualifying the applicant, but it appears he was included in the competition by some sort of administrative fiat. Charbonneau, however, as an outsider, was subject to no such restrictions, and his name was referred from the Public Service inventory of names. The indeterminate appointment was awarded to Charbonneau in November 1989.

The applicant sought to complain about the regularity of the process. Had the applicant been competing in a closed competition as a term employee, he would have had a guaranteed right of appeal against Charbonneau's appointment with a hearing held before an adjudicator. As he was competing as an outsider in an open competition, however, his only recourse was to complain about the competition process to the Appeals and Investigation Branch of the Public Service Commission. The Commission, after an internal investigation, concluded that the applicant's complaint was unfounded.

The applicant then filed an action against the respondents. He then proceeded to seek prerogative relief in this court. During cross-examination on the affidavits to be submitted in this proceeding, the applicant requested that the staffing files relating to the competition be produced, which request was refused. The applicant then applied under the *Access to Information Act* [R.S.C., 1985, c. A-1] for a copy of the file concerning the investigation by the Public Service Investigation Branch. A series of "Notes to

dans ce but. Ils affirment avoir cherché par là à obtenir le candidat le plus qualifié.

a C'est au mois de juin 1989 que le requérant fut informé pour la première fois de la décision de tenir un concours public. Il affirme que, bien qu'il considérât cette décision extrêmement injuste compte tenu de son rendement et de sa compréhension des déclarations faites par Lebel, il ne croyait pas avoir d'autre choix que de se présenter au concours. On n'a pas établi clairement sur quelles bases il a été jugé admissible au concours. La politique de la Commission de la fonction publique est, en effet, de ne pas inscrire à un concours visant à doter un poste pour une durée indéterminée un candidat qui occupe ce poste pour une durée déterminée. Cette politique aurait dû rendre le requérant inadmissible, mais il semble qu'il ait été admis à se présenter par une sorte d'autorisation administrative. Charbonneau, par contre, ne faisait l'objet d'aucune restriction de ce genre puisqu'il venait de l'extérieur, et son nom fut extrait du répertoire de la fonction publique et porté sur la liste des candidats. C'est lui qui obtint la nomination à durée indéterminée au poste, au mois de novembre 1989.

f Le requérant entreprit de contester la régularité du processus suivi. S'il avait pris part à un concours restreint, à titre d'employé nommé pour une période déterminée, il aurait été assuré d'un droit d'appel contre la nomination de Charbonneau et d'une audience devant un arbitre. À titre de candidat externe à un concours public, par contre, il n'avait d'autre recours que de contester le processus suivi auprès de la Direction générale des appels et enquêtes de la Commission de la fonction publique. Après une enquête interne, la Commission déclara la plainte non fondée.

i Le requérant prit alors action contre les intimés, puis entreprit un recours en prérogative devant la Cour. Pendant le contre-interrogatoire mené relativement aux affidavits soumis à l'appui de la dite action, il demanda la production des dossiers concernant le concours, mais sa requête fut rejetée. Il réclama alors une copie du dossier de l'enquête effectuée par la Direction des enquêtes en invoquant la *Loi sur l'accès à l'information* [L.R.C. (1985), chap. A-1]. Il obtint une série de [TRADUCTION] «Notes au dossier»

File” by the investigator, Michelle Grosleau, was obtained. Also obtained were internal RCMP documents concerning the open competition. The applicant has annexed these documents to a supplementary affidavit filed in support of his *certiorari* application. The respondents have applied to have the supplementary affidavit and the exhibits struck out as inadmissible hearsay.

POSITION OF THE APPLICANT

The applicant states that the respondents breached a duty of fairness by failing to provide the applicant with an opportunity to be heard on the decision to hold an external competition. He also submits that the decision was based on improper motives and irrelevant considerations, to wit, a desire to give Charbonneau an opportunity to regain his position. In addition, the applicant states that the respondents were estopped from holding an external competition by virtue of his reliance on the representations made to him by Lebel. There is also an allegation that the involvement of Campagna in the decision raises a reasonable apprehension of bias.

POSITION OF THE RESPONDENTS

The respondents deny that any binding representations were made to the applicant by Lebel concerning the type of competition that would be held upon the expiry of his term. They also deny that any improper motive inspired the decision to hold an open competition, or that any policies or procedures were breached in reaching this decision. They state that the decision to hold an open competition was a good faith exercise of the discretion to make such decisions conferred by the *Public Service Employment Act* [R.S.C., 1985, c. P-33].

MOTION OF THE RESPONDENTS

I propose to deal first with the respondents’ motion to strike out all or part of the applicant’s supplementary affidavit and the attached exhibits on the ground that the affidavit is not confined to facts that the applicant is able to prove of his own knowledge, and that the exhibits annexed to the affidavit have not been proved and are hearsay. The matters can be conveniently divided into questions of the admissibility

consignées par Michelle Grosleau, la personne chargée de l’enquête, ainsi que des documents internes de la GRC portant sur le concours public. Il annexa ces documents à un affidavit supplémentaire qu’il déposa à l’appui de sa demande de *certiorari*. Les intimés présentèrent une requête visant à faire radier l’affidavit et les pièces parce que ceux-ci constituaient du ouï-dire et étaient irrecevables.

^b POSITION DU REQUÉRANT

Le requérant expose que les intimés ont manqué à leur devoir d’agir équitablement en ne lui fournissant pas l’occasion d’être entendu avant de décider de la tenue d’un concours public. Il soutient également qu’ils ont pris cette décision pour des motifs incorrects en tenant compte d’éléments non pertinents, c’est-à-dire le désir de donner à Charbonneau une occasion de reprendre son poste. Il ajoute que les intimés ne pouvaient tenir un concours public à cause des déclarations que Lebel lui avaient faites et auxquelles il avait ajouté foi. Il soutient en outre que l’intervention de Campagna dans le processus décisionnel fait naître une crainte raisonnable de partialité.

POSITION DES INTIMÉS

Les intimés nient que Lebel ait fait au requérant des déclarations les liant relativement au genre de concours qui serait tenu à l’expiration du contrat. Ils nient également avoir fait reposer la décision de tenir un concours public sur des motifs incorrects ou avoir enfreint quelque procédure ou politique que ce soit en prenant la décision. Ils affirment que celle-ci procède de l’exercice de bonne foi d’un pouvoir discrétionnaire conféré par la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique* [L.R.C. (1985), chap. P-33].

REQUÊTE DES INTIMÉS

J’examinerai d’abord la requête des intimés visant à faire radier en totalité ou en partie l’affidavit supplémentaire du requérant de même que les pièces y afférentes. Les intimés font valoir que cet affidavit ne se restreint pas aux faits que le requérant est en mesure de prouver par la connaissance qu’il en a et que les pièces qui y sont jointes n’ont pas été prouvées et constituent du ouï-dire. Leurs arguments se

of the applicant's affidavit, and then a consideration of the admissibility of the attached exhibits.

Affidavit

The content of affidavits in proceedings in this Court is set out in Rule 332(1) of the *Federal Court Rules*:

332. (1) Affidavits shall be confined to such facts as the witness is able of his own knowledge to prove, except on interlocutory motions on which statements as to his belief with the grounds thereof may be admitted.

Applications pursuant to section 18 for prerogative writs such as *certiorari* are not interlocutory by nature, and therefore affidavits based on information and belief are not sufficient for the purposes of such motions: *Okeynan v. Prince Albert Penitentiary and National Parole Board* (1988), 20 F.T.R. 270 (F.C.T.D.). Therefore, the affidavit of the applicant in this case must be based on his own knowledge and belief, and cannot be based on hearsay.

Based on the above definition, it is clear that the bulk of the applicant's supplementary affidavit is comprised of statements made on information and belief, opinions not based on personal knowledge, and hearsay. The applicant relies in the affidavit on extensive quotations from documents apparently generated by Grosleau in the course of her investigation, and a series of internal RCMP documents relating to the staffing of the canteen position obtained from the PSC file. In my view, the admissible portions of the affidavit are not severable from the inadmissible portions, and therefore I would strike the affidavit in its entirety.

The Exhibits

There are two exhibits annexed to the supplementary affidavit: exhibit "A", the investigator's "Notes to File", and exhibit "B", the internal RCMP documents. The respondents submit that they should be struck from the applicant's motion record on the ground that they are hearsay. Hearsay was defined as

prêtent bien à un examen en deux temps: d'abord celui de l'admissibilité de l'affidavit et puis celui de l'admissibilité des pièces qui y sont jointes.

a L'affidavit

C'est la Règle 332(1) des *Règles de la Cour fédérale* qui régit la teneur des affidavits déposés devant la Cour. Elle est ainsi conçue:

b 332. (1) Les affidavits doivent se restreindre aux faits que le témoin est en mesure de prouver par la connaissance qu'il en a, sauf en ce qui concerne les requêtes interlocutoires pour lesquelles peuvent être admises des déclarations fondées sur ce qu'il croit et indiquant pourquoi il le croit.

c Les demandes de bref de prérogative, tel le bref de *certiorari*, présentées en application de l'article 18 ne sont pas des requêtes interlocutoires par nature. Les affidavits reposant sur des renseignements et des croyances ne sauraient donc suffire à fonder ces requêtes (*Okeynan c. Pénitencier de Prince Albert et Comité de libération conditionnelle* (1988), 20 F.T.R. 270 (C.F. 1^{re} inst.)). En conséquence, l'affidavit souscrit par le requérant en l'instance doit reposer sur ses propres connaissances et croyances et non sur du oui-dire.

f Suivant la définition donnée ci-haut, il apparaît clairement que le gros de l'affidavit supplémentaire de la partie requérante se compose de déclarations fondées sur des renseignements et des croyances, sur des opinions ne reposant pas sur des connaissances personnelles et sur du oui-dire. Le requérant renvoie, dans son affidavit, à de larges extraits de documents apparemment préparés par Grosleau pendant son enquête et à une série de documents internes de la GRC touchant la dotation du poste de gérant de l'économat et provenant des dossiers de la CFP. À mon avis, il n'est pas possible de séparer les parties admissibles de cet affidavit des parties inadmissibles. Celui-ci doit donc être radié dans sa totalité.

i Les pièces

Deux pièces sont jointes à l'affidavit supplémentaire: la pièce «A», les «Notes au dossier» de l'enquêteur, et la pièce «B», les documents internes de la GRC. Les intimés font valoir que ces pièces constituent du oui-dire et qu'elles devraient être radiées du dossier de la requête. Le juge Dickson (tel était alors

follows by Dickson J. (as he then was) in *R. v. O'Brien*, [1978] 1 S.C.R. 591, at page 593:

It is settled law that evidence of a statement made to a witness by a person who is not himself called as a witness is hearsay and inadmissible when the object of the evidence is to establish the truth of what is contained in that statement; it is not hearsay and is admissible when it is proposed to establish by the evidence, not the truth of the statement, but the fact that it was made.

In this case, it is clear that the documents in question are hearsay. They are not being tendered as real evidence in order to prove that they are legal documents with an operative effect, such as a contract or a will, where the purpose is to establish the fact that a statement was made. Rather, they are introduced as assertive documents "to establish the truth of what is contained in the statement". Therefore, in order for the exhibits to be admissible, they would have to fall within one of the recognized exceptions to the hearsay rule. These exceptions are as follows:

1. Subsection 26(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5;
2. Subsection 30(1) of the *Canada Evidence Act*;
3. The exception for business records at common law;
4. The exception for public documents at common law.

1. Subsection 26(1) of the *Canada Evidence Act*

Subsection 26(1) of the Act provides that certain government documents are admissible if their official character is proved in the manner provided for in the subsection. It reads as follows:

26. (1) A copy of any entry in any book kept in any office or department of the Government of Canada, or in any commission, board or other branch of the public service of Canada, shall be admitted as evidence of that entry, and of the matters, transactions and accounts therein recorded, if it is proved by the oath or affidavit of an officer of the office or department, commission, board or other branch of the public service of Canada that the book was, at the time of the making of the entry, one of the ordinary books kept in the office, department, commission, board or other branch of the public service of Canada, that the entry was made in the usual or ordinary course of business of the office, department, commission,

son titre) a donné du oui-dire la définition suivante dans l'arrêt *R. c. O'Brien*, [1978] 1 R.C.S. 591, à la page 593:

Il est bien établi en droit que la preuve d'une déclaration faite à un témoin par une personne qui n'est pas elle-même assignée comme témoin est une preuve par oui-dire, qui est irrecevable lorsqu'elle cherche à établir la véracité de la déclaration; toutefois, cette preuve n'est pas du oui-dire et est donc recevable lorsqu'elle cherche à établir non pas la véracité de la déclaration, mais simplement que celle-ci a été faite.

En l'espèce, il ne fait pas de doute que les documents en cause constituent du oui-dire. Ils ne sont pas produits à titre de preuve matérielle visant à établir leur statut de document juridique ayant un effet exécutoire, comme dans le cas d'un contrat ou d'un testament, lorsqu'il s'agit de démontrer qu'une déclaration a été faite. Ces documents ont plutôt un caractère affirmatif et leur dépôt en preuve vise «à établir la véracité de la déclaration». Pour être admissibles, ils doivent donc être couverts par l'une ou l'autre des exceptions reconnues à la règle du oui-dire, savoir:

1. Le paragraphe 26(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), chap. C-5;
2. Le paragraphe 30(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*;
3. L'exception prévue par la common law pour les pièces commerciales;
4. L'exception prévue par la common law pour les documents publics.

1. Le paragraphe 26(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*

Le paragraphe 26(1) de la Loi prévoit que certains documents d'origine gouvernementale sont admissibles si leur caractère officiel est établi de la façon qui y est prévue. Il est ainsi conçu:

26. (1) La copie de toute écriture passée dans un livre tenu par un organisme ou ministère du gouvernement du Canada, ou par une commission, un conseil ou un autre secteur de l'administration publique fédérale est admise comme preuve de cette écriture, et des affaires, opérations et comptes qui s'y trouvent consignés, s'il est prouvé par le serment ou l'affidavit d'un fonctionnaire de cet organisme, ministère, commission, conseil ou autre secteur de l'administration publique fédérale, que ce livre était à l'époque où l'écriture a été passée un des livres ordinaires tenus par cet organisme, ministère, commission, conseil ou autre secteur de l'administration publique fédérale, que l'écriture a été passée dans le cours usuel et ordi-

board or other branch of the public service of Canada and that the copy is a true copy thereof.

In this case, both parties have agreed that there was compliance with the conditions of proof set out in subsection 26(1), but the respondents still contend that the exhibits are not a “book” within the meaning of the subsection.

I am inclined to agree with the respondents that the exhibits are not a “book”. It is true that in *Nowlan v. Elderkin*, [1950] 3 D.L.R. 773 (N.S.S.C.), it was held that the term “book” was not to be construed narrowly, and that it could extend to files that were loosely fastened together. But I do not accept that “book” could include any kind of record. For example, subsection 30(12) of the Act defines “record” as including “books”, implying that the definition of “book” is narrower. In my reading, entries in a “book” concerns the transcription of routine government records, or what Ewart in his book *Documentary Evidence in Canada* refers to as “register-type” documents. In my view, the scope of “book” does not extend to reports that consist of opinion and interpretation, which is what the exhibits in this case are. Therefore, in my opinion, the exhibits are not admissible pursuant to subsection 26(1).

2. Subsection 30(1) of the *Canada Evidence Act*

There are two possible objections to the admissibility of the exhibits under subsection 30(1). The first is the requirement that the evidence be admissible as oral evidence. The second is the bar in subparagraph 30(10)(a)(i) against the section being used to render admissible in evidence in a proceeding a record made in the course of an investigation or inquiry.

Subsection 30(1) provides that business and governmental records may be introduced as evidence in certain circumstances:

naire des affaires de cet organisme, ministère, commission, conseil ou autre secteur de l’administration publique fédérale, et que cette copie en est une copie conforme.

En l’espèce, les deux parties ont convenu que les documents satisfont aux conditions de preuve énoncées au paragraphe 26(1), mais les intimés prétendent que les documents ne constituent pas un «livre» au sens visé par la disposition.

J’incline à penser, comme les intimés, que les pièces ne forment pas un «livre». Il est vrai qu’il a été jugé, dans l’affaire *Nowlan v. Elderkin*, [1950] 3 D.L.R. 773 (C.S.N.-É.), qu’il ne fallait pas donner une interprétation étroite au mot «livre» et que ce terme pouvait s’appliquer à des dossiers retenus ensemble de façon assez lâche. Mais je ne saurais accepter que le mot «livre» pourrait viser tout type de pièce quel qu’il soit. Par exemple, le paragraphe 30(12) de la Loi inclut les «livres» dans la définition de «pièce», ce qui laisse supposer que la définition du mot «livre» est plus étroite. Suivant l’interprétation que je fais de ce mot, les écritures passées dans un «livre» visent la transcription de pièces produites dans l’activité ordinaire du gouvernement ou ce que Ewart décrit dans son ouvrage, *Documentary Evidence in Canada*, comme des documents de type «registre». À mon avis, «livre» n’englobe pas les rapports constitués d’opinions et d’interprétations, ce que sont, en fait, les pièces visées en l’espèce. En conséquence, j’estime que le paragraphe 26(1) ne saurait fonder l’admission de ces pièces.

2. Le paragraphe 30(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*

L’admission en preuve des pièces en application du paragraphe 30(1) se heurte à deux obstacles possibles. Le premier résulte de l’exigence de l’admissibilité des renseignements qu’elles contiennent comme preuve orale et le second de l’impossibilité, énoncée au sous-alinéa 30(10)(a)(i), d’invoquer cet article pour rendre admissible en preuve une pièce établie au cours d’une investigation ou d’une enquête.

Le paragraphe 30(1) prévoit que les pièces établies dans le cours d’affaires ou d’activités exercées par le gouvernement peuvent être produites en preuve dans certaines circonstances:

30. (1) Where oral evidence in respect of a matter would be admissible in a legal proceeding, a record made in the usual and ordinary course of business that contains information in respect of that matter is admissible in evidence under this section in the legal proceeding on production of the record.

(12) In this section

“business” means any business, profession, trade, calling, manufacture or undertaking of any kind carried on in Canada or elsewhere whether for profit or otherwise, including any activity or operation carried on or performed in Canada or elsewhere by any government, by any department, branch, board, commission or agency of any government, by any court or other tribunal or by any other body or authority performing a function of government

Double Hearsay. It should be noted that a condition precedent to the admissibility of documents under this subsection is that oral evidence of the matter recorded in the document also be admissible. This requirement is capable of being construed in a number of ways. Counsel for the respondents states that in order for the statements in the exhibits to be admissible, the maker of the record must have had personal knowledge of the events or statements recorded, otherwise the recorded statements would be double hearsay. This interpretation is advocated by S. N. Lederman, in his article “The Admissibility of Business Records: A Partial Metamorphosis” (1973), 11 *Osgoode Hall L.J.* 373, at pages 394-395:

Furthermore, unlike section 36 of *The Ontario Evidence Act*, there is no reason to believe that section 30 of the *Canada Evidence Act* will sanction records based on information provided by others. Note that the opening words of section 30 read,

Where oral evidence in respect of a matter would be admissible in a legal proceeding . . .

The statute merely provides a method of proof of an *admissible* fact. It does not make the document admissible when oral testimony of the same fact would be inadmissible. Thus, if the maker of the record took the witness stand, he could not testify as to what someone else told him. That would be inadmissible as hearsay and the same limitation applies to business records under section 30 of the Canada Act. The Federal provision does not have a sub-section similar to section 36(4) of *The Ontario Evidence Act* which states that a lack of personal knowledge does not affect the admissibility of the business record.

30. (1) Lorsqu’une preuve orale concernant une chose serait admissible dans une procédure judiciaire, une pièce établie dans le cours ordinaire des affaires et qui contient des renseignements sur cette chose est, en vertu du présent article, admissible en preuve dans la procédure judiciaire sur production de la pièce.

(12) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

«affaires» Tout commerce ou métier ou toute affaire, profession, industrie ou entreprise de quelque nature que ce soit exploités ou exercés au Canada ou à l’étranger, soit en vue d’un profit, soit à d’autres fins, y compris toute activité exercée ou opération effectuée, au Canada ou à l’étranger, par un gouvernement, par un ministère, une direction, un conseil, une commission ou un organisme d’un gouvernement, par un tribunal ou par un autre organisme ou une autre autorité exerçant une fonction gouvernementale

Le double oui-dire. Il convient de signaler qu’aux termes de ce paragraphe, l’admissibilité des documents en preuve est assujettie à la condition préalable que la preuve orale de leur teneur soit également admissible. Cette exigence se prête à plusieurs interprétations. Les avocats des intimés soutiennent que, pour que les déclarations contenues dans les pièces soient admissibles, l’auteur de la pièce doit avoir eu une connaissance personnelle des événements relatés ou des déclarations faites, autrement celles-ci constitueraient un double oui-dire. C’est cette interprétation que S. N. Lederman défend dans son article intitulé «The Admissibility of Business Records: A Partial Metamorphosis» (1973), 11 *Osgoode Hall L.J.* 373, aux pages 394 et 395:

[TRADUCTION] En outre, rien ne porte à croire que l’article 30 de la *Loi sur la preuve au Canada* permette, comme le fait l’article 36 de la *Loi sur la preuve* de l’Ontario, l’admission en preuve de pièces fondées sur des renseignements fournis par d’autres personnes. Il ne faut pas oublier que l’article 30 s’ouvre sur ces mots:

Lorsqu’une preuve orale concernant une chose serait admissible dans une procédure judiciaire . . .

La Loi ne fait que prévoir une façon de prouver des faits *admissibles*. Elle ne rend pas admissible un document faisant état d’un fait dont la preuve testimoniale serait inadmissible. Ainsi, si l’auteur d’une pièce était convoqué comme témoin, il ne pourrait témoigner de ce qu’une autre personne lui a dit. Ce serait une preuve par oui-dire inadmissible. C’est cette même restriction que formule l’article 30 de la Loi canadienne à l’égard des pièces commerciales. Cette disposition ne comporte pas de paragraphe analogue au paragraphe 36(4) de la Loi ontarienne, lequel prescrit que l’absence de connaissance personnelle de la part de leur auteur n’a pas d’effet sur l’admissibilité des pièces commerciales.

Such an approach would clearly result in the notes of the investigator Grosleau being inadmissible, as she relied totally on the statements of others in the preparation of her notes. With respect to the documents in exhibit "B" to the affidavit, it appears that the maker, Lise Péladeau, did not have personal knowledge of the matters recorded therein, and thus are also "double hearsay".

Alternatively, there is authority to the effect that it is possible to interpret the requirement that oral evidence be admissible to mean that the record in question must have relevance to the matters in issue, and that if any witness, not just the maker of the record, had personal knowledge of the contents of the matter recorded, the record would be admissible, although it is hearsay on hearsay. In *R. v. Grimba and Wilder* (1977), 38 C.C.C. (2d) 469 (Ont. Co. Ct.), the Crown sought to introduce under subsection 30(1) the evidence of a fingerprint expert with the Federal Bureau of Investigation that the fingerprints taken from the accused upon his arrest were the same as those contained in F.B.I fingerprint records. The expert had not made the record and had no personal knowledge of its accuracy. Callaghan J. admitted the evidence, stating at page 471:

Section 30 was placed into the *Canada Evidence Act* in 1968 [by 1968-69, c. 14, s. 4, as s. 29A]. It would appear that the rationale behind that section for admitting a form of hearsay evidence is the inherent circumstantial guarantee of accuracy which one would find in a business context from records which are relied upon in the day to day affairs of individual businesses, and which are subject to frequent testing and cross-checking. Records thus systematically stored, produced and regularly relied upon should, it would appear under s. 30, not be barred from this Court's consideration simply because they contain hearsay or double hearsay.

However, in my opinion the records in this case do not bear the same peculiar stamp of reliability as those possessed by a systemized fingerprint bank. Therefore, I would conclude that in the absence of such inherent reliability, the records should not be admitted pursuant to subsection 30(1).

L'application d'un tel raisonnement nous amène clairement à conclure à l'inadmissibilité des notes prises par l'enquêteur Grosleau, puisque celles-ci sont entièrement constituées de déclarations faites par d'autres personnes. Pour ce qui est des documents déposés sous la cote «B», il appert que leur auteur, Lise Péladeau, n'avait aucune connaissance personnelle des faits qui y étaient relatés. Ces documents constituent donc également un «double oui-dire».

Des tribunaux ont aussi jugé qu'il était possible d'interpréter l'exigence de l'admissibilité de la preuve orale comme signifiant que la pièce en question doit être liée aux questions en litige et que si un témoin quelconque, et pas seulement l'auteur de la pièce, avait une connaissance personnelle de ce qui y est relaté, elle serait admissible bien qu'elle constitue un double oui-dire. Dans l'affaire *R. v. Grimba and Wilder* (1977), 38 C.C.C. (2d) 469 (C. Cté. Ont.), la Couronne, s'autorisant du paragraphe 30(1), a voulu présenter le témoignage d'un expert en dactyloscopie du Federal Bureau of Investigation pour confirmer que les empreintes prises au moment de l'arrestation de l'accusé étaient identiques à celles qui figuraient dans les dossiers d'empreintes du F.B.I. L'expert n'était pas l'auteur du dossier et n'avait pas de connaissance personnelle de son exactitude. Le juge Callaghan a admis son témoignage en disant à la page 471:

[TRADUCTION] Le législateur a inclus l'article 30 dans la *Loi sur la preuve au Canada* en 1968 [par 1968-69, chap. 14, art. 4, tout comme l'art. 29A]. Il semble que la justification de l'admission en preuve d'une certaine forme de oui-dire réside dans la garantie circonstancielle inhérente d'exactitude qui s'attache, en matière commerciale, aux documents sur lesquels on se fie dans la conduite quotidienne des affaires de l'entreprise et qui font régulièrement l'objet de vérifications et de contre-vérifications. Ainsi, sous le régime de l'article 30, les documents qui sont produits et conservés de façon systématique et auxquels on fait régulièrement appel, ne devraient pas être soustraits à l'examen de la Cour pour la seule raison qu'ils contiennent du oui-dire ou un double oui-dire.

Toutefois, j'estime que les pièces en cause n'offrent pas la même garantie particulière de fiabilité que des documents tirés d'une banque organisée d'empreintes digitales. En conséquence, j'estime qu'en l'absence d'une telle garantie inhérente, il m'est impossible d'admettre les pièces en preuve en vertu du paragraphe 30(1).

Investigation or Inquiry. Even if it is found that the exhibits are admissible under subsection 30(1), in my opinion exhibit «A» would be excluded by virtue of subparagraph 30(10)(a)(i), which reads as follows:

30. . . .

(10) Nothing in this section renders admissible in evidence in any legal proceeding

(a) such part of any record as is proved to be

(i) a record made in the course of an investigation or an inquiry

In *R. v. Laverty (No. 2)* (1979), 47 C.C.C. (2d) 60 (Ont. C.A.), an investigator with a fire department made notes in the course of his investigation of a fire at the accused's house. Zuber J.A. ruled that the notes made under such circumstances were made in the course of an investigation, and therefore not admissible by virtue of subparagraph 30(10)(a)(i). It would appear that an analogous conclusion may also be made in the case at hand, as the notes which make up the bulk of exhibit "A" were made in the course of an investigation into the applicant's complaint. I would therefore conclude that subparagraph 30(10)(a)(i) precludes admission of the documents in exhibit "A" pursuant to subsection 30(1).

3. Business record exception at common law

Even if the documentary evidence in the exhibits does not meet the requirements of section 30 of the *Canada Evidence Act*, it still may be admitted if the requirements of admissibility at common law are met. The provisions of section 30 are not mandatory or exclusive. As subsection 30(11) states:

30. . . .

(11) The provisions of this section shall be deemed to be in addition to and not in derogation of

(a) any other provision of this or any other Act of Parliament respecting the admissibility in evidence of any record or the proof of any matter, or

(b) any existing rule of law under which any record is admissible in evidence or any matter may be proved.

Investigation ou enquête. Même si l'on concluait à l'admissibilité des pièces sous le régime du paragraphe 30(1), le sous-alinéa 30(10)a)(i) aurait, selon moi, l'effet d'exclure la pièce «A». Cette dernière disposition prévoit ce qui suit:

30. . . .

(10) Le présent article n'a pas pour effet de rendre admissibles en preuve dans une procédure judiciaire:

a) un fragment de pièce, lorsqu'il a été prouvé que le fragment est, selon le cas:

(i) une pièce établie au cours d'une investigation ou d'une enquête . . .

Dans l'affaire *R. v. Laverty (No. 2)* (1979), 47 C.C.C. (2d) 60 (C.A. Ont.), un enquêteur travaillant pour un service d'incendie avait pris des notes pendant l'enquête qu'il effectuait sur un incendie survenu dans la maison de l'accusé. Le juge Zuber, J.C.A., considérant que les notes prises dans ces circonstances étaient des notes établies au cours d'une enquête, les a donc jugées inadmissibles aux termes du sous-alinéa 30(10)a)(i). Il m'apparaît possible de formuler un raisonnement analogue en l'espèce, puisque les notes qui composent le gros de la pièce «A» ont été établies au cours de l'enquête effectuée au sujet de la plainte du requérant. En conséquence, je conclus que le sous-alinéa 30(10)a)(i) empêche l'admission en preuve des documents de la pièce «A» en preuve sous le régime du paragraphe 30(1).

3. L'exception prévue par la common law à l'égard des pièces commerciales

Même si les documents qui composent les pièces ne satisfont pas aux exigences de l'article 30 de la *Loi sur la preuve au Canada*, il demeure encore possible de les admettre en preuve si celles de la common law sont respectées. Les dispositions de l'article 30 ne sont ni impératives ni exclusives. Ainsi que le prévoit le paragraphe 30(11):

30. . . .

(11) Les dispositions du présent article sont réputées s'ajouter et non pas déroger:

a) à toute autre disposition de la présente loi ou de toute autre loi fédérale concernant l'admissibilité en preuve d'une pièce ou concernant la preuve d'une chose;

b) à tout principe de droit existant en vertu duquel une pièce est admissible en preuve ou une chose peut être prouvée.

It is possible that the exhibits fall within the exception for business records at common law as set down by the Supreme Court of Canada in *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608. In his book *Documentary Evidence in Canada* (Carswell, 1984), J. D. Ewart provides a summary of the effect of the decision in *Ares*, at page 54:

... the modern rule can be said to make admissible a record containing (i) an original entry (ii) made contemporaneously (iii) in the routine (iv) of business (v) by a recorder with personal knowledge of the thing recorded as a result of having done or observed or formulated it (vi) who had a duty to make the record and (vii) who had no motive to misrepresent. Read in this way, the rule after *Ares* does reflect a more modern, realistic approach for the common law to take towards business duty records.

It appears that while most of the requirements of the exception are met, they fail on the requirement that the recorder have personal knowledge of the thing recorded. In both exhibits, the recorders did not have personal knowledge, and therefore they are not admissible under this exception. In addition, it appears that the exhibits consist in large part of statements of opinion, and not fact.

4. Public documents exception

The requirements of the public document exception were set out by Ewart as follows, at page 151 of his text:

- (i) the record must have been made by a public official;
- (ii) in the discharge of a distinct public function or obligation;
- (iii) with a view to a permanent record being created.

In my view, both exhibits meet these requirements. However, there is a potential fourth requirement, that there be a public right of access to the document. The rationale for the public access requirement is that if a document is available to the public, it gains a certain amount of authority, for the public will presumably challenge it if it is inaccurate. According to Ewart, it is uncertain whether public access is a requirement for the exception in Canada, as the leading case, *Finestone v. The Queen*, [1953] 2 S.C.R. 107 may be interpreted as excluding it altogether or confining the

Il est possible que l'exception prévue en common law à l'égard des pièces commerciales et formulée par la Cour suprême du Canada dans *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608 s'applique aux pièces produites en l'espèce. Dans son ouvrage intitulé *Documentary Evidence in Canada* (Carswell, 1984), J. D. Ewart résume ainsi les effets de l'arrêt *Ares*, à la page 54:

[TRADUCTION] ... il est possible de dire que la règle moderne permet l'admission en preuve d'une pièce contenant (i) une écriture originale (ii) faite de façon concomitante (iii) dans l'exécution des activités routinières (iv) de l'entreprise (v) par une personne qui a une connaissance personnelle du fait conquis, parce qu'elle en est l'auteur ou qu'elle l'a constaté ou formulé et (vi) qui a l'obligation d'établir cette pièce et (vii) n'a aucun motif de consigner de fausses données. Vue sous cet angle, la règle reflète, par suite de l'arrêt *Ares*, une conception plus moderne et réaliste de la common law à l'égard des documents produits dans le cours des affaires.

En l'espèce, les documents réunissent la plupart des éléments exigés sauf celui de la connaissance personnelle de l'auteur de la pièce du fait qu'il y consigne. Dans le cas des deux pièces, l'auteur n'avait pas une connaissance personnelle des faits relatés. Elles ne peuvent donc être admises en preuve. En outre, il semble que les pièces renferment en grande partie des opinions et non des faits.

4. L'exception prévue par la common law pour les documents publics

Ewart présente ainsi les exigences applicables à cette exception, à la page 151 de son ouvrage:

- (i) le document doit avoir été fait par un fonctionnaire,
- (ii) dans l'exercice de fonctions ou d'obligations déterminées et de nature publique,
- (iii) dans l'intention de créer un écrit permanent.

À mon avis, les deux pièces remplissent ces conditions. Toutefois, une quatrième condition est susceptible de s'appliquer, soit celle de l'existence d'un droit d'accès public au document. Cette exigence s'explique du fait que si un document est accessible au public, sa fiabilité s'accroît, car on peut supposer qu'il sera contesté en cas d'inexactitude. Selon Ewart, il n'est pas certain que cette quatrième exigence s'applique au Canada, car il est possible de voir dans la décision faisant autorité à ce sujet, *Finestone v. The Queen*, [1953] 2 R.C.S. 107, l'exclusion

need for it to “inquiry” documents as opposed to “register” documents.

On my reading of the *Finestone* case, the public access aspect of the public document rule has been diluted only in so far as it relates to the registration of ascertainable facts such as births, deaths and marriages. In my view, it is still necessary that there be public access for the purposes of “inquiry” documents. In this case, the exhibits in question are the results of inquiries made pursuant to a public duty. The rationale of public scrutiny for accuracy is not compelling in the context of records such as the exhibits in the case at hand which were recorded in the expectation of privacy: *Regina v. Northern Electric Company, Limited et al.*, [1955] O.R. 431 (H. C.), per McRuer C.J.H.C., at page 468.

As I have found that it is necessary that there be a public right of access to the exhibits in order for them to be admissible under the public documents exception, it is necessary that the respondent provide evidence of a public right of access. The applicant relies on the fact that he obtained access to the exhibits under the *Access to Information Act*. In my opinion, however, the limited access that is available under that Act is not equivalent to the broad public access that is in my view necessary for the rationale of public scrutiny to be effective, i.e. that public access is a circumstantial guarantee of reliability, in that errors will be brought to light.

I would conclude that the reports are not admissible under any of the proposed exceptions to the hearsay rule. I therefore strike them as well as the affidavit.

MOTION OF THE APPLICANT

I would now proceed to an examination of the applicant’s claim that the respondents breached their duty of fairness to him in deciding to hold an open competition without affording him an opportunity to make representations.

de cette exigence ou, du moins, la restriction de son application aux documents «d’enquête» par opposition aux documents de «nature conservatoire».

^a Selon l’interprétation que je fais de l’arrêt *Finestone*, la règle de l’accès du public aux documents n’a été atténuée qu’en ce qui a trait à l’inscription de faits certifiables comme les naissances, les décès et les mariages. ^b À mon avis, il est encore nécessaire d’appliquer la règle de l’accès du public aux documents «d’enquête». Les documents visés en l’espèce proviennent d’enquêtes effectuées dans l’exercice d’une charge publique. L’argument de l’exactitude ^c assurée par l’examen public cesse d’être concluant lorsqu’il s’agit de documents qui, comme les pièces en cause, ont été établis dans une optique de non-divulgence (*Regina v. Northern Electric Company, Limited et al.*, [1955] O.R. 431 (H. C.)), le juge en chef McRuer, à la page 468). ^d

Il faut, puisque j’ai conclu qu’il doit exister un droit d’accès du public aux pièces pour que celles-ci ^e soient admissibles en vertu de l’exception applicable aux documents publics, que les intimés établissent l’existence d’un tel droit. Le requérant invoque le fait qu’il a obtenu accès aux pièces sous le régime de la *Loi sur l’accès à l’information*. Je ne crois pas, ^f cependant, que l’accès limité qui est prévu à la Loi précitée équivaille au vaste accès public qui est, selon moi, nécessaire à l’opération de la justification que ^g représente l’examen public, laquelle justification veut que l’accès public constitue une garantie circonstancielle de fiabilité, puisqu’il permet de dénoncer les erreurs.

J’estime donc qu’aucune des exceptions invoquées ^h à la règle du oui-dire n’autorise l’admission des pièces en question. En conséquence, elles sont radiées de même que l’affidavit.

i REQUÊTE DU REQUÉRANT

J’en viens à présent à l’examen des allégations du requérant selon lesquelles les intimés auraient manqué à leur devoir d’agir équitablement en décidant de tenir un concours public sans lui accorder la possibilité de se faire entendre.

FAIRNESS

The *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10, subsection 10(1), provides that civilian employees necessary to carry out functions such as canteen manager shall be appointed pursuant to the *Public Service Employment Act*. Section 8 of this act gives the Public Service Commission exclusive authority with respect to whether an appointment shall be made from within or without the Public Service:

8. Except as provided in this Act, the Commission has the exclusive right and authority to make appointments to or from within the Public Service of persons for whose appointment there is no authority in or under any other Act of Parliament.

Section 11 of the Act requires that appointments be made from within the Public Service, except where in the opinion of the Commission such an appointment is not in the best interests of the Public Service:

11. Appointments shall be made from within the Public Service except where, in the opinion of the Commission, it is not in the best interests of the Public Service to do so.

Despite the fact that the statute appears to grant the Commission the discretion to make decisions as to whether to recruit from without or within, it is clear that in decisions such as these that may be considered administrative in nature, the decision-maker owes a duty of procedural fairness in certain situations: *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311. This duty is derived from the fact that the decision-makers are public bodies which derive their power from statute, and which power, therefore, must be exercised in accordance with the precepts of administrative law.

The applicant states that fairness in this case demanded that the respondents allow him to make representations to the respondents with respect to the decision to hold an open competition. He does not claim that all term employees should have the opportunity to make representations as to the type of competition to be held. Rather, he stresses that the unique circumstances of his case, such as his long tenure in the canteen and the purported representations made to him, required fairness in the circumstances.

ÉQUITÉ

La *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), chap. R-10, paragraphe 10(1) prévoit que le personnel civil nécessaire à l'exercice de fonctions comme la gestion de l'économat est nommé conformément à la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. L'article 8 de cette dernière loi donne à la Commission de la fonction publique la compétence exclusive pour déterminer si les postes seront pourvus par des personnes faisant ou non partie de la fonction publique:

8. Sauf disposition contraire de la présente loi, la Commission a compétence exclusive pour nommer à des postes de la fonction publique des personnes, en faisant partie ou non, dont la nomination n'est régie par aucune autre loi fédérale.

L'article 11 de la Loi exige de procéder par voie de nomination interne, sauf si la Commission est d'avis que cette façon de faire ne sert pas les intérêts de la fonction publique:

11. Les postes sont pourvus par nomination interne sauf si la Commission en juge autrement dans l'intérêt de la fonction publique.

En dépit du fait que la Loi semble conférer à la Commission le pouvoir discrétionnaire de déterminer s'il convient de recruter à l'interne ou à l'externe, il est clair qu'en exerçant ce pouvoir, qui peut être considéré de nature administrative, le décideur doit, dans certaines situations, respecter l'équité procédurale (*Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311). Cette obligation découle du fait que les décideurs sont des organismes publics qui tirent leurs pouvoirs de la loi et qui doivent, de ce fait, les exercer conformément aux préceptes du droit administratif.

Le requérant soutient qu'en l'espèce, il fallait, pour satisfaire à l'équité, lui permettre de présenter des observations aux intimés en rapport avec la décision de tenir un concours public. Il ne prétend pas que tous les employés nommés pour une durée déterminée devraient avoir la possibilité de se faire entendre sur le type de concours à organiser; il fait plutôt valoir qu'en raison de circonstances particulières à son cas, telles ses longs états de service à l'économat et les déclarations qui lui auraient été faites, il s'imposait que l'administration observe les règles de l'équité procédurale.

In *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, Madame L'Heureux-Dubé J. listed the factors that must be considered in determining whether a duty to act fairly exists (at page 669):

The existence of a general duty to act fairly will depend on the consideration of three factors: (i) the nature of the decision to be made by the administrative body; (ii) the relationship existing between that body and the individual; and (iii) the effect of that decision on the individual's rights. This Court has stated in *Cardinal v. Director of Kent Institution, supra*, that whenever those three elements are to be found, there is a general duty to act fairly on a public decision-making body . . .

Nature of the decision

Clearly, not all decisions must be made according to the duty of fairness. One important factor to consider is the finality of the decision in question. As L'Heureux-Dubé J. states in *Knight* (at page 670):

The finality of the decision will also be a factor to consider. A decision of a preliminary nature will not in general trigger the duty to act fairly, whereas a decision of a more final nature may have such an effect . . .

In this case, the decision to hold an open competition was not final in effect, but rather of a more preliminary nature. It did not have the effect of terminating his employment, but rather of changing the circumstances under which he would have to compete for the position.

Relationship between applicant and respondents

There was an employer-employee relationship between the applicant and the respondents. Traditionally, there are three categories of this relationship, as set out by Lord Reid in *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66 (H.L.):

a) master and servant — no duty to act fairly in deciding to terminate

b) office held at pleasure — no duty to act fairly

Dans *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, Madame le juge L'Heureux-Dubé a énuméré les facteurs que la Cour doit examiner pour déterminer s'il existe un devoir d'agir équitablement (à la page 669):

L'existence d'une obligation générale d'agir équitablement dépendra de l'examen de trois facteurs: (i) la nature de la décision qui doit être rendue par l'organisme administratif en question, (ii) la relation existant entre cet organisme et le particulier, et (iii) l'effet de cette décision sur les droits du particulier. Notre Cour a affirmé dans l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, précité, que dans les cas où ces trois éléments se retrouvent, une obligation générale d'agir équitablement incombe à un organisme décisionnel public . . .

Nature de la décision

À l'évidence, le devoir d'agir équitablement ne s'impose pas à l'égard de toutes les décisions. L'un des facteurs importants à considérer est le caractère irrévocable de la décision. Comme le dit le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Knight* (à la page 670):

L'irrévocabilité de la décision est également un facteur qui doit être pris en considération. Une décision de nature préliminaire ne fait naître en général aucune obligation d'agir équitablement, alors qu'une décision d'une nature plus définitive peut avoir un tel effet . . .

En l'espèce, la décision de procéder par concours public n'était pas une décision finale. Il s'agissait plutôt d'une décision de nature préliminaire. Elle n'avait pas pour effet de mettre fin à l'emploi du requérant, mais plutôt de modifier les circonstances présidant au déroulement du concours tenu pour pouvoir au poste.

Relation entre le requérant et les intimés

Le lien existant entre le requérant et les intimés était un lien employeur-employé. Ce rapport a classiquement été divisé en trois catégories. Lord Reid décrit celles-ci dans l'arrêt *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66 (H.L.):

a) les relations de maître à serviteur — la décision de congédier n'est soumise à aucune obligation d'agir équitablement;

b) l'occupation d'une fonction à titre amovible — il n'existe aucune obligation d'agir équitablement;

c) office held unless cause for dismissal — duty to act fairly on the part of the employer.

The position occupied by the applicant, being a term position, does not fall neatly into one of Lord Reid's categories. In *Knight*, L'Heureux-Dubé J. observed that these categories did not consider the situation where there was a non-renewal of a fixed-term contract, which is the situation in the case at hand. In *Knight*, she expressly declined to address the implications of such a relationship. She did state, however, that in Canada administrative law now requires that procedural fairness is now an essential requirement of a decision to terminate employment in the last two categories of Lord Reid. As noted above, however, this is not a case of a decision to terminate. The applicant's position is that the decision to hold an open competition was inextricably linked with a decision not to renew him in his position, in favour of Charbonneau. However, it is not open to me to draw such an inference solely on the basis of the affidavit evidence before me.

In my view, the fact that an employee occupies a term position is not necessarily incompatible with the existence of a duty of fairness upon the expiration or non-renewal of the term. The tenuous nature of his/her employment is not unlike the problems faced by probationary employees, where a duty of fairness has long been recognized. The content of this duty of fairness will vary with the circumstances of each case, and it is therefore difficult to formulate a rule as to what the duty of fairness would require in a particular situation. In this case, however, I am satisfied that the relationship of the parties is not one that would trigger the right to make representations as to the form of competition, although fairness may be required in the context of other decisions involving term employees. In my opinion, the duty of fairness does not extend so far as to demand in the circumstances of this case the participation of the incumbent in the recruitment process. Decisions as to the type of competition are in my view a management prerogative, clearly entrusted to the Public Service Commission by statute.

c) l'occupation d'une fonction dont on ne peut être démis que pour un motif valable—il incombe à l'employeur d'agir équitablement.

Le poste occupé par le requérant étant un poste de durée déterminée, il ne se classe facilement dans aucune des catégories décrites par lord Reid. Dans l'arrêt *Knight*, le juge L'heureux-Dubé a signalé que ces catégories ne tiennent pas compte de la situation où un contrat de travail à durée déterminée n'est pas renouvelé, la situation applicable en l'espèce. Le juge a expressément refusé d'examiner les incidences d'un tel rapport contractuel dans cette dernière affaire. Elle a cependant affirmé qu'en droit administratif canadien, il est maintenant établi que l'équité procédurale constitue une exigence essentielle de la décision de mettre fin à un emploi appartenant aux deux dernières catégories décrites par lord Reid. Comme il en a été fait mention plus haut, cependant, la décision dont la Cour est saisie ne met pas fin à un emploi. Le requérant soutient que la décision de procéder par voie de concours public était inextricablement liée à la décision de ne pas renouveler son contrat, de façon à favoriser la candidature de Charbonneau. Toutefois, il ne m'est pas possible de tirer une telle conclusion à partir de la seule preuve par affidavit dont je dispose.

À mon avis, le fait qu'un employé occupe un poste pour une durée déterminée n'exclut pas nécessairement l'existence d'un devoir d'agir équitablement à l'expiration du contrat ou à l'occasion de la décision de ne pas le renouveler. Le statut précaire de l'emploi n'est pas sans ressemblance avec la situation des employés en période de probation, à l'égard de laquelle l'obligation d'agir équitablement est reconnue depuis longtemps. Le contenu de cette obligation variant avec les circonstances de chaque cas, il est difficile de formuler une règle énonçant ce qu'il faut faire pour agir équitablement dans une situation donnée. Toutefois, je suis convaincu, en l'espèce, que la relation existant entre les parties n'est pas de celles qui donnent ouverture au droit de se faire entendre relativement au genre de concours à tenir, quoique je n'écarte pas que d'autres types de décision visant des employés nommés pour une durée déterminée doivent être prises dans le respect de l'équité procédurale. J'estime qu'en l'espèce, le devoir d'agir équitablement ne va pas jusqu'à exiger la participation du titulaire du poste au processus de recrutement. Les

Effect of decision

There is a right to procedural fairness only if the decision is a significant one and has an important effect upon the individual: *Knight*, at page 677. Generally, decisions to terminate will clearly fall within this requirement, but in this case the applicant was not directly terminated by the decision. His employment came to an end naturally at the end of his term. The effect of the decision to have an open competition was only to deprive the applicant of certain advantages he would have had in a closed competition, or of certain appeal rights that he would have had, had concurrent open and closed competitions been held. In my view, these results are not on the same level as termination.

On balance, I would conclude that there was not a general duty on the respondents to act fairly in this case. In my opinion, the statutory framework under which the decision is made does nothing to modify my conclusion as to the lack of a general right of fairness in the circumstances.

Discretion

It is clear law that the discretion vested in the Public Service Commission by sections 8 and 11 of the *Public Service Employment Act* is not absolute, and must be exercised reasonably and in good faith, taking into account relevant considerations: see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038 at pages 1076; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.). The applicant's main argument is that in exercising the discretion to recruit within or without the Public Service, the respondent took into account irrelevant considerations, the desire to have Charbonneau returned to his job. If this were the only consideration, I would think that the applicant would be entitled to *certiorari*. I was strongly encouraged to draw such an inference by the applicant, and equally urged by the respondent that the decision to have an open

décisions portant sur le genre de concours à tenir relèvent à mon avis de la prérogative patronale, que la loi a incontestablement dévolue à la Commission de la fonction publique.

Effet de la décision

Le droit à l'équité procédurale n'existe que si la décision est importante et a de graves répercussions sur la personne visée (*Knight*, à la page 677). Il ne fait pas de doute qu'en règle générale, les décisions mettant fin à un emploi satisfont à cette condition. Toutefois, en l'espèce, la décision n'a pas eu pour effet direct de mettre fin à l'emploi. Celui-ci s'est terminé de façon naturelle par l'arrivée du terme prévu. La décision de tenir un concours public n'a fait que priver le requérant de certains avantages dont il aurait joui s'il avait pris part à un concours restreint ou de certains droits d'appel dont il aurait pu se prévaloir si des concours concomitants, publics et restreints, s'étaient tenus. À mon avis, ces conséquences n'ont pas le même degré de gravité que la cessation de l'emploi.

Tout compte fait, j'estime que les intimés n'assumaient pas, dans le cas qui nous occupe, d'obligation générale d'agir équitablement, et je ne vois rien, dans l'ensemble des dispositions législatives applicables, qui puisse modifier ma conclusion.

Pouvoir discrétionnaire

Il est bien établi en droit que les articles 8 et 11 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* ne confèrent pas une discrétion absolue à la Commission et que celle-ci doit exercer ses pouvoirs de façon raisonnable, en faisant preuve de bonne foi et en tenant compte des éléments pertinents (voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la page 1076; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.)). Le requérant soutient principalement qu'en exerçant son pouvoir discrétionnaire de recruter à l'intérieur ou à l'extérieur de la fonction publique, les intimés ont tenu compte d'éléments non pertinents, comme le désir de voir Charbonneau reprendre son poste. Si les intimés n'avaient pris que cet élément en considération, il y aurait eu, à mon avis, ouverture à *certiorari*. Le requérant a plaidé avec force pour que je conclue en

competition was made in good faith, with the goal of providing as many qualified candidates as possible. In my view, the conclusion proposed by the applicant hinges on findings of credibility that should not be made solely on the basis of the affidavit evidence before me. In my opinion, unless the decision could be said to be based entirely on this irrelevant factor, it is inappropriate to grant *certiorari*; see *Cantwell v. Canada (Minister of the Environment)* (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 16 (F.C.T.D.).

Estoppel

In this case, it appears that Lebel, by his own admission in affidavit evidence, did not have the authority to promise the applicant that a closed competition would be held, if such a promise was indeed made. In that case, his remarks cannot found an estoppel against the respondents. At most, the applicant may have an action for breach of warranty of authority against Lebel, but that is not the concern of this Court on this application. See Wade, *Administrative Law* (5th ed.), at pages 335-346.

Reasonable apprehension of bias

Bias is clearly a ground for setting aside a decision in some cases. The existence of bias or a reasonable apprehension thereof, however, is a question of fact. It is not sufficiently clear to me whether Campagna, as the applicant alleges, was biased in favour of Charbonneau at the expense of the prospects of the applicant remaining in the position. Campagna denies that he had any bias against the applicant. Once again, such an allegation of bad faith requires more, in my view, than affidavit evidence or inference in view of the denial of bias

CONCLUSION

In my view, this is not an appropriate case for the exercise of my discretion and grant a writ of *certiorari*. It appears to me that there were in this case numerous breakdowns of communication and misunderstandings on both sides. In addition, the checks

ce sens. Les intimés, de leur côté, ont insisté sur le fait que la décision de procéder par concours public avait été prise de bonne foi, dans le but de rassembler le plus de candidats qualifiés possible. Le raisonnement proposé par le requérant suppose l'existence de conclusions relatives à la crédibilité que la seule preuve par affidavit dont je dispose ne saurait me permettre de tirer. À moins de pouvoir dire que la décision repose entièrement sur ce facteur non pertinent, je ne crois pas approprié de délivrer un bref de *certiorari* (voir *Cantwell c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 16 (C.F. 1^{re} inst.)).

Estoppel

M. Lebel a admis lui-même, dans son affidavit, qu'il n'avait pas le pouvoir de promettre au requérant que la dotation de son poste se ferait par concours restreint, si tant est qu'il l'ait promis. En l'espèce, les déclarations qu'il a faites ne sauraient fonder l'estoppel invoqué contre les intimés. Le requérant peut, tout au plus, prendre action contre Lebel pour manquement à la garantie d'autorisation, mais, en l'espèce, la Cour n'a pas à s'occuper de cette question. Voir Wade, *Administrative Law*, (5^e éd.) aux pages 335 à 346.

Crainte raisonnable de partialité

De toute évidence, la partialité peut fonder l'annulation d'une décision dans certains cas. Toutefois, l'existence de la partialité ou d'une crainte raisonnable de partialité est une question de fait. Je ne suis pas assez certain que Campagna ait manifesté à l'égard de Charbonneau un préjugé favorable qui, ainsi que le requérant le soutient, a porté préjudice à ses possibilités de conserver son poste. Campagna nie avoir entretenu un préjugé défavorable au requérant. Compte tenu de cette dénégation, il faut plus, encore une fois, qu'une preuve ou une inférence établie par affidavit pour fonder une telle accusation de mauvaise foi.

CONCLUSION

À mon avis, il ne convient pas, en l'espèce, que j'use de ma discrétion et que je décerne un bref de *certiorari*. Dans cette affaire, le processus de communication a connu des défaillances et des malentendus sont survenus de part et d'autre à de nombreuses

and balances that are imposed in order to prevent abuse in appointments to the public service also appear to have failed at crucial points in the process. However, in my view the applicant has not met the burden of establishing that a duty of fairness was owed in the circumstances, that the decision to have an open competition amounted to an abuse of discretion, or that there was an estoppel or reasonable apprehension of bias.

The application is dismissed with costs to the respondents.

reprises. Le système de freins et de contre-poids mis en place afin de prévenir les nominations abusives à la fonction publique a, en outre, fait défaut à des étapes importantes du processus. Toutefois, il me semble que le requérant n'a pas établi, comme il en avait le fardeau, que l'administration avait l'obligation d'agir équitablement dans les circonstances, qu'elle a abusé de son pouvoir discrétionnaire en décidant de procéder par voie de concours public, qu'il y avait estoppel ou qu'il existait une crainte raisonnable de partialité.

La requête est rejetée avec dépens en faveur des intimés.