

T-1734-11
2013 FC 520

T-1734-11
2013 CF 520

Attorney General of Canada (*Applicant*)

Procureur général du Canada (*demandeur*)

v.

c.

Bronwyn Cruden and the Canadian Human Rights Commission (*Respondents*)

Bronwyn Cruden et la Commission canadienne des droits de la personne (*défenderesses*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CRUDEN

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CRUDEN

Federal Court, Zinn J.—Ottawa, January 23, 24 and May 21, 2013.

Cour fédérale, juge Zinn—Ottawa, 23 et 24 janvier et 21 mai 2013.

Editor's Note: This decision has been affirmed on appeal (A-214-13, 2014 FCA 131), reasons for judgment handed down May 20, 2014.

Note de l'arrêtiŕiste : Cette dŕcision a été confirmŕe'e en appel (A-214-13, 2014 CAF 131), les motifs du jugement ayant été prononcŕs le 20 mai 2014.

Human Rights — Judicial review of Canadian Human Rights Tribunal decision finding that Canadian International Development Agency (CIDA), Health Canada (HC) having discriminated against complainant on basis of disability contrary to Canadian Human Rights Act — Although Tribunal finding that complainant's diabetes would have caused CIDA undue hardship to accommodate complainant in Afghanistan, upholding her complaints against HC (under Act, s. 7(b)), CIDA (under Act, ss. 7(b), 10(a)) based on finding of existence of procedural shortcomings in accommodation process — Tribunal also finding that application of medical assessment guidelines leading to or significantly contributing to HC's negative assessment of complainant's medical suitability to be posted to Afghanistan; creating discrimination — Applicant, working for CIDA, interested in postings abroad to conduct field work — During temporary duty assignment in Kandahar, complainant having hypoglycemic incident; returned to Canada — Given medical incident, new section written for HC's Occupational Health Assessment Guide addressing postings to Afghanistan for temporary duty — HC conducting pre-deployment medical assessment of complainant; finding her unfit to be redeployed to Afghanistan; CIDA agreeing with HC's recommendation — Complainant filing complaints with Human Rights Commission against CIDA, HC — Whether: Tribunal erring in finding existence of failure to accommodate under Act on procedural grounds in light of prior finding that substantive accommodation of complainant not possible without undue hardship; Tribunal's finding that application of Afghanistan Guidelines to complainant by Health Canada discriminatory contradicted by own finding that complainant could not be accommodated without undue hardship; proper legal or evidentiary basis for remedies ordered existing herein — Tribunal's decision

Droits de la personne — Contrôŕe judiciaire d'une dŕcision du Tribunal canadien des droits de la personne qui a conclu que l'Agence canadienne de dŕveloppement international (ACDI) et Santŕ Canada (SC) ont agi de faŕon discriminatoire envers la plaignante du fait de sa dŕficience, en contravention de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Mŕme si le Tribunal a estimŕ que le diabŕte de la plaignante aurait entraŕnŕ la prise de mesures d'accommodement lors de l'affectation ŕventuelle de cette derniŕre en Afghanistan et que ces mesures auraient constituŕ une contrainte excessive pour l'ACDI, il a maintenu la validitŕ des plaintes contre SC (en vertu de l'art. 7b) de la Loi) et contre l'ACDI (en vertu des art. 7b) et 10a) de la Loi) par suite de sa conclusion selon laquelle l'ACDI ne s'ŕtait pas bien acquittŕe de son obligation procŕdurale quant à la prise de mesures d'accommodement — Le Tribunal a ŕgalement conclu que l'application d'une sŕrie de directives concernant les ŕvaluations mŕdicales avait menŕ, ou grandement contribuŕ, à l'ŕvaluation nŕgative par SC de l'aptitude, sur le plan mŕdical, de la plaignante à une affectation en Afghanistan, donnant lieu à de la discrimination — La plaignante, qui travaille pour l'ACDI, ŕtait intŕressŕe'e par des affectations à l'ŕtranger pour effectuer du travail sur le terrain — Durant son affectation temporaire à Kandahar, la plaignante a été victime d'un incident hypoglycŕmique et a été renvoyŕe au Canada — Compte tenu de l'incident mŕdical, une nouvelle section du Guide de l'ŕvaluation de la santŕ au travail (GEST) de SC s'appliquant aux affectations temporaires en Afghanistan a été rŕdigŕe'e — SC a effectuŕ une ŕvaluation mŕdicale avant affectation de la plaignante et a conclu que son ŕtat de santŕ ne lui permettait pas d'ŕtre rŕaffectŕe'e en Afghanistan; l'ACDI ŕtait d'accord avec la recommandation de SC — La plaignante a dŕposŕ devant la Commission canadienne des droits de la personne des plaintes

unreasonable — No reasonable interpretation of Act permitting Tribunal to examine complaint, parties' actions once finding that accommodation not possible without undue hardship — British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU (Meiorin) not supporting existence of separate, procedural duty in accommodation process which can be breached notwithstanding substantive finding of undue hardship — Only one duty existing: duty to accommodate employee to point of undue hardship — Regarding Afghanistan Guidelines, Tribunal's finding of discrimination relating to process HC using, not result to which Guidelines pointing — Absent finding of discriminatory practice in result achieved when Guidelines applied to complainant, Tribunal having no jurisdiction to order remedies it did — Given finding of undue hardship in present case, no discriminatory practice existing; complaint having to be dismissed — Remedies ordered against CIDA, HC made without jurisdiction — Accordingly, Tribunal having no authority to award any remedy — Application allowed.

This was an application for judicial review of a Canadian Human Rights Tribunal decision finding that the Canadian International Development Agency (CIDA) and Health Canada (HC) had discriminated against the complainant on the basis of disability contrary to the *Canadian Human Rights Act*. Although the Tribunal found that the complainant's diabetes would have caused CIDA undue hardship to accommodate the complainant in Afghanistan, it upheld her complaints against HC (under paragraph 7(b) of the Act) and CIDA (under paragraphs 7(b) and 10(a) of the Act) based on its finding that there were "procedural" shortcomings in the accommodation process. The Tribunal also found that the application of a set of medical assessment guidelines led to or significantly contributed to HC's negative assessment of the complainant's medical suitability to be posted to Afghanistan. It found that these medical assessment guidelines were discriminatory because

contre l'ACDI et SC — Il s'agissait de savoir si le Tribunal a commis une erreur en concluant qu'il y avait eu défaut de prendre des mesures d'accommodement aux termes de la Loi pour des motifs à caractère procédural vu sa conclusion précédente selon laquelle il n'était pas possible de fournir à la plaignante, sans contrainte excessive, de véritables mesures d'accommodement; si la conclusion du Tribunal selon laquelle l'application des Directives sur l'Afghanistan par SC était discriminatoire envers la plaignante contredisait sa propre conclusion selon laquelle on ne pouvait pas prendre des mesures d'accommodement à l'égard de la plaignante sans contrainte excessive; si les mesures de réparation ordonnées reposaient sur l'existence en l'espèce d'un fondement juridique ou d'éléments de preuve valables — La décision du tribunal était déraisonnable — Il n'existe aucune interprétation raisonnable de la Loi qui autorise le Tribunal à poursuivre l'examen d'une plainte et des actions des parties une fois qu'il a établi que la prise de mesures d'accommodement est impossible sans contrainte excessive — L'arrêt Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU (Meiorin) n'étaye pas l'argument selon lequel il existe une obligation procédurale distincte dans le processus d'accommodement qui peut être violée, malgré une conclusion de fond selon laquelle il existe une contrainte excessive — Il n'existe qu'une seule obligation : l'obligation de fournir des mesures d'accommodement à un employé sans subir de contrainte excessive — En ce qui concerne les Directives sur l'Afghanistan, la conclusion du Tribunal ayant trait à la discrimination obtint le processus suivi par SC et non le résultat obtenu par l'application des directives — Vu la conclusion d'absence d'acte discriminatoire qui a été tirée en fonction de l'application des Directives à la plaignante, le Tribunal n'avait pas le pouvoir d'ordonner les mesures de réparation contenues dans sa décision — Compte tenu de la conclusion relative à la contrainte excessive en l'espèce, il n'existait pas d'acte discriminatoire et la plainte devait être rejetée — Par conséquent, le Tribunal n'avait pas le pouvoir d'accorder des mesures de réparation — Demande accueillie.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien des droits de la personne qui a conclu que l'Agence canadienne de développement international (ACDI) et Santé Canada (SC) ont agi de façon discriminatoire envers la plaignante du fait de sa déficience, en contravention de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Même si le Tribunal a estimé que le diabète de la plaignante aurait entraîné la prise de mesures d'accommodement en Afghanistan et que ces mesures auraient constitué une contrainte excessive pour l'ACDI, il a maintenu la validité des plaintes contre SC (en vertu de l'alinéa 7b) de la Loi) et contre l'ACDI (en vertu des alinéas 7b) et 10a) de la Loi) par suite de sa conclusion selon laquelle l'ACDI ne s'était pas bien acquittée de son obligation « procédurale » quant à la prise de mesures d'accommodement. Le Tribunal a aussi conclu que l'application d'une série de directives concernant

they did not permit individualized assessments notwithstanding that the complainant's assessment under these guidelines was ultimately consistent with the substantive duty to accommodate.

The complainant joined CIDA's corporate section in the Afghanistan Task Force and she wanted to become involved in development work in the field. The complainant was on a temporary duty assignment in Kabul, Afghanistan for a month, receiving no medical assessment prior to this assignment and completed it without incident. The complainant also completed a second temporary duty assignment in Kandahar again without prior medical assessment. During this assignment, the complainant had a hypoglycemic incident while sleeping and she was provided with medical assistance at Kandahar Airfield. Despite the complainant's objections, her temporary duty assignment was ended and she was returned to Canada. The complainant had an interest in several one-year postings that were to become available in Afghanistan. CIDA requested that the complainant be medically assessed by HC to determine her fitness to be re-deployed to Afghanistan.

As a result of the complainant's medical incident in Afghanistan, a HC medical officer wrote a new section for HC's Occupational Health Assessment Guide to address postings to Afghanistan for temporary duty. A statement that employees did not meet medical requirements if they had a medical condition that would likely lead to a life-threatening medical emergency if access to treatment was interrupted for a short period of time was included in the Guidelines. HC conducted a pre-deployment medical assessment of the complainant finding that she was not fit to be redeployed to Afghanistan and sent CIDA its recommendation that the complainant not be posted to Afghanistan. CIDA agreed with this and informed the complainant that she had not been selected to be redeployed to Afghanistan. Despite the complainant's requests, CIDA did not want to exercise its discretion and allow her to be deployed to Afghanistan; it followed HC's recommendation instead. The complainant filed her complaints with the Human Rights Commission that CIDA and HC had discriminated against her in breach of the Act. She underwent a medical examination with an independent endocrinologist who was asked to take into account the Afghanistan Guidelines in his report. The endocrinologist concluded that while the complainant did not meet the requirements of the Afghanistan Guidelines, she was nevertheless fit to work and travel in Afghanistan under

les évaluations médicales avait mené, ou grandement contribué, à l'évaluation négative par SC de l'aptitude, sur le plan médical, de la plaignante à une affectation en Afghanistan. Il a estimé que ces directives concernant les évaluations médicales étaient discriminatoires parce qu'elles ne permettaient pas d'évaluations individualisées, malgré le fait que l'évaluation de l'état de santé de la plaignante en vertu desdites directives était, en dernière analyse, conforme à l'obligation substantielle de prévoir des mesures d'accommodement.

La plaignante s'est jointe à la section organisationnelle de l'ACDI au sein du Groupe de travail sur l'Afghanistan et souhaitait jouer un rôle dans le travail de développement sur le terrain. Elle avait déjà effectué un remplacement temporaire d'un mois à Kaboul, en Afghanistan. Elle n'avait subi aucune évaluation médicale avant d'obtenir cette affectation et a fait le travail sans aucun problème. La plaignante a entamé une deuxième affectation temporaire à Kandahar. Encore une fois, elle a obtenu cette affectation sans évaluation médicale préalable. Durant cette affectation, la plaignante a été victime d'un incident hypoglycémique pendant son sommeil et a obtenu une aide médicale à l'aérodrome de Kandahar. Malgré les objections de la plaignante, l'ACDI a mis un terme à son affectation temporaire et l'a renvoyée au Canada. La plaignante avait fait part de son intérêt à l'égard de plusieurs affectations d'un an en Afghanistan qui devaient être offertes. Afin de confirmer que la plaignante pouvait être affectée de nouveau en Afghanistan, l'ACDI a demandé que SC effectue une évaluation médicale.

Par suite de l'incident médical dont a été victime la plaignante en Afghanistan, un médecin de SC a rédigé une nouvelle section du Guide de l'évaluation de la santé au travail s'appliquant aux affectations en Afghanistan pour le service temporaire. Le Guide comprenait un énoncé selon lequel l'employé ne répondait pas aux exigences médicales s'il souffrait d'un problème de santé qui pourrait entraîner une urgence médicale et mettre en péril sa vie si l'accès aux traitements prescrits était interrompu pendant une courte période. SC a effectué une évaluation médicale avant affectation de la plaignante et a conclu que son état de santé ne lui permettait pas d'être réaffectée en Afghanistan; SC a recommandé à l'ACDI que la plaignante ne soit pas affectée en Afghanistan. L'ACDI était d'accord avec cette recommandation et a informé la plaignante que sa candidature à une réaffectation en Afghanistan n'avait pas été retenue. Malgré les demandes de la plaignante, l'ACDI n'a pas voulu exercer son pouvoir discrétionnaire et l'autoriser à être affectée en Afghanistan; elle a plutôt suivi la recommandation de SC. La plaignante a déposé ses plaintes devant la Commission canadienne des droits de la personne selon lesquelles l'ACDI et SC avaient eu une attitude discriminatoire à son égard, en violation des dispositions de la Loi. La plaignante a subi un examen médical auprès d'un endocrinologue indépendant qui a été appelé à tenir compte dans son rapport des Directives sur l'Afghanistan

certain conditions. The complainant applied for three overseas postings, including a posting in Afghanistan, but she was not selected.

The Tribunal concluded that the complainant had established a *prima facie* case that she was adversely differentiated by HC's assessment process and guidelines on the grounds of her disability according to paragraph 7(b) of the Act and that she had established a *prima facie* case of discrimination against CIDA under paragraph 10(a) of the Act. It examined whether CIDA's refusal to post the complainant given her medical condition was a *bona fide* occupational requirement (BFOR). It found that if it were not for its refusal to post the complainant to Afghanistan, CIDA would have experienced undue hardship because of the complainant's profile and medical needs as a diabetic if posted into a war zone. Despite its finding that it would have caused CIDA undue hardship to post the complainant to Afghanistan, the Tribunal found that CIDA and HC violated a separate procedural duty it understood to be owed in the accommodation process. The Tribunal ordered several remedies including a recommendation that the Guidelines be amended to ensure that not all persons with a chronic condition be excluded.

The issues were whether the Tribunal erred in finding that there had been a failure to accommodate under the Act on procedural grounds in light of its prior finding that substantive accommodation of the complainant was not possible without undue hardship; whether the Tribunal's finding that the application of the Afghanistan Guidelines to the complainant by Health Canada was discriminatory was contradicted by its own finding that she could not be accommodated without undue hardship; and whether there was a proper legal or evidentiary basis for the remedies ordered.

Held, the application should be allowed.

The Tribunal's decision was unreasonable and had to be set aside. If the Tribunal was interpreting the Act when it found that there was a procedural duty of accommodation that can be breached notwithstanding that accommodation was impossible without undue hardship in this case, then that interpretation was plainly unreasonable. The provisions of the Act are clear and unambiguous: if a person cannot be accommodated without undue hardship then the alleged discriminatory practice

alors en vigueur. L'endocrinologue a conclu que la plaignante ne satisfaisait pas aux exigences des Directives sur l'Afghanistan, mais qu'elle était néanmoins en mesure de travailler et de voyager en Afghanistan à certaines conditions. La plaignante a présenté des demandes relativement à trois affectations à l'étranger, y compris une affectation en Afghanistan, mais elle n'a pas été choisie.

Le Tribunal a conclu que la plaignante avait réussi à établir qu'elle avait à première vue été victime d'une différence de traitement défavorable à cause des directives et des processus d'évaluation de SC du fait de sa déficience, au sens de l'alinéa 7b) de la Loi et qu'elle avait établi une preuve *prima facie* de discrimination contre l'ACDI au regard de l'alinéa 10a) de la Loi. Il a vérifié si le refus de l'ACDI d'affecter la plaignante à cause de son problème de santé reposait sur des exigences professionnelles justifiées (EPJ). Selon le Tribunal, n'eût été son refus d'affecter la plaignante en Afghanistan, l'ACDI aurait subi une contrainte excessive en raison du profil et des besoins médicaux de celle-ci en tant que personne souffrant de diabète si elle avait été affectée dans une zone de guerre. Malgré sa conclusion que l'ACDI aurait eu à subir une contrainte excessive en affectant la plaignante en Afghanistan, le Tribunal a estimé que l'ACDI et SC avaient manqué à une obligation procédurale distincte qui, à son avis, était rattachée au processus d'accommodement. Le Tribunal a ordonné la prise de plusieurs mesures de réparation, y compris une recommandation que le Guide soit modifié pour s'assurer que toute personne souffrant d'une affection chronique ne soit pas écartée.

Il s'agissait de savoir si le Tribunal a commis une erreur en concluant qu'il y avait eu défaut de prendre des mesures d'accommodement aux termes de la Loi pour des motifs à caractère procédural vu sa conclusion précédente selon laquelle il n'était pas possible de fournir à la plaignante, sans contrainte excessive, de véritables mesures d'accommodement; si la conclusion du Tribunal selon laquelle l'application des Directives sur l'Afghanistan par SC était discriminatoire envers la plaignante contredisait sa propre conclusion selon laquelle on ne pouvait pas prendre des mesures d'accommodement à son égard sans contrainte excessive; et si les mesures de réparation ordonnées reposaient sur un fondement juridique ou des éléments de preuve valables.

Jugement : la demande doit être accueillie.

La décision du Tribunal était déraisonnable et elle devait être annulée. Si le Tribunal interprétait la Loi lorsqu'il a conclu à l'existence d'une obligation procédurale en matière d'accommodement qui pouvait être violée bien que les mesures d'accommodement aient été impossibles sans contrainte excessive en l'espèce, alors cette interprétation était tout à fait déraisonnable. Les dispositions de la Loi ne présentent aucune ambiguïté : s'il est impossible de répondre aux besoins d'une

is based on a BFOR; if it is based on a BFOR then it is not a discriminatory practice; and if it is not a discriminatory practice, the Tribunal “shall” dismiss the complaint. There was no reasonable interpretation of the Act that permitted the Tribunal to continue to examine a complaint and the actions of the parties once it found that accommodation was not possible without undue hardship.

The Supreme Court of Canada’s decision in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU (Meiorin)*, as relied on by the Tribunal, did not support the proposition that there exists a separate, procedural duty in the accommodation process which can be breached notwithstanding a substantive finding of undue hardship and which would attract remedies on its own. It merely stated that a court or tribunal can look at the procedure employed in the accommodation process as a practical tool for deciding whether an employer has established on an evidentiary basis undue hardship. In practical terms, if an employer has not engaged in any accommodation analysis or attempts at accommodation at the time a request by an employee is made, it is likely to be very difficult to satisfy a tribunal on an evidentiary level that it could not have accommodated that employee short of undue hardship. That is the very real and practical effect of the evidentiary burden to establish a BFOR resting with the employer. The evidentiary significance of the procedure used by the employer is what the Supreme Court meant in *Meiorin* when it stated that the procedure, if any, that was adopted may often be useful to consider as a practical matter. Furthermore, *Meiorin* supported the opposite conclusion reached by the Tribunal; given the phrase therein “procedure, if any, which was adopted”, it acknowledged that an employer may not have engaged in any accommodation analysis and still be able to establish undue hardship.

The present case was exceptional since the Tribunal was satisfied that it would have caused CIDA undue hardship despite finding that CIDA did not engage in a sufficiently robust accommodation analysis. Nevertheless, there is but one duty: the duty to accommodate an employee to the point of undue hardship. The finding that it would have caused CIDA undue hardship to accommodate the complainant in Afghanistan should have ended the Tribunal’s inquiry as the effect of that finding was that there was no discriminatory practice and the complaint had to be dismissed.

personne sans contrainte excessive, l’acte discriminatoire allégué s’appuie sur des EPJ; si l’impossibilité de fournir des mesures d’accommodement s’appuie sur des EPJ, il n’existe aucun acte discriminatoire; et s’il n’y a pas d’acte discriminatoire, le Tribunal « rejette » la plainte. Il n’existait aucune interprétation raisonnable de la Loi qui autorisait le Tribunal à poursuivre l’examen d’une plainte et des actions des parties une fois qu’il avait établi que la prise de mesures d’accommodement était impossible sans contrainte excessive.

La décision de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU (Meiorin)*, invoqué par le Tribunal, n’a pas étayé l’argument selon lequel il existe une obligation procédurale distincte dans le processus d’accommodement qui peut être violée, malgré une conclusion de fond selon laquelle il existe une contrainte excessive, et qui donnerait lieu à des mesures de réparation. La Cour suprême déclare simplement qu’une cour de justice ou un tribunal administratif peut examiner la procédure adoptée dans le cadre du processus d’accommodement comme outil pratique qui permet d’établir si un employeur a réussi à prouver — selon la preuve au dossier — l’existence d’une contrainte excessive. Dans la pratique, si un employeur n’a effectué aucune analyse sur la prise de mesures d’accommodement possibles ou n’a pas cherché à accorder de telles mesures lors de la présentation d’une demande en ce sens par un employé, il lui sera probablement très difficile de convaincre un tribunal, éléments de preuve à l’appui, qu’il n’aurait pas pu fournir de mesures d’accommodement à l’employé sans subir une contrainte excessive. C’est là l’effet bien réel et très concret du fait que le fardeau de la preuve en ce qui concerne l’existence d’EPJ incombe à l’employeur. Le rôle de la procédure utilisée par l’employeur en ce qui concerne l’établissement de la preuve est celui que lui accordait en ces termes la Cour suprême dans l’arrêt *Meiorin* lorsqu’elle a déclaré qu’il peut souvent se révéler utile, en pratique, d’examiner la procédure, s’il en est. De plus, la phrase énoncée dans l’arrêt *Meiorin*, soit « la procédure, s’il en est, qui a été adoptée » valide une conclusion opposée à celle qui a été tirée par le Tribunal; selon ce paragraphe, un employeur pourrait n’avoir effectué aucune analyse quant aux mesures d’accommodement et être quand même capable d’établir l’existence d’une contrainte excessive.

La présente affaire revêtait un caractère exceptionnel étant donné que le Tribunal était convaincu que l’ACDI aurait subi une contrainte excessive malgré sa conclusion que cette dernière n’avait pas effectué une analyse suffisamment poussée au sujet des mesures d’accommodement. Néanmoins, il n’existe qu’une seule obligation : l’obligation de fournir des mesures d’accommodement à un employé sans subir de contrainte excessive. La conclusion selon laquelle l’ACDI aurait subi une contrainte excessive en fournissant à la plaignante les mesures d’accommodement demandées

As to the Afghanistan Guidelines, the Tribunal's finding of discrimination related to the process HC used, not the result to which the Guidelines pointed. While the wording of the Guidelines may require revision, absent a finding of a discriminatory practice in the result achieved when the Guidelines are applied to the complainant or some other reasonably identifiable future individual or class of individuals, the Tribunal had no jurisdiction to order the remedies it did. The application of the Guidelines did not discriminate against the complainant as she could not be accommodated in a posting to Afghanistan without undue hardship.

The remedies ordered against CIDA were made without jurisdiction. The Tribunal found that without CIDA's refusal to post the complainant to Afghanistan, CIDA would have experienced undue hardship, meaning that CIDA's refusal constituted a BFOR. Accordingly, the Tribunal had no authority to award any remedy. CIDA's duty was simply to impose restrictions and make refusals that were justifiable as a BFOR, which it did. As well, the remedies ordered against HC were also made without jurisdiction given the Tribunal's finding that the complainant could not be accommodated without undue hardship and there was no basis for finding that the Guidelines or HC discriminated against the complainant.

relativement à son affectation en Afghanistan aurait dû mettre fin à l'instruction de l'affaire par le Tribunal étant donné que cette conclusion avait pour effet d'établir qu'il n'existait pas d'acte discriminatoire et la plainte devait être rejetée.

En ce qui concerne les Directives sur l'Afghanistan, la conclusion du Tribunal ayant trait à la discrimination visait le processus suivi par SC et non le résultat obtenu par l'application des Directives. Même si la formulation des Directives sur l'Afghanistan doit être revue, vu la conclusion d'absence d'acte discriminatoire qui a été tirée en fonction de l'application des Directives à la plaignante ou à tout autre individu ou groupe d'individus qu'il pourrait être raisonnable de cibler, le Tribunal n'avait pas le pouvoir d'ordonner les mesures de réparation contenues dans sa décision. L'application des Directives sur l'Afghanistan n'a pas entraîné de discrimination à l'égard de la plaignante étant donné qu'aucune mesure d'accommodement ne pouvait être prise à son égard sans contrainte excessive dans le cadre d'une affectation en Afghanistan.

Le Tribunal n'avait pas compétence pour ordonner des mesures de réparation contre l'ACDI. Le Tribunal a conclu que si l'ACDI n'avait pas refusé d'affecter la plaignante en Afghanistan, elle aurait subi une contrainte excessive, ce qui signifie que le refus de l'ACDI était fondé sur des EPJ. Par conséquent, le Tribunal n'avait pas le pouvoir d'accorder des mesures de réparation. Le rôle de l'ACDI consistait simplement à imposer les restrictions et à formuler les refus qui se justifiaient au titre des EPJ, et c'est ce qu'elle a fait. De plus, étant donné sa conclusion selon laquelle il était impossible pour l'employeur d'offrir à la plaignante des mesures d'accommodement sans contrainte excessive et que rien ne permettait de conclure que l'application des Directives ou les actions de SC avaient entraîné de la discrimination à l'endroit de la plaignante, le Tribunal n'avait pas non plus compétence pour ordonner des mesures de réparation contre SC.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7(b), 10(a), 15, 40(1), 53(1),(2).

CASES CITED

DISTINGUISHED:

ADGA Group Consultants Inc. v. Lane (2008), 91 O.R. (3d) 649, 295 D.L.R. (4th) 425 (Div. Ct.).

CONSIDERED:

British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU, [1999] 3 S.C.R. 3, (1999), 176 D.L.R. (4th) 1; *Canada (Canadian Human Rights*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7b), 10a), 15, 40(1), 53(1),(2).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

ADGA Group Consultants Inc. v. Lane (2008), 91 R.J.O. (3^e) 649, 295 D.L.R. (4th) 425 (C. div.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU, [1999] 3 R.C.S. 3; *Canada (Commission canadienne des droits de la*

Commission) v. Canada (Attorney General), 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, affg. *Canada (Attorney General) v. Mowat*, 2009 FCA 309, [2010] 4 F.C.R. 579; *Emergency Health and Services Commission v. Cassidy*, 2011 BCSC 1003, 72 CHRR D/433.

REFERRED TO:

Cruden v. Canadian International Development Agency & Health Canada, 2012 CHRT 5; *Koepfel v. Canada (Department of National Defence)*, 1997 CanLII 1443, 32 CHRR D/107 (C.H.R.T.).

APPLICATION for judicial review of a Canadian Human Rights Tribunal decision (2011 CHRT 13) finding that the Canadian International Development Agency and Health Canada had discriminated against the complainant on the basis of disability contrary to the *Canadian Human Rights Act*. Application allowed.

APPEARANCES

Alexandre Kaufman for applicant.
David Yazbeck for respondent Bronwyn Cruden.
Daniel Poulin for respondent Canadian Human Rights Commission.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, LLP/s.r.l., Ottawa, for respondent Bronwyn Cruden.
Canadian Human Rights Commission, Ottawa, for respondent Canadian Human Rights Commission.

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

[1] ZINN J.: Ms. Cruden, an employee of the Canadian International Development Agency (CIDA), wished to be posted to Afghanistan. CIDA refused to post her to Afghanistan partly on the basis of a medical assessment done by Health Canada (HC) that determined that because of her diabetes, she was medically unfit for that posting. Ms. Cruden filed complaints of discrimination against CIDA and HC with the Canadian Human Rights Commission.

personne) c. Canada (Procureur général), 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, confirmant *Canada (Procureur général) c. Mowat*, 2009 CAF 309, [2010] 4 R.C.F. 579; *Emergency Health and Services Commission v. Cassidy*, 2011 BCSC 1003, 72 CHRR D/433.

DÉCISIONS CITÉES :

Cruden c. Agence canadienne de développement international et Santé Canada, 2012 TCDP 5; *Koepfel c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, 1997 CanLII 1443 (T.C.D.P.).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien des droits de la personne (2011 TCDP 13) qui a conclu que l'Agence canadienne de développement international et Santé Canada ont agi de façon discriminatoire envers la plaignante du fait de sa déficience, en contravention de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Demande accueillie.

ONT COMPARU

Alexandre Kaufman pour le demandeur.
David Yazbeck pour la défenderesse Bronwyn Cruden.
Daniel Poulin pour la défenderesse la Commission canadienne des droits de la personne.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, s.e.n.c.r.l., s.r.l., Ottawa, pour la défenderesse Bronwyn Cruden.
Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa, pour la défenderesse la Commission canadienne des droits de la personne.

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

[1] LE JUGE ZINN : M^{me} Cruden, employée de l'Agence canadienne de développement international (ACDI), voulait être affectée en Afghanistan. L'ACDI a refusé de le faire en partie à cause d'une évaluation médicale de Santé Canada (SC), selon laquelle elle ne pouvait occuper ce poste pour des raisons médicales, car elle était diabétique. M^{me} Cruden a déposé devant la Commission canadienne des droits de la personne des plaintes de discrimination contre l'ACDI et SC.

[2] In this application, CIDA and HC are asking the Court to quash the decision of the Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) [*Cruden v. Canadian International Development Agency & Health Canada*, 2011 CHRT 13] which found that they had discriminated against Ms. Cruden on the basis of disability, contrary to the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (CHRA). The relevant provisions of the CHRA are attached to these reasons as Appendix A.

[3] Although the Tribunal found that because of her diabetes it would have caused CIDA undue hardship to accommodate Ms. Cruden in Afghanistan, it upheld her complaints against HC (under paragraph 7(b) of the CHRA) and CIDA (under paragraphs 7(b) and 10(a) of the CHRA) based on its finding that there were “procedural” shortcomings in the accommodation process.

[4] With respect to CIDA, the central issue in this application is whether, in their employment, employees enjoy—apart from the “substantive” right to be accommodated by their employers up to the point of undue hardship—a separate “procedural” right to accommodation that can be independently breached and attract remedies under the CHRA even when their employer cannot accommodate the disability without undue hardship.

[5] In the decision under review, the Tribunal also found that the application of a set of medical assessment guidelines led to, or significantly contributed to HC’s negative assessment of Ms. Cruden’s medical suitability to be posted to Afghanistan. The Tribunal found these medical assessment guidelines were discriminatory because they did not permit individualized assessments, notwithstanding that Ms. Cruden’s assessment under these guidelines was ultimately consistent with the substantive duty to accommodate.

[2] Dans le cadre de la présente demande, l’ACDI et SC demandent à la Cour d’annuler la décision par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal) [*Cruden c. Agence canadienne de développement international et Santé Canada*, 2011 TCDP 13] a conclu qu’ils avaient agi de façon discriminatoire envers M^{me} Cruden du fait de sa déficience, en contravention de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (LCDP). Les dispositions pertinentes de la LCDP sont annexées aux présents motifs à l’annexe A.

[3] Même si le Tribunal a estimé que le diabète de M^{me} Cruden aurait entraîné la prise de mesures d’accommodement lors de l’affectation éventuelle de cette dernière en Afghanistan et que ces mesures auraient constitué une contrainte excessive pour l’ACDI, il a maintenu la validité des plaintes contre SC (en vertu de l’alinéa 7b) de la LCDP) et contre l’ACDI (en vertu des alinéas 7b) et 10a) de la LCDP) par suite de sa conclusion selon laquelle l’ACDI ne s’était pas bien acquittée de son obligation « procédurale » quant à la prise de mesures d’accommodement.

[4] En ce qui concerne l’ACDI, la question centrale dans le cadre de la présente demande est de savoir si, dans le cadre de leur emploi, les employés possèdent — outre le droit « substantiel » à ce que leur employeur prenne des mesures d’accommodement en leur faveur qui n’imposent pas à ce dernier une contrainte excessive — un droit « procédural » distinct à des mesures d’accommodement qui peut être violé de façon indépendante et donner lieu à des mesures de réparation en vertu de la LCDP, même lorsque leur employeur n’est pas en mesure d’offrir des mesures d’accommodement sans contrainte excessive.

[5] Dans la décision faisant l’objet du présent contrôle, le Tribunal a aussi conclu que l’application d’une série de directives concernant les évaluations médicales avait mené, ou grandement contribué, à l’évaluation négative par SC de l’aptitude, sur le plan médical, de M^{me} Cruden à une affectation en Afghanistan. Le Tribunal a estimé que ces directives concernant les évaluations médicales étaient discriminatoires parce qu’elles ne permettaient pas d’évaluations individualisées, malgré le fait que l’évaluation de l’état de santé de M^{me} Cruden en vertu

[6] With respect to HC, the central issue in this application is whether Ms. Cruden can be said to have suffered adverse differentiation under paragraph 7(b) of CHRA by the application of guidelines HC developed, even though the result of the application of these guidelines to her accords with the decision of the Tribunal that she could not be accommodated in the job she sought.

[7] For the reasons that follow, with the exception of the finding that the Afghanistan Guidelines have the potential to be discriminatory on a forward-looking basis, I find that the Tribunal's decision is unreasonable and must be set aside because having found that Ms. Cruden's disability could not be accommodated without undue hardship, her human rights complaint had to be dismissed. The Tribunal had no residual jurisdiction to make the findings and issue the remedial actions it did.

Background

[8] CIDA manages Canada's international development assistance program. It has a corporate section and a programming section. Ms. Cruden, who has a background in communications, joined CIDA's corporate section in 2007 in the Results and Accountability section of the Afghanistan Task Force. Ms. Cruden wished to become involved in development work in the field, which falls within CIDA's programming section. Given her background and lack of field experience, that transition was problematic. She planned to use her experience and position in the corporate section to obtain a field posting to Afghanistan. Postings to Afghanistan were possible, even without previous experience in the field or background because it was not a sought-after posting due to the extremely difficult and war-like conditions in Afghanistan.

desdites directives était, en dernière analyse, conforme à l'obligation substantielle de prévoir des mesures d'accommodement.

[6] En ce qui concerne SC, la question principale en l'espèce est de savoir s'il est possible de dire que M^{me} Cruden a été défavorisée en cours d'emploi aux termes de l'alinéa 7b) de la LCDP du fait de l'application des directives élaborées par SC, même si le résultat de l'application de ces directives à sa situation confirme la décision du Tribunal selon laquelle il n'était pas possible de lui accorder des mesures d'accommodement dans le cadre du poste qu'elle cherchait à occuper.

[7] Pour les motifs qui suivent, à l'exception de la conclusion que les Directives sur l'Afghanistan présentent un potentiel discriminatoire en termes prospectifs, je conclus que la décision du Tribunal est déraisonnable et qu'elle doit être annulée. En effet, comme l'ACDI ne pouvait pas prendre, sans contrainte excessive, des mesures d'accommodement à l'égard de M^{me} Cruden, la plainte de celle-ci fondée sur les droits de la personne devait être rejetée. Le Tribunal ne disposait pas de la compétence résiduaire qui lui aurait permis de tirer les conclusions auxquelles il est parvenu et d'accorder les mesures de réparation qu'il a retenues.

Contexte

[8] L'ACDI gère le programme d'aide au développement international du Canada. Elle comporte une section organisationnelle et une section des programmes. M^{me} Cruden, qui a une formation en communications, a commencé à travailler à la section organisationnelle de l'ACDI en 2007, à l'Unité d'examen des résultats et de la reddition de comptes du Groupe de travail sur l'Afghanistan. M^{me} Cruden souhaitait jouer un rôle dans le travail de développement sur le terrain, qui relève de la section des programmes de l'ACDI. Étant donné ses antécédents et son manque d'expérience sur le terrain, cette mutation posait problème. Elle avait l'intention de faire valoir son expérience et son poste à la section organisationnelle pour obtenir une affectation en Afghanistan. Les affectations dans ce pays étaient possibles, même sans expérience préalable dans le domaine

[9] As a result of those conditions, persons posted to Afghanistan by CIDA were given periods of leave during which others replaced them on temporary duty assignments. Ms. Cruden was on such a temporary duty assignment in Kabul, Afghanistan, from August 6, 2007, to September 7, 2007. She received no medical assessment prior to this temporary duty assignment and completed it without incident.

[10] On January 20, 2008, Ms. Cruden commenced a second temporary duty assignment with the Kandahar Provincial Reconstruction Team in Kandahar, Afghanistan. Again, she did so with no prior medical assessment. It was to be a six-week assignment; however, on February 11, 2008, Ms. Cruden had a hypoglycemic incident while sleeping. A co-worker alerted a Canadian Forces medical officer who administered intravenous glucose. Ms. Cruden was given medical assistance at the Kandahar Airfield (KAF), and it was recommended by the doctors there that she be repatriated to Canada. Although Ms. Cruden informed CIDA that she disagreed with the assessment and wished to complete her assignment, CIDA ended her temporary duty assignment and returned her to Canada.

[11] Ms. Cruden had previously expressed an interest in several one-year postings that were to become available in Afghanistan later in 2008. Soon after her return to Canada, to support her desire to be posted, Ms. Cruden obtained a letter from her physician, Dr. Arnout, who wrote that she was “mentally and physically capable of continuing her work in Afghanistan”. In order to ascertain Ms. Cruden’s fitness to be re-deployed to Afghanistan, CIDA requested that Ms. Cruden be medically assessed by HC.

ou sans formation pertinente, étant donné qu’il ne s’agissait pas d’affectations recherchées à cause des conditions extrêmement difficiles et de la situation de guerre en Afghanistan.

[9] À cause de cette situation, les personnes affectées en Afghanistan par l’ACDI obtenaient des périodes de congé pendant lesquelles elles étaient remplacées temporairement. M^{me} Cruden avait déjà effectué un remplacement temporaire de cette nature à Kaboul, du 6 août 2007 au 7 septembre 2007. Elle n’avait subi aucune évaluation médicale avant d’obtenir cette affectation temporaire et a fait le travail sans aucun problème.

[10] Le 20 janvier 2008, M^{me} Cruden a entamé une deuxième affectation temporaire avec l’Équipe provinciale de reconstruction à Kandahar, en Afghanistan. Encore une fois, elle a obtenu cette affectation sans évaluation médicale préalable. L’affectation devait durer six semaines; cependant, le 11 février 2008, M^{me} Cruden a été victime d’un incident hypoglycémique pendant son sommeil. Une collègue de travail a appelé un médecin militaire des Forces canadiennes qui a administré à la plaignante du glucose par voie intraveineuse. M^{me} Cruden a obtenu une aide médicale à l’aérodrome de Kandahar (KAF) et les médecins ont recommandé son rapatriement au Canada. M^{me} Cruden a informé l’ACDI qu’elle était en désaccord avec l’évaluation et qu’elle souhaitait terminer son affectation, mais l’ACDI a mis un terme à son affectation temporaire et l’a renvoyée au Canada.

[11] M^{me} Cruden avait précédemment fait part de son intérêt à l’égard de plusieurs affectations d’un an en Afghanistan qui devaient être offertes plus tard en 2008. Peu après son retour au Canada et en vue d’étayer sa demande d’affectation, M^{me} Cruden a obtenu une lettre de son médecin, la D^{re} Arnout, qui a écrit qu’elle était [TRADUCTION] « mentalement et physiquement apte à poursuivre son travail en Afghanistan ». Afin de confirmer que M^{me} Cruden pouvait être affectée de nouveau en Afghanistan, l’ACDI a demandé que SC effectue une évaluation médicale.

[12] As a result of Ms. Cruden's medical incident in Afghanistan, her need for medical intervention, and her removal to Canada, Major Robin Thurlow of the Canadian Expeditionary Force Command, on February 26, 2008, expressed his concern that no pre-deployment medical assessments were conducted for deployments to Afghanistan lasting less than one year.

[13] As a result of Ms. Cruden's medical incident in Afghanistan, a HC medical officer wrote a new section for HC's Occupational Health Assessment Guide (OHAG) to address postings to Afghanistan, entitled "Medical Evaluation Guidelines for Posting, Temporary Duty or Travel to Afghanistan (Hardship Post level 5 with Hostility Bonus)" (the Afghanistan Guidelines). A first draft of the Afghanistan Guidelines was circulated on March 18, 2008. The following statement in the Afghanistan Guidelines under the heading "Absolute medical requirements" played a significant role in these proceedings:

Employees do not meet the medical requirements for assignment or posting:

...

- If they have a medical condition that would likely lead to a life-threatening medical emergency if access to prescribed medication and/or other treatment is interrupted for a short period of time.

[14] The same day, HC conducted a pre-deployment medical assessment of Ms. Cruden and five of its physicians unanimously agreed that Ms. Cruden was not fit to be re-deployed to Afghanistan. Roughly three weeks later, HC wrote to CIDA with its recommendation that Ms. Cruden not be posted to Afghanistan. Although HC acknowledged in its letter to CIDA that Dr. Arnout submitted information indicating that Ms. Cruden's condition was currently stable, it reasoned that because she was at risk of destabilization due to her condition, she might require sophisticated care or treatment not available at that post.

[12] À cause de l'incident médical dont avait été victime M^{me} Cruden en Afghanistan, du fait qu'une intervention médicale s'était révélée nécessaire et de son renvoi au Canada, le major Robin Thurlow du Commandement de la Force expéditionnaire du Canada s'est dit inquiet, dans un message rédigé le 26 février 2008, du fait que les personnes affectées en Afghanistan pour une période de moins d'un an ne subissaient aucun examen médical préalable.

[13] Par suite de l'incident médical dont a été victime M^{me} Cruden en Afghanistan, le médecin de SC a rédigé une nouvelle section du Guide de l'évaluation de la santé au travail (GEST) s'appliquant aux affectations en Afghanistan, intitulée « Directives concernant les évaluations médicales en vue d'une autorisation préalable à une affectation, à un service temporaire ou à un voyage en Afghanistan dans des endroits dangereux de niveau 5 avec indemnité pour risque d'hostilité » (les Directives sur l'Afghanistan). Une première version des Directives sur l'Afghanistan a été diffusée le 18 mars 2008. L'extrait suivant des Directives sur l'Afghanistan, sous la rubrique « Exigences médicales absolues », a joué un rôle important dans la présente affaire :

L'employé ne répond pas aux exigences médicales relatives à l'affectation ou au service :

[...]

- s'il souffre d'un problème de santé qui pourrait entraîner une urgence médicale et mettre en péril sa vie si l'accès aux médicaments ou à d'autres traitements prescrits était interrompu pendant une courte période.

[14] Le même jour, SC a effectué une évaluation médicale avant affectation de M^{me} Cruden et cinq de ses médecins ont conclu à l'unanimité que l'état de santé de M^{me} Cruden ne lui permettait pas d'être réaffectée en Afghanistan. Même si SC reconnaissait dans sa lettre à l'ACDI que la D^{re} Arnout avait fourni des renseignements indiquant que l'état de santé de la plaignante était alors stable, elle a conclu que vu le risque de déstabilisation de son état, M^{me} Cruden pourrait avoir besoin de soins et de traitements spécialisés qui n'étaient pas offerts au lieu d'affectation.

[15] On April 10, 2008, CIDA informed Ms. Cruden that she had not been selected for the position of Director of Kandahar, one of the deployments for which she had recently applied.

[16] Ms. Cruden had also applied for the position of Manager of Results and Accountability, a position in Canada which required periodic travel to Afghanistan. There was a concern within CIDA about this travel requirement because, following HC's assessment, it would remove Ms. Cruden from the competition for this position.

[17] On April 16, 2008, CIDA informed Ms. Cruden that HC had recommended against her re-deployment to Afghanistan. Ms. Cruden sought more information as to the respective roles and responsibilities of CIDA and HC and was informed by HC that while it had responsibility to provide recommendations based on its health assessments, the ultimate decision concerning her deployment to Afghanistan rested with CIDA. Ms. Cruden then asked CIDA to exercise its discretion and allow her to be deployed to Afghanistan. On May 21, 2008, CIDA decided that it would follow HC's recommendation that Ms. Cruden was not medically fit for a deployment to Afghanistan. In order to permit Ms. Cruden to compete for the position of Manager of Results and Accountability, however, the requirement to travel to Afghanistan was removed.

[18] Ms. Cruden then asked CIDA if there had ever been a situation where it did not follow HC's recommendation and also inquired as to whether CIDA would ask HC for an advance fitness assessment for its future overseas postings.

[19] CIDA's response was that it followed HC's assessments in almost all cases because its managers, not being medically trained, were not "in any position to re-evaluate [HC's] determination". It did confirm that it is ultimately CIDA's managers who have the final say

[15] Le 10 avril 2008, l'ACDI a informé M^{me} Cruden que sa candidature au poste de directrice de Kandahar, une des affectations qu'elle avait demandée peu de temps auparavant, n'avait pas été retenue.

[16] M^{me} Cruden avait aussi présenté une demande pour le poste de gestionnaire de l'Unité d'examen des résultats et de la reddition de comptes, un poste au Canada qui exigeait des déplacements périodiques en Afghanistan. L'ACDI entretenait certaines préoccupations au sujet de cette obligation d'effectuer des déplacements parce que M^{me} Cruden serait exclue du concours relatif à ce poste en raison de l'évaluation de SC.

[17] Le 16 avril 2008, l'ACDI a informé M^{me} Cruden que SC s'était prononcé contre sa réaffectation en Afghanistan. M^{me} Cruden a cherché à obtenir plus de renseignements au sujet des rôles et responsabilités respectifs de l'ACDI et de SC. SC lui a répondu que même s'il avait la responsabilité de fournir des recommandations fondées sur ses évaluations médicales, la décision définitive concernant son affectation en Afghanistan appartenait à l'ACDI. M^{me} Cruden a alors demandé à l'ACDI d'exercer son pouvoir discrétionnaire et de l'autoriser à être affectée en Afghanistan. Le 21 mai 2008, l'ACDI a décidé qu'elle suivrait la recommandation de SC selon laquelle M^{me} Cruden n'était pas médicalement apte à une affectation en Afghanistan. Afin de permettre à M^{me} Cruden de participer au concours pour le poste de gestionnaire de l'Unité d'examen des résultats et de la reddition de comptes, l'exigence des déplacements en Afghanistan a cependant été supprimée.

[18] M^{me} Cruden a alors demandé à l'ACDI s'il était déjà arrivé que cette dernière ne suive pas une recommandation de SC et elle a aussi cherché à savoir si l'ACDI demanderait à l'avenir à SC une évaluation préalable de l'état de santé pour ses affectations à l'étranger.

[19] L'ACDI a répondu qu'elle respectait presque toujours les évaluations de SC parce que les gestionnaires de l'ACDI, qui ne possédaient pas de formation médicale, [TRADUCTION] « n'étaient pas en mesure de réévaluer un avis médical [de SC] ». Elle confirmait

on posting assignments, “taking into account both the situation at the post and the medical fitness of the employee”. Lastly, CIDA declined to issue advance fitness assessment requests on Ms. Cruden’s behalf since the assessments were only valid for six months and would be of little or no use for speculative future postings.

[20] On June 22, 2008, Ms. Cruden emailed CIDA telling it that she had spent the weekend reflecting on its strategy to address her situation “via an accommodation route,” and stated:

I am not a “blonde” — I can clearly see that the accommodation route is the most viable strategy as very few people are able to see it as discrimination. What you have to understand is that I have never allowed myself to accept that I am anything but “normal”. That strategy requires me to not only accept publicly that I am “disabled”, but that I also require someone else to accommodate me in some way in order for me to be able to function. ...

As a result, I have decided to send this over to the [Public Service Commission] and [Human Rights Commission] in case they are interested in investigating it further and spend my own efforts on finding a new path for myself.

[21] On August 26, 2008, departing from its earlier response on the issue of advance fitness requests, CIDA wrote to Ms. Cruden saying that HC had indicated a willingness to review countries where posting might be possible despite her diabetes.

[22] On September 25, 2008, Ms. Cruden met with a HC medical officer and provided the officer with a list of 19 countries given to her by CIDA that were expected to have postings available in the near future. During this meeting, Ms. Cruden also learned from the medical officer that it was possible to request an internal review of her circumstances with HC’s Medical Advisory

que les gestionnaires de l’ACDI avaient effectivement le dernier mot en ce qui concerne les affectations et que, pour ce faire, [TRADUCTION] « ils tenaient compte à la fois de la situation au lieu d’affectation et de l’état de santé de l’employé ». Enfin, l’ACDI refusait de donner suite aux demandes d’évaluation préalables de l’état de santé formulées par M^{me} Cruden étant donné que les évaluations n’étaient valables que pour six mois et qu’elles n’auraient par conséquent qu’une utilité faible ou nulle relativement à des affectations futures.

[20] Le 22 juin 2008, M^{me} Cruden a envoyé à l’ACDI un courriel pour expliquer qu’elle avait passé la fin de semaine à réfléchir à la stratégie qu’elle adopterait à l’égard de sa situation [TRADUCTION] « en passant par la voie des mesures d’accommodement ». Voici un extrait du courriel :

[TRADUCTION] Je ne suis pas stupide—en effet, il est évident pour moi que la voie des mesures d’accommodement est la stratégie la plus valable étant donné que très peu de gens peuvent voir dans ma situation l’existence d’une discrimination. Vous devez comprendre que je ne me suis jamais considérée moi-même autrement que comme une personne « normale ». Cette stratégie m’oblige non seulement à reconnaître publiquement que je suis « handicapée », mais aussi que j’ai besoin que quelqu’un m’accorde des mesures d’accommodement d’une façon ou d’une autre afin que je puisse fonctionner [...]

Par conséquent, j’ai décidé de soumettre l’affaire à la [Commission de la fonction publique] et à la [Commission des droits de la personne], au cas où ces dernières seraient intéressées à approfondir la question, et de trouver moi-même une autre façon de m’en sortir.

[21] Le 26 août 2008, contredisant sa réponse antérieure relative à la question des demandes d’évaluation médicales préalables, l’ACDI a écrit à M^{me} Cruden pour lui dire que SC s’était déclaré prêt à établir une liste des pays où des affectations seraient possibles malgré son diabète.

[22] Le 25 septembre 2008, M^{me} Cruden a rencontré un médecin de SC et a remis à ce dernier une liste de 19 pays, établie par l’ACDI, dans lesquels des affectations étaient envisageables dans un proche avenir. Au cours de cette rencontre, M^{me} Cruden a aussi appris du médecin qu’il était possible de demander une révision interne de sa situation au Comité consultatif médical

Committee (HC-MAC). She was later assured by HC that it would respect the decision of the HC-MAC, whatever it might be. Accordingly, Ms. Cruden sought a review by HC-MAC.

[23] On November 8, 2008, Ms. Cruden filed her complaints with the Commission that CIDA and HC had discriminated against her in breach of the CHRA. The wording of the complaints against CIDA and HC were identical:

I have been denied an assignment because of a disability that does not affect my job performance and that requires no accommodation, and no person or Agency has been willing to offer me any assistance in light of this issue.

Note that this is now the third time in the some 27 years that I have been diabetic that I have had to face discrimination by the Government. As a result, I am charging that discrimination against diabetics is systemic in Canada and that the Human Rights Commission (HRC) should investigate the matter more broadly.

[24] The conduct complained of by Ms. Cruden was (1) that she was not being considered as an individual by the Afghanistan Guidelines, which created a blanket prohibition against type 1 diabetics; and (2) CIDA's refusal to re-post her to Afghanistan. As relief, Ms. Cruden sought a posting to Afghanistan, an apology from certain individuals in CIDA and HC, and a ruling about "what form of discrimination against diabetics is allowable". As for "accommodation", although Ms. Cruden complained that at that point she had been waiting six weeks for a response from HC regarding her list of nineteen countries, she noted immediately thereafter that she was "not looking for accommodation".

[25] On November 28, 2008, HC responded to Ms. Cruden concerning the possible nineteen countries she had provided. HC had found that five were considered suitable, five were considered unsuitable, and three were listed as missions with concerns which would require individual assessment. For the remaining six

de SC (CCM-SC). SC lui a par la suite confirmé qu'il respecterait la décision du CCM-SC, quelle qu'elle soit. Par conséquent, M^{me} Cruden a demandé une révision au CCM-SC.

[23] Le 8 novembre 2008, M^{me} Cruden a déposé ses plaintes devant la Commission; elle soutenait que l'ACDI et SC avaient eu une attitude discriminatoire à son égard, en violation des dispositions de la LCDP. Le libellé des plaintes contre l'ACDI et SC était identique :

[TRADUCTION] Une affectation m'a été refusée à cause d'une déficience qui n'a aucun effet sur mon rendement au travail et qui n'exige aucune mesure d'accommodement; de plus, aucune personne et aucun organisme n'ont été prêts à m'accorder de l'aide dans cette affaire.

Je suis diabétique depuis 27 ans. C'est la troisième fois au cours de cette période que le gouvernement agit de façon discriminatoire à mon endroit. Par conséquent, j'estime que la discrimination à l'égard des diabétiques est systémique au Canada et que la Commission des droits de la personne (CDP) doit enquêter de façon plus large sur la question.

[24] Plus précisément, M^{me} Cruden a contesté 1) le fait que les Directives sur l'Afghanistan ne permettaient pas que sa situation soit traitée individuellement, ce qui entraînait une interdiction généralisée visant les personnes souffrant de diabète de type 1; 2) le refus de l'ACDI de la réaffecter en Afghanistan. Comme mesures de réparation, M^{me} Cruden a demandé une affectation en Afghanistan, des excuses de la part de certains fonctionnaires de l'ACDI et de SC et une décision sur les [TRADUCTION] « types de discrimination acceptables à l'égard des diabétiques ». En ce qui concerne les « mesures d'accommodement », même si M^{me} Cruden se plaignait du fait qu'à ce moment-là elle avait attendu pendant six semaines une réponse de SC au sujet de sa liste de dix-neuf pays, elle soulignait tout de suite après qu'elle [TRADUCTION] « ne cherchait pas à obtenir de mesures d'accommodement ».

[25] Le 28 novembre 2008, SC a répondu à M^{me} Cruden au sujet de la liste des dix-neuf pays qu'elle avait fournie. SC avait conclu que cinq de ces pays étaient considérés comme appropriés, cinq comme non appropriés et trois comme des missions préoccupantes, qui rendraient obligatoire une évaluation individuelle.

missions, it said that insufficient information had been received from the responsible regional medical officer and that an addendum would follow. It appears that neither HC or CIDA, or Ms. Cruden, followed up on the suitability of the remaining six countries.

[26] On January 16, 2009, HC-MAC rendered its recommendation that Ms. Cruden undergo a medical examination with an independent endocrinologist that would include a review of her history, clinical status, and detailed reports on medical conditions in Afghanistan. The HC-MAC further said that if the independent medical endocrinologist was of the opinion that a posting to Afghanistan would not put her or others at risk, that it would sign off on her case as meeting the medical requirements for this posting. However, if the independent endocrinologist was of the opinion that a posting to Afghanistan was medically inadvisable, HC's recommendation would stand. On February 15, 2009, Ms. Cruden informed HC that she would be willing to go through the medical exam recommended by HC-MAC towards "mid-summer" 2009. In fact, she chose not to undergo that examination until September 22, 2009, when she was examined by Dr. Hugues Beauguard, an independent endocrinologist in Montréal. HC sent Dr. Beauguard Ms. Cruden's history and a description of the available medical facilities in Afghanistan, and identified the questions it wanted Dr. Beauguard to answer.

[27] In his report dated September 29, 2009, Dr. Beauguard noted that Ms. Cruden faced exposure to health risks slightly more elevated than non-diabetics even though she effectively managed her condition of type 1 diabetes. He was of the opinion that she was fit for deployment to Afghanistan due to the fact that the health risks could be reduced to an "acceptable level" so long as she could bring the equipment she needed, and she was fit without restrictions to work at the Kandahar Airfield.

[28] On November 5, 2009, HC asked Dr. Beauguard to clarify the content of his report taking into account the Afghanistan Guidelines. In its original request to Dr. Beauguard it had stated: "We would ask that you take the document 'Medical Evaluation Guidelines

Pour les six autres missions, SC déclarait que les informations reçues des médecins régionaux responsables étaient insuffisantes et qu'un addenda suivrait après réception de plus amples renseignements. Il semble que ni SC, ni l'ACDI et ni M^{me} Cruden n'aient fait un suivi sur les possibilités relatives aux six pays restants.

[26] Le 16 janvier 2009, le CCM-SC a rendu sa recommandation, soit que M^{me} Cruden devait subir un examen médical auprès d'un endocrinologue indépendant, incluant un examen de ses antécédents, son état clinique et des rapports détaillés relatifs à la situation sur le plan médical en Afghanistan. Le CCM-SC ajoutait que si l'endocrinologue indépendant exprimait l'avis qu'une affectation en Afghanistan ne poserait pas de risques pour la plaignante ou d'autres personnes, il considérerait que son cas répondrait aux exigences médicales relatives à cette affectation. Par contre, s'il exprimait l'avis que l'affectation était médicalement déconseillée, la recommandation initiale serait maintenue. Le 15 février 2009, la plaignante a informé SC qu'elle serait prête à subir l'examen médical vers le milieu de l'été 2009. En fait, elle n'a subi cet examen que le 22 septembre 2009, auprès du D^r Hugues Beauguard, endocrinologue indépendant à Montréal. SC avait envoyé au D^r Beauguard l'historique médical de M^{me} Cruden et une description des installations médicales en Afghanistan; il avait indiqué de plus les questions auxquelles il voulait que le D^r Beauguard réponde.

[27] Dans son rapport daté du 29 septembre 2009, le D^r Beauguard a indiqué que la plaignante était exposée à des risques de santé légèrement plus élevés que les non-diabétiques, même si elle gérait efficacement son diabète de type 1. Il était d'avis que la plaignante pouvait être affectée en Afghanistan parce qu'il était possible de réduire les risques pour la santé à un « niveau acceptable », dans la mesure où elle pouvait apporter le matériel dont elle avait besoin et qu'elle était apte à travailler sans restriction à l'aérodrome de Kandahar.

[28] Le 5 novembre 2009, SC a demandé au D^r Beauguard de clarifier le contenu de son rapport médical en tenant compte des Directives sur l'Afghanistan alors en vigueur. Dans sa demande originale au D^r Beauguard, SC s'était exprimé en ces

for Posting, Temporary Duty, or Travel to Afghanistan’ into consideration when making your decisions, as we are required to use these guidelines when making our decisions”.

[29] On November 19, 2009, Dr. Beauregard responded that the Afghanistan Guidelines would make Ms. Cruden unfit for deployment:

Ms. Cruden is a type 1 diabetic and she needs insulin to stay alive. If she goes into hypoglycaemia, she absolutely needs carbohydrate immediately to recover, and if she is deprived of insulin, she will develop ketoacidosis, go into a coma and will die after a certain number of days (number that cannot be precisely determined, but probably represents a “short period of time”).

It appears clear, considering the content of this part of the document, that Ms. Cruden do [*sic*] not fulfil the medical requirements stated.

Dr. Beauregard remained of the view that Ms. Cruden could manage her diabetes in the prevailing conditions in order to bring any risk within “acceptable levels”:

In my evaluation and recommendations, I focused on the fact that she had the willingness and the ability to prevent those two dramatic situations from occurring, but as in many situations, reaching a risk free environment is not possible even if she is not posted in Afghanistan. In my recommendation, I refer to the concept of “acceptable risk”: By this I mean that she is able to face the degree of risk involved in Afghanistan and to manage her diabetes in the conditions prevailing in that country.

[30] CIDA also sought further clarification from Dr. Beauregard concerning implications for travel to remote areas. On November 24, 2009, Dr. Beauregard replied that the risk of Ms. Cruden travelling was acceptable, as long as she could have extra food and insulin to carry with her, but that he could not comment on the risks inherent to the political instability of the area.

termes : [TRADUCTION] « Veuillez, s’il vous plaît, tenir compte du document “Directives concernant les évaluations médicales en vue d’une autorisation préalable à une affectation, à un service temporaire ou à un voyage en Afghanistan” lorsque vous prendrez vos décisions, étant donné que nous sommes tenus d’utiliser ces lignes directrices lorsque nous prenons nos décisions ».

[29] Le 19 novembre 2009, le Dr Beauregard a répondu qu’eu égard aux Directives sur l’Afghanistan, M^{me} Cruden ne pourrait pas être affectée en Afghanistan :

[TRADUCTION] M^{me} Cruden souffre de diabète de type 1 et elle a besoin d’insuline pour demeurer en vie. Si elle se retrouve en état d’hypoglycémie, elle aura absolument besoin de glucides pour se rétablir et, si elle est privée d’insuline, elle souffrira d’acidocétose, se retrouvera dans un état comateux et mourra quelques jours plus tard (le nombre de jours ne peut être établi avec précision, mais il s’agit probablement d’une « courte période »).

Il semble évident, vu le libellé de cette partie du document, que M^{me} Cruden ne satisfait pas aux exigences médicales qui y sont énoncées.

Cependant, le Dr Beauregard disait demeurer convaincu que la plaignante pouvait quand même être affectée là-bas, car elle était capable de gérer son diabète dans les conditions existantes de façon à réduire tout risque à des niveaux acceptables.

[TRADUCTION] Dans mon évaluation et mes recommandations, j’ai mis l’accent sur le fait qu’elle avait la volonté et la capacité d’éviter de se trouver dans ces deux situations extrêmes mais, comme c’est souvent le cas, il n’existe aucun environnement exempt de tout risque, même si elle n’est pas affectée en Afghanistan. Dans mes recommandations, j’évoque le concept de « risque acceptable » : je veux dire qu’elle est en mesure d’affronter le type de risque qui existe en Afghanistan et de gérer son diabète dans la situation qui existe dans ce pays.

[30] L’ACDI a aussi demandé au Dr Beauregard des éclaircissements sur les répercussions de déplacements dans des régions éloignées. Le Dr Beauregard a répondu que les risques qu’assumerait M^{me} Cruden en voyageant étaient acceptables dans la mesure où elle pouvait apporter un surplus de nourriture et d’insuline. Cependant, il a ajouté qu’il ne pouvait pas se prononcer sur les risques inhérents à l’instabilité politique dans la région.

[31] On December 16, 2009, HC informed CIDA that Dr. Beauregard concluded that Ms. Cruden did not meet the requirements of the Afghanistan Guidelines, but was nevertheless fit to work and travel in Afghanistan if she (i) has access to medication, testing equipment and backup supplies at all times; (ii) lives and sleeps in a room with a person aware of her condition; and (iii) has extra food and medication for travel. It concluded by saying that the final decision whether or not to post Ms. Cruden to Afghanistan was CIDA's.

[32] On September 24, 2009, Ms. Cruden had applied for three overseas postings for the 2010–2011 posting cycle: one in Afghanistan, one in Nepal, and one in Vietnam. On December 30, 2009, Ms. Cruden was advised that she was screened out of the Nepal competition because of her lack of experience, and from the Vietnam competition because she ranked “low relative to [the other 23] candidates”. On January 11, 2010, CIDA informed Ms. Cruden that in light of the information it received from HC, no further consideration would be given to posting her to Afghanistan, unless there was a change in her medical condition.

[33] Ms. Cruden's complaints against HC and CIDA were consolidated and heard by the Tribunal over 12 days in January 2011. It heard testimony from 11 witnesses. The Tribunal issued its decision and reasons on September 23, 2011: *Cruden v. Canadian International Development Agency & Health Canada*, 2011 CHRT 13. The Tribunal divided its analysis into two parts: the complaint against HC and the complaint against CIDA. The decision concludes with various remedies ordered against both.

The Complaint Against HC

[34] The Tribunal concluded that Ms. Cruden had established a *prima facie* case that she “was adversely differentiated by HC's assessment process and

[31] Le 16 décembre 2009, SC a informé l'ACDI que le D^r Beauregard avait conclu que M^{me} Cruden ne satisfaisait pas aux exigences des Directives sur l'Afghanistan, mais qu'elle était néanmoins en mesure de travailler et de voyager en Afghanistan aux conditions suivantes : i) avoir accès en tout temps à des médicaments, à du matériel de contrôle et à des fournitures de réserve; ii) vivre et dormir dans une pièce avec une personne au courant de son problème de santé; et iii) disposer d'aliments et de médicaments supplémentaires pour ses déplacements. Le ministère a conclu que la décision définitive d'affecter ou non M^{me} Cruden en Afghanistan relevait de l'ACDI.

[32] Le 24 septembre 2009, M^{me} Cruden a présenté des demandes relativement à trois affectations à l'étranger pour le cycle des affectations 2010–2011 : une en Afghanistan, une au Népal et une autre au Vietnam. Le 30 décembre 2009, M^{me} Cruden a été informée qu'elle avait été exclue du concours relatif au Népal à cause de son manque d'expérience et aussi du concours relatif au Vietnam parce qu'elle avait obtenu une note [TRADUCTION] « faible par rapport à celles des [23 autres] candidats ». Le 11 janvier 2010, l'ACDI a informé M^{me} Cruden que vu l'information qu'elle avait reçue de SC, son affectation en Afghanistan ne ferait l'objet d'aucun autre examen à moins d'un changement de son état de santé.

[33] Les plaintes de M^{me} Cruden contre SC et l'ACDI ont été regroupées et instruites par le Tribunal sur une période de 12 jours en janvier 2011. Le Tribunal a entendu 11 témoins. Il a publié sa décision et ses motifs le 23 septembre 2011 : *Cruden c. Agence canadienne de développement international et Santé Canada*, 2011 TCDP 13. Le Tribunal a scindé son analyse en deux parties : la plainte contre SC et la plainte contre l'ACDI. La décision se termine par la description des mesures de réparation que SC et l'ACDI devaient mettre en œuvre.

La plainte déposée contre SC

[34] Le Tribunal a conclu que M^{me} Cruden avait réussi à établir qu'elle avait à première vue « été victime d'une différence de traitement défavorable à cause des

guidelines on the grounds of her disability according to section 7(b) of the *CHRA*.” The Tribunal’s reasoning in this regard can be found at paragraph 72 of its reasons. In short, it found a *prima facie* case was established since the Afghanistan Guidelines provided that “no one with a chronic medical condition is allowed to be posted to Afghanistan”; Ms. Cruden has a chronic medical condition, type 1 diabetes mellitus; “diabetes is encompassed by the definition of disability in the *CHRA*”; and Ms. Cruden was prevented from being posted to Afghanistan because of the application of the Afghanistan Guidelines to her disability.

[35] The Tribunal reasoned that [at paragraph 71] “[o]nce a *prima facie* case is established, the onus then shifts to the respondent to provide a reasonable explanation that demonstrates either that the conduct did not occur as alleged or was non-discriminatory.” It found that HC had neither established that the conduct complained of did not occur as alleged or was non-discriminatory: see paragraphs 73–89 of the Tribunal’s reasons. The Tribunal noted several procedural failings in the way HC dealt with Ms. Cruden’s case, including having raised her expectations and its delay. The Afghanistan Guidelines were found to be discriminatory because their wording and application had been “absolute” or “mandatory” and thus, reasoned the Tribunal, did not permit “individualized” assessments as is required by human rights law.

The Complaint Against CIDA

[36] The Tribunal also concluded that Ms. Cruden had established a *prima facie* case of discrimination against CIDA [at paragraph 90]: “CIDA pursued a medical assessment practice, pursuant to HC’s policies and guidelines, which deprived [Ms. Cruden] of an employment opportunity on a prohibited ground of discrimination: her disability. Therefore, a *prima facie*

directives et des processus d’évaluation de SC du fait de sa déficience, au sens de l’alinéa 7b) de la LCDP ». Le raisonnement du Tribunal à ce sujet est exposé au paragraphe 72 de ses motifs. En résumé, il a conclu ce qui suit : les arguments de M^{me} Cruden étaient à première vue fondés étant donné que, selon les Directives sur l’Afghanistan, « une personne souffrant d’un problème de santé chronique ne peut pas être affectée en Afghanistan »; M^{me} Cruden souffre d’un problème de santé chronique, le diabète de type 1; « [é]tant une déficience physique, le diabète tombe sous le coup de la définition du mot “déficience” que l’on trouve dans la LCDP »; l’affectation de M^{me} Cruden en Afghanistan a été bloquée à cause de l’application des Directives sur l’Afghanistan à sa déficience.

[35] Selon le Tribunal [au paragraphe 71], « [u]ne fois qu’une preuve *prima facie* a été établie, il incombe alors à l’intimé de donner une explication raisonnable qui montre soit que la conduite alléguée n’a pas eu lieu, soit qu’elle n’était pas discriminatoire ». Il a estimé que SC n’avait démontré ni que les comportements reprochés ne s’étaient pas produits de la façon alléguée ni qu’ils étaient non discriminatoires : voir les paragraphes 73 à 89 des motifs du Tribunal. Le Tribunal a souligné plusieurs manquements procéduraux dans la façon dont SC a traité le dossier de M^{me} Cruden, y compris la création d’attentes chez elle et la lenteur de la procédure. Les Directives sur l’Afghanistan ont été jugées discriminatoires parce que, à cause de leur libellé et de leur application, elles étaient « absolues » ou « impératives » et que, selon le Tribunal, elles ne permettaient pas l’évaluation « individualisée » qu’exigent les dispositions législatives et la jurisprudence en matière de droits de la personne.

La plainte déposée contre l’ACDI

[36] Le Tribunal a aussi conclu que M^{me} Cruden avait établi une preuve *prima facie* de discrimination contre l’ACDI [au paragraphe 90] : « l’ACDI a poursuivi, conformément aux politiques et aux directives de SC, une pratique relative aux évaluations médicales qui a privé [M^{me} Cruden] d’une occasion d’emploi pour un motif de distinction illicite : sa déficience. Par

case of discrimination has been established under section 10(a) of the *CHRA*.”

[37] It further found that she had [at paragraph 91] “established that a distinction was made between her and her co-workers on the basis of her disability by the application of the *Afghanistan Guidelines*. This distinction was harmful to [Ms. Cruden’s] career because she lost the opportunity to work and gain field experience in Afghanistan,” this was “adverse differentiation” under paragraph 7(b) of the *CHRA* and accordingly she had established a *prima facie* case of discrimination against CIDA under that paragraph. Accordingly, it fell to CIDA [at paragraph 92] “to prove that these *prima facie* discriminatory practices were based on a *bona fide* occupational requirement” (BFOR).

[38] Section 15 of the *CHRA* provides that it is not a discriminatory practice “if... any refusal, exclusion, expulsion, suspension, limitation, specification or preference in relation to employment is... based on” a BFOR, the burden of establishing which lies with the employer. For any such practice to be based on a BFOR, it must be “established that accommodation of the needs of an individual or a class of individuals affected would impose undue hardship on the person who would have to accommodate those needs, considering health, safety and cost.”

[39] The Tribunal examined whether CIDA’s refusal to post Ms. Cruden because of her medical condition was a BFOR using the tri-partite test articulated in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 (*Meiorin*), at paragraph 54:

- (1) that the employer adopted the standard for a purpose rationally connected to the performance of the job;
- (2) that the employer adopted the particular standard in an honest and good faith belief that it was necessary to the fulfilment of that legitimate work-related purpose; and

conséquent, une preuve *prima facie* de discrimination a été établie au regard de l’alinéa 10a) de la LCDP ».

[37] Il a ajouté que M^{me} Cruden avait [au paragraphe 91] « établi qu’une distinction [avait] été faite entre elle et ses collègues de travail du fait de sa déficience par l’application des Directives sur l’Afghanistan ». Cette distinction a été préjudiciable pour la carrière de M^{me} Cruden parce que cette dernière a perdu l’occasion de travailler et d’acquérir une expérience de terrain en Afghanistan; elle a été « défavorisée » au sens de l’alinéa 7b) de la LCDP et, par conséquent, elle a établi une preuve *prima facie* à l’encontre de l’ACDI à cause d’une discrimination au sens de cet alinéa. Par conséquent, il incombait à l’ACDI [au paragraphe 92] « de prouver que ces pratiques discriminatoires à première vue étaient fondées sur une exigence professionnelle justifiée » (EPJ).

[38] Selon l’article 15 de la LCDP, « les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l’employeur qui démontre qu’ils découlent d’exigences professionnelles justifiées » ne constituent pas des actes discriminatoires. C’est à l’employeur qu’il incombe de démontrer l’existence d’EPJ. Il y réussit « s’il est démontré que les mesures destinées à répondre aux besoins d’une personne ou d’une catégorie de personnes visées constituent, pour la personne qui doit les prendre, une contrainte excessive en matière de coûts, de santé et de sécurité ».

[39] Le Tribunal a vérifié si le refus de l’ACDI d’affecter M^{me} Cruden en Afghanistan à cause de son problème de santé reposait sur des EPJ en appliquant le critère à trois volets énoncé dans l’arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (*Meiorin*), au paragraphe 54, aux termes duquel l’employeur doit démontrer :

- (1) qu’il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l’exécution du travail en cause;
- (2) qu’il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu’elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail;

(3) that the standard is reasonably necessary to the accomplishment of that legitimate work-related purpose. To show that the standard is reasonably necessary, it must be demonstrated that it is impossible to accommodate individual employees sharing the characteristics of the claimant without imposing undue hardship upon the employer.

[40] The parties agreed that the first two elements of the *Meiorin* test were met. As to the third element, the Tribunal reasoned as follows [at paragraph 103]:

The analysis at this [third] stage looks at “...first, the procedure [...] which was adopted to assess the issue of accommodation and, second, the substantive content of either a more accommodating standard which was offered or alternatively the employer’s reasons for not offering any such standard” (*Meiorin* at para. 66). Therefore, I will examine, first, the procedure adopted by CIDA to assess the complainant’s condition and possible accommodation and, second, whether accommodating the complainant in Afghanistan would cause CIDA undue hardship.” [Emphasis added.]

[41] The Tribunal concluded that CIDA had not met its “procedural duty” to accommodate Ms. Cruden for many reasons, including the following:

- “CIDA did not respond to [Ms. Cruden’s] initial request to exercise its discretion to allow her to go to Afghanistan” [at paragraph 104];
- “CIDA did not inform [Ms. Cruden] of, nor were the CIDA officials who testified familiar with, the procedures outlined in *FSD9* [“Foreign Service Directive 9 – Medical and Dental Examinations”], HC’s medical assessment process or the *OHAG*” [at paragraph 104];
- “CIDA was actively implicated in the changes that were ultimately seen in the *Afghanistan Guidelines*” [at paragraph 105];
- “CIDA did not lead evidence that it explored all reasonable accommodation measures at the time of [Ms. Cruden’s] request. Although CIDA discussed

(3) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu’il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l’employeur subisse une contrainte excessive.

[40] Les parties ont convenu qu’il était satisfait aux deux premiers volets du critère *Meiorin*. En ce qui concerne le troisième volet, voici quel était le raisonnement du Tribunal [au paragraphe 103] :

À ce stade, l’analyse porte sur « [...] d’abord, la procédure [...] qui a été adoptée pour étudier la question de l’accommodement et, ensuite, la teneur réelle d’une norme plus conciliante qui a été offerte ou, subsidiairement, celle des raisons pour lesquelles l’employeur n’a pas offert une telle norme » (*Meiorin*, au paragraphe 66). Par conséquent, j’examinerai, en premier lieu, la procédure que l’ACDI a adoptée pour évaluer le problème de santé de la plaignante et les mesures d’accommodement possibles et, en second lieu, si le fait de prendre des mesures d’accommodement en faveur de la plaignante en Afghanistan causerait à l’ACDI une contrainte excessive. [Non souligné dans l’original.]

[41] Le Tribunal a conclu que l’ACDI ne s’était pas acquittée de son « obligation procédurale » en matière d’accommodement à l’égard de M^{me} Cruden pour de nombreux motifs, notamment :

- « L’ACDI n’a pas répondu à la demande initiale de [M^{me} Cruden], c’est-à-dire d’exercer son pouvoir discrétionnaire pour lui permettre d’aller en Afghanistan » [au paragraphe 104];
- « L’ACDI n’a pas informé [M^{me} Cruden] des procédures décrites dans la *DSE9* [Directive sur le service extérieur n° 9 — Examens médicaux et dentaires], du processus d’évaluation médicale de SC ou du GEST, et les fonctionnaires de l’ACDI qui ont témoigné ne les connaissaient pas » [au paragraphe 104];
- « L’ACDI a pris une part active dans les changements que l’on a finalement intégrés dans les Directives sur l’Afghanistan » [au paragraphe 105];
- « L’ACDI n’a pas soumis de preuve qu’elle a analysé toutes les mesures d’accommodement raisonnables au moment où [M^{me} Cruden] a présenté sa demande.

removing the travel requirements of her job [which it did], this did not address the complainant's need for operational field experience to advance her career. When [Ms. Cruden] asked for a list of countries to which she could be posted, it took CIDA over two months to determine that HC would take sufficient charge of this determination. It took another two months for HC to determine that insufficient information had been received with respect to six of the nineteen countries, and that an addendum would follow once the information was received. HC never provided the addendum and CIDA did not make efforts to insure [*sic*] that an answer to this inquiry was provided" [at paragraph 106];

- "CIDA did not seek another independent medical opinion" [at paragraph 107];
- "CIDA did not attempt up to the point of undue hardship to ensure that the complainant would obtain her second or third choice for a posting overseas" [at paragraph 108]; and
- "CIDA made attempts to accommodate [Ms. Cruden] but did not offer her any alternative other than applying for other postings and a position in the Afghanistan task force in Ottawa without travel requirements" [at paragraph 109].

[42] On the other hand, the Tribunal concluded that accommodating Ms. Cruden in a posting in Afghanistan would have caused CIDA "undue hardship" [at paragraph 117]:

There is sufficient evidence before me to find that CIDA considered the possibility of implementing these conditions and arrived at the conclusion that it was not possible. The evidence indicates significant health and safety risks for the complainant in working in Afghanistan, as well as safety risks for those fighting the war in Afghanistan should they have to assist the complainant. For the following reasons, I find that it would pose an undue hardship on CIDA to have to accommodate the complainant in Afghanistan. [Emphasis added.]

Même si l'ACDI a discuté de la possibilité d'éliminer les exigences en matière de voyage de son poste, cela ne répondait pas au besoin qu'avait [M^{me} Cruden] d'acquérir une expérience de terrain opérationnelle qui lui permettrait d'obtenir de l'avancement sur le plan professionnel. Quand [M^{me} Cruden] a demandé à recevoir une liste de pays où elle pourrait être affectée, il a fallu plus de deux mois à l'ACDI pour décider que SC se chargerait de cette décision. Il a fallu deux autres mois avant que SC décide que l'on n'avait pas reçu assez d'informations au sujet de six des dix-neuf pays retenus, et qu'un addenda serait produit après avoir reçu les informations nécessaires. SC n'a jamais fourni l'addenda et l'ACDI n'a rien fait pour veiller à ce que l'on réponde à cette demande » [au paragraphe 106];

- « L'ACDI n'a pas cherché à obtenir un autre avis médical indépendant » [au paragraphe 107];
- « L'ACDI n'a pas tenté, jusqu'à contrainte excessive, de veiller à ce que la plaignante obtienne son deuxième ou son troisième choix d'affectation à l'étranger » [au paragraphe 108];
- « L'ACDI a fait des efforts pour prendre des mesures d'accommodement en faveur de [M^{me} Cruden], mais ne lui a offert aucune solution de rechange autre que celle de présenter sa candidature en vue d'autres affectations et d'un poste au sein du Groupe de travail sur l'Afghanistan à Ottawa, sans exigence de voyage » [au paragraphe 109].

[42] Par ailleurs, le Tribunal a conclu que la prise de mesures d'accommodement en faveur de M^{me} Cruden dans le cadre d'une affectation en Afghanistan entraînerait pour l'ACDI une « contrainte excessive » [au paragraphe 117] :

J'ai en main suffisamment de preuves pour conclure que l'ACDI a envisagé la possibilité de mettre en œuvre ces conditions et est arrivée à la conclusion que c'était impossible. La preuve fait état des risques sérieux que court la plaignante sur le plan de la santé et de la sécurité en travaillant en Afghanistan, ainsi que les risques pour la sécurité que courent les personnes combattant en Afghanistan s'il faut qu'elles portent assistance à la plaignante. Pour les motifs qui suivent, je conclus que, pour l'ACDI, le fait d'avoir à prendre des mesures

[43] The numerous reasons cited by the Tribunal in support of this conclusion included:

- If she “needed evacuation, [Ms. Cruden] would be in greater risk” [at paragraph 119];
- “[I]t was a challenge to have [Ms. Cruden] work inside the wire without any travelling requirement because that meant other employees had to travel more to compensate, which increased their exposure to the dangers in the area” [at paragraph 119];
- “[Ms. Cruden] would [be] expose[d] to increased stress, infections, and risks of injury that require more medical attention for a person with type 1 diabetes” [at paragraph 119];
- “Dr. Dupré [“an endocrinologist expert on behalf of the Respondents”] ... did not [*sic*] see any possibility for accommodation. He wrote in his report concerning the risk of severe hypoglycaemic event, that it was inevitable for [Ms. Cruden]” [at paragraph 120];
- The credible evidence of a Colonel (surgeon) and Major in the Canadian Forces with operational experience in Afghanistan was that “the medical facilities in Afghanistan are limited and are operating at full capacity” [at paragraph 122]; and “[a] commander may curtail military operations if he is made aware that a facility is [operating at or near full capacity] and would be unable to treat casualties” [at paragraph 131];
- “There are no Canadian medical facilities at the Canadian embassy in Kabul. Moreover, there is no ambulance or 911 services [*sic*]. In any emergency situation, a patient would require transportation by armoured car. The journey may also be delayed due to conflict. Afghan hospitals are considered too dangerous for western nationals” [at paragraph 124];

d’accommodement en faveur de la plaignante en Afghanistan constituerait une contrainte excessive. [Non souligné dans l’original.]

[43] Voici une partie des nombreux motifs invoqués par le Tribunal à l’appui de cette conclusion :

- Si elle avait eu besoin d’« être évacuée », [M^{me} Cruden] serait « plus à risque » [au paragraphe 119];
- « [I]l était difficile de faire en sorte que [M^{me} Cruden] travaille à l’intérieur du périmètre de sécurité sans aucune exigence de déplacement parce que cela voulait dire que d’autres employés auraient à se déplacer davantage pour compenser, ce qui les exposerait davantage aux dangers présents dans le secteur » [au paragraphe 119];
- « [M^{me} Cruden aurait été exposée] à un stress accru, à des infections et à des risques de blessure qui requièrent plus d’attention médicale si la personne souffre du diabète de type 1 » [au paragraphe 119];
- « Le Dr Dupré [spécialiste en endocrinologie, pour le compte des intimés] [...] a dit [n’]entrevoir aucune possibilité d’accommodement. Dans son rapport concernant le risque d’un grave incident hypoglycémique, il a écrit que, dans le cas de [M^{me} Cruden], un tel risque était inévitable » [au paragraphe 120];
- Selon le témoignage crédible d’un colonel (chirurgien) et d’un major des Forces canadiennes ayant une expérience du terrain en Afghanistan, « en Afghanistan, les installations médicales sont restreintes et fonctionnent à plein rendement » [au paragraphe 122]; et « [i]l se pouvait qu’un commandant suspende une opération militaire s’il apprenait qu’une installation avait atteint le stade rouge et ne pourrait pas traiter de victimes » [au paragraphe 131];
- « À l’ambassade du Canada à Kaboul, il n’existe aucune installation médicale canadienne. De plus, il n’y a pas de services d’ambulance ou d’appels d’urgence de type 911. Dans n’importe quelle situation d’urgence, un patient doit être transporté dans un véhicule blindé. Il est possible aussi que le voyage soit retardé à cause d’un conflit. Les hôpitaux afghans sont considérés

- “[I]f a person with type 1 diabetes gets shot there are additional risks to their health. Risks of being injured or shot, even in the PRT [Provincial Reconstruction Team compound], were said to be ‘real not slim’” [at paragraph 133] and “civilian employees working in Afghanistan are under constant threat of attack” [at paragraph 134];
 - “KAF gets shelled fairly regularly . . . [and] during [a nine month period] there were 70 rocket attacks on the KAF. At the time of the hearing of this case, Major Thurlow testified that the KAF had recently suffered a rocket attack that landed in the dining facilities, injuring several people and killing one person” [at paragraph 135];
 - “The PRT compound is also under threat of attack. . . ‘firefights occur 300 to 400m away from the walls of the PRT, requiring employees to stay in bunkers’ . . . in 2009, everyone at the PRT was evacuated because of a threat of a major attack” [at paragraph 137];
 - “The constant threat of attack also impacts on medical evacuations. Medical evacuations can be done either by armoured vehicle or by helicopter. Given the dangers of travelling by vehicle, most medical evacuations are done by helicopter” [at paragraph 138]. “Each [helicopter] mission requires two helicopters to be flown. . . One helicopter will land while the other provides protection. According to Major Thurlow: . . . ‘Interdiction is common—not unexpected. These helicopters are shot at—all helicopters are shot at. If they’re flying around they are shot at. It’s a dangerous job’” [at paragraph 139]; and
- comme trop dangereux pour les ressortissants occidentaux » [au paragraphe 124];
 - « Selon la preuve, lorsqu’une personne souffrant du diabète de type 1 est touchée par une balle, cela représente des risques accrus pour sa santé. Les risques d’être blessé ou touché par une balle, même dans l’EPR [l’Équipe provinciale de reconstruction], étaient, a-t-on dit, [TRADUCTION] “réels, et non pas minces” » [au paragraphe 133] et « les employés civils travaillant en Afghanistan vivent sous la menace constante d’une attaque » [au paragraphe 134];
 - « [L]e KAF est bombardé assez régulièrement [...] [et] le KAF a essayé durant ce ce temps [une période de neuf mois] 70 attaques à la roquette. Au moment de l’audition de la présente affaire, le Major Thurlow a déclaré que le KAF avait subi récemment une attaque à la roquette qui avait touché les installations de repas, blessant plusieurs personnes et tuant une autre » [au paragraphe 135];
 - « Le complexe qu’occupe l’EPR est lui aussi sous la menace d’une attaque. Les D^{res} Callary et Baxter ont signalé que [TRADUCTION] “des échanges de coup de feu ont lieu à une distance de 300 à 400 mètres des murs du complexe, ce qui oblige les employés à rester dans des abris fortifiés”. Bob Johnston a déclaré qu’en 2009, toutes les personnes présentes dans les installations de l’EPR ont été évacuées à cause de la menace d’une attaque d’envergure » [au paragraphe 137];
 - « La constante menace d’une attaque a également une incidence sur les évacuations sanitaires. Ces dernières peuvent être faites soit par véhicule blindé soit par hélicoptère. Vu les dangers d’un déplacement par véhicule, la plupart des évacuations médicales se font par hélicoptère [au paragraphe 138]. « Chaque mission nécessite l’utilisation de deux hélicoptères [...]. L’un des deux hélicoptères se pose pendant que l’autre le protège. Selon le major Thurlow : [TRADUCTION] “[...] Les mesures d’interdiction sont fréquentes — pas imprévues. On tire sur ces hélicoptères — on tire sur tous les hélicoptères. Quand ils volent, on leur tire dessus. C’est un travail dangereux” » [au paragraphe 139];

• “Major Thurlow added that Improvised Explosive Devices (IED) constitute another danger faced by soldiers performing medical evacuations. On one occasion, while making their way back to the helicopter after placing a casualty on a stretcher, two stretcher bearers became amputees when they stepped on an IED” [at paragraph 140].

[44] The Tribunal continued with 20 additional, safety-related paragraphs on its way to concluding that accommodating Ms. Cruden in Afghanistan would have caused not only CIDA, but also Canadian Forces personnel “undue hardship” in the circumstances. Nevertheless, the Tribunal held that [at paragraphs 161–163]:

... CIDA has breached its procedural duty to explore all reasonable accommodation measures for [Ms. Cruden] and, as a result, a violation of sections 7 and 10 of the *CHRA* has been made out against CIDA.

For its part, HC developed the *Afghanistan Guidelines*, which do not reflect equality between all members of society. In the course of employment, [Ms. Cruden] suffered adverse differentiation on the basis of her disability by the application of the *Afghanistan Guidelines*. On this basis, HC has violated section 7(b) of the *CHRA*.

Therefore, both complaints are substantiated and the Tribunal will consider appropriate remedial action to eliminate these discriminatory practices.

Remedies

Overtime, Bonuses, etc.

[45] Ms. Cruden claimed considerable compensation for overtime, bonuses, and allowances that she says she would have earned had she been posted to Afghanistan. The Tribunal did not allow these expenses in light of its finding that posting Ms. Cruden to Afghanistan would have caused CIDA undue hardship.

• « Le major Thurlow a ajouté que les engins explosifs improvisés (EEI) sont un autre danger auquel sont confrontés les militaires qui procèdent à une évacuation médicale. À une occasion, en revenant à leur hélicoptère après avoir couché une victime sur une civière, deux brancardiers ont dû être amputés après avoir mis le pied sur un tel engin » [au paragraphe 140].

[44] Suivent 20 autres paragraphes relatifs à la sécurité dans lesquels le Tribunal explique pourquoi il est parvenu à la conclusion que la prise de mesures d’accommodement pour M^{me} Cruden en Afghanistan aurait entraîné non seulement pour l’ACDI, mais aussi pour le personnel des Forces canadiennes, une « contrainte excessive » dans les circonstances. Malgré cela, le Tribunal a quand même déclaré ce qui suit [aux paragraphes 161 à 163] :

Néanmoins, cette dernière a manqué à son obligation procédurale d’étudier toutes les mesures d’accommodement possibles pour [M^{me} Cruden] et, de ce fait, une violation des articles 7 et 10 de la LCDP a été établie contre l’ACDI.

Pour sa part, SC a établi les Directives sur l’Afghanistan, qui ne reflètent pas l’égalité entre tous les membres de la société. En cours d’emploi, [M^{me} Cruden] a été victime d’une différence de traitement défavorable du fait de sa déficience par l’application de ces Directives. Pour cette raison, SC a violé l’alinéa 7b) de la LCDP.

En conséquence, les deux plaintes sont justifiées et le Tribunal envisagera des mesures de redressement appropriées en vue d’éliminer ces actes discriminatoires.

Les mesures de réparation

Heures supplémentaires, primes, etc.

[45] M^{me} Cruden a demandé une indemnité considérable au titre des heures supplémentaires, primes et allocations qui, selon elle, lui auraient été accordées si elle avait été affectée en Afghanistan. Le Tribunal n’a pas accueilli ces demandes d’indemnité vu sa conclusion selon laquelle l’affectation de M^{me} Cruden en Afghanistan aurait entraîné une contrainte excessive pour l’ACDI.

[46] On the other hand, the Tribunal found that [at paragraph 169] “were [it] not for the adverse differential treatment that [Ms. Cruden] received during the whole medical assessment and posting process” she “would have obtained a position in another country” and it was “reasonable to assume she would have been at a PM-06 level”. Although the Tribunal did “not have sufficient material before [it] to quantify [the amount she would have earned]”, it decided to “remain seized of the matter” until the parties could make submissions as to the appropriate quantum.

Pain and Suffering

[47] Ms. Cruden claimed the maximum allowable amount for pain and suffering—\$20,000. The Tribunal awarded her \$5,000 from each respondent because [at paragraph 170] “by the way [Ms. Cruden’s] situation was handled by both respondents.”

Wilful and Reckless Discrimination

[48] Ms. Cruden claimed the maximum allowable amount for wilful and reckless discrimination—\$20,000. The Tribunal conceded that Ms. Cruden cited no case law nor made extensive submissions to support her claim; nevertheless it awarded Ms. Cruden \$5,000 from each respondent because:

- “HC told [Ms. Cruden] they would accept the independent medical opinion whatever it may be. They were aware of what they said and modified their approach when the opinion was not what they expected” [at paragraph 171];
- “[HC] also worded the ‘Absolute medical requirements’ and admitted at the hearing that it was a poor choice of words... [and] could mislead someone doing an assessment” [at paragraph 171];
- “HC did not try to correct the wording of the guidelines when they submitted the information to Doctor

[46] Le Tribunal a cependant conclu que [au paragraphe 169] « si [M^{me} Cruden] n’avait pas été victime de la différence de traitement défavorable qu’elle a subie pendant tout le processus d’évaluation médicale et d’affectation, elle aurait obtenu un poste dans un autre pays ». Il était donc « raisonnable de présumer que la plaignante se serait trouvée au niveau PM-06 ». Même si le Tribunal n’avait « pas assez de documents en main pour quantifier la quantité moyenne de temps supplémentaire [qu’elle aurait effectué] », il a décidé de demeurer « sais[i] de l’affaire » jusqu’à ce que les parties fournissent des observations sur le montant approprié.

Le préjudice moral

[47] M^{me} Cruden a demandé l’indemnité maximale admissible pour un préjudice moral, soit 20 000 \$. Le Tribunal lui a accordé 5 000 \$ de la part de chaque intimé à cause de [au paragraphe 170] « la façon dont les deux intimés se sont occupés de la situation ».

L’indemnité pour un acte discriminatoire délibéré et inconsideré

[48] M^{me} Cruden a demandé l’indemnité maximale admissible pour un acte discriminatoire délibéré et inconsideré, soit 20 000 \$. Le Tribunal a reconnu que M^{me} Cruden n’avait présenté aucune jurisprudence à l’appui de sa demande pas plus que des arguments détaillés; il lui a néanmoins accordé 5 000 \$, de chacun des intimés, pour les raisons suivantes :

- « SC a dit à [M^{me} Cruden] qu’il souscrirait à l’avis médical indépendant, quel qu’il soit. SC était au courant de ce qu’il avait dit et a modifié son approche quand l’avis n’a pas été celui auquel il s’attendait » [au paragraphe 171];
- « [SC] a également rédigé les “exigences médicales absolues” et a reconnu à l’audience qu’il s’agissait d’un mauvais choix de mots qui, en fait, pouvait induire en erreur une personne qui procédait à une évaluation » [au paragraphe 171];
- « SC n’a pas essayé de rectifier le texte des directives lorsqu’il a transmis les renseignements au D^r Beauregard,

Beauregard, nor did they give him section one of the *OHAG*, which says that the guidelines are instructive not mandatory” [at paragraph 171];

- “HC knew what they were doing” [at paragraph 171];
- “On its part, CIDA refused to respond to [Ms. Cruden’s] email requesting it to exercise its discretionary power to post her to Afghanistan” [at paragraph 171]; and
- “CIDA cannot ignore the fact that no additional information was given to [Ms. Cruden] on other overseas postings” [at paragraph 171].

Sick Leave Credits

[49] The Tribunal ordered the reinstatement of 55 days sick leave credit to reimburse Ms. Cruden for the sick leave she took in the summer of June 2009 because of the discrimination of which she complained.

Vacation Day Credits

[50] Ms. Cruden sought reinstatement of [at paragraph 173] “vacation time credits totalling 15 days taken in order to prepare for and attend proceedings related to her complaint. Pursuant to paragraph 53(2)(c) of the *CHRA*, [the Tribunal] order[ed] the reinstatement of the 15 vacation day credits.”

Appointment and Deployment

[51] Ms. Cruden was [at paragraph 174] “seeking an appointment to a position at the EX-01 level within CIDA, pursuant to paragraph 53(2)(b) of the *CHRA* [and also] deployment to an operational position within CIDA’s Geographic Programs Branch (GPB), pursuant to paragraph 53(2)(b) of the *CHRA* and requests to be posted to a family-friendly country of her choice.”

[52] The Tribunal concluded that [at paragraph 175] “if it were not for her disability she would have obtained

pas plus qu’il n’a remis à ce dernier la première section du *GEST*, où il est dit que les directives sont de nature instructive et non impérative » [au paragraphe 171];

- « SC savait donc ce qu’il faisait » [au paragraphe 171];
- « Pour sa part, l’ACDI a refusé de répondre au courriel dans lequel la plaignante lui demandait d’exercer son pouvoir discrétionnaire et de l’affecter en Afghanistan » [au paragraphe 171];
- « L’ACDI ne peut ignorer le fait qu’aucun renseignement additionnel n’a été communiqué à [M^{me} Cruden] au sujet d’autres affectations à l’étranger » [au paragraphe 171].

Les crédits de congés de maladie

[49] Le Tribunal a ordonné le rétablissement des 55 jours de crédits de congés de maladie à M^{me} Cruden relativement au congé de maladie qu’elle a pris en juin 2009 à cause du stress lié à la discrimination dont elle s’était plainte.

Les crédits de jours de vacances

[50] M^{me} Cruden a demandé aussi [au paragraphe 173] « que l’on rétablisse les crédits de jours de vacances totalisant 15 jours, période qu’elle [avait] prise pour se préparer et assister aux procédures liées à sa plainte. Conformément à l’alinéa 53(2)c) de la *LCDP*, [le Tribunal a ordonné] le rétablissement des crédits relatifs à 15 jours de vacances ».

La nomination et l’affectation

[51] M^{me} Cruden avait demandé [au paragraphe 174] « qu’on la nomme à un poste de niveau EX-01 à l’ACDI, conformément à l’alinéa 53(2)b) de la *LCDP* [et] qu’on la déploie à un poste opérationnel au sein de la Direction générale des programmes géographiques (DGPG) de l’ACDI, conformément à l’alinéa 53(2)b) de la *LCDP*, et qu’elle soit affectée à un pays de son choix où elle pourrait amener sa famille ».

[52] Le Tribunal a conclu que M^{me} Cruden [au paragraphe 175], « sans sa déficience, aurait obtenu une

a posting to Afghanistan or elsewhere because of her abilities to perform the duties required” and therefore it ordered that Ms. Cruden be deployed [at paragraph 176] “in the GPB at the PM-06 level” and that CIDA “work with [Ms. Cruden] to post her in a friendly country within her top three choices where there are appropriate medical facilities and no medical restrictions that she will face.”

Personnel File

[53] Ms. Cruden asked that any reprimand related to the pursuit of her claim be removed from her file. The Tribunal declined because the behaviour and comments she made about CIDA management which led to the reprimand were not [at paragraph 177] “done within appropriate boundaries”.

Legal Fees

[54] Ms. Cruden sought compensation for legal fees in the amount of \$2 712.68. Citing *Canada (Attorney General) v. Mowat*, 2009 FCA 309, [2010] 4 F.C.R. 579, wherein the Federal Court of Appeal held that the Tribunal did not have the authority to make an award of costs under the provisions of the CHRA, the Tribunal declined to award legal costs.

Systemic Remedies

[55] The Tribunal reasoned that the Afghanistan Guidelines [at paragraph 181] “must be clarified to ensure that their interpretation does not lead doctors in excluding every person with a chronic condition” and that “[t]he wording of the ‘Absolute medical requirements’ should be changed to reflect a high medical standard for posting to Afghanistan, while not instituting a complete ban.” Accordingly, the Tribunal ordered [at paragraph 182]:

- (a) That HC amend the *OHAG* to remove any references in the *Afghanistan Guidelines* to “Absolute medical requirements”, and to instead adopt an approach that simply lists factors that are to be considered as part of an overall

affectation en Afghanistan ou ailleurs à cause de son aptitude à exécuter les fonctions requises ». Il a donc ordonné que M^{me} Cruden obtienne une affectation [au paragraphe 176] « à la DGPG au niveau PM-06 » et a ordonné à l’ACDI de « prendre avec elle les mesures nécessaires pour l’affecter dans un pays ami, faisant partie de ses trois premiers choix où il y a des installations médicales appropriées et où elle ne sera soumise à aucune restriction médicale ».

Dossier personnel

[53] M^{me} Cruden a demandé que toute réprimande relativement à sa plainte soit retirée de son dossier. Le Tribunal a refusé de faire droit à sa demande à cause de son comportement et de ses commentaires au sujet de la direction de l’ACDI qui avaient entraîné la réprimande, indiquant [au paragraphe 177] qu’« il y a des limites à respecter ».

Honoraires juridiques

[54] M^{me} Cruden a demandé une indemnité pour les honoraires juridiques de 2 712,68 \$. Citant l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Mowat*, 2009 CAF 309, [2010] 4 R.C.F. 579, dans lequel la Cour d’appel fédérale a conclu que le Tribunal n’était pas habilité à adjuger des dépens en vertu des dispositions de la LCDP, le Tribunal a refusé d’accorder un montant au titre des honoraires juridiques.

Mesures de réparation systémiques

[55] Selon le Tribunal, les Directives sur l’Afghanistan [au paragraphe 181] « [devaient] être clarifiées afin de garantir que leur interprétation n’amène pas les médecins à écarter toute personne souffrant d’une affection chronique » et « [l]e libellé des “exigences médicales absolues” [devait] être changé afin de refléter l’existence d’un critère médical strict pour les affectations en Afghanistan, mais sans instaurer une interdiction complète ». Par conséquent, le Tribunal a ordonné [au paragraphe 182] :

- a) que SC modifie le GEST de façon à éliminer dans les *Directives sur l’Afghanistan* toute mention d’« exigences médicales absolues » et qu’il adopte plutôt une démarche qui énumère simplement les facteurs qui doivent être

- individualized assessment, with an express recognition that no single factor will necessarily be determinative;
- (b) That HC amend its policies, or create a new policy, requiring that in cases where a treating specialist physician provides an opinion on employee fitness that differs from the initial opinion of the OHMO, and HC does not agree with the specialist, HC will:
- (i) consult with the treating specialist to explore the bases for the different opinions;
 - (ii) if still not in agreement, promptly offer to send the employee for an independent medical examination by a specialist in the appropriate field;
 - (iii) if dissatisfied with the independent specialist, consult with the independent specialist to explore the bases for the different opinions, and
 - (iv) ultimately, if no resolution has been reached, place before the employing department full, objective and impartial descriptions of all the recommendations as to fitness rendered by the various physicians who were consulted during the process;
- (c) That HC and CIDA amend their policies, or create a new policy, to clearly state that the *CHRA* and the “duty to accommodate to the point of undue hardship” must be considered and applied whenever recommendations or decisions are being made with respect to the medical fitness of civilian employees for postings, regardless of where those postings might be;
- (d) That CIDA amend its policies, or create a new policy, so as to put a mechanism in place to ensure that all employees who apply for postings (and for temporary duty assignments, in the case of Afghanistan) are first made aware:
- (i) that all successful candidates will be required to undergo a pre-deployment medical assessment by HC, or by another provider if CIDA deems appropriate;
 - (ii) that if they receive a negative assessment, they will have the right under *FSD9* to submit a written opinion from a treating physician to HC which will then provide a reassessment to CIDA, possibly after
- pris en considération dans le cadre d’une évaluation individualisée générale, tout en reconnaissant expressément qu’aucun facteur unique ne sera nécessairement déterminant;
- b) que SC modifie ses politiques ou en crée une nouvelle, afin d’exiger que, dans les cas où un médecin spécialiste traitant donne, au sujet de l’aptitude d’un employé, un avis qui diffère de l’avis initial du MST et où SC ne souscrit pas à l’avis du spécialiste :
- i) qu’il consulte le spécialiste traitant afin d’analyser les fondements des avis différents;
 - ii) que, s’il n’est toujours pas d’accord, il offre sans délai de faire subir à l’employé un examen médical indépendant par un spécialiste du domaine approprié;
 - iii) que, s’il est insatisfait de l’avis du spécialiste indépendant, il consulte ce dernier pour analyser les fondements des avis différents;
 - iv) que, en fin de compte, si aucun règlement n’est conclu, il soumette au ministère employeur une description complète, objective et impartiale de toutes les recommandations relatives à l’aptitude de l’employé qu’ont formulées les divers médecins qui ont été consultés lors du processus.
- c) que SC et l’ACDI modifient leurs politiques, ou en créent une nouvelle, afin d’indiquer clairement que la LCDP et l’« obligation d’accommodement jusqu’à contrainte excessive » doivent être prise en considération et appliquées chaque fois que l’on formule une recommandation ou que l’on prend une décision au sujet de l’aptitude médicale d’un employé civil à une affectation, quel que soit le lieu de cette affectation;
- d) que l’ACDI modifie ses politiques, ou en crée une nouvelle, de façon à mettre en place un mécanisme qui garantira que tous les employés qui présenteront leur candidature en vue d’une affectation (ainsi qu’en vue d’une affectation temporaire, dans le cas de l’Afghanistan) seront tout d’abord mis au courant :
- i) que tous les candidats retenus auront à subir une évaluation médicale préalable à leur déploiement, de la part de SC, ou d’un autre fournisseur si l’ACDI l’estime approprié;
 - ii) que s’ils obtiennent une évaluation négative, ils auront le droit aux termes de la *DSE9* de soumettre un avis écrit d’un médecin traitant à SC, qui transmettra alors une nouvelle évaluation à l’ACDI, peut-être

- | | |
|--|--|
| <p>offering the employee an opportunity to undergo an independent medical examination;</p> <p>(iii) that if HC does not request an independent medical opinion, CIDA may itself offer the employee an opportunity to undergo an independent medical examination, the results of which will be provided to HC for further assessment;</p> <p>(iv) ultimately, the final decision about whether to put a candidate forward for head of mission concurrence lies with CIDA, and not with HC or any other department.</p> <p>(e) That HC provide training to all managers and OHMOs involved in conducting pre-deployment medical assessments on:</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) The application of the <i>FSD9</i> to their work; and</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) The application of the <i>CHRA</i> to their work, including insofar as it relates to legal principles relating to the assessment of health and safety risks as a possible form of undue hardship;</p> <p>(f) That CIDA provide training to all managers and staff involved in making decisions about postings and temporary duty assignments on:</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) The application of the <i>FSD9</i> to their work; and</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) The application of the <i>CHRA</i> to their work, including insofar as it relates to the assessment of health and safety risks as a possible form of undue hardship”;</p> | <p>après avoir offert à l’employé en question la possibilité de subir un examen médical indépendant;</p> <p>iii) que si SC ne demande pas un avis médical indépendant, l’ACDI pourra elle-même offrir à l’employé une possibilité de subir un examen médical indépendant, dont les résultats seront transmis à SC pour une évaluation additionnelle;</p> <p>iv) en fin de compte, c’est l’ACDI, et non SC ou un autre ministère, qui prendra la décision finale au sujet de la soumission d’un candidat à l’assentiment du chef de mission.</p> <p>e) que SC dispense une formation à tous les gestionnaires et tous les MST qui s’occupent de faire subir des évaluations médicales préalables à un déploiement sur :</p> <p style="padding-left: 20px;">i) l’application de la <i>DSE9</i> à leur travail;</p> <p style="padding-left: 20px;">ii) l’application de la <i>LCDP</i> à leur travail, dans la mesure, notamment, où elle se rapporte aux principes juridiques régissant l’évaluation des risques pour la santé et la sécurité en tant que forme possible de contrainte excessive;</p> <p>f) que l’ACDI dispense une formation à tous les gestionnaires et membres du personnel qui s’occupent de prendre des décisions au sujet des affectations, qu’elles soient temporaires ou non, sur :</p> <p style="padding-left: 20px;">i) l’application de la <i>DSE9</i> à leur travail;</p> <p style="padding-left: 20px;">ii) l’application de la <i>LCDP</i> à leur travail, dans la mesure, notamment, où elle se rapporte aux principes juridiques régissant l’évaluation des risques pour la santé et la sécurité en tant que forme possible de contrainte excessive.</p> |
|--|--|

The steps outlined in paragraph (a) to (f) were to be completed within one year of the decision. The Tribunal remained seized until the parties confirmed that the terms of its order, or further orders, had been implemented.

[56] Although not part of the application before the Court, it is noted that clarification was requested with regards to the implementation of the order that CIDA deploy Ms. Cruden to a post in a friendly country within her top three choices. That clarification was rendered by decision dated March 1, 2012 [2012 CHRT 5]. It does not impact the issues before the Court.

Les mesures énumérées aux alinéas a) à f) devaient être prises au cours de l’année suivant la décision. Le Tribunal demeurait saisi de l’affaire jusqu’à ce que les parties aient confirmé la mise en application des conditions de l’ordonnance, ou de toute autre ordonnance future.

[56] Même s’il n’en était pas question dans la demande présentée à la Cour, il est à souligner que des précisions avaient été demandées au sujet de la mise en œuvre de l’ordonnance selon laquelle l’ACDI devait affecter M^{me} Cruden dans un pays ami faisant partie de ses trois premiers choix. Cette précision a été donnée dans une décision datée du 1^{er} mars 2012 [2012 TCDP 5]. Elle n’a pas d’incidence sur les questions dont la Cour est saisie.

Issues

[57] CIDA and HC identified the following eight issues in their memorandum:

- (i) What is the applicable standard of review?
- (ii) Was it reasonable for the Tribunal to find a breach of the *CHRA* on the basis of a failure to comply with a “procedural duty” to accommodate?
- (iii) Was it reasonable for the Tribunal to find that the *Afghanistan Guidelines* were discriminatorily applied to the Respondent?
- (iv) Was it reasonable to order that the complainant be deployed to a PM-6 position in the Geographic Programs Branch within CIDA and be posted to a country of her choice?
- (v) Was it reasonable to order prescriptive remedies against Health Canada and CIDA as to how it must conduct health assessments, interact with external physicians and communicate with its employees?
- (vi) Was it reasonable to order that the Applicant establish written policies “satisfactory to” the complainant and the Commission?
- (vii) Was there any evidentiary basis upon which the Tribunal could order the payment of damages for “wilful and reckless” discrimination?
- (viii) Was it reasonable to order crediting of vacation credits for the preparation of the hearing?

[58] In my view, the many issues raised by the parties may appropriately be considered under the following four questions:

1. What is the appropriate standard of review of the Tribunal’s decision?
2. Did the Tribunal err in finding that there had been a failure to accommodate under the *CHRA* on procedural grounds in light of its prior finding that substantive accommodation of Ms. Cruden was not possible without undue hardship?

Questions en litige

[57] L’ACDI et SC ont exposé les huit questions suivantes dans leur mémoire :

- i) Quelle est la norme de contrôle applicable en l’espèce?
- ii) Était-il raisonnable que le Tribunal conclue à l’existence d’une violation de la LCDP sur le fondement d’un manquement à une « obligation procédurale » de prendre des mesures d’accommodement?
- iii) Était-il raisonnable que le Tribunal conclue que l’application des Directives sur l’Afghanistan était discriminatoire envers la défenderesse?
- iv) Était-il raisonnable d’ordonner que la plaignante soit nommée à un poste de niveau PM-6 de la Direction générale des programmes géographiques de l’ACDI et qu’elle soit affectée à un pays de son choix?
- v) Était-il raisonnable d’imposer, au moyen d’une ordonnance, à Santé Canada et à l’ACDI la façon dont ces derniers doivent effectuer les évaluations médicales, avoir des interactions avec les médecins de l’extérieur et communiquer avec leurs employés?
- vi) Était-il raisonnable d’ordonner l’élaboration de politiques écrites « qui soient satisfaisantes » pour la plaignante et la Commission?
- vii) Est-ce que la preuve permettait au Tribunal d’ordonner le versement d’une indemnité pour un « acte discriminatoire délibéré et inconsidéré »?
- viii) Était-il raisonnable d’ordonner le paiement de crédits de jours de vacances pour la préparation de l’audience?

[58] À mon avis, les nombreuses questions soulevées par les parties peuvent être résumées par les quatre questions suivantes :

1. Quelle est la norme de contrôle judiciaire applicable à la décision du Tribunal?
2. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant qu’il y avait eu défaut de prendre des mesures d’accommodement aux termes de la LCDP pour des motifs à caractère procédural vu sa conclusion précédente selon laquelle il n’était pas possible de fournir à M^{me} Cruden, sans contrainte excessive, de véritables mesures d’accommodement?

3. Was the Tribunal's finding that the application of the Afghanistan Guidelines to Ms. Cruden by HC was discriminatory contradicted by its own finding that she could not be accommodated without undue hardship?

4. Was there a proper legal or evidentiary basis for the remedies ordered?

1. *Standard of Review*

[59] The parties are in agreement that the standard of review of the Tribunal's decision is reasonableness. The applicants submit that there is only one reasonable interpretation of the duty to accommodate as found in the CHRA while the respondents take the position that whether there is one or more than one interpretation, the interpretation rendered by the Tribunal is reasonable and ought not be disturbed.

[60] In *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 (*Mowat*), which dealt with whether the Tribunal has jurisdiction to make an order of costs, the Supreme Court held that the Tribunal was generally entitled to deference respecting the interpretation of its home statute or the legal rules closely connected thereto. The Tribunal's decision, based on its interpretation of the CHRA, was that it had jurisdiction to award costs. The Supreme Court found otherwise, and held at paragraph 64 of its reasons that "the text, context and purpose of the legislation clearly shows that there is no authority in the Tribunal to award legal costs and there is no other reasonable interpretation of the relevant provisions."

[61] In this case, CIDA and HC submit that there is no reasonable interpretation that supports the Tribunal's conclusion that the CHRA creates both procedural and substantive rights and duties to accommodate such that one may be found in breach of the procedural duty even if found not to have breached the substantive duty. Accordingly, they say that while the standard of review

3. La conclusion du Tribunal selon laquelle l'application des Directives sur l'Afghanistan par SC était discriminatoire envers M^{me} Cruden contredisait-elle sa propre conclusion selon laquelle on ne pouvait pas prendre des mesures d'accommodement à l'égard de [M^{me} Cruden] sans contrainte excessive?

4. Est-ce que les mesures de réparation ordonnées reposaient sur un fondement juridique ou des éléments de preuve valables?

1. *Norme de contrôle*

[59] Les parties reconnaissent que la norme de contrôle pertinente en l'espèce est celle de la décision raisonnable. Selon le demandeur, il n'y a qu'une seule interprétation raisonnable de l'obligation de fournir des accommodements en vertu de la LCDP. Les défendresses soutiennent quant à elles que peu importe qu'il y ait une interprétation ou plusieurs interprétations, celle du Tribunal est raisonnable et ne doit pas être modifiée.

[60] Dans l'arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (*Mowat*), qui portait sur la question de savoir si le Tribunal avait compétence pour adjuger des dépens, la Cour suprême a déclaré que le Tribunal avait droit en principe à la déférence en ce qui concerne l'interprétation de sa loi constitutive et des règles de droit qui s'y rattachent de près. Le Tribunal, qui s'appuyait sur son interprétation de la LCDP, avait estimé qu'il avait compétence pour adjuger des dépens. La Cour suprême, en désaccord avec cette décision, a indiqué au paragraphe 64 de ses motifs qu'il ressortait « nettement du texte de la loi, de son contexte et de son objet que le Tribunal ne possède pas le pouvoir d'adjuger des dépens, et les dispositions applicables ne se prêtent à aucune autre interprétation raisonnable ».

[61] En l'espèce, l'ACDI et SC soutiennent qu'aucune interprétation raisonnable n'étaye la conclusion du Tribunal selon laquelle la LCDP crée en matière de mesures d'accommodement des droits et obligations à la fois procéduraux et substantiels, de sorte qu'une violation d'une obligation procédurale est possible même s'il n'y a pas eu violation d'une obligation

is reasonableness, there is only one reasonable interpretation available and it is not made by the Tribunal.

2. Procedural and Substantive Duties to Accommodate

[62] In the decision under review, in holding that there are both procedural and substantive duties to accommodate, each of which may be breached independently of the other, the Tribunal was either engaged in (i) an interpretation of the wording of the relevant sections of the CHRA, or (ii) applying the decision of the Supreme Court in *Meiorin* to the facts before it. Regardless of which of these approaches was employed, I find that the Tribunal's decision was unreasonable and must be set aside.

Statutory Interpretation of the CHRA

[63] An understanding of the scheme of the CHRA is required in order to properly understand the duty to accommodate. The scheme of the CHRA relevant to this application is as follows:

(a) It is “discriminatory practices” that are prohibited by the CHRA. It is a discriminatory practice “in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee” because of disability: CHRA paragraph 7(b). It is also a discriminatory practice to “establish or pursue a policy or practice ... that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities” because of disability: CHRA, paragraph 10(a).

(b) But, it is not a discriminatory practice if the adverse differentiation, deprivation, or limitation, etc., is established by the employer to be based on a BFOR: CHRA, paragraph 15(1)(a).

(c) For a discriminatory practice to be based on a BFOR “it must be established that accommodation of the needs of an individual or a class of individuals affected would impose undue hardship on the person who would have

substantielle. Par conséquent, ils font valoir que même si la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable, il n'existe qu'une seule interprétation raisonnable et que ce n'était pas celle du Tribunal.

2. Obligation procédurale et substantielle d'offrir des mesures d'accommodement

[62] Dans la décision qui fait l'objet du présent contrôle, le Tribunal, en jugeant qu'il existait à la fois une obligation procédurale et une obligation substantielle de fournir des mesures d'accommodement, dont chacune peut être violée indépendamment de l'autre, soit i) interprétait le libellé des dispositions pertinentes de la LCDP, soit ii) appliquait l'arrêt *Meiorin* de la Cour suprême aux faits qui lui avaient été présentés. Peu importe laquelle de ces deux approches a été suivie, je conclus que la décision du Tribunal était déraisonnable et qu'elle doit être annulée.

Interprétation législative de la LCDP

[63] Il faut comprendre le régime de la LCDP pour bien saisir la portée de l'obligation relative à la prise de mesures d'accommodement. Voici le régime de la LCDP qui s'applique à la présente demande :

a) Ce sont les « actes discriminatoires » qui sont interdits par la LCDP. Constitue un acte discriminatoire le fait de « défavoriser [un individu] en cours d'emploi » à cause d'une déficience : alinéa 7b) de la LCDP. Constitue aussi un acte discriminatoire « le fait [...] de fixer ou d'appliquer des lignes de conduite [...] susceptible[s] d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus » à cause d'une déficience : alinéa 10a) de la LCDP.

b) Cependant, ne constituent pas des actes discriminatoires les refus, exclusions, expulsions, etc. de l'employeur découlant d'exigences professionnelles justifiées (EPJ) : alinéa 15(1)a) de la LCDP.

c) Pour qu'un acte discriminatoire soit cautionné par des EPJ, il doit être « démontré que les mesures destinées à répondre aux besoins d'une personne ou d'une catégorie de personnes visées constituent, pour la

to accommodate those needs, considering health, safety and costs”: CHRA, subsection 15(2).

(d) An individual or group of individuals who, on reasonable grounds, believe that a person “is engaging or has engaged in a discriminatory practice may file with the Commission a complaint”: CHRA, subsection 40(1).

(e) If the complaint of a discriminatory practice is not substantiated, “the member or panel conducting the inquiry shall dismiss the complaint” (emphasis added): CHRA, subsection 53(1). If the complaint of a discriminatory practice is substantiated, the member or panel may make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice: CHRA, subsection 53(2).

[64] What is evident from the foregoing is the criticality of a finding of a discriminatory practice. It is an allegation of a discriminatory practice which grounds the complaint and it is the finding of a discriminatory practice that provides the Tribunal with jurisdiction to order remedial action. Moreover, and of particular relevance to this application, a BFOR finding negates, and is a complete defence to, any allegation of a discriminatory practice. In short, and in the context of this case, if CIDA establishes that it cannot accommodate Ms. Cruden’s disability in Afghanistan without undue hardship, then there is no discriminatory practice and no violation of the CHRA.

[65] In this case, HC did not recommend Ms. Cruden for posting in Afghanistan; CIDA agreed, and did not post her to Afghanistan. The Tribunal found that if it was not for its refusal to post Ms. Cruden to Afghanistan, CIDA would have experienced undue hardship because there were myriad pitfalls in posting a Type 1 diabetic with her profile and medical needs into a war zone. The finding of undue hardship is not contested by Ms. Cruden or the Commission.

personne qui doit les prendre, une contrainte excessive en matière de coûts, de santé et de sécurité » : paragraphe 15(2) de la LCDP.

d) Un individu ou un groupe d’individus qui a des motifs raisonnables de croire qu’une personne « a commis un acte discriminatoire peut déposer une plainte devant la Commission » : paragraphe 40(1) de la LCDP.

e) Si la plainte d’acte discriminatoire n’est pas jugée fondée, « le membre instructeur rejette la plainte » (non souligné dans l’original) : paragraphe 53(1) de la LCDP. Le membre instructeur peut rendre une ordonnance contre la personne trouvée coupable d’un acte discriminatoire (paragraphe 53(2)).

[64] Il ressort clairement des extraits précédents qu’une conclusion relative à l’existence d’un acte discriminatoire est absolument essentielle. En effet, c’est une allégation d’acte discriminatoire qui motive la plainte et c’est la conclusion relative à l’existence d’un acte discriminatoire qui donne au Tribunal le pouvoir de prendre des mesures de réparation. De plus, élément particulièrement pertinent en l’espèce, une conclusion relative à des EPJ rend irrecevable toute allégation d’acte discriminatoire et constitue un moyen de défense complet. En résumé, et dans le contexte de la présente affaire, si l’ACDI établit qu’il lui est impossible de fournir des mesures d’accommodement relativement à la déficience de M^{me} Cruden en Afghanistan sans subir de contrainte excessive, alors il n’y a ni acte discriminatoire, ni violation de la LCDP.

[65] En l’espèce, SC n’a pas recommandé que M^{me} Cruden soit affectée en Afghanistan; l’ACDI a été d’accord avec ce choix et ne l’y a pas affectée. Selon le Tribunal, n’eût été son refus d’affecter M^{me} Cruden en Afghanistan, l’ACDI aurait subi une contrainte excessive parce que de nombreux écueils auraient accompagné l’affectation dans une zone de guerre d’une personne souffrant de diabète de type 1 ayant son profil et ses besoins médicaux. La conclusion d’une contrainte excessive n’est contestée ni par M^{me} Cruden ni par la Commission.

[66] Nevertheless, despite its finding that it would have caused CIDA undue hardship to post Ms. Cruden to Afghanistan, the Tribunal found that CIDA and HC violated a separate procedural duty it understood to be owed in the accommodation process. In particular, as discussed above, Ms. Cruden's expectations were raised, emails were not responded to promptly, and "CIDA did not ... [explore] all reasonable accommodation measures at the time of [Ms. Cruden's] request".

[67] If the Tribunal was interpreting the CHRA when it found that there is a procedural duty of accommodation that can be breached notwithstanding that accommodation is impossible without undue hardship, then that interpretation is plainly unreasonable. The provisions of the CHRA, as discussed previously, are clear and unambiguous: If a person cannot be accommodated without undue hardship then the alleged discriminatory practice is based on a BFOR; if it is based on a BFOR then it is not a discriminatory practice; and if it is not a discriminatory practice the Tribunal "shall" dismiss the complaint. In my view, there is no reasonable interpretation of the CHRA that permits the Tribunal to continue to examine a complaint and the actions of the parties once it has found, as it did in this case, that accommodation is not possible without undue hardship.

Meiorin

[68] If the source of this alleged procedural duty to accommodate does not lie in the CHRA, it might be thought that its source is the decision of the Supreme Court of Canada in *Meiorin*, which is referenced by the Tribunal in the following paragraphs of its decision [paragraphs 101–103]:

The third step of the *Meiorin* analysis examines "...whether the standard is required to accomplish a legitimate purpose, and whether the employer can accommodate the complainant without suffering undue hardship" (*Kelly* at para. 356; see also *McGill University Health Centre* at para. 14). The use of the term "undue" infers that some hardship is acceptable. It is only

[66] Néanmoins, malgré sa conclusion que l'ACDI aurait eu à subir une contrainte excessive en affectant M^{me} Cruden en Afghanistan, le Tribunal a estimé que l'ACDI et SC avaient manqué à une obligation procédurale distincte qui, à son avis, était rattachée au processus d'accommodement. Plus précisément, comme il a été mentionné précédemment, des attentes ont été créées chez M^{me} Cruden, les courriels de cette dernière n'ont pas reçu de réponse rapide et « l'ACDI n'a pas soumis de preuve qu'elle [avait] analysé toutes les mesures d'accommodement raisonnables au moment où [M^{me} Cruden] a présenté sa demande ».

[67] Si le Tribunal interprétait la LCDP lorsqu'il a conclu à l'existence d'une obligation procédurale en matière d'accommodement qui peut être violée bien que les mesures d'accommodement soient impossibles sans contrainte excessive, alors cette interprétation est tout à fait déraisonnable. En effet, les dispositions de la LCDP, comme nous l'avons vu, ne présentent aucune ambiguïté : s'il est impossible de répondre aux besoins d'une personne sans contrainte excessive, l'acte discriminatoire allégué s'appuie sur des EPJ; si l'impossibilité de fournir des mesures d'accommodement s'appuie sur des EPJ, il n'existe aucun acte discriminatoire; et s'il n'y a pas d'acte discriminatoire, le Tribunal « rejette » la plainte. À mon avis, il n'existe aucune interprétation raisonnable de la LCDP qui autorise le Tribunal à poursuivre l'examen d'une plainte et des actions des parties une fois qu'il a établi, comme ce fut le cas en l'espèce, que la prise de mesures d'accommodement est impossible sans contrainte excessive.

Meiorin

[68] Si la source de cette obligation procédurale alléguée de fournir des mesures d'accommodement n'est pas la LCDP, nous pourrions penser que cette source est l'arrêt *Meiorin* de la Cour suprême du Canada, auquel renvoie le Tribunal dans les paragraphes suivants de sa décision [aux paragraphes 101 à 103] :

Le troisième volet de l'analyse issue de l'arrêt *Meiorin* « [...] consiste à déterminer si la norme est exigée pour réaliser un but légitime, et si l'employeur peut composer avec la plaignante sans subir une contrainte excessive » (*Kelly*, au paragraphe 356; voir aussi *Centre universitaire de santé McGill*, au paragraphe 14). L'emploi du mot « excessive »

“undue hardship” that satisfies this test (see *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970, at page 984.). Generally, undue hardship means “disproportionate, improper, inordinate, excessive or oppressive” and is “... reached when reasonable measures of accommodation are exhausted and only unreasonable or impracticable options for accommodation remain” (*Council of Canadians with Disabilities v. Via Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15 at paras. 130, 140). The complainant must facilitate the search for meaningful accommodation by responding to reasonable employer requests for relevant medical information regarding his or her limitations, in order to allow the employer to initiate a proposal (*Tweten v. RTL Robinson Enterprises Ltd.*, 2005 CHRT 8; and *Graham v. Canada Post Corporation*, 2007 CHRT 40). However, an employee cannot dictate to an employer the precise terms of an accommodation and cannot expect a perfect solution (see *McGill University Health Centre*; and, *Hutchinson v. Canada (Minister of the Environment)*, 2003 FCA 133).

It may be ideal for an employer to adopt a practice or standard that is uncompromisingly stringent, but if it is to be justified it must accommodate factors relating to the unique capabilities and inherent worth and dignity of every individual, up to the point of undue hardship (*Meiorin* at para. 62.). Furthermore, when an employer is assessing whether it can accommodate an employee it must do an individualized assessment of the employee’s situation. In this regard, in *McGill University Health Centre*, the Supreme Court of Canada stated: “The importance of the individualized nature of the accommodation process cannot be minimized”.

The analysis at this stage looks at “...first, the procedure [...] which was adopted to assess the issue of accommodation and, second, the substantive content of either a more accommodating standard which was offered or alternatively the employer’s reasons for not offering any such standard” (*Meiorin* at para. 66). Therefore, I will examine, first, the procedure adopted by CIDA to assess the complainant’s condition and possible accommodation and, second, whether accommodating the complainant in Afghanistan would cause CIDA undue hardship.

[69] In my view, *Meiorin* simply does not reasonably support the proposition that there exists a separate, procedural duty in the accommodation process which can be breached notwithstanding a substantive finding of undue hardship and which would attract remedies on

implique qu’une certaine contrainte est acceptable. Ce n’est que lorsque la contrainte est « excessive » qu’elle satisfait à ce critère (voir *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, à la page 984). En général, une « contrainte excessive » signifie « disproportionné, illégitime, immodéré, excessif ou oppressif » et ce stade est atteint « [...] lorsque les moyens raisonnables d’accommoder ont été épuisés et qu’il ne reste que des options d’accommodement déraisonnables ou irréalistes » (*Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, aux paragraphes 130 et 140). La partie plaignante se doit de faciliter la recherche d’une mesure sérieuse en répondant aux demandes raisonnables que formule l’employeur en vue d’obtenir des renseignements médicaux pertinents sur ses limites et de lui permettre ainsi de formuler une proposition (*Tweten c. RTL Robinson Enterprises Ltd.*, 2005 TCDP 8 et *Graham c. Société canadienne des postes*, 2007 TCDP 40). Toutefois, un employé ne peut pas dicter à un employeur les conditions exactes d’une mesure d’accommodement et il ne peut pas s’attendre à ce que l’on trouve une solution parfaite (voir *Centre universitaire de santé McGill*, et *Hutchinson c. Canada (Ministre de l’Environnement)*, 2003 CAF 133).

L’idéal serait peut-être qu’un employeur adopte une pratique ou une norme qui soit d’une rigidité absolue, mais pour qu’elle soit justifiée, il faut qu’elle prenne en compte des facteurs qui sont liés aux capacités uniques et à la valeur et à la dignité inhérentes de chaque individu, dans la mesure où cela n’impose aucune contrainte excessive (*Meiorin*, au paragraphe 62.). De plus, lorsqu’un employeur évalue s’il est en mesure de prendre une mesure d’accommodement en faveur d’un employé, il est tenu de procéder à une évaluation individualisée de la situation de cet employé. À cet égard, dans l’arrêt *Centre universitaire de santé McGill*, la Cour suprême du Canada a déclaré : [l]e caractère individualisé du processus d’accommodement ne saurait être minimisé ».

À ce stade, l’analyse porte sur « [...] d’abord, la procédure [...] qui a été adoptée pour étudier la question de l’accommodement et, ensuite, la teneur réelle d’une norme plus conciliante qui a été offerte ou, subsidiairement, celle des raisons pour lesquelles l’employeur n’a pas offert une telle norme » (*Meiorin*, au paragraphe 66). Par conséquent, j’examinerai, en premier lieu, la procédure que l’ACDI a adoptée pour évaluer le problème de santé de la plaignante et les mesures d’accommodement possibles et, en second lieu, si le fait de prendre des mesures d’accommodement en faveur de la plaignante en Afghanistan causerait à l’ACDI une contrainte excessive.

[69] À mon avis, l’arrêt *Meiorin* n’étaye pas de façon raisonnable l’argument selon lequel il existe une obligation procédurale distincte dans le processus d’accommodement qui peut être violée, malgré une conclusion de fond selon laquelle il existe une contrainte

its own. In paragraph 66 of *Meiorin*, which is the passage referenced by the Tribunal, the Supreme Court is merely stating that a court or tribunal can look at the procedure employed in the accommodation process as a practical tool for deciding whether an employer has established—on an evidentiary basis—undue hardship:

Notwithstanding the overlap between the two inquiries, it may often be useful as a practical matter to consider separately, first, the procedure, if any, which was adopted to assess the issue of accommodation and, second, the substantive content of either a more accommodating standard which was offered or alternatively the employer's reasons for not offering any such standard: see generally Lepofsky, *supra*. [Some emphasis added.]

[70] That is not to say that the procedure used by the employer when considering accommodation cannot have significance in any given case; indeed, in practical terms, if an employer has not engaged in any accommodation analysis or attempts at accommodation at the time a request by an employee is made, it is likely to be very difficult to satisfy a tribunal on an evidentiary level that it could not have accommodated that employee short of undue hardship: See, e.g., *Koepfel v. Canada (Department of National Defence)*, 1997 CanLII 1443, 32 CHRR D/107 (C.H.R.T.), at paragraphs 212–228. That is the very real and practical effect of the evidentiary burden to establish a BFOR resting with the employer.

[71] Madam Justice Gray of the Supreme Court of British Columbia, in a judgment rendered after the decision under review, recognized this distinction. She stated in *Emergency Health and Services Commission v. Cassidy*, 2011 BCSC 1003, 72 CHRR D/433, at paragraphs 33 and 34:

Tribunal Member Lyster relied on *Meiorin* as authority for the proposition that an employer has both a procedural and substantive “duty” to accommodate a disabled employee to the point of undue hardship. However, in *Meiorin*, the Supreme Court of Canada did not consider whether the employer had

excessive, et qui donnerait lieu à des mesures de réparation. Au paragraphe 66 de l'arrêt *Meiorin*, auquel renvoie le Tribunal, la Cour suprême déclare simplement qu'une cour de justice ou un tribunal administratif peut examiner la procédure adoptée dans le cadre du processus d'accommodement comme outil pratique qui permet d'établir si un employeur a réussi à prouver — selon la preuve au dossier — l'existence d'une contrainte excessive :

[...] il peut souvent se révéler utile, en pratique, d'examiner séparément, d'abord, la procédure, s'il en est, qui a été adoptée pour étudier la question de l'accommodement, et, ensuite, la teneur réelle d'une norme plus conciliante qui a été offerte ou, subsidiairement, celle des raisons pour lesquelles l'employeur n'a pas offert une telle norme : voir, de manière générale, Lepofsky, *loc. cit.* [Certains soulignés sont ajoutés.]

[70] Cela ne veut pas dire que la procédure utilisée par un employeur lorsqu'il examine la possibilité de prendre des mesures d'accommodement n'a jamais d'importance; en fait, dans la pratique, si un employeur n'a effectué aucune analyse sur la prise de mesures d'accommodement possibles ou n'a pas cherché à accorder de telles mesures lors de la présentation d'une demande en ce sens par un employé, il lui sera probablement très difficile de convaincre un tribunal, éléments de preuve à l'appui, qu'il n'aurait pas pu fournir de mesures d'accommodement à l'employé sans subir une contrainte excessive : voir, p. ex., *Koepfel c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, 1997 CanLII 1443 (T.C.D.P.), aux paragraphes 212 à 228. C'est là l'effet bien réel et très concret du fait que le fardeau de la preuve en ce qui concerne l'existence d'EPJ incombe à l'employeur.

[71] Dans un jugement rendu postérieurement à la décision qui fait l'objet du présent contrôle, la juge Gray, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a reconnu l'existence de cette distinction. Voici un extrait de ses motifs dans la décision *Emergency Health and Services Commission v. Cassidy*, 2011 BCSC 1003, 72 CHRR D/433, aux paragraphes 33 et 34 :

[TRADUCTION] Le membre du Tribunal Lyster s'est appuyé sur l'arrêt *Meiorin* comme précédent justifiant l'argument selon lequel l'employeur assume à la fois une « obligation » procédurale et substantielle de prendre des mesures d'accommodement à l'égard d'un employé souffrant d'une déficience

treated Ms. Meiorin “fairly, and with due respect for her dignity, throughout the accommodation process”. The focus of the analysis was whether the Aerobic Standard was appropriate. McLachlin J. considered that standard both “procedurally”, relating to how the Aerobic Standard was set, and “substantively”, relating to whether the employee could be accommodated without undue hardship to the employer. The distinction between a procedural analysis and a substantive analysis was an analytical tool for determining whether the Aerobic Standard was a BFOR, and whether the claimant had been accommodated to the point of undue hardship.

While McLachlin J. wrote that it may often be useful to consider any procedure adopted in assessing accommodation, she did not write that such an analytical tool created a separate duty that can be breached. The single question remains of whether the employer could accommodate the employee without experiencing undue hardship. [Emphasis added.]

[72] I agree. The evidentiary significance of the procedure used by the employer is, in my view, what the Supreme Court meant in *Meiorin* when it said that “it may often be useful as a practical matter to consider ... the procedure, if any, which was adopted”.

[73] Moreover, the plain words of paragraph 66 of *Meiorin*—“the procedure, if any, which was adopted” (emphasis added)—supports the opposite conclusion to that reached by the Tribunal, because it contains an acknowledgement that an employer may not have engaged in any accommodation analysis and yet may still be able to establish undue hardship. It is clear that one can not be said to have met a procedural duty to accommodate when one has not engaged in any procedure at all.

[74] The respondents rely on the decision of the Ontario Divisional Court in *ADGA Group Consultants Inc. v. Lane* (2008), 91 O.R. (3d) 649 (Div. Ct.) (*ADGA*), wherein it was found that the decision of the Ontario

jusqu’au point de contrainte excessive. Cependant, dans l’arrêt *Meiorin*, la Cour suprême du Canada n’a pas cherché à savoir si l’employeur avait traité M^{me} Meiorin « de façon équitable, avec tout le respect qui était dû à sa dignité, tout au long du processus d’accommodement ». En effet, l’essentiel de l’analyse portait plutôt sur la question de savoir si la norme aérobique était appropriée. La juge McLachlin a abordé la norme tant sur le plan « procédural », soit sur la façon dont la norme avait été établie, que sur le plan « substantiel », à savoir si les mesures d’accommodement auraient pu être prises sans contrainte excessive pour l’employeur. La distinction entre une analyse sur le plan procédural et une analyse sur le plan substantiel était un outil analytique qui permettait d’établir si la norme aérobique équivalait à des EPJ et si la demanderesse avait obtenu des mesures d’accommodement au point d’imposer une contrainte excessive.

Même si la juge McLachlin a écrit qu’il peut souvent se révéler utile d’examiner séparément la procédure adoptée pour évaluer les mesures d’accommodement, elle n’a pas affirmé que cet outil analytique créait une obligation séparée qui pouvait faire l’objet d’une violation. La véritable question demeure de savoir si l’employeur pouvait offrir des mesures d’accommodement à l’employée en cause sans subir de contrainte excessive. [Non souligné dans l’original.]

[72] Je suis d’accord. Le rôle de la procédure utilisée par l’employeur en ce qui concerne l’établissement de la preuve est celui que lui accordait en ces termes la Cour suprême dans l’arrêt *Meiorin* : « il peut souvent se révéler utile, en pratique, d’examiner [...] la procédure, s’il en est, qui a été adoptée ».

[73] De plus, le libellé même du paragraphe 66 de l’arrêt *Meiorin*, soit « la procédure, s’il en est, qui a été adoptée » (non souligné dans l’original), valide une conclusion opposée à celle qui a été tirée par le Tribunal; en effet, selon ce paragraphe, un employeur pourrait n’avoir effectué aucune analyse quant aux mesures d’accommodement et être quand même capable d’établir l’existence d’une contrainte excessive. Évidemment, il est impossible de soutenir qu’une personne s’est acquittée d’une obligation procédurale de fournir des mesures d’accommodement lorsqu’elle n’a amorcé aucune procédure.

[74] Les défenderesses s’appuient sur une décision de la Cour divisionnaire de l’Ontario, soit *ADGA Group Consultants Inc. v. Lane* (2008), 91 R.J.O. (3^e) 649 (C. div.) (*ADGA*), dans laquelle il a été statué que

Human Rights Tribunal that the employer there had failed both the procedural and substantive duties to accommodate was reasonable. That case is distinguishable because the finding of the tribunal in that case was that the employer had discriminated against Mr. Lane by firing him from his employment without establishing that it could not accommodate his disability without undue hardship. Here the Tribunal found that CIDA and HC had established that accommodation was not possible without undue hardship.

[75] To a large extent the tribunal and court in *ADGA* examined the “procedures” used by the employer as evidence as to whether substantive accommodation was possible without undue hardship. In that case the employer did very little to either determine what the essential aspects of the job were, whether Mr. Lane could perform them, and if not what possible accommodation would be required. The tribunal found that there was a [at paragraph 127] “rush to judgment” by the employer and it had failed to prove that it could not accommodate Mr. Lane without undue hardship. To the extent that the Court’s decision suggests that there is a separate procedural duty of accommodation which can be breached even if the substantive duty has not, I respectfully disagree.

[76] As previously noted, the present case is exceptional since the Tribunal was satisfied that it would have caused CIDA undue hardship *despite* finding that CIDA did not engage in a sufficiently robust accommodation analysis. Nevertheless, there is but one duty: the duty to accommodate an employee to the point of undue hardship. The finding that it would have caused CIDA undue hardship to accommodate Ms. Cruden in Afghanistan should have ended the Tribunal’s inquiry as the effect of that finding was that there was no discriminatory practice.

la décision du Tribunal des droits de la personne de l’Ontario selon laquelle l’employeur avait manqué à ses obligations tant procédurales que substantielles de prendre des mesures d’accommodement était raisonnable. Les faits dans cette affaire ne sont pas les mêmes que ceux de l’espèce parce que le tribunal ontarien avait conclu que l’employeur avait agi de façon discriminatoire à l’endroit de M. Lane en le congédiant sans avoir démontré qu’il lui était impossible de répondre sans contrainte excessive à ses besoins relatifs à sa déficience. Or, en l’espèce, le Tribunal a conclu que l’ACDI et SC avaient établi que la prise de mesures d’accommodement n’était pas possible sans contrainte excessive.

[75] Le tribunal ontarien et la Cour divisionnaire dans la décision *ADGA* avaient examiné de façon assez poussée les « procédures » utilisées par l’employeur afin d’établir avec certitude si la prise de mesures d’accommodement concrètes était possible sans contrainte excessive. Dans cette affaire, l’employeur avait déployé bien peu d’efforts pour définir les aspects essentiels du poste, de façon à établir si M. Lane pouvait les assumer et, dans la négative, les mesures d’accommodement qui seraient requises. Le tribunal ontarien a conclu que l’employeur s’était [au paragraphe 127] [TRADUCTION] « prononcé de façon précipitée » et n’avait pas réussi à prouver qu’il ne pourrait pas offrir de mesures d’accommodement à M. Lane sans contrainte excessive. Dans la mesure où la décision de la Cour divisionnaire donne à penser qu’il existe une obligation procédurale distincte en matière de mesures d’accommodement qui peut être violée même si ce n’est pas le cas pour l’obligation substantielle, j’exprime respectueusement mon désaccord.

[76] Comme il a été mentionné précédemment, la présente affaire revêt un caractère exceptionnel étant donné que le Tribunal était convaincu que l’ACDI aurait subi une contrainte excessive malgré sa conclusion que cette dernière n’avait pas effectué une analyse suffisamment poussée au sujet des mesures d’accommodement. Néanmoins, il n’existe qu’une seule obligation : l’obligation de fournir des mesures d’accommodement à un employé sans subir de contrainte excessive. La conclusion selon laquelle l’ACDI aurait subi une contrainte excessive en fournissant à M^{me} Cruden les mesures

3. *The Afghanistan Guidelines*

[77] As mentioned above, the contentious provision in the Afghanistan Guidelines reads as follows under the heading “Absolute medical requirements”:

Employees do not meet the medical requirements for assignment or posting:

...

- If they have a medical condition that would likely lead to a life-threatening medical emergency if access to prescribed medication and/or other treatment is interrupted for a short period of time.

[78] The Tribunal found that HC violated paragraph 7(b) of CHRA which makes it a discriminatory practice “in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee, on a prohibited ground of discrimination.” As the Tribunal put it at paragraph 89 of its decision: “The application of these guidelines to the complainant resulted in her being discriminated against in the course of her medical assessment” (emphasis added). This statement as well as others in the decision which are set out below, makes it clear that the finding relating to these guidelines was to the process HC used, not the result to which the guidelines pointed (indeed, having found that Ms. Cruden could not be posted to Afghanistan without undue hardship—effectively the same result as the guidelines directed, that she was not medically fit to be posted to Afghanistan—such a finding would have been contradictory):

- “The complainant claims that the guideline and medical assessment process adversely differentiated against her on the basis of her disability, a prohibited ground of discrimination” (emphasis added) [at paragraph 67];

d’accommodement demandées relativement à son affectation en Afghanistan aurait dû mettre fin à l’instruction de l’affaire par le Tribunal étant donné que cette conclusion avait pour effet d’établir qu’il n’existait pas d’acte discriminatoire.

3. *Les Directives sur l’Afghanistan*

[77] Comme il a été souligné précédemment, nous repreneons la disposition contestée des Directives sur l’Afghanistan sous la rubrique « Exigences médicales absolues » :

L’employé ne répond pas aux exigences médicales relatives à l’affectation ou au service :

[...]

- s’il souffre d’un problème de santé qui pourrait entraîner une urgence médicale et mettre en péril sa vie si l’accès aux médicaments ou à d’autres traitements prescrits était interrompu pendant une courte période.

[78] Le Tribunal a conclu que SC avait contrevenu à l’alinéa 7b) de la LCDP qui assimile à un acte discriminatoire « s’il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait [...] de [...] défavoriser [un individu] en cours d’emploi ». Comme le Tribunal le souligne au paragraphe 89 de sa décision : « L’application de ces directives à la plaignante a eu pour résultat qu’elle a été victime de discrimination au cours de son évaluation médicale » (non souligné dans l’original). Cet énoncé de même que d’autres qui ont été formulés dans la décision et qui sont reproduits ci-après révèlent clairement que la conclusion relative à ces directives visait le processus suivi par SC et non le résultat obtenu par l’application des directives (vu la conclusion que M^{me} Cruden n’aurait pas pu être affectée en Afghanistan sans contrainte excessive — dans les faits, le même résultat que prévoyaient les directives en question, soit qu’elle n’était pas médicalement apte à être affectée en Afghanistan — cette conclusion aurait été contradictoire :

- « Cette dernière soutient que la directive et le processus d’évaluation médicale ont établi contre elle une différence de traitement défavorable du fait de sa déficience, un motif de distinction illicite » (non souligné dans l’original) [au paragraphe 67];

- “I find that there is a problem with the manner in which the ‘Absolute medical requirements’ of the *Afghanistan Guidelines*, are worded and therefore are open to more than one interpretation” [at paragraph 75];
- “Throughout the whole process the complainant’s dignity was not preserved” [at paragraph 86];
- “The intention of a guideline or policy may be legitimate, but the manner in which it is expressed or applied may be deficient” [at paragraph 87].

[79] For the reasons set out above, there is no independent and separate discriminatory practice as set out in the CHRA that rests only on the accommodation process or the manner in which a policy or guideline is applied in the accommodation process, unless of course the process itself or the application of the policy or guideline is conducted in a substantively discriminatory manner. But there is no such allegation here. In other words, there is no allegation that, for example, HC’s delay in responding to emails or raising Ms. Cruden’s hopes had anything to do with her disability or was, in other words, based on that prohibited ground of discrimination. Absent a finding that there was such a substantive discriminatory practice, this complaint against HC had to be dismissed. In short, it simply cannot be that HC’s “adverse differentiation” of Ms. Cruden—that is to say its recommendation that she not be posted to Afghanistan because of her diabetes (see paragraph 72 of the Tribunal’s reasons)—is not vindicated and completely rectified by the finding of undue hardship in relation to her employer, CIDA. Any other result defies logic and common sense.

[80] This is not to say that there may not be a situation in the future where the application of the *Afghanistan Guidelines* would result in an employee being prevented from a posting in Afghanistan even though that employee’s disability could be accommodated without undue hardship, but this is not that case. Moreover, the Tribunal did not even identify *any* potential situation where an employee may be disentitled to a posting to

- « À cet égard, je conclus qu’il y a un problème dans la façon dont les “exigences médicales absolues” des Directives sur l’Afghanistan sont libellées et que ces dernières donnent donc lieu à plus d’une interprétation » [au paragraphe 75];
- « Pendant tout le processus, on n’a pas préservé la dignité de la plaignante » [au paragraphe 86];
- « L’intention d’une directive ou d’une politique peut être légitime, mais la façon dont elle est exprimée ou appliquée peut être lacunaire » [au paragraphe 87].

[79] Pour les motifs susmentionnés, la LCDP ne prévoit pas d’acte discriminatoire indépendant et distinct qui repose uniquement sur le processus relatif à l’octroi de mesures d’accommodement ou la façon dont une politique ou une directive est appliquée dans le cadre du processus, sauf bien sûr si le processus lui-même ou l’application de la politique ou de la directive sont mis en œuvre de façon réellement discriminatoire. Mais aucune allégation de cette nature n’a été faite en l’espèce. En d’autres mots, il n’a pas été allégué, par exemple, que la lenteur de SC à répondre aux courriels ou la création d’attentes chez M^{me} Cruden avaient quelque chose à voir avec sa déficience ou étaient, autrement dit, fondées sur ce motif de distinction illicite. En l’absence d’une conclusion selon laquelle il y a eu un tel acte discriminatoire réel, cette plainte contre SC devait être rejetée. En résumé, la « différence de traitement défavorable » de M^{me} Cruden par SC — soit la recommandation qu’elle ne soit pas affectée en Afghanistan à cause de son diabète (voir le paragraphe 72 des motifs du Tribunal) — ne saurait être considérée comme non justifiée et est complètement palliée par la conclusion relative à l’existence d’une contrainte excessive pour son employeur, l’ACDI. Tout autre résultat s’oppose à la logique et au bon sens.

[80] Il ne faut pas en conclure que l’application des Directives sur l’Afghanistan n’empêchera jamais un employé d’être affecté en Afghanistan même si la déficience de ce dernier pouvait faire l’objet de mesures d’accommodement sans contrainte excessive, mais ce n’est pas le cas en l’espèce. De plus, le Tribunal n’a même pas décrit une seule situation potentielle où un employé pourrait se voir refuser une affectation en

Afghanistan by the application of the Afghanistan Guidelines but could still be accommodated in such a posting short of undue hardship to his or her employer. Unless one concrete example or at least general possibility is identified, it is baseless to assert, in the broadest sense, that the guidelines “differentiate adversely in relation to an employee”, which is the requirement in paragraph 7(b) of the CHRA, or “depriv[e] or ten[d] to deprive an individual or class of individuals” which is the requirement in paragraph 10(a).

[81] HC acknowledged at the hearing before the Tribunal that the “Absolute medical requirements” heading of the Afghanistan Guidelines was unfortunate as it did not capture the intention that it was a “guideline” and the Court was given to understand at the hearing of this application that it was under revision to reflect that fact. Any issue of compliance of the revised guideline with the CHRA will be addressed in the context of a specific fact situation that may arise in the future, i.e. where an employee claims they could be accommodated in an Afghanistan posting but is denied that opportunity through the application of the revised guideline.

[82] In summary, absent a finding of a discriminatory practice, Ms. Cruden’s complaint had to be dismissed. It may be, as the Tribunal found, that the wording of the Afghanistan Guidelines requires revision; however, absent a finding of a discriminatory practice in the result achieved when the guidelines are applied to Ms. Cruden or some other reasonably identifiable future individual or class of individuals, the Tribunal had no jurisdiction to order the remedies it did. The application of the Afghanistan Guidelines did not discriminate against Ms. Cruden as she could not be accommodated in a posting to Afghanistan without undue hardship, there was no discriminatory practice as a result, and the complaint ought to have been dismissed.

Afghanistan du fait de l’application des Directives sur l’Afghanistan tout en pouvant bénéficier de mesures d’accommodement sans contrainte excessive pour son employeur. Sauf si un exemple concret est cité ou si au moins une possibilité générale est évoquée, rien ne permet d’affirmer, au sens le plus large, que les directives ont pour effet de « défavoriser [un individu] en cours d’emploi », soit l’exigence formulée à l’alinéa 7b) de la LCDP, ou qu’elles sont « susceptible[s] d’annihiler les chances d’emploi ou d’avancement d’un individu ou d’une catégorie d’individus », soit l’exigence formulée à l’alinéa 10a).

[81] SC a reconnu à l’audience devant le Tribunal que la formulation de la rubrique « Exigences médicales absolues » dans les Directives sur l’Afghanistan était malheureuse parce qu’elle ne rendait pas bien leur intention, soit qu’il s’agissait justement de « directives », et la Cour a pu comprendre lors de l’audition de la présente demande qu’une révision du texte était en cours afin de tenir compte de cette réalité. Toute question relative à la conformité des directives révisées à la LCDP sera abordée dans le contexte des faits particuliers qui pourraient survenir, c.-à-d., lorsqu’un employé alléguera que des mesures d’accommodement auraient pu être prises à son égard dans le cadre d’une affectation en Afghanistan, mais que cette occasion lui aurait été refusée par suite de l’application de la version révisée de ces directives.

[82] En résumé, vu l’absence de conclusions relatives à l’existence d’un acte discriminatoire, la plainte de M^{me} Cruden devait être rejetée. Il est possible, comme le Tribunal l’a conclu, que la formulation des Directives sur l’Afghanistan doit être revue; cependant, vu la conclusion d’absence d’acte discriminatoire qui a été tirée en fonction de l’application des Directives à M^{me} Cruden ou à tout autre individu ou groupe d’individus qu’il pourrait être raisonnable de cibler, le Tribunal n’avait pas le pouvoir d’ordonner les mesures de réparation contenues dans sa décision. L’application des Directives sur l’Afghanistan n’a pas entraîné de discrimination à l’égard de M^{me} Cruden étant donné qu’aucune mesure d’accommodement ne pouvait être prise à son égard sans contrainte excessive dans le cadre d’une affectation en Afghanistan; par conséquent, il n’y avait pas d’acte discriminatoire et la plainte aurait dû être rejetée.

4. Remedies Awarded

[83] The CHRA does not impose on employers a broad duty to manage and promote the careers of those who are prevented from holding certain positions, or enjoying certain benefits, for entirely justifiable, legitimate, and defensible reasons, simply because they possess a certain characteristic. Rather, the focus of the CHRA is on the negative—it is on the limitation or the refusal, and the removal of those limitations and refusals that unjustifiably limit individuals possessing certain characteristics. Here, the limitation was contained in the Afghanistan Guidelines and the refusal was CIDA's refusal to post Ms. Cruden to Afghanistan. As discussed at length above, the CHRA is clear in stating that if the limitation or refusal was based on a BFOR, there is no discriminatory practice. The Tribunal found that without the refusal in this case, CIDA would have experienced undue hardship. That means CIDA's refusal was a BFOR. Accordingly, the Tribunal had no authority to award any remedy. CIDA was under no duty under the provisions of the CHRA to manage Ms. Cruden's career to ensure she received posting experience. Its duty was to impose only those restrictions, and make only those refusals that were justifiable as a BFOR. This it did and the remedies ordered against CIDA were made without jurisdiction.

[84] Similarly, because of its finding that Ms. Cruden could not be accommodated without undue hardship there was no basis for the finding that the Afghanistan Guidelines or HC discriminated against Ms. Cruden. Accordingly, the remedies ordered against HC were also made without jurisdiction.

[85] The decision of the Tribunal is set aside in its entirety. In the ordinary course when a decision is set aside on judicial review, it is referred back to the tribunal to make a proper decision; however, that is not an appropriate result in this case. The Tribunal found that

4. Mesures de réparation accordées

[83] La LCDP n'impose pas aux employeurs l'obligation générale de gérer et de faire progresser la carrière des personnes qui ne peuvent occuper certains postes ou privées du droit à certains avantages pour des motifs tout à fait justifiables et légitimes simplement parce qu'ils possèdent une certaine caractéristique. La LCDP agit plutôt sur l'aspect négatif, c'est-à-dire qu'elle concerne les refus et les restrictions, de même que l'élimination de ces refus et restrictions qui écartent de façon injustifiable les individus qui possèdent certaines caractéristiques. En l'espèce, les restrictions figuraient dans les Directives sur l'Afghanistan et le refus était le refus de l'ACDI d'affecter M^{me} Cruden en Afghanistan. Comme je l'ai longuement expliqué, la LCDP indique clairement que si la restriction ou le refus était fondé sur des EPJ, il n'y a pas d'acte discriminatoire. Le Tribunal a conclu que si elle n'avait pas refusé la demande en l'espèce, l'ACDI aurait subi une contrainte excessive. Cela signifie que le refus de l'ACDI était fondé sur des EPJ. Par conséquent, le Tribunal n'avait pas le pouvoir d'accorder des mesures de réparation. L'ACDI n'est pas tenue, en vertu des dispositions de la LCDP, de gérer la carrière de M^{me} Cruden afin de garantir qu'elle accumule de l'expérience en occupant divers postes. Son rôle consistait simplement à imposer les restrictions et à formuler les refus qui se justifiaient au titre des EPJ. C'est ce qu'elle a fait et le Tribunal n'avait pas le pouvoir d'ordonner des mesures de réparation contre l'ACDI.

[84] De la même façon, étant donné sa conclusion selon laquelle il était impossible pour l'employeur d'offrir à M^{me} Cruden des mesures d'accommodement sans contrainte excessive, rien ne permettait de conclure que l'application des Directives sur l'Afghanistan ou les actions de SC avaient entraîné de la discrimination à l'endroit de M^{me} Cruden. Par conséquent, le Tribunal n'avait pas non plus compétence pour ordonner des mesures de réparation contre SC.

[85] La décision du Tribunal est annulée au complet. Habituellement, lorsqu'une décision est annulée dans le cadre d'un contrôle judiciaire, elle est renvoyée au Tribunal afin que celui-ci rende une décision appropriée. Cependant, ce n'est pas l'issue qui convient en l'espèce.

CIDA had established at the hearing that Ms. Cruden could not be accommodated without undue hardship. As noted above, that finding was not challenged by either the Commission or Ms. Cruden. In light of that finding, there was no discriminatory practice and thus there can be no violation of the CHRA, as was alleged in the complaint. Accordingly, there is only one possible finding available to the Tribunal, to dismiss the complaint. Given that, no useful purpose is served by referring the complaint back to the Tribunal for a rehearing. Remedies on judicial review are discretionary and in the exercise of my discretion, given those facts, I find that it is appropriate to quash the decision in its entirety and not refer the complaint back to the Tribunal.

En effet, le Tribunal a établi que l'ACDI avait démontré à l'audience qu'il était impossible de prendre des mesures d'accommodement à l'égard de M^{me} Cruden sans contrainte excessive. Comme il a été mentionné précédemment, cette conclusion n'a été contestée ni par la Commission ni par M^{me} Cruden. Vu cette conclusion, il n'existait pas d'acte discriminatoire; par conséquent, il ne peut y avoir eu violation de la LCDP, comme il était allégué dans la plainte. Il n'y avait donc pour le Tribunal qu'une seule conclusion possible à tirer, soit le rejet de la plainte. Par conséquent, il ne sert à rien de renvoyer la plainte au Tribunal pour qu'une nouvelle audience soit tenue. Les réparations accordées dans le cadre des contrôles judiciaires sont discrétionnaires et, dans l'exercice de mon pouvoir discrétionnaire, je conclus qu'il convient d'annuler la décision au complet et de ne pas renvoyer la plainte au Tribunal vu les faits de l'espèce.

[86] The Attorney General is entitled to costs. If the parties are unable to agree on quantum, they may file written submissions, not exceeding five pages in length, within fifteen days of this judgment.

[86] Le procureur général a droit aux dépens. Si les parties sont incapables de s'entendre sur un montant, elles peuvent déposer des observations écrites d'au plus cinq pages dans les quinze jours du présent jugement.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that this application is allowed, the decision of the Canadian Human Rights Tribunal dated September 23, 2011 is set aside, and the Attorney General is entitled to costs.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que la présente demande est accueillie, que la décision du Tribunal canadien des droits de la personne datée du 23 septembre 2011 est annulée et que le procureur général a droit aux dépens.

Appendix A

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6

Purpose 2. The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that all individuals should have an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being hindered in or prevented from doing so by practices based on race, national or ethnic origin,

Annexe A

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6

Objet 2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant : le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe,

	colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered.		l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, la déficience ou l'état de personne graciée.	
	...		[...]	
Employment	7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,		7. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, par des moyens directs ou indirects :	Emploi
	(a) to refuse to employ or continue to employ any individual, or		a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu;	
	(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee,		b) de le défavoriser en cours d'emploi.	
	on a prohibited ground of discrimination.			
	...		[...]	
Discriminatory policy or practice	10. It is a discriminatory practice for an employer, employee organization or employer organization		10. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite et s'il est susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus, le fait, pour l'employeur, l'association patronale ou l'organisation syndicale :	Lignes de conduite discriminatoires
	(a) to establish or pursue a policy or practice, or		a) de fixer ou d'appliquer des lignes de conduite;	
	(b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,		b) de conclure des ententes touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation, l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel.	
	that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.			
	...		[...]	
Exceptions	15. (1) It is not a discriminatory practice if		15. (1) Ne constituent pas des actes discriminatoires :	Exceptions
	(a) any refusal, exclusion, expulsion, suspension, limitation, specification or preference in relation to any employment is established by an employer to be based on a <i>bona fide</i> occupational requirement;		a) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontre qu'ils découlent d'exigences professionnelles justifiées;	
	...		[...]	

Accommo-
dation of
needs

(2) For any practice mentioned in paragraph (1)(a) to be considered to be based on a *bona fide* occupational requirement and for any practice mentioned in paragraph (1)(g) to be considered to have a *bona fide* justification, it must be established that accommodation of the needs of an individual or a class of individuals affected would impose undue hardship on the person who would have to accommodate those needs, considering health, safety and cost.

(2) Les faits prévus à l'alinéa (1)a) sont des exigences professionnelles justifiées ou un motif justifiable, au sens de l'alinéa (1)g), s'il est démontré que les mesures destinées à répondre aux besoins d'une personne ou d'une catégorie de personnes visées constituent, pour la personne qui doit les prendre, une contrainte excessive en matière de coûts, de santé et de sécurité.

Besoins des
individus