

A-480-04  
2005 FCA 404

A-480-04  
2005 CAF 404

**The Attorney General of Canada (Appellant)**

**Le procureur général du Canada (appelant)**

v.

c.

**Diane Sketchley (Respondent)**

**Diane Sketchley (intimée)**

**INDEXED AS: SKETCHLEY v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)  
(F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: SKETCHLEY c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Décary, Linden and Sexton J.J.A.—Vancouver, September 15; Ottawa, December 9, 2005.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Linden et Sexton, J.C.A.—Vancouver, 15 septembre; Ottawa, 9 décembre 2005.

*Human Rights — Appeal from Federal Court decision allowing respondent's judicial review of Canadian Human Rights Commission's decision dismissing complaints against Treasury Board (TB), Human Resources Development Canada (HRDC) — Respondent, HRDC employee, taking full-time leave without pay in January 1997 due to illness — TB policy on leave without pay for medical reasons requiring date for termination of such leave be decided within two years of leave's commencement — Respondent's May 1999 request leave be continued for another year denied — Respondent taking medical retirement, but filing complaint with Commission alleging TB policy discriminatory against disabled workers as employees on leave without pay for other reasons permitted longer duration — Also filing complaint alleging HRDC failing to accommodate disability, applying TB policy to her in discriminatory fashion — Legal, factual substance of Commission's decision found in reports of complaints investigator — Federal Court Judge rightly holding that reports constituting Commission's reasoning — Principles underlying determination of standard of review examined — TB complaint — Issue before Federal Court whether complaint established prima facie discrimination — Application of pragmatic and functional factors leading to correctness standard of review re: Commission's decision — Judge correct to hold inflexibility of TB policy on leave for medical reasons establishing prima facie discrimination — Onus thus shifting to employer to justify discrimination as bona fide occupational requirement (BFOR) — Commission not considering BFOR test as required — Decisions holding TB policy not discriminatory under Charter, s. 15 distinguished because, inter alia, Supreme Court of Canada not expressly stating necessary s. 15 Charter analysis, human rights discrimination analysis exactly mirror each other — HRDC complaint — That complaint matter of procedural fairness (i.e. concerning manner in which Commission arriving at decision) — Judge finding investigation with respect to complaint flawed as lacking thoroughness — Content of duty of fairness determined according to factors set*

*Droits de la personne — Appel d'une décision de la Cour fédérale accueillant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimée à l'encontre de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne de rejeter les plaintes qu'elle a déposées contre le Conseil du Trésor (CT) et Développement des ressources humaines Canada (DRHC) — En janvier 1997, l'intimée, une employée de DRHC, a pris un congé non rémunéré à temps plein pour cause de maladie — Selon la politique du CT sur les congés non rémunérés pour des raisons médicales, les cas de congé non rémunéré doivent être réglés dans les deux ans qui suivent la date du début du congé — La demande qu'a présentée l'intimée en mai 1999 en vue d'obtenir que son congé soit prolongé d'un an a été refusée — L'intimée a pris sa retraite pour des raisons médicales, mais a déposé devant la Commission une plainte dans laquelle elle a allégué que la politique du CT était discriminatoire à l'égard des employés atteints d'une déficience puisque la limite de deux ans ne s'applique pas aux employés qui bénéficient d'un congé non rémunéré pour d'autres motifs — Elle a également déposé une plainte dans laquelle elle a allégué que DRHC avait refusé de tenir compte de sa déficience et lui avait appliqué la politique du CT de façon discriminatoire — Le fondement juridique et factuel de la décision de la Commission se trouve dans les rapports de l'enquêteur — Le juge de la Cour fédérale a conclu à juste titre que les rapports représentaient les motifs de la décision de la Commission — Les principes qui sous-tendent la détermination de la norme de contrôle ont été examinés — Plainte concernant le CT — La question dont était saisie la Cour fédérale consistait à savoir si la plainte établissait l'existence d'une discrimination à première vue — L'application des facteurs de l'approche pragmatique et fonctionnelle à la décision de la Commission favorisait la norme de contrôle de la décision correcte — Le juge a eu raison de dire que l'inflexibilité de la politique du CT relative aux congés pour des raisons médicales établissait l'existence d'une discrimination à première vue — Il revenait ensuite à l'employeur de démontrer que la discrimination était une*

out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* — Failure to investigate question of accommodation once leave commenced, failure to explore whether leave should have been extended, failure to investigate alleged individual discrimination constituting breach of duty of fairness — Report not forming fair foundation for Commission's decision, evidence omitted so obviously crucial and of such fundamental nature that respondent could not compensate for its absence through responding submissions — Appeal dismissed.

*Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Appeal from Federal Court decision allowing judicial review of Canadian Human Rights Commission's dismissal of complaints against Treasury Board (TB), Human Resources Development Canada (HRDC) — Secondary appellate level (i.e. this Court) determining on correctness standard whether reviewing judge choosing, applying proper standard — Here, Federal Court Judge applying correct standards, but not conducting pragmatic and functional analysis — Pragmatic and functional analysis to be undertaken by reviewing court (i.e. Federal Court) with respect to each decision of administrative decision maker, not merely each general type of decision of particular decision maker under particular provision — That approach applying to TB complaint, but not HRDC complaint as latter matter of procedural fairness, requiring elements of decision relevant to procedural fairness be isolated, reviewed as questions of law — Whether TB complaint establishing prima facie discrimination question of law, and Supreme Court of Canada stating in *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* that such questions reviewable on standard of correctness, but until matter clarified, Court preferring to proceed with pragmatic, functional analysis as clearly directed by Supreme Court of Canada in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia* — Four pragmatic, functional factors leading on balance to standard of correctness.*

*exigence professionnelle justifiée (EPJ) — La Commission n'a pas tenu compte du critère relatif à l'EPJ tel que requis — Une distinction a été faite d'avec certaines décisions selon lesquelles la politique du CT a été jugée non discriminatoire en vertu de l'art. 15 de la Charte parce que, notamment, la Cour suprême du Canada n'a pas expressément dit que l'analyse fondée sur l'art. 15 de la Charte et l'analyse de la discrimination doivent nécessairement être identiques — Plainte concernant DRHC — Cette plainte concernait l'équité procédurale (c.-à-d. qu'elle concernait la manière dont la Commission a pris sa décision) — Le juge a conclu que l'enquête sur la plainte n'était pas valable parce qu'elle manquait de rigueur — Le contenu de l'obligation d'équité a été déterminé en fonction des facteurs établis dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* — Le fait que, lorsque le congé a été accordé, il n'a plus été question d'accommodement, le fait que l'enquêteur n'a pas examiné la question de savoir si le congé aurait dû être prolongé et le fait qu'il ne s'est pas interrogé sur la manière dont la politique avait été appliquée à l'intimée constituent un manquement à l'obligation d'équité — Le rapport ne pouvait constituer le fondement de la décision de la Commission, et la preuve omise était à ce point cruciale et fondamentale que l'intimée ne pouvait compenser son absence par ses observations en réponse — Appel rejeté.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — Appel d'une décision de la Cour fédérale accueillant la demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne de rejeter des plaintes déposées contre le Conseil du Trésor (CT) et Développement des ressources humaines Canada (DRHC) — Le deuxième niveau d'appel (c.-à-d. la Cour) doit déterminer, selon la norme de la décision correcte, si le juge de révision a choisi et appliqué la norme pertinente — En l'espèce, le juge de la Cour fédérale a appliqué les normes pertinentes, mais n'a pas fait l'analyse pragmatique et fonctionnelle — La cour de révision (c.-à-d. la Cour fédérale) doit effectuer l'analyse pragmatique et fonctionnelle chaque fois qu'une instance administrative rend une décision et non seulement pour chaque type de décision que rend un décideur en particulier en vertu d'une disposition précise — Cette approche s'appliquait à la plainte concernant le CT, mais non à celle concernant DRHC puisque cette dernière concernait l'équité procédurale, ce qui nécessitait que les éléments de la décision qui touchent à l'équité procédurale soient isolés et examinés comme des questions de droit — La question de savoir si la plainte concernant le CT établissait l'existence d'une discrimination à première vue était une question de droit, et la Cour suprême du Canada a affirmé, dans *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, que la norme de révision de la décision correcte s'applique à l'égard de ces questions, mais la Cour trouva préférable, jusqu'à ce que la question soit clarifiée, d'appliquer l'approche pragmatique et fonctionnelle comme l'a clairement indiqué la Cour suprême du Canada dans*

This was an appeal from a Federal Court decision allowing the respondent's application for judicial review of a decision by the Canadian Human Rights Commission (Commission) dismissing her complaints against the Treasury Board (TB) and Human Resources Development Canada (HRDC).

The respondent was permanently employed by HRDC from 1975 until 2000. Diagnosed with chronic fatigue syndrome in 1987, and with fibromyalgia in April 1994, she took full-time leave without pay in January 1997. According to the TB policy on leave without pay for medical reasons, the termination date of such leave should be decided within two years of the leave's commencement, except in exceptional cases. In May 1999, following the appellant's request that the respondent come back to work or take medical retirement, the respondent requested a continuance of leave for another year. The appellant responded that if the respondent did not provide medical evidence to show a good chance of a return to work within a reasonable period of time, take medical retirement or resign, she would be terminated for incapacity. The respondent finally applied for and was granted medical retirement in April 2000, and filed two complaints with the Commission. The first, against the TB, alleged that its policy on leave without pay for medical reasons is discriminatory against disabled workers because employees on leave without pay for reasons other than illness are permitted a longer duration than allowed under the TB policy. The second, against HRDC, alleged failure to accommodate her disability and discriminatory application of the TB policy in her case.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The Federal Court Judge did not err in finding that the reasoning of the Commission to support its decision under subsection 44(3) of the *Canadian Human Rights Act* (i.e. decision as to whether an inquiry into the complaint is warranted) could be found by reference to the investigator's reports. Such reports are prepared for the Commission, and hence for the purposes of the investigation, the investigator is considered to be an extension of the Commission. When the

*Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia — Les quatre facteurs de l'approche pragmatique et fonctionnelle favorisaient, tout bien pesé, l'application de la norme de la décision correcte.*

Il s'agissait d'un appel interjeté contre une décision de la Cour fédérale accueillant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimée à l'encontre de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne de rejeter les plaintes qu'elle a déposées contre le Conseil du Trésor (CT) et Développement des ressources humaines Canada (DRHC).

L'intimée a occupé un poste permanent à DRHC de 1975 à l'an 2000. Un médecin ayant diagnostiqué en novembre 1987 qu'elle était atteinte du syndrome de fatigue chronique, et de fibromyalgie en octobre 1994, elle a pris un congé non rémunéré à temps plein en janvier 1997. Selon la politique du CT sur les congés non rémunérés pour des raisons médicales, les cas de congé non rémunéré doivent être réglés dans les deux ans qui suivent la date du début du congé, sauf dans des circonstances exceptionnelles. En mai 1999, après que l'appelant lui eut demandé de retourner au travail ou de prendre sa retraite pour des raisons médicales, l'intimée a demandé que son congé soit prolongé d'un an. L'appelant a répondu que si l'intimée ne démontrait pas, au moyen d'une preuve médicale, qu'elle serait en mesure de retourner au travail dans un délai raisonnable ou si elle ne prenait pas sa retraite pour des raisons médicales ni ne donnait sa démission, elle serait congédiée pour incapacité. Enfin, en avril 2000, l'intimée a demandé et obtenu de prendre sa retraite pour des raisons médicales, puis a déposé deux plaintes devant la Commission. Dans la première plainte, qui concernait le CT, l'intimée a allégué que la politique de celui-ci sur les congés non rémunérés pour des raisons médicales est discriminatoire à l'égard des employés atteints d'une déficience parce que la limite de deux ans prévue par la politique du CT ne s'applique pas aux employés qui bénéficient d'un congé non rémunéré pour des raisons autres que médicales. Dans la deuxième plainte, qui concernait DRHC, elle a allégué que son employeur avait refusé de tenir compte de sa déficience et qu'il avait fait preuve de discrimination à son égard en appliquant la politique du CT.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

Le juge de la Cour fédérale n'a commis aucune erreur en concluant que les motifs de la Commission à l'appui de sa décision en vertu du paragraphe 44(3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (quant à savoir si l'examen de la plainte est justifié) se trouvaient dans les rapports de l'enquêteur. L'enquêteur établit ces rapports à l'intention de la Commission et, par conséquent, il mène l'enquête en tant que prolongement de la Commission. Lorsque la Commission

Commission adopts an investigator's recommendations and provides no reasons or only brief reasons, the courts have rightly treated the investigator's report as constituting the Commission's reasoning for the purpose of the subsection 44(3) screening decision.

The Judge treated the Commission's decision on the TB complaint as a question of law, and the decision on the HRDC complaint as one of procedural fairness, and appears to have applied the standard of correctness for both of these decisions, which was the correct standard. However, because the Judge mentioned the standard of reasonableness *simpliciter* at the beginning of his analysis, and because the pragmatic and functional analysis was not conducted, it was necessary to consider the approach to be adopted in a case such as this.

The Court has applied various standards of review to various decisions taken under subsection 44(3) of the Act. That is because the pragmatic and functional analysis must be undertaken anew by the reviewing court with respect to each decision of an administrative decision maker, not merely each general type of decision of a particular decision maker under a particular provision. The pragmatic and functional approach does not apply however to judicial review on the grounds of procedural fairness. Procedural fairness concerns the manner in which the decision is made (as opposed to the substantive final decision). Elements of a decision relevant to procedural fairness must be isolated and reviewed as questions of law, to which no deference is due. The duty applicable in a given context will be determined according to the factors set out by the Supreme Court of Canada. If the duty of fairness owed is breached, the decision will be set aside. It is also important to bear in mind that the standard of review at the secondary appellate level proceeds according to different principles than the pragmatic and functional analysis employed at the lower court level. The Court must determine on a correctness standard whether the reviewing judge has chosen and applied the proper standard of review. If the judge has erred, the Court must correct the error, substitute the appropriate standard, and assess or remit the administrative decision-maker's decision on that basis.

The respondent's appeal before the Federal Court with respect to the TB complaint concerned the final conclusion of the Commission (that no *prima facie* discrimination had been shown). At issue was whether the TB complaint established *prima facie* discrimination. This question will sometimes be one of mixed fact and law, but here a number of factors, such as the fact that the Commission's decision was entirely dependent upon the investigator's legal conclusions, pointed

adopte les recommandations de l'enquêteur et qu'elle ne présente aucun motif ou qu'elle fournit des motifs très succincts, les cours ont, à juste titre, décidé que le rapport d'enquête constituait les motifs de la Commission aux fins de la prise de décision en vertu du paragraphe 44(3).

Le juge a traité la décision de la Commission concernant la plainte relative au CT comme une question de droit, et la décision relative à la plainte concernant DRHC comme une question d'équité procédurale, et il semble avoir appliqué, à l'égard de ces deux questions, la norme de la décision correcte, qui constituait la norme pertinente. Toutefois, comme le juge a mentionné la norme de la décision raisonnable *simpliciter* au début de son analyse, et que l'analyse pragmatique et fonctionnelle n'a pas été effectuée, il était nécessaire de décider de l'approche qu'il convient d'adopter dans un cas comme celui-ci.

La Cour a appliqué diverses normes de contrôle à diverses décisions prises en vertu du paragraphe 44(3) de la Loi. Cela est dû au fait que la cour de révision doit effectuer de nouveau l'analyse pragmatique et fonctionnelle chaque fois qu'une instance administrative rend une décision et non seulement pour chaque type de décision que rend un décideur en particulier en vertu d'une disposition précise. L'analyse pragmatique et fonctionnelle ne s'applique toutefois pas au contrôle judiciaire fondé sur des motifs d'équité procédurale. L'équité procédurale concerne la manière dont une décision est prise (par opposition à la décision définitive sur le fond). Les éléments de la décision qui touchent à l'équité procédurale doivent être isolés et examinés comme des questions de droit, à l'égard desquelles aucune déférence n'est nécessaire. L'obligation qui incombe au décideur dans un contexte en particulier sera déterminée en fonction des facteurs établis par la Cour suprême du Canada. Si l'obligation d'équité a été violée, la décision sera annulée. Il importe également de se rappeler que le critère approprié au deuxième niveau d'appel s'applique selon des principes différents de l'analyse pragmatique et fonctionnelle effectuée par un tribunal inférieur. La Cour doit déterminer, selon la norme de la décision correcte, si le juge de révision a choisi et appliqué la norme de contrôle pertinente. Si le juge a commis une erreur, la Cour doit corriger l'erreur, appliquer la norme pertinente et évaluer ou renvoyer sur ce fondement la décision de l'instance administrative.

L'appel interjeté par l'intimée devant la Cour fédérale relativement à la plainte déposée contre le CT concernait la conclusion finale de la Commission (qu'il n'y avait aucune discrimination à première vue). Il s'agissait de savoir si cette plainte établissait l'existence d'une discrimination à première vue. Cette question sera parfois une question mixte de fait et de droit, mais en l'espèce, plusieurs facteurs, comme le fait que la décision de la Commission dépendait essentiellement

towards the purely legal nature of the question. That said, and notwithstanding the Supreme Court of Canada's statement in *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* that pursuant to subsection 18.1 of the *Federal Courts Act*, questions of law should be reviewed on the standard of correctness, it was preferable, until the matter is clarified, to proceed with the pragmatic and functional analysis, particularly in light of the Supreme Court's clear direction in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia* that this analysis should be applied in every case in which the standard of review falls to be determined.

In cases governed by subsection 18.1(4) (grounds of review on an application for judicial review) of the *Federal Courts Act*, to the extent that the decision at issue is a question of law, the first factor of the pragmatic and functional analysis (presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal) points towards the standard of correctness. However, that standard may not automatically apply to the review of all questions of law, as the other pragmatic and functional factors may in some cases predominate. Here, in light of the Commission's abstract reasoning, the question of *prima facie* discrimination was clearly a question of law. As to the second factor, the Commission has no greater expertise than the courts in the area of basic human rights law (i.e. the *prima facie* discrimination issue). With respect to the third factor (purpose of the Act and of the provision), the Commission's decision occurred in the course of its screening function under subsection 44(3) of the Act. In the assessment of practical and monetary matters, the Commission is in a better position than the Federal Court to assess whether any given complaint should go further. As to the nature of the problem (the fourth factor), the Commission's decision to dismiss a complaint is determinative of rights. To the extent that the Commission decides to dismiss a complaint on the basis of its conclusion concerning a fundamental question of law, its decision should be subject to a less deferential standard of review. The four factors discussed above led on balance to a standard of review of correctness.

The Judge was correct in holding that the relative inflexibility of the two-year deadline imposed by the TB policy on leave for medical reasons, in comparison with the

des conclusions de droit de l'enquêteur, permettaient d'affirmer que la question en cause était une pure question de droit. Cela dit, et nonobstant l'affirmation de la Cour suprême du Canada dans *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* portant que, selon l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, la norme de révision de la décision correcte devrait s'appliquer à l'égard des questions de droit, il était préférable, jusqu'à ce que la question soit clarifiée, d'appliquer l'approche pragmatique et fonctionnelle, compte tenu surtout des directives claires données par la Cour suprême dans *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, selon lesquelles on doit appliquer cette approche chaque fois qu'il faut déterminer la norme de contrôle.

Lorsque le paragraphe 18.1(4) (motifs de contrôle applicables à une demande de contrôle judiciaire) de la *Loi sur les Cours fédérales* s'applique, dans la mesure où la décision en cause est une question de droit, le premier facteur de l'analyse pragmatique et fonctionnelle (la présence ou l'absence d'une clause privative ou d'un droit d'appel prévu par la loi) donne à penser que la norme applicable est celle de la décision correcte. Toutefois, cette norme ne s'applique peut-être pas automatiquement au contrôle de toutes les questions de droit, puisque d'autres facteurs pragmatiques et fonctionnels pourraient, dans certains cas, l'emporter. En l'espèce, compte tenu de la nature abstraite du raisonnement de la Commission, la question de l'existence d'une discrimination à première vue était très certainement une question de droit. Pour ce qui est du deuxième facteur, la Commission n'a pas une expertise plus grande que les tribunaux dans le domaine des droits fondamentaux de la personne (c.-à-d. quant à la question de l'existence d'une discrimination à première vue). En ce qui concerne le troisième facteur (objet de la Loi et de la disposition), la décision de la Commission a été prise dans l'exercice par celle-ci de sa fonction d'examen en vertu du paragraphe 44(3) de la Loi. Lorsqu'il s'agit de l'appréciation de questions pratiques et pécuniaires, la Commission est bien mieux placée que la Cour fédérale pour apprécier si une plainte en particulier devrait se rendre plus loin. Quant à la nature du problème (le quatrième facteur), la décision de la Commission de rejeter une plainte touche aux droits subjectifs. Dans la mesure où la Commission décide de rejeter une plainte en s'appuyant sur une conclusion qu'elle a tirée au sujet d'une question fondamentale de droit, le degré de déférence qui sera exercé dans le contrôle de la décision sera moins élevé. Les quatre facteurs susmentionnés favorisaient, tout bien pesé, l'application de la norme de contrôle de la décision correcte.

Le juge a eu raison de dire que l'inflexibilité relative du délai de deux ans imposé par la politique du CT relative aux congés non rémunérés pour des raisons médicales, en

absence of such deadlines in the policy applicable to leave without pay for other reasons, was sufficient to establish a *prima facie* case of discrimination under section 10 of the Act, and that this discrimination was based on a prohibited ground. In human rights cases, once the complainant has proved *prima facie* discrimination, it is incumbent on the employer to justify that discrimination as a *bona fide* occupational requirement (BFOR). Having erroneously concluded that a *prima facie* case had not been established, the Commission did not consider the BFOR test, as it was required to do. The *Scheuneman v. Canada (Attorney General)* decisions, in which the Federal Court and Federal Court of Appeal held that the TB policy was not discriminatory under section 15 of the Charter, were distinguished. For one thing, these decisions were decided under the Charter and not the Act, and the Supreme Court, in its recent decisions with respect to human rights codes, has not expressly stated that section 15 equality analysis and human rights discrimination analysis must always exactly mirror each other. Also, unlike the complainant in *Scheuneman*, the respondent did not wish to remain indefinitely on leave without pay. Finally, the role of the Sun Life Assurance Company of Canada in strictly enforcing the two-year deadline of the TB policy, a significant factor in this case, was not considered in the *Scheuneman* cases.

The HRDC complaint concerned the manner in which the Commission arrived at its decision. The Judge rightly reviewed the Commission's decision regarding this complaint as a matter of procedural fairness. Where a proper inquiry into the substance of the complaint has not been undertaken, the Commission's decision based on that improper investigation cannot be relied upon, since a defect exists in the evidentiary foundation upon which the conclusion rests. To determine the content of the duty of fairness in this case (i.e. the degree of investigative thoroughness required), the factors set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* were applied. The Commission's decision at the screening phase is of great importance to the individual complainant, as a decision to dismiss the complaint will effectively deny the complainant the possibility of obtaining relief under the Act, and is therefore determinative of rights. Also, the complainant has no alternative, other than a complaint to the Commission, to vindicate the rights and interests at stake. Given the essential role of the investigation in the Commission's handling of complaints, this consideration suggested increased requirements of procedural fairness, as did the fact that sufficient representations are made by the Commission for complainants to legitimately expect that their complaints will be investigated in a sufficiently thorough manner to take account of and test the substantive allegations founding the complaint. The appropriate content of procedural fairness was

comparaison avec l'absence de délai dans la politique applicable aux congés non rémunérés pour d'autres motifs, suffisait à établir une discrimination à première vue en vertu de l'article 10 de la Loi, et que cette discrimination était fondée sur un motif illicite. Dans les affaires concernant les droits de la personne, une fois que le plaignant a établi qu'il y a eu discrimination à première vue, il incombe à l'employeur de démontrer que la discrimination est une exigence professionnelle justifiée (EPJ). Après avoir conclu à tort que la preuve n'avait pas établi une discrimination à première vue, la Commission n'a pas tenu compte du critère relatif à l'EPJ comme elle devait le faire. Une distinction a été faite d'avec les décisions rendues dans les affaires *Scheuneman c. Canada (Procureur général)*, dans lesquelles la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont statué que la politique du CT n'était pas discriminatoire selon l'article 15 de la Charte. D'abord, ces décisions ont été rendues en vertu de la Charte et non de la Loi, et la Cour suprême, dans ses arrêts récents concernant les codes sur les droits de la personne, n'a pas expressément dit que l'analyse de l'égalité fondée sur l'article 15 et l'analyse de la discrimination doivent toujours être identiques. Ensuite, contrairement au plaignant dans l'affaire *Scheuneman*, l'intimée ne voulait pas un congé non rémunéré indéfini. Enfin, le rôle de la Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie dans l'application stricte du délai de deux ans prévu par la politique du CT, un facteur important en l'espèce, n'a pas été examiné dans les affaires *Scheuneman*.

La plainte relative à DRHC concernait la manière dont la Commission a pris sa décision. Le juge a à juste titre examiné la décision de la Commission concernant cette plainte comme s'il s'agissait d'une question d'équité procédurale. Lorsqu'une enquête appropriée n'a pas été faite pour examiner la plainte, une décision de la Commission fondée sur cette enquête ne peut être raisonnable puisque le défaut découle de la preuve même utilisée par la Commission pour prendre sa décision. Pour déterminer le contenu de l'obligation d'équité en l'espèce (c.-à-d. le degré de rigueur que devait avoir l'enquête), les facteurs établis dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* ont été appliqués. La décision de la Commission à l'étape de l'examen est très importante pour le plaignant puisque la décision de rejeter une plainte empêche, en effet, le plaignant d'obtenir réparation en vertu de la Loi, et il s'agit donc d'une décision qui touche aux droits subjectifs. En outre, le plaignant n'a d'autre choix que de soumettre une plainte à la Commission pour revendiquer ses droits. Compte tenu du rôle indispensable de l'enquête dans le traitement d'une plainte par la Commission, ce facteur indiquait qu'une plus grande protection procédurale s'imposait, tout comme le fait que la Commission présente suffisamment d'arguments pour que les plaignants s'attendent légitimement à ce que leur plainte fasse l'objet d'une enquête approfondie qui tient compte des allégations de fond sur lesquelles cette plainte est fondée. Une

described in *Slattery v. Canada (Human Rights Commission)*: "It should only be where unreasonable omissions are made, for example where an investigator failed to investigate obviously crucial evidence, that judicial review is warranted . . . [C]ircumstances where further submissions cannot compensate for an investigator's omissions would include . . . where the omission is of such a fundamental nature that merely drawing the decision-maker's attention to the omission cannot compensate for it." Here, the failure to investigate the question of accommodation once leave without pay had commenced; the failure to explore whether such leave should have been extended; and the failure to investigate the alleged individual discrimination were sufficient to constitute a breach of the duty of fairness. With these omissions, compounded by a fundamental misapprehension of the respondent's request of her employer (for a continuance of leave for another year), the report could not form a fair foundation for the Commission's screening decision. The evidence omitted was so obviously crucial and of such fundamental nature that the respondent could not conceivably compensate for its absence through her responding submissions. The Judge was thus correct that the Commission's investigation of the respondent's HRDC complaint lacked thoroughness, and therefore, constituted a breach of procedural fairness.

description appropriée du contenu de l'équité procédurale a été donnée dans *Slattery c. Canada (Commission des droits de la personne)* : « Ce n'est que lorsque des omissions déraisonnables se sont produites, par exemple lorsqu'un enquêteur n'a pas examiné une preuve manifestement importante, qu'un contrôle judiciaire s'impose [. . .] [L]es circonstances où des observations supplémentaires ne sauraient compenser les omissions de l'enquêteur devraient comprendre [. . .] les cas où l'omission est de nature si fondamentale que le seul fait d'attirer l'attention du décideur sur l'omission ne suffit pas à y remédier ». En l'espèce, le fait que, lorsque le congé non rémunéré a été accordé, il n'a plus été question d'accommodement, le fait que l'enquêteur n'a pas examiné la question de savoir si le congé aurait dû être prolongé et le fait qu'il ne s'est pas interrogé sur la manière dont la politique avait été appliquée à l'intimée étaient des lacunes suffisantes pour constituer un manquement à l'obligation d'équité. Compte tenu de ces lacunes et du fait que l'employeur n'avait tout simplement pas compris la demande de l'intimée (visant à obtenir que son congé soit prolongé d'un an), le rapport ne pouvait constituer le fondement de la décision de la Commission au moment de l'examen préalable. La preuve omise était à ce point cruciale et fondamentale que l'intimée ne pouvait d'aucune façon compenser son absence par ses observations en réponse. Le juge a donc eu raison de statuer que l'enquête de la Commission sur la plainte de l'intimée visant DRHC manquait de rigueur et, par conséquent, constituait un manquement à l'équité procédurale.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15(1).  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2 (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 9), 7, 10 (as am. *idem*, s. 13(E)), 43(4) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 63), 44 (as am. *idem*, s. 64; 1998, c. 9, s. 24), 54 (as am. *idem*, s. 28).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2002] 5 W.W.R. 1; 179 B.C.A.C. 170; 11 B.C.L.R.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 15(1).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2 (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 9), 7, 10 (mod., *idem*, art. 13(A)), 43(4) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 63), 44 (mod., *idem*, art. 64; 1998, ch. 9, art. 24), 54 (mod., *idem*, art. 28).  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; 2003 CSC 19; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539;

(4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 302 N.R. 34; 2003 SCC 19; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539; (2003), 226 D.L.R. (4th) 193; 50 Admin. L.R. (3d) 1, 304 N.R. 76; 173 O.A.C. 38; 2003 SCC 29; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 219 Sask. R. 1; 2002 SCC 33; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R.1; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; (1999), 176 D.L.R. (4th) 1; [1999] 10 W.W.R. 1; 127 B.C.A.C. 161; 66 B.C.L.R. (3d) 253; 46 C.C.E.L. (2d) 206; 244 N.R. 145.

## DISTINGUISHED:

*Scheuneman v. Canada (Attorney General)*, [2000] 2 F.C. 365; (1999), 176 F.T.R. 59 (T.D.); affd (2000), 266 N.R. 154 (F.C.A.); *Scheuneman v. Canada (Attorney General)* (2004), 268 F.T.R. 1; 2004 FC 1157.

## CONSIDERED:

*Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 100 N.R. 241; *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, [1999] 1 F.C. 113; (1998), 167 D.L.R. (4th) 432 (C.A.); *Slattery v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 2 F.C. 574; (1994), 73 F.T.R. 161 (T.D.); affd (1996), 205 N.R. 383 (F.C.A.); *Connolly v. Canada Post Corp.*, 2002 FCT 185; [2002] F.C.J. No. 242 (QL); affd 2003 FCA 47; [2003] F.C.J. No. 140 (QL); *Tahmourpour v. Canada (Solicitor General)* (2005), 27 Admin. L.R. (4th) 315; 39 C.C.E.L. (3d) 229; 332 N.R. 60; 2005 FCA 113; *Murray v. Canada (Human Rights Commission)*, 2003 FCA 222; [2003] F.C.J. No. 763 (QL); *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247; (2003), 257 N.B.R. (2d) 207; 223 D.L.R. (4th) 577; 48 Admin. L.R. (3d) 33; 31 C.P.C. (5th) 1; 302 N.R. 1; 2003 SCC 20; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 159; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1; revg [2000] 2 F.C. 592; (2000), 18 Admin. L.R.

2003 CSC 29; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; 2002 CSC 33; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Scheuneman c. Canada (Procureur général)*, [2000] 2 C.F. 365 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [2000] A.C.F. n° 1997 (C.A.) (QL); *Scheuneman c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1157; [2004] A.C.F. n° 1383 (QL).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, [1999] 1 C.F. 113 (C.A.); *Slattery c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 2 C.F. 574 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1996] A.C.F. n° 385 (C.A.) (QL); *Connolly c. Société canadienne des postes*, 2002 CFPI 185; [2002] A.C.F. n° 242 (QL); conf. par 2003 CAF 47; [2003] A.C.F. n° 140 (QL); *Tahmourpour c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 113; [2005] A.C.F. n° 543 (QL); *Murray c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2003 CAF 222; [2003] A.C.F. n° 763 (QL); *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247; 2003 CSC 20; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; 2002 CSC 1; infirmant [2000] 2 C.F. 592 (C.A.); *Bourgeois c. Banque canadienne impériale de commerce*, [2000] A.C.F. n° 1655 (C.A.) (QL); *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100; 2005 CSC 40; *Latif c. La Commission canadienne des droits de la personne*, [1980] 1 C.F. 687 (C.A.); *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2

(3d) 159; 5 Imm. L.R. (3d) 1; 252 N.R. 1 (C.A.); *Bourgeois v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [2000] F.C.J. No. 1655 (C.A.) (QL); *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100; (2005), 254 D.L.R. (4th) 200; 28 Admin. L.R. (4th) 161; 197 C.C.C. (3d) 233; 30 C.R. (6th) 39; 47 Imm. L.R. (3d) 16; 335 N.R. 229; 2005 SCC 40; *Latif v. Canadian Human Rights Commission*, [1980] 1 F.C. 687; (1979), 105 D.L.R. (3d) 609; 79 CLLC 14,223; 28 N.R. 494 (C.A.); *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Canada (Attorney General) v. Fetherston* (2005), 332 N.R. 113; 2005 FCA 111; leave to appeal to S.C.C. refused, [2005] S.C.C.A. No. 239 (QL).

## REFERRED TO:

*Canada (Human Rights Commission) v. Pathak*, [1995] 2 F.C. 455; (1995), 180 N.R. 152 (C.A.); *Canadian Broadcasting Corp. v. Paul* (2001), 198 D.L.R. (4th) 633; 33 Admin. L.R. (3d) 1; 9 C.C.E.L. (3d) 1; 274 N.R. 47; 2001 FCA 93; *Bradley v. Canada (Attorney General)* (1999), 238 N.R. 76 (F.C.A.); *Gee v. Canada (Minister of National Revenue)* (2002), 284 N.R. 321; 2002 FCA 4; *Singh v. Canada (Attorney General)* (2002), 291 N.R. 365; 2002 FCA 247; *Gardner v. Canada (Attorney General)* (2005), 339 N.R. 91; 2005 FCA 284; *St-Onge v. Canada*, [2000] F.C.J. No. 1523 (C.A.) (QL); *Elkayam v. Canada (Attorney General)*, 2005 CAF 101; [2005] A.C.F. No. 494 (QL); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,209; 26 N.R. 341; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; (1994), 114 D.L.R. (4th) 385; [1994] 7 W.W.R. 1; 22 Admin. L.R. (2d) 1; 46 B.C.A.C. 1; 92 B.C.L.R. (2d) 145; 14 B.L.R. (2d) 217; 4 C.C.L.S. 117; 168 N.R. 321; 75 W.A.C. 1; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; (1996), 133 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (2d) 131; 195 N.R. 81; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; (1996), 140 D.L.R. (4th) 193; 43 Admin. L.R. (2d) 155; 26 C.C.E.L. (2d) 1; 40 C.R.R. (2d) 81; 204 N.R. 1; *Zündel v. Canada (Attorney General)* (2000), 195 D.L.R. (4th) 394; 30 Admin L.R. (3d) 82; 267 N.R. 92 (F.C.A.); *Canada (Human Rights Commission) v. Toronto-*

*R.C.S. 536; Canada (Procureur général) c. Fetherston*, 2005 CAF 111; [2005] A.C.F. n° 544 (QL); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2005] S.C.C.A. n° 239 (QL).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Canada (Commission des droits de la personne c. Pathak*, [1995] 2 C.F. 455 (C.A.); *Société Radio-Canada c. Paul*, 2001 CAF 93; [2001] A.C.F. n° 542 (QL); *Bradley c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 370 (C.A.) (QL); *Gee c. Canada (Ministre du Revenu national)*, 2002 CAF 4; [2002] A.C.F. n° 12 (QL); *Singh c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 247; [2002] A.C.F. n° 885; *Gardner c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 284; [2005] A.C.F. n° 1442 (QL); *St-Onge c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 1523 (C.A.) (QL); *Elkayam c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 101; [2005] A.C.F. n° 494 (QL); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *Zündel c. Canada (Procureur général)*, [2000] A.C.F. n° 2057 (C.A.) (QL); *Canada (Commission des droits de la personne) c. Banque Toronto-Dominion*, [1998] 4 C.F. 205 (C.A.); *Radulesco c. Commission canadienne des droits de la personne*, [1984] 2 R.C.S. 407; *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181; *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada — Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202; *Gale c. Canada (Conseil du Trésor)*, 2004 CAF 13; [2004] A.C.F. n° 186 (QL).

*Dominion Bank*, [1998] 4 F.C. 205; (1998), 163 D.L.R. (4th) 193; 229 N.R. 135 (C.A.); *Radulesco v. Canadian Human Rights Commission*, [1984] 2 S.C.R. 407; (1984), 14 D.L.R. (4th) 78; 9 Admin. L.R. 261; 9 C.C.E.L. 6; 6 C.H.R.R. D/2831; 84 CLLC 17,029; 55 N.R. 384; *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181; (1981), 124 D.L.R. (3d) 193; 14 B.L.R. 157; 17 C.C.L.T. 106; 2 C.H.R.R. D/468; 81 CLLC 14,117; 22 C.P.C. 130; 37 N.R. 455; *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202; (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 334; 111 D.L.R. (4th) 1; 360 A.P.R. 334; 21 Admin. L.R. (2d) 248; 163 N.R. 27; *Gale v. Canada (Treasury Board)* (2004), 316 N.R. 395; 2004 FCA 13.

APPEAL from a decision of the Federal Court ((2004), 243 D.L.R. (4th) 679; 2004 FC 1151) allowing the respondent's application for judicial review of a decision by the Canadian Human Rights Commission dismissing her complaints against the Treasury Board and Human Resources Development Canada. Appeal dismissed.

## APPEARANCES:

*Jan E. Brongers* for appellant.  
*Andrew J. Raven* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP*,  
Ottawa, for respondent.

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

[1] LINDEN J.A.: This is an appeal by the Attorney General of Canada (appellant) from an order of a Federal Court Judge (the applications Judge), dated August 20, 2004 ((2004), 243 D.L.R. (4th) 679), granting the application of Ms. Diane Sketchley (respondent) for judicial review of a decision by the Canadian Human Rights Commission (CHRC or Commission), dated February 7, 2003, which had dismissed the respondent's complaints against the Treasury Board of Canada (TB) and Human Resources Development Canada (HRDC).

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2004 CF 1151) accueillant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimée à l'encontre de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne de rejeter les plaintes qu'elle a déposées contre le Conseil du Trésor et Développement des ressources humaines Canada. Appel rejeté.

## ONT COMPARU :

*Jan E. Brongers* pour l'appellant.  
*Andrew J. Raven* pour l'intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appellant.  
*Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP*,  
Ottawa, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE LINDEN, J.C.A. : Il s'agit d'un appel interjeté par le procureur général du Canada (appellant) de l'ordonnance datée du 20 août 2004 (2004 CF 1151), par laquelle un juge de la Cour fédérale (le juge des requêtes) a accueilli la demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP ou Commission), datée du 7 février 2003, de rejeter les plaintes déposées par M<sup>me</sup> Diane Sketchley (intimée) contre le Conseil du Trésor du Canada (CT) et Développement des ressources humaines Canada (DRHC).

[2] The respondent filed two complaints with the Commission, both concerning her alleged forced retirement from the public service, both based on alleged discrimination on the ground of disability. The first one, against the TB, alleged that its policy on leave without pay for medical reasons is discriminatory against disabled workers. The second, against her employer HRDC, alleged failure to accommodate her disability and discriminatory application of the TB policy in her case.

[3] For ease of reference, I include a table of contents identifying the issues considered in these reasons. \*

#### A. THE ISSUES

[4] This appeal raises the following issues:

(i) Did the applications Judge err in law by treating the analysis of the investigator's report as the Commission's reasoning for its decision?

(ii) With respect to both complaints, did the applications Judge err in law in his choice and application of the standard of review in respect of the Commission's decision?

(iii) With respect to the TB complaint, did the applications Judge err by finding that the TB policy constitutes *prima facie* discrimination, in the case of disabled employees who cannot provide a definite date for a return to work?

(iv) With respect to the HRDC complaint, did the applications Judge err in deciding that procedural fairness was not exercised by the Commission during its investigation?

\* Editor's note: The Table of Contents included in the original reasons for judgment has been omitted.

[2] L'intimée a déposé auprès de la Commission deux plaintes dans lesquelles elle a allégué avoir été forcée de prendre sa retraite de la fonction publique et avoir fait l'objet de discrimination à cause d'une déficience. Dans la première plainte, qui concernait le CT, l'intimée a allégué que la politique du CT relative aux congés non rémunérés pour des raisons médicales était discriminatoire à l'égard des employés atteints d'une déficience. Dans la deuxième plainte, qui visait son employeur, DRHC, l'intimée a allégué que son employeur avait refusé de tenir compte de sa déficience et qu'il avait fait preuve de discrimination à son égard en appliquant la politique du CT.

[3] Par souci de commodité, voici la table des matières qui précise les questions examinées dans les présents motifs. \*

#### A. LES QUESTIONS EN LITIGE

[4] Le présent appel soulève les questions suivantes :

(i) Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur de droit en décidant que les motifs de la décision de la Commission étaient ceux qui se trouvaient dans le rapport de l'enquêteur?

(ii) Relativement aux deux plaintes, le juge des requêtes a-t-il commis une erreur de droit dans son choix et dans son application de la norme de contrôle à la décision de la Commission?

(iii) Relativement à la plainte concernant le CT, le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en concluant que la politique du CT est discriminatoire à première vue à l'égard des employés atteints d'une déficience qui ne sont pas en mesure de préciser la date de leur retour au travail?

(iv) Relativement à la plainte concernant DRHC, le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en statuant que la Commission avait violé les principes d'équité procédurale pendant son enquête?

\* Note de L'arrêtiste : L'arrêtiste en chef du *Recueil des décisions des Cours fédérales* a décidé de ne pas reproduire cette table des matières pour des raisons d'efficacité.

[5] For the following reasons, all four questions are answered in the negative, and the appeal will be dismissed.

## B. THE FACTS

[6] The respondent was permanently employed by HRDC from April 1, 1975 until 2000. She was diagnosed with chronic fatigue syndrome in November 1987, and then with fibromyalgia in October 1994.

[7] In August 1988, the respondent was granted seven weeks of full-time sick leave, and from October 1988, she worked part-time, gradually resuming full-time work in 1990. In January 1993, she requested a reassignment to a less stressful position because of her deteriorating health, which was granted in April 1994. Her employer also permitted her to reduce her working hours, test a new ergonomic keyboard, and offered to purchase her a back support. In November 1994, on the advice of her physician and following her fibromyalgia diagnosis, the respondent began working part-time.

[8] On her physician's recommendation, the respondent took full-time leave without pay in January 1997. In March 1997, the appellant recommended that the respondent take medical retirement, which the latter declined, as she wanted the opportunity to return to work when she was able.

[9] In March 1999, when the respondent had been on leave without pay for two years, the disability insurer, Sun Life, wrote to her employer requesting that it investigate and initiate termination of the respondent's leave "if appropriate." Sun Life's letter to the employer was sent pursuant to a 1996 agreement between the insurer and the Treasury Board Secretariat, which agreement provided that the appellant would actively enforce the TB policy on leave without pay for medical reasons. According to this TB policy, the termination date of such leave should be decided within two years of the leave's commencement, except in exceptional cases.

[5] Pour les motifs qui suivent, les quatre questions reçoivent une réponse négative et l'appel sera rejeté.

## B. LES FAITS

[6] L'intimée a occupé un poste permanent à DRHC du 1<sup>er</sup> avril 1975 jusqu'en 2000. Un médecin a diagnostiqué en novembre 1987 qu'elle était atteinte du syndrome de fatigue chronique et de fibromyalgie en octobre 1994.

[7] En août 1988, l'intimée a obtenu un congé de maladie à plein temps, congé qui a duré sept semaines. Elle est retournée au travail en octobre 1988, à temps partiel puis, elle a graduellement repris le travail à temps plein en 1990. En janvier 1993, elle a présenté une demande de réaffectation à un poste moins stressant en invoquant la détérioration de son état de santé, réaffectation qui lui a été accordée en avril 1994. Son employeur lui a également permis de réduire ses heures de travail, d'essayer un nouveau clavier ergonomique et il a offert de lui acheter un appui pour le dos. En novembre 1994, sur les conseils de son médecin et après le diagnostic de fibromyalgie, l'intimée a commencé à travailler à temps partiel.

[8] En janvier 1997, sur la recommandation de son médecin, l'intimée a pris un congé non rémunéré à temps plein. En mars 1997, l'appelant a recommandé à l'intimée de prendre sa retraite pour des raisons médicales. L'intimée a refusé parce qu'elle voulait avoir la possibilité de retourner au travail quand elle en serait capable.

[9] En mars 1999, pendant que l'intimée était en congé sans solde depuis deux ans, la compagnie d'assurance-invalidité, la Sun Life, a demandé par écrit à l'employeur de faire enquête et de mettre fin au congé de l'intimée [TRADUCTION] « si opportun ». La lettre que la Sun Life a fait parvenir à l'employeur faisait suite à l'entente intervenue entre l'assureur et le Secrétariat du Conseil du Trésor en 1996, laquelle entente prévoyait que l'appelant appliquerait activement la politique du CT sur les congés non rémunérés pour des raisons médicales. Selon la politique du CT, les cas de congé non rémunéré doivent être réglés dans les deux ans qui

[10] In May 1999, the appellant asked the respondent to choose medical retirement or return to work. The respondent requested a continuance of leave for another year. The appellant responded in June 1999 that if she did not provide medical evidence to show a good chance of a return to work within a reasonable period of time, take medical retirement or resign, she would be terminated for incapacity.

[11] The respondent filed a grievance, which was denied at the third level in December 1999. In February 2000, the respondent then requested a personal needs leave to give her time to recuperate and determine her subsequent ability to work. This request was denied by the appellant in early March 2000. The appellant then asked the respondent to attend a medical evaluation with Health Canada, to assess if she was capable of returning to work immediately or in the reasonably near future. The respondent declined the referral to Health Canada.

[12] Finally, in April 2000, the respondent applied for medical retirement, which was approved by Health Canada effective April 4, 2000. To qualify for medical retirement, the respondent provided a certificate from her personal physician stating that she was permanently incapable of pursuing regularly any substantially gainful employment. The respondent argues that her application for medical retirement occurred under duress, because it was the only option open to her.

[13] In November 2000, the respondent filed her two complaints with the CHRC.

### C. JUDICIAL HISTORY

#### 1. Decision of the Commission

[14] At least four different investigators worked on the respondent's two complaints. On June 21, 2002, 19

suivent la date du début du congé, sauf dans des circonstances exceptionnelles.

[10] En mai 1999, l'appelant a demandé à l'intimée de choisir entre la retraite pour des raisons médicales et le retour au travail. L'intimée a demandé que son congé non rémunéré soit prolongé d'un an. En juin 1999, l'appelant a répondu que si l'intimée ne démontrait pas, au moyen d'une preuve médicale, qu'elle serait en mesure de retourner au travail dans un délai raisonnable ou si elle ne prenait pas sa retraite pour des raisons médicales ni ne donnait sa démission, elle serait congédiée pour incapacité.

[11] L'intimée a déposé un grief qui a été rejeté au troisième palier en décembre 1999. En février 2000, elle a sollicité un congé pour raisons personnelles afin de pouvoir récupérer et décider si elle serait en mesure de reprendre le travail par la suite. L'appelant a refusé ce congé au début du mois de mars 2000. Il a ensuite demandé à l'intimée de se soumettre à une évaluation médicale par Santé Canada afin de déterminer si elle était en mesure de reprendre le travail immédiatement ou dans un avenir raisonnable. L'intimée a refusé de subir cette évaluation.

[12] Enfin, en avril 2000, l'intimée a demandé de prendre sa retraite pour des raisons médicales, demande qui a été accordée par Santé Canada le 4 avril 2000. Pour être admissible à la retraite pour des raisons médicales, l'intimée a fourni une attestation de son médecin personnel indiquant qu'elle était incapable, de façon permanente, d'occuper un emploi véritablement rémunérateur. L'intimée prétend avoir demandé de prendre sa retraite pour des raisons médicales parce qu'on l'y a contrainte et qu'il s'agissait de la seule possibilité qui lui était offerte.

[13] En novembre 2000, l'intimée a déposé deux plaintes devant la CCDP.

### C. L'HISTORIQUE DES PROCÉDURES JUDICIAIRES

#### 1. Décision de la Commission

[14] Au moins quatre enquêteurs différents ont examiné les deux plaintes de l'intimée. Le 21 juin 2002,

months after the complaints were filed, the last investigator to work on these complaints filed his reports with the Commission.

[15] On February 7, 2003, the CHRC issued a brief decision dismissing both complaints. With respect to the TB complaint, relating to the appellant's policy on leave without pay for medical reasons, the CHRC, quoting verbatim the recommendations from the report concerning this complaint, wrote as follows:

- the respondent's policy on termination makes provision for accommodating persons with disabilities; and
- the difference between those disabled employees who are able to provide a return date and those disabled employees who are not able to provide a date of return to work is not based on an enumerated ground of discrimination.

[16] With respect to the HRDC complaint, concerning the appellant's alleged failure to accommodate the respondent, the CHRC, again using the words of the report, wrote:

- the evidence does not support the complainant's allegation that the respondent did not accommodate her in employment; and
- the evidence indicates the complainant's physician certified she is incapable of occupying any gainful employment on a regular basis.

[17] The legal and factual substance upon which the Commission based its decision can be found in the investigator's reports. The applications Judge found that the Commission's reasons must be taken to include and be based on those of the investigator's reports. The appellant challenges this finding on appeal to this Court, which issue is discussed below. As the content of these reports is critical to resolution of this appeal, they are briefly summarized here.

## 2. The Investigator's Report - TB Complaint

[18] In this complaint, the respondent alleged that the TB policy on leave without pay for medical reasons is

19 mois après le dépôt des plaintes, le dernier enquêteur chargé de les examiner a présenté ses rapports à la Commission.

[15] Le 7 février 2003, la CCDP a rendu une brève décision dans laquelle elle a rejeté les deux plaintes. En ce qui concerne la plainte contre le CT visant la politique de l'appelant en matière de congés non rémunérés pour des raisons médicales, la CCDP, citant textuellement les recommandations tirées du rapport sur la plainte, a écrit :

[TRADUCTION]

- la politique du défendeur en matière de congédiement comporte des dispositions qui permettent de tenir compte des besoins des personnes atteintes d'une déficience;
- le traitement différent réservé aux employés atteints d'une déficience qui sont en mesure de préciser la date de leur retour au travail et à ceux qui ne sont pas en mesure de le faire n'est pas fondé sur un motif de distinction illicite.

[16] Quant à la plainte relative à DRHC, au sujet de l'omission alléguée de l'appelant de tenir compte des besoins de l'intimée, la Commission a encore une fois repris les termes du rapport et a écrit :

[TRADUCTION]

- la preuve n'étaye pas l'allégation de la plaignante selon laquelle le défendeur n'a pas tenu compte de ses besoins dans le cadre de son travail;
- la preuve révèle que le médecin de la plaignante a attesté qu'elle n'était pas en mesure d'avoir un emploi régulier rémunérateur.

[17] Le fondement juridique et factuel sur lequel s'est appuyée la Commission pour rendre sa décision se trouve dans les rapports de l'enquêteur. Selon le juge des requêtes, il fallait conclure que les motifs de la Commission étaient ceux qui se trouvaient dans les rapports de l'enquêteur. L'appelant conteste cette conclusion dans le présent appel et cette question est examinée plus loin. Le contenu des rapports est crucial en l'espèce. En voici donc un bref résumé.

## 2. Rapport de l'enquêteur - plainte concernant le CT

[18] Dans cette plainte, l'intimée a allégué que la politique du CT sur les congés non rémunérés pour des

discriminatory against employees with disabilities, as it forces a resolution of the employment relationship within two years of the leave's commencement, and hence tends to deprive disabled individuals of employment opportunities on the basis of disability, contrary to section 10 [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 13(E)] of the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6] (Act).

[19] The report refers to both the TB policy and the 1996 agreement with Sun Life Assurance Company of Canada, and notes that the respondent's allegation of discrimination applies to both. The respondent's allegation that employees on leave without pay for reasons other than illness are permitted a longer duration than allowed under the TB policy and Sun Life agreement is noted, and the report also states that the respondent takes issue with the policy requirement that the date of termination of leave should be decided within two years of the commencement of leave.

[20] The report summarizes the appellant's rebuttal submissions: that its policy reasonably accommodates disabled employees, that the policy complies with the requirements of the Act in that it permits flexibility in exceptional cases, and that the employer's legal obligation to accommodate an employee does not include maintaining the employment relationship when it has been established that the employee will not be able to return to work in a foreseeable future.

[21] The report cites the single case of *Scheuneman v. Canada (Attorney General)*, [2000] 2 F.C. 365 (T.D.) (*Scheuneman No. 1*), affirmed by the Federal Court of Appeal (1999), 266 N.R. 154, to support its analysis that the TB policy is not *prima facie* discriminatory, noting that *Scheuneman No. 1* dealt with allegations similar to those set out by the respondent. (This case will be further discussed later in these reasons.)

[22] In the analysis section, the report begins by observing that "[t]he Federal Court has ruled [in

raisons médicales qui s'applique aux employés atteints d'une déficience est discriminatoire parce qu'elle impose une rupture de la relation employeur-employé deux ans après le début du congé et est susceptible d'annihiler les chances d'emploi de ces personnes à cause d'une déficience, ce qui contrevient à l'article 10 [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 13(A)] de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6] (Loi).

[19] Le rapport mentionne tant la politique du CT que l'entente de 1996 conclue avec la Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie et souligne que l'allégation de discrimination vise et la politique et l'entente. Le rapport mentionne l'allégation de l'intimée selon laquelle la limite de deux ans prévue par l'entente avec la Sun Life et la politique du CT ne s'applique pas aux employés qui bénéficient d'un congé non rémunéré pour des raisons autres que médicales; il mentionne également que l'intimée conteste la politique qui exige que l'employé soit en mesure de préciser la date à laquelle il pourra reprendre le travail, dans les deux ans à compter du début du congé.

[20] Le rapport résume les observations faites par l'appelant pour réfuter les allégations de l'intimée : sa politique tient raisonnablement compte des besoins des employés atteints d'une déficience, la politique respecte les exigences de la Loi en ce qu'elle permet une certaine souplesse dans les cas exceptionnels et l'employeur n'est plus légalement tenu de tenir compte des besoins de l'employé et de maintenir la relation employé-employeur quand il a été établi que l'employé ne sera pas en mesure de retourner au travail dans un avenir prévisible.

[21] Le rapport cite une seule décision, *Scheuneman c. Canada (Procureur général)*, [2000] 2 C.F. 365 (1<sup>re</sup> inst.) (*Scheuneman n° 1*), confirmée par la Cour d'appel fédérale [2000] A.C.F. n° 1997 (QL), à l'appui de son analyse selon laquelle la politique du CT n'est pas discriminatoire à première vue, et il souligne que *Scheuneman n° 1* visait des allégations semblables à celles avancées par l'intimée. (Cette décision sera examinée, plus loin dans les présents motifs.)

[22] Dans la section analyse du rapport, il est mentionné que [TRADUCTION] « [l]a Cour fédérale a

*Scheuneman No. 1*] that allegations similar to those set out by the complainant do not set out a *prima facie* case of discrimination” (at paragraph 16). The report then concludes that “the difference between disabled employees who are able to provide a return date and those disabled employees who are not able to provide a date of return to work is not based on an enumerated ground of discrimination. Rather, it is based on the fact that a return date cannot be provided” (at paragraph 17).

[23] The report goes on to state that the purpose of leave without pay is to allow employees to take a limited period off work while maintaining continuity of employment, and there is a requirement therefore that the period be time limited, and not indefinite. The report therefore concludes that “it is inconsistent with the purpose of unpaid leave to provide continuity of employment to employees who have no reasonable prospects of returning to the workplace” (at paragraph 18). Moreover, the report adds, the TB policy does not treat disabled employees who are on leave without pay differently than those on leave without pay for other reasons.

[24] The report ends by recommending dismissal of the complaint, providing a two-paragraph set of reasons which were reproduced verbatim in the Commission’s decision, in the language quoted in paragraph 15 above.

### 3. The Investigator’s Report - HRDC Complaint

[25] In this complaint, the respondent alleged that her employer, HRDC, discriminated against her by failing to accommodate her disability and by refusing to continue her employment, contrary to section 7 of the Act.

[26] The report provides the history of the respondent’s dealings with the appellant from the time her medical problems began. It then restates the specific complaints of the applicant [respondent in the present case]: first, that HRDC made no attempt to

statué [dans *Scheuneman n° 1*] que des allégations semblables à celles avancées par la plaignante n’établissent pas un cas de discrimination à première vue » (au paragraphe 16). Le rapport conclut ensuite que [TRADUCTION] « le traitement différent réservé aux employés atteints d’une déficience qui sont en mesure de préciser la date de leur retour au travail et à ceux qui ne sont pas en mesure de le faire n’est pas fondé sur un motif de distinction illicite. Au contraire, il repose sur le fait qu’il est impossible de préciser la date de retour au travail » (au paragraphe 17).

[23] Le rapport poursuit en disant qu’un congé non rémunéré a pour but de permettre aux employés de s’absenter du travail pendant une certaine période de temps tout en préservant leur emploi et qu’il faut donc que cette période de temps soit limitée plutôt qu’indéfinie. Le rapport conclut donc que [TRADUCTION] « il est contraire à l’objectif du congé non rémunéré de préserver l’emploi d’une personne qui n’a aucune possibilité raisonnable de reprendre le travail » (au paragraphe 18). En outre, le rapport ajoute que la politique du CT ne traite pas d’une manière différente les employés atteints d’une déficience qui sont en congé non rémunéré et les personnes qui sont en congé non rémunéré pour d’autres motifs.

[24] Le rapport conclut en recommandant le congédiement de la plaignante. Les motifs sont exposés dans deux paragraphes qui ont été reproduits textuellement dans la décision de la Commission et qui sont cités au paragraphe 15 des présents motifs.

### 3. Rapport de l’enquêteur - plainte concernant DRHC

[25] Dans cette plainte, l’intimée a allégué que son employeur, DRHC, a fait preuve de discrimination à son égard en ne tenant pas compte de sa déficience et en refusant de continuer de l’employer, en contravention de l’article 7 de la Loi.

[26] La rapport contient un exposé des relations entre l’intimée et l’appelant depuis l’apparition des problèmes de santé. Il reprend ensuite les plaintes spécifiques de la demanderesse [intimée en l’espèce] : premièrement, DRHC n’a pas du tout essayé de tenir compte de ses

accommodate her once she was on leave without pay, and made no attempt to facilitate her return to work, but instead pressured her to take medical retirement, thereby delaying her recovery and the possibility of her returning to work; and second, that the appellant applied the TB policy on leave without pay for medical reasons in an adverse differential manner in her case, since other employees were allowed to remain for periods longer than two years on leave without pay for reasons of illness or disability.

[27] The report summarizes the appellant's response to these allegations, highlighting in particular the accommodation provided before the respondent took leave without pay, and the medical evidence from the respondent's physician certifying her permanent incapacity for substantially gainful employment. With respect to the respondent's allegation of differential application of the TB policy in her case, the report repeats the respondent's [appellant in the present case] statement that while some employees on leave have been continued beyond two years, a program was now in place to review if these employees could return to work, and if not to assist them in coming to terms with medical retirement.

[28] In the brief analysis section, the report notes that the respondent has been receiving disability insurance benefits since 1995, that the appellant attempted to accommodate her before she went on full-time leave in 1997 on the advice of her physician, and that her physician in April 2000 declared her medically unable to perform any gainful occupation. The report therefore concludes that "the investigation does not support the complainant's allegation that the respondent [now appellant before this Court] applies the Treasury Board policy in a discriminatory manner" (at paragraph 30).

[29] The report ends by recommending dismissal, providing a two-paragraph set of reasons which mirrors exactly that provided by the Commission in its decision on this complaint, as quoted above in paragraph 16.

besoins à partir du congé non rémunéré ni de faciliter son retour au travail; au contraire, il a insisté pour qu'elle prenne sa retraite pour des raisons médicales, retardant ainsi son rétablissement et la possibilité de son retour au travail; deuxièmement, l'appelant a appliqué la politique du CT sur les congés non rémunérés pour des raisons médicales d'une manière discriminatoire à son égard puisque d'autres employés ont bénéficié d'un congé non rémunéré pour maladie ou invalidité pendant plus de deux ans.

[27] Le rapport résume la réponse de l'appelant à ces allégations, soulignant en particulier les mesures prises par l'appelant avant le congé non rémunéré de l'intimée, ainsi que la preuve médicale obtenue du médecin de l'intimée attestant son incapacité permanente d'occuper un emploi véritablement rémunérateur. Au sujet de l'allégation de l'intimée concernant l'application différente de la politique du CT à son égard, le rapport reprend les propos du défendeur [appelant en l'espèce] qui a reconnu que certains employés en congé avaient pu conserver leur poste pendant plus de deux ans, mais qu'il existait maintenant un programme qui permettait de déterminer si des employés pouvaient retourner au travail et, en cas contraire, de les aider à accepter de prendre leur retraite pour des raisons médicales.

[28] Dans la brève section du rapport qui porte sur l'analyse, il est dit que l'intimée touche des prestations d'assurance-invalidité depuis 1995, que l'appelant a tenté de tenir compte de ses besoins avant qu'elle prenne, sur l'avis de son médecin, un congé à temps plein en 1997 et qu'en avril 2000, son médecin a déclaré qu'elle était incapable pour des raisons de santé d'occuper un emploi rémunérateur. Le rapport conclut donc que [TRADUCTION] « la preuve recueillie au cours de l'enquête n'étaye pas l'allégation de la plaignante selon laquelle le défendeur [appelant devant la Cour] applique la politique du Conseil du Trésor d'une manière discriminatoire » (au paragraphe 30).

[29] Le rapport termine en recommandant le congédiement de l'intimée dans des motifs comportant deux paragraphes qui sont identiques aux motifs de décision de la Commission relativement à la présente plainte, tels que cités plus haut, au paragraphe 16.

[30] As the applications Judge noted (at paragraph 16 of his reasons), the report makes no mention of any investigation as to the application of the TB policy to other employees on leave without pay. The only source of information on this question mentioned in the report is the appellant. In addition, no mention is made of the fact that, once the respondent was on leave without pay, no attempt was made by her employer to try to accommodate and facilitate her return to work.

#### 4. Federal Court Decision

[31] The applications Judge's analysis is predicated upon his finding that the Commission adopted the reasoning of the investigator: "Given the brevity of the [Commission] decision", the applications Judge writes, "its reasons must be taken to be those of the investigator's reports, whose recommendations and reasoning are reflected in the decision" (at paragraph 12).

[32] The applications Judge examines two issues in his reasons, one corresponding to each of the complaints: first, concerning the TB complaint, whether "the Commission err[ed] in law by finding that, in the case of disabled employees who cannot provide a definite date for a return to work, termination does not constitute *prima facie* discrimination"; and second, concerning the HRDC complaint, whether "the Commission breach[ed] the principles of natural justice or procedural fairness by failing to conduct a thorough investigation and analysis of the applicant's allegations of discrimination" (at paragraph 3). He concludes that both questions should be answered in the affirmative.

[33] With respect to *prima facie* discrimination, the applications Judge concludes that the TB policy is discriminatory, as it differentiates on two bases: first, between those who take leave without pay because of medical disability and those who take such leave for other reasons; and second, on the basis of the degree of disability, between those who can at the two-year point confirm their date of return to work, and those who cannot. The applications Judge also observes that the investigator did not properly apply the requisite undue

[30] Comme l'a souligné le juge des requêtes (au paragraphe 16 de ses motifs), le rapport ne mentionne aucune enquête concernant l'application de la politique du CT aux autres employés en congé non rémunéré. Selon le rapport, la seule source de renseignements sur ce point serait l'appelant. En outre, il n'est pas mentionné que, pendant que l'intimée était en congé non rémunéré, son employeur n'a rien fait pour trouver un moyen de lui permettre de retourner au travail.

#### 4. Décision de la Cour fédérale

[31] L'analyse du juge des requêtes repose sur sa conclusion selon laquelle la Commission a adopté le raisonnement de l'enquêteur : « La décision est brève; il faut donc en déduire que les motifs de la Commission sont ceux qui se trouvent dans les rapports de l'enquêteur dont la recommandation et le raisonnement se reflètent dans la décision » (au paragraphe 12).

[32] Dans ses motifs, le juge des requêtes examine deux questions, chacune correspondant à une plainte : premièrement, concernant la plainte relative au CT : « La Commission a-t-elle commis une erreur de droit quand elle a conclu que, lorsqu'il s'agit d'un employé atteint d'une incapacité qui n'est pas en mesure de préciser la date de son retour au travail, son congédiement n'est pas, à première vue, un acte discriminatoire? »; et deuxièmement, concernant la plainte relative à DRHC : « La Commission a-t-elle violé les principes de justice naturelle ou d'équité procédurale quand elle n'a pas effectué une analyse et un examen complets des allégations de discrimination de la demanderesse? » (au paragraphe 3). Le juge a conclu qu'il fallait répondre par l'affirmative aux deux questions.

[33] En ce qui concerne la discrimination à première vue, le juge des requêtes a conclu que la politique du CT est discriminatoire puisqu'elle prévoit un traitement différent pour deux motifs : premièrement, entre les personnes en congé non rémunéré pour des raisons médicales et les personnes en congé pour d'autres motifs; deuxièmement, compte tenu du degré d'invalidité, entre les personnes qui peuvent préciser leur date de retour au travail après deux ans et celles qui ne le peuvent pas. Le juge des requêtes souligne

hardship analysis, as he erroneously treated the provision of accommodation as a defence capable of completely negating a *prima facie* discriminatory practice. The applications Judge therefore concludes that the Commission made an error of law on this question which fatally flaws its decision.

[34] With respect to procedural fairness, the applications Judge notes with respect to the HRDC complaint that the investigator “did not address at all the substance of the complaint, which was that once leave without pay had been granted, there was no further discussion of accommodation” (at paragraph 52). Instead, the investigator seemed to accept the respondent’s [appellant in the present case] position that it had accommodated [Ms. Sketchley] to the fullest extent possible. The applications Judge observes that the report concerning the HRDC complaint provides no evidence that accommodation alternatives were considered after the respondent went on leave, and also no evidence that the investigator attempted to verify how the TB policy was enforced for other individuals on leave without pay for medical reasons. The “serious allegations” raised by the respondent were “dismissed perfunctorily” by the investigator (at paragraph 58). The applications Judge concluded therefore that the Commission’s decision was flawed procedurally as a result of the lack of thoroughness of the investigation and the investigator’s failure to properly analyse the respondent’s allegations.

[35] In the result, the applications Judge allowed the application for judicial review, set aside the Commission’s decision with respect to both complaints, and referred the matter back to the Commission to be reviewed by a new investigator.

#### D. ANALYSIS

1. The Treatment of the Investigator’s Report as the Commission’s Reasons for its Decision

[36] The applications Judge treated the analysis in the investigator’s reports as representing the Commission’s

également que l’enquêteur n’a pas fait correctement l’analyse requise quant aux difficultés excessives puisqu’il a estimé, à tort, que les mesures d’accommodement prises par l’appelant constituaient un moyen de défense empêchant de conclure à l’existence de discrimination à première vue. Par voie de conséquence, le juge des requêtes a conclu que la Commission avait commis une erreur de droit qui entachait irrémédiablement sa décision.

[34] Quant à l’équité procédurale, le juge des requêtes souligne, relativement à la plainte qui vise DRHC, que l’enquêteur « ne s’est pas penché sur le fond de la plainte, qui était que lorsque le congé non rémunéré avait été accordé, il n’avait plus été question d’accommodement » (au paragraphe 52). Au contraire, l’enquêteur semble avoir accepté la position du défendeur [appellant en l’espèce] selon laquelle il avait pris toutes les mesures d’accommodement possibles. Le juge des requêtes fait remarquer que le rapport concernant la plainte qui vise DRHC ne fournit aucune preuve que d’autres solutions ont été envisagées après le départ en congé de l’intimée, ni aucune preuve que l’enquêteur a tenté de vérifier comment la politique du CT avait été appliquée à d’autres employés en congé non rémunéré pour des raisons médicales. Les « allégations [. . .] graves » soulevées par l’intimée ont été « rejetées du revers de la main » par l’enquêteur (au paragraphe 58). Le juge des requêtes a donc conclu que la décision de la Commission était erronée sur le plan de la procédure parce que l’affaire n’avait pas été examinée avec suffisamment de rigueur et parce que l’enquêteur n’avait pas analysé correctement les allégations de l’intimée.

[35] En conséquence, le juge des requêtes a accueilli la demande de contrôle judiciaire, annulé la décision de la Commission relativement aux deux plaintes et renvoyé la question à la Commission pour nouvel examen par un autre enquêteur.

#### D. ANALYSE

1. Les motifs de la Commission étaient ceux du rapport d’enquête

[36] Le juge des requêtes a dit qu’il considérait que l’analyse faite dans les rapports d’enquête représentait

reasoning for its decision, citing the brevity of the Commission's decision as a factor necessitating this approach (at paragraph 12). The appellant argues that this treatment constitutes an error of law, as such treatment is said to negate the separate and distinct roles of the investigator and the Commission.

[37] In my view, the appellant's argument on this issue must fail. While it is true that the investigator and Commission do have "mostly separate identities", (*Canada (Human Rights Commission) v. Pathak*, [1995] 2 F.C. 455 (C.A.), at paragraph 21, *per* MacGuigan J.A., (Décary J.A. concurring)), it is also well established that, for the purpose of a screening decision by the Commission pursuant to subsection 44(3) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64; 1998, c. 9, s. 24] of the Act, the investigator cannot be regarded as a mere independent witness before the Commission (*Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, at page 898 (*SEPQA*)). The investigator's report is prepared for the Commission, and hence for the purposes of the investigation, the investigator is considered to be an extension of the Commission (*SEPQA*, at page 898). When the Commission adopts an investigator's recommendations and provides no reasons or only brief reasons, the courts have rightly treated the investigator's report as constituting the Commission's reasoning for the purpose of the screening decision under subsection 44(3) of the Act (*SEPQA*, at pages 902-903; *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, [1999] 1 F.C. 113 (C.A.), at paragraph 30 (*Bell Canada*); *Canadian Broadcasting Corp. v. Paul* (2001), 198 D.L.R. (4th) 633 (F.C.A.), at paragraph 43).

[38] This approach is not, as the appellant claims, incompatible with the well accepted notion that flaws in the investigator's report will not vitiate a Commission's decision, so long as such flaws are not so fundamental that they cannot be remedied by further responding submissions by the parties (*Slattery v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 2 F.C. 574 (T.D.), affirmed (1996), 205 N.R. 383 (F.C.A.) (*Slattery*)). A reviewing court's focus under this approach ultimately remains

les motifs de la décision de la Commission et il a invoqué, comme facteur justifiant cette conclusion, la brièveté de la décision de la Commission (au paragraphe 12). L'appelant prétend qu'il s'agit d'une erreur de droit, puisqu'une telle conclusion ne reconnaîtrait pas les rôles distincts et séparés de l'enquêteur et de la Commission.

[37] Selon moi, l'argument de l'appelant à cet égard doit être rejeté. Il est vrai que l'enquêteur et la Commission sont deux entités « à bien des égards distinctes » (*Canada (Commission des droits de la personne) c. Pathak*, [1995] 2 C.F. 455 (C.A.), au paragraphe 21, le juge MacGuigan (avec l'appui du juge Décary)), mais il est également bien établi qu'aux fins d'une décision de la Commission en conformité avec le paragraphe 44(3) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 64; 1998, ch. 9, art. 24] de la Loi, l'enquêteur n'est pas qu'un simple témoin indépendant devant la Commission (*Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, à la page 898 (*SEPQA*)). L'enquêteur établit son rapport à l'intention de la Commission et, par conséquent, il mène l'enquête en tant que prolongement de la Commission (*SEPQA*, à la page 898). Lorsque la Commission adopte les recommandations de l'enquêteur et qu'elle ne présente aucun motif ou qu'elle fournit des motifs très succincts, les cours ont, à juste titre, décidé que le rapport d'enquête constituait les motifs de la Commission aux fins de la prise de décision en vertu du paragraphe 44(3) de la Loi (*SEPQA*, aux pages 902 et 903; *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, [1999] 1 C.F. 113 (C.A.), au paragraphe 30 (*Bell Canada*); *Société Radio-Canada c. Paul*, 2001 CAF 93, au paragraphe 43).

[38] Cette approche n'est pas, comme le prétend l'appelant, incompatible avec le principe bien établi selon lequel les lacunes dont serait entaché le rapport de l'enquêteur ne vicieront pas la décision de la Commission, pourvu que lesdites lacunes ne soient pas à ce point fondamentales que les observations complémentaires présentées par les parties ne suffisent pas à y remédier (*Slattery c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 2 C.F. 574 (1<sup>re</sup> inst.),

upon the Commission's screening decision, which is reviewed with a high degree of deference with respect to fact-finding activities: only errors evincing an error of law, patent unreasonableness in fact-finding, or a breach of procedural fairness will justify the intervention of a court on review (*Bell Canada*, at paragraph 38; *Connolly v. Canada Post Corp.*, 2002 FCT 185, at paragraph 28, affirmed 2003 FCA 47 (*Connolly*)). Such errors belong, virtually by definition, to the category of investigative flaws that are so fundamental that they cannot be remedied by the parties' further responding submissions. The applicable standard for reviewing investigative thoroughness is therefore equivalent to that which applies on review of the Commission's decision under subsection 44(3). As a result, there is no necessary inconsistency if, in appropriate circumstances like those of the case at bar, the investigator's report is treated as constituting the Commission's reasoning.

[39] In my opinion, therefore, the applications Judge did not err in finding that the reasoning of the Commission to support its decision under subsection 44(3) could be found by reference to the investigator's reports.

## 2. The Standard of Review Generally

[40] The applications Judge notes at the outset of his analysis that "[b]oth parties agree that the standard of review to be applied in such a case [a decision of the Commission to dismiss a complaint] is reasonableness *simpliciter*" (at paragraph 32). On this basis, he concluded that "the standard to be applied is whether the decision of the Commission would withstand a 'somewhat probing examination' of its reasons" (at paragraph 32).

[41] Before this Court, the parties agreed that deference was due to the Commission in the exercise of its screening powers under subsection 44(3). The appellant argued, however, that the applications Judge

confirmée par [1996] A.C.F. n° 385 (C.A.) (QL) (*Slattery*). En vertu de cette approche, une cour de révision doit, en fin de compte, se pencher sur l'examen de la Commission et faire preuve de beaucoup de déférence à l'égard de l'appréciation des faits; ce n'est que si la Commission a commis une erreur de droit, a apprécié les faits d'une manière manifestement déraisonnable ou a contrevenu aux principes d'équité procédurale qu'il sera justifié d'intervenir lors d'un contrôle (*Bell Canada*, au paragraphe 38; *Connolly c. Société canadienne des postes*, 2002 CFPI 185, au paragraphe 28, confirmée par 2003 CAF 47 (*Connolly*)). Presque par définition, ces erreurs appartiennent à la catégorie des erreurs d'enquête qui sont à ce point fondamentales que les observations complémentaires des parties ne peuvent y remédier. La norme qui s'applique dans le cadre du contrôle de la rigueur d'une enquête est donc équivalente à celle qui s'applique au contrôle d'une décision de la Commission prise en vertu du paragraphe 44(3). Par conséquent, il n'y a donc pas nécessairement incohérence si, dans des circonstances appropriées comme celles dont il s'agit en l'espèce, le rapport de l'enquêteur est présumé constituer les motifs de la Commission.

[39] Par conséquent, j'estime que le juge des requêtes n'a commis aucune erreur en concluant que les motifs de la Commission à l'appui de sa décision en vertu du paragraphe 44(3) se trouvaient dans les rapports de l'enquêteur.

## 2. La norme de contrôle

[40] Au début de son analyse, le juge des requêtes mentionne que « [l]es deux parties conviennent que la norme de contrôle qui s'applique en l'espèce [une décision de la Commission de rejeter une plainte] est celle de la décision raisonnable *simpliciter* » (au paragraphe 32). C'est pourquoi il a conclu que « la norme qui s'applique est de savoir si la décision de la Commission résisterait à "un examen assez poussé" de ses motifs » (au paragraphe 32).

[41] À l'audience, les parties ont convenu que la Cour devait faire preuve de beaucoup de déférence relativement au pouvoir d'examen conféré à la Commission par le paragraphe 44(3). Toutefois,

exercised insufficient “deferential self-discipline” in reviewing the Commission’s decision, and seized upon perceived flaws in the investigator’s report without asking himself whether the Commission’s decision, taken as a whole, was reasonable. The respondent disagreed, arguing that the applications Judge applied the appropriate level of curial deference, but found that the Commission’s decision was unreasonable.

[42] A careful reading of the applications Judge’s reasons reveals that, although he mentioned the standard of review of reasonableness *simpliciter* at the start of his reasons, this was not the standard he actually applied in his subsequent analysis of the Commission’s two decisions. Instead, he expressly treated the Commission’s decision on the TB complaint as a question of law, and the decision on the HRDC complaint as one of procedural fairness. For both of these issues, the applications Judge, without engaging in the pragmatic and functional analysis, appears ultimately to have applied the standard of correctness, although he does not fully explain this.

[43] In my view, the standards of review impliedly adopted by the applications Judge in his reasons were unimpeachable. In other words, the applications Judge applied the correct standards of review in his reasons, although the general standard of review he enunciated at the beginning of his analysis (reasonableness *simpliciter*) was not the appropriate one in the particular circumstances of this case. However, as the applications Judge mentioned a different standard than the one he rightly applied ultimately, and since this issue was the subject of lengthy argument before this Court, and because the pragmatic and functional analysis was not done by the applications Judge on the first issue, it is important to return to the basic principles governing the determination of the standard of review in this context to consider the approach to be adopted in a case such as this one.

[44] Counsel referred the Court to seemingly contradictory decisions by this Court concerning the

l’appelant soutient que le juge des requêtes n’a pas fait preuve d’une [TRADUCTION] « autodiscipline » suffisante dans l’examen de la décision de la Commission et qu’il s’est fondé sur les lacunes qui, selon lui, existaient dans le rapport de l’enquêteur, sans se demander si la décision de la Commission était, dans l’ensemble, raisonnable. L’intimée a manifesté son désaccord en soutenant que le juge des requêtes avait fait preuve de la déférence appropriée, mais qu’il avait conclu que la décision de la Commission était déraisonnable.

[42] Une lecture attentive des motifs du juge des requêtes révèle que, même s’il a mentionné, au début de ses motifs, la norme de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter*, il n’a pas appliqué cette norme dans son analyse subséquente des deux décisions de la Commission. Au contraire, il a traité expressément la décision de la Commission concernant la plainte relative au CT comme une question de droit, et la décision relative à la plainte concernant DRHC comme une question d’équité procédurale. À l’égard de ces deux questions, il semble en fin de compte que le juge des requêtes a appliqué, sans avoir fait l’analyse pragmatique et fonctionnelle, la norme de la décision correcte, même s’il n’explique pas en détail son choix.

[43] Selon moi, les normes de contrôle qu’auraient implicitement adoptées le juge des requêtes dans ses motifs sont inattaquables. Autrement dit, le juge des requêtes a appliqué les normes de contrôle pertinentes dans ses motifs, même si la norme générale de contrôle qu’il a énoncée au début de son analyse (celle de la décision raisonnable *simpliciter*) n’était pas celle à appliquer en l’espèce. Toutefois, comme le juge des requêtes a mentionné une norme différente de celle qu’il a finalement appliquée, à bon droit, et comme cette question a été longuement débattue devant la Cour et que le juge des requêtes n’a pas effectué l’analyse fonctionnelle et pragmatique relativement à la première question en litige, il est important de rappeler les principes de base qui régissent la détermination de la norme de contrôle dans le présent contexte pour décider de l’approche qu’il convient d’adopter dans un cas comme celui-ci.

[44] Les avocats ont attiré l’attention de la Cour d’appel sur des décisions apparemment contradictoires

appropriate standard of review to be applied with respect to a decision of the Commission under subsection 44(3) of the Act regarding whether or not to refer a complaint to a Tribunal. While some of the jurisprudence has applied the standard of reasonableness *simpliciter* (*Bradley v. Canada (Attorney General)* (1999), 238 N.R. 76 (F.C.A.) at paragraph 9; *Gee v. Canada (Minister of National Revenue)* (2002), 284 N.R. 321 (F.C.A.), at paragraph 13; *Singh v. Canada (Attorney General)* (2002), 291 N.R. 365 (F.C.A.), at paragraph 7 (*Singh*); *Tahmourpour v. Canada (Solicitor General)* (2005), 27 Admin. L.R. (4th) 315 (F.C.A.), at paragraph 6 (*Tahmourpour*); *Gardner v. Canada (Attorney General)* (2005), 339 N.B. 91 (F.C.A.), at paragraph 21), a sizeable number of cases have used patent unreasonableness (*Bell Canada*, at paragraph 37; *St-Onge v. Canada*, [2000] F.C.J. No. 1523 (C.A.) (QL), at paragraph 1; *Murray v. Canada (Human Rights Commission)*, 2003 FCA 222, at paragraph 4 (*Murray*); *Elkayam v. Canada (Attorney General)*, 2005 CAF 101, at paragraph 4). This apparent inconsistency is a predictable result of the application of the pragmatic and functional approach.

[45] Since different decisions call for different levels of deference, it is unsurprising that the Federal Court of Appeal has applied various standards of review to various decisions taken under subsection 44(3) of the *Canadian Human Rights Act*. Indeed, what would be surprising would be unanimity on the appropriate standard of review. Such a consensus might indicate slavish deference to precedent, as opposed to careful and nuanced applications of the pragmatic and functional approach on a case-by-case basis. Indeed, regardless of the standard adopted in these proceedings, future courts reviewing subsection 44(3) decisions must apply the pragmatic and functional approach anew.

[46] A review of the principles underlying the determination of the standard of review in this context may assist in clarifying this matter. As I explain in the remainder of this section, the pragmatic and functional analysis must be undertaken anew by the reviewing court with respect to each decision of an administrative

qu'elle a rendues concernant la norme de contrôle applicable à la décision de la Commission de renvoyer ou non une plainte à un tribunal conformément au paragraphe 44(3) de la Loi. La norme de la décision raisonnable *simpliciter* a été appliquée dans certaines décisions (*Bradley c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 370 (C.A.) (QL), au paragraphe 9; *Gee c. Canada (Ministre du Revenu national)*, 2002 CAF 4, au paragraphe 13; *Singh c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 247, au paragraphe 7 (*Singh*); *Tahmourpour c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 113, au paragraphe 6 (*Tahmourpour*); et *Gardner c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 284, au paragraphe 21), mais la norme de la décision manifestement déraisonnable a été appliquée dans un grand nombre d'autres décisions (*Bell Canada*, au paragraphe 37; *St-Onge c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 1523 (C.A.) (QL), au paragraphe 1; *Murray c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2003 CAF 222, au paragraphe 4 (*Murray*); *Elkayam c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 101, au paragraphe 4). Cette apparente incohérence est un résultat prévisible de l'application de l'analyse pragmatique et fonctionnelle.

[45] Puisque des décisions différentes commandent un niveau de déférence différent, il n'est pas étonnant que la Cour d'appel fédérale ait appliqué diverses normes de contrôle à diverses décisions prises en vertu du paragraphe 44(3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. D'ailleurs, c'est l'unanimité sur la norme à appliquer qui serait étonnante. Si la même norme avait toujours été appliquée, cela pourrait indiquer une application servile des précédents, plutôt qu'une application réfléchie et nuancée de l'approche pragmatique et fonctionnelle, cas par cas. D'ailleurs, quelle que soit la norme adoptée en l'espèce, les cours de révision qui auront dans l'avenir à examiner des décisions prises en vertu du paragraphe 44(3) devront, à chaque fois, reprendre l'analyse pragmatique et fonctionnelle.

[46] Un examen des principes qui sous-tendent la détermination de la norme de contrôle dans ce contexte pourrait clarifier la question. Comme je l'explique un peu plus loin dans la présente section, la cour de révision doit effectuer de nouveau l'analyse pragmatique et fonctionnelle chaque fois qu'une instance adminis-

decision maker, not merely each general type of decision of a particular decision maker under a particular provision. The pragmatic and functional analysis does not apply, however, to allegations concerning procedural fairness, which are always reviewed as questions of law.

[47] Typically, a screening decision of the Commission under subsection 44(3) of the Act involves a determination of a question of fact or of mixed fact and law. In such cases, the heavily fact-specific nature of the decision at issue creates little precedential value. The standard of review of patent unreasonableness or reasonableness *simpliciter* will, all else being equal, likely be the appropriate outcome of the pragmatic and functional analysis in such cases. However, if as in this case, the screening decision of the Commission engages a question of law with general precedential value, and/or raises an issue of procedural fairness, the appropriate standard of review might be correctness. I now turn to this exercise.

(a) The primacy of the pragmatic and functional approach

[48] The Supreme Court of Canada has clearly stated that the pragmatic and functional approach must be undertaken by a reviewing judge “[i]n every case where a statute delegates power to an administrative decision-maker” (*Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 21 (*Dr Q*)). It must be recalled that the “overall aim [of the pragmatic and functional approach] is to discern legislative intent, keeping in mind the constitutional role of the courts in maintaining the rule of law” (*Dr. Q*, at paragraph 26). The pragmatic and functional analysis, therefore, is undertaken to determine the core issue of the proper degree of curial deference owed to administrative decision makers by the courts.

[49] I note that in none of the decisions relied upon by the parties to determine the applicable standard of

trative rend une décision et non seulement pour chaque type de décision que rend un décideur en particulier en vertu d’une disposition précise. L’analyse pragmatique et fonctionnelle ne s’applique toutefois pas aux allégations concernant l’équité procédurale qui font toujours l’objet d’un contrôle à titre de question de droit.

[47] En règle générale, lorsqu’elle est appelée à prendre une décision en vertu du paragraphe 44(3) de la Loi, la Commission doit trancher une question de fait ou une question mixte de droit et de fait. Comme la décision dépend énormément, dans de tels cas, des faits de l’espèce, elle n’aura qu’une faible valeur jurisprudentielle. Toutes choses étant égales par ailleurs, l’analyse pragmatique et fonctionnelle entraînera probablement dans de tels cas l’application de la norme de contrôle de la décision manifestement déraisonnable ou celle de la décision raisonnable *simpliciter*. Toutefois, si, comme en l’espèce, la décision de la Commission soulève une question de droit qui a une valeur jurisprudentielle générale ou si elle soulève une question d’équité procédurale, la norme appropriée pourrait bien être celle de la décision correcte. Je vais maintenant effectuer cette analyse.

a) La primauté de l’approche pragmatique et fonctionnelle

[48] La Cour suprême du Canada a clairement dit que le juge de révision doit effectuer une analyse pragmatique et fonctionnelle « [c]haque fois que la loi délègue un pouvoir à une instance administrative décisionnelle » (*Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 21 (*Dr Q*)). Il convient de rappeler que l’« objectif global [de l’approche pragmatique et fonctionnelle] est de cerner l’intention du législateur, sans perdre de vue le rôle constitutionnel des tribunaux judiciaires dans le maintien de la légalité » (*Dr Q*, au paragraphe 26). L’analyse pragmatique et fonctionnelle doit donc avoir pour objet de trancher la question fondamentale qu’est le degré de déférence dont les tribunaux doivent faire preuve à l’égard d’une instance administrative décisionnelle.

[49] Je souligne que, dans aucune des décisions invoquées par les parties pour déterminer la norme de

review (including this one) did the reviewing court go through the process of applying the pragmatic and functional approach, which is now required.

- (b) The importance of identifying the particular question at issue in the decision under review

[50] First, the requirement that a pragmatic and functional analysis be undertaken in every case emphasizes the importance of identifying the particular question at issue in the decision under review in any given case. As Bastarache, J. emphasized in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982 (*Pushpanathan*), “the focus of the inquiry is . . . on the particular, individual provision being invoked and interpreted by the tribunal” (at paragraph 28, underlining mine). The factors included within the pragmatic and functional approach are case-specific in nature, and the Supreme Court of Canada has stressed the importance of not applying the approach “mechanically” or as “an empty ritual” (*Dr. Q*, at paragraph 26). Therefore, as complex as it may be, this analysis must be applied anew with respect to each decision, and not merely each general type of decision of a particular decision maker under a particular legislative provision. Even where it may appear that the issue has been settled in the jurisprudence, “[t]here is no shortcut past the components of the pragmatic and functional approach” (*Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, at paragraph 21 (*Ryan*)).

[51] As a result, one cannot conclude that because a particular standard was found in a previous case to apply to a decision of the Commission under subsection 44(3), this same standard can be assumed necessarily to apply when reviewing another decision of the Commission under the same legislative provision. Similarly, one cannot conclude that the same standard of review will necessarily apply to all aspects of a Commission’s decision, especially if (as in this case) the Commission is dealing with multiple complaints at once. It is the particularities of the decision at issue in a given case that govern the standard of review to be employed by the reviewing Court.

contrôle applicable (y compris celle-ci), la cour de révision n’a appliqué l’approche pragmatique et fonctionnelle qui doit l’être en l’espèce.

- b) L’importance de préciser la question en litige dans la décision visée par le contrôle

[50] Premièrement, l’obligation d’effectuer une analyse pragmatique et fonctionnelle dans tous les cas fait ressortir l’importance de préciser la question en litige dans la décision visée par le contrôle. Comme l’a dit le juge Bastarache dans *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982 (*Pushpanathan*), « l’accent est [. . .] mis sur la disposition particulière invoquée et interprétée par le tribunal » (au paragraphe 28, non souligné dans l’original). Les facteurs de l’analyse pragmatique et fonctionnelle sont spécifiques à l’affaire en cause et la Cour suprême du Canada a insisté sur l’importance de ne pas y voir un « rite vide de sens » ou « machinal » (*Dr. Q*, au paragraphe 26). Par conséquent, aussi complexe soit-elle, l’analyse doit être effectuée de nouveau pour chaque décision et non seulement pour chaque type général de décision d’un décideur en particulier en vertu d’une disposition législative précise. Même lorsque la décision semble avoir été réglée dans la jurisprudence « [les cours] ne doivent sauter aucune étape de l’analyse pragmatique et fonctionnelle » (*Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, au paragraphe 21 (*Ryan*)).

[51] Impossible donc de conclure qu’étant donné que, dans une affaire antérieure, une norme a été appliquée à une décision prise par la Commission en vertu du paragraphe 44(3), la même norme doit nécessairement s’appliquer lors de l’examen d’une autre décision de la Commission en vertu de la même disposition législative. Dans le même ordre d’idées, on ne saurait conclure que la même norme de contrôle s’appliquera nécessairement à tous les aspects d’une décision de la Commission, surtout si (comme en l’espèce) elle est saisie de plusieurs plaintes à la fois. Ce sont les caractéristiques propres à la décision en cause, dans une affaire donnée, qui régissent la norme de contrôle que doit appliquer la cour de révision.

## (c) The distinction between procedural fairness analysis and the standard of review analysis

[52] Second, the distinction between judicial review on the grounds of breach of procedural fairness, and the standard of review in other cases of substantive judicial review, must be recognized, as the pragmatic and functional approach properly applies only to the latter. Although *Dr. Q* appears to have implied that the pragmatic and functional analysis must be applied in every case of judicial review, this is not so; the Supreme Court's comments in *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539 (*CUPE*), released shortly after *Dr. Q*, clarifies the matter. In *CUPE*, Justice Binnie explained as follows the interaction between procedural fairness and the pragmatic and functional standard of review analysis (at paragraphs 100, 102-103):

It is for the courts, not the Minister, to provide the legal answer to procedural fairness questions. It is only the ultimate exercise of the Minister's discretionary s. 6(5) power of appointment itself that is subject to the "pragmatic and functional" analysis, intended to assess the degree of deference intended by the legislature to be paid by the courts to the statutory decision maker, which is what we call the "standard of review".

...

The content of procedural fairness goes to the manner in which the Minister went about making his decision, whereas the standard of review is applied to the end product of his deliberations.

On occasion, a measure of confusion may arise in attempting to keep separate these different lines of enquiry. Inevitably some of the same "factors" that are looked at in determining the requirements of procedural fairness are also looked at in considering the "standard of review" of the discretionary decision itself. . . . The point is that, while there are some common "factors", the object of the court's inquiry in each case is different. [Emphasis in original.]

(See also Bastarache J.'s dissenting opinion in *CUPE*, at paragraph 5, in which he agreed with the majority that procedural fairness and standard of review analysis are

## c) Distinction entre l'analyse de l'équité procédurale et l'analyse de la norme de contrôle

[52] Deuxièmement, il faut faire une distinction entre le contrôle judiciaire découlant d'un manquement aux principes d'équité procédurale et la norme de contrôle qui s'applique dans d'autres types de contrôle sur le fond puisque l'approche pragmatique et fonctionnelle ne s'applique que dans le deuxième type de situation. Il est vrai que l'arrêt *Dr. Q* semble dire que l'analyse pragmatique et fonctionnelle doit être effectuée chaque fois qu'il y a contrôle judiciaire; cependant, il n'en est rien. Les observations de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539 (*SCFP*), rendu peu après *Dr. Q*, clarifient la question. Dans *SCFP*, le juge Binnie a expliqué en ces termes l'interaction entre l'équité procédurale et l'analyse pragmatique et fonctionnelle (aux paragraphes 100, 102, 103) :

Il appartient aux tribunaux judiciaires et non au ministre de donner une réponse juridique aux questions d'équité procédurale. Seul l'exercice en dernière analyse du pouvoir discrétionnaire de désignation conféré au ministre par le par. 6(5) est assujéti à l'analyse « pragmatique et fonctionnelle » qui vise à déterminer le degré de déférence dont le législateur a voulu que les tribunaux judiciaires fassent montre à l'égard du décideur légal, lequel degré constitue ce qu'on appelle la « norme de contrôle ».

[. . .]

L'équité procédurale concerne la manière dont le ministre est parvenu à sa décision, tandis que la norme de contrôle s'applique au résultat de ses délibérations.

La tentative de maintenir séparés ces différents genres de questions peut parfois engendrer une certaine confusion. Force est de constater que certains « facteurs » utilisés pour déterminer les exigences de l'équité procédurale servent également à déterminer la « norme de contrôle » applicable à la décision discrétionnaire elle-même [. . .] Il reste que, même s'il existe certains « facteurs » communs, l'objet de l'examen du tribunal judiciaire diffère d'un cas à l'autre. [Souligné dans l'original.]

(Voir également les motifs dissidents du juge Bastarache dans *SCFP*, au paragraphe 5, où il convient avec les juges de la majorité que l'examen relatif de l'équité

different inquiries which “proceed separately and serve different objectives,” and that with respect to procedural fairness, “there is no need to determine a degree of deference”.)

[53] *CUPE* directs a court, when reviewing a decision challenged on the grounds of procedural fairness, to isolate any act or omission relevant to procedural fairness (at paragraph 100). This procedural fairness element is reviewed as a question of law. No deference is due. The decision maker has either complied with the content of the duty of fairness appropriate for the particular circumstances, or has breached this duty.

[54] *CUPE* thus makes clear that a given decision may be reviewed both in terms of procedural fairness and according to the pragmatic and functional standard of review, with respect to different aspects of the decision (the procedural decision making versus the substantive final decision). Procedural fairness concerns the manner in which the decision is made. The duty applicable in a given context will be determined according to the factors set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraphs 21-28 (*Baker*) and *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 115 (*Suresh*), amongst other cases. If the duty of fairness is breached in the process of decision making, the decision in question must be set aside. By contrast, the normal standard of review analysis concerns only the final substantive decision, and this standard of review is determined according to the pragmatic and functional analysis.

[55] This approach of separating procedural fairness from the standard of review inquiry accords with several of this Court’s judgments in the context of the Commission’s decisions under subsection 44(3). These decisions have emphasized precisely this distinction between procedural fairness and standard of review. For example, in *Tahmourpour*, Evans J.A. explained the standard of review as follows (at paragraphs 6-7):

procédurale et l’examen de la norme de contrôle sont différents et « sont [. . .] effectués séparément et visent des objectifs différents » et ajoute que, pour ce qui concerne l’obligation d’équité procédurale, « il n’est pas nécessaire d’établir un degré de déférence ».)

[53] Selon l’arrêt *SCFP*, la cour de révision doit, lorsqu’elle examine une décision contestée pour des motifs d’équité procédurale, isoler les actes ou omissions qui touchent à l’équité procédurale (au paragraphe 100). La question de l’équité procédurale est une question de droit. Aucune déférence n’est nécessaire. Soit le décideur a respecté l’obligation d’équité dans les circonstances propres à l’affaire, soit il a manqué à cette obligation.

[54] Il ressort clairement de l’arrêt *SCFP* qu’une décision peut faire l’objet d’un contrôle tant à l’égard de l’équité procédurale que selon l’analyse pragmatique et fonctionnelle, relativement à divers aspects de la décision (le processus décisionnel par rapport à la décision définitive sur le fond). L’équité procédurale concerne la manière dont une décision est prise. L’obligation qui incombe au décideur dans un contexte en particulier sera déterminée en fonction des facteurs établis notamment dans les arrêts *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, aux paragraphes 21 à 28 (*Baker*), et *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 115 (*Suresh*). Si l’obligation d’équité a été violée dans le cadre du processus décisionnel, la décision en cause doit être annulée. Par contre, l’analyse de la norme usuelle de contrôle ne concerne que la décision définitive sur le fond et cette norme de contrôle est déterminée selon l’analyse pragmatique et fonctionnelle.

[55] La distinction entre l’analyse de l’équité procédurale et l’analyse de la norme de contrôle s’inscrit dans la logique de plusieurs arrêts de la Cour concernant des décisions de la Commission en vertu du paragraphe 44(3). Ces décisions insistaient précisément sur la distinction entre l’équité procédurale et la norme de contrôle. Par exemple, dans *Tahmourpour*, le juge Evans a expliqué la norme de contrôle en ces termes (aux paragraphes 6 et 7) :

... The Court will only intervene if the Commission's conclusion is unreasonable, absent a breach of the duty of fairness or other errors of law. . . .

A reviewing court owes no deference in determining the fairness of an administrative agency's process. . . . Nonetheless, the court will not second guess procedural choices made in the exercise of the agency's discretion which comply with the duty of fairness.

Similar reasoning has been enunciated by this Court in *Bourgeois v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [2000] F.C.J. No. 1655 (C.A.) (QL), at paragraph 3; *Connolly*, at paragraph 5, and *Murray*, at paragraph 4.

- (d) The different review roles of a secondary appellate court as compared to a lower court

[56] Third, the distinct review roles of secondary appellate courts as compared to lower courts must be borne in mind. *Dr. Q*, at paragraphs 43-44 clearly establishes that the standard of review at the secondary appellate level proceeds according to different principles than the pragmatic and functional analysis employed at the lower court level: as this Court is dealing with the appellate review of a lower court, not the judicial review of an administrative decision maker, the rules outlined in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235 apply.

[57] The question of the proper standard of review is a question of law, and therefore must be answered correctly by a lower court reviewing judge. This Court must therefore determine on a correctness standard whether the reviewing judge has chosen and applied the proper standard of review. If the reviewing judge has erred in choosing or applying the standard of review, this Court must correct the error, substitute the appropriate standard, and assess or remit the administrative decision-maker's decision on that basis.

[...] la Cour n'interviendra que si la conclusion de la Commission est jugée déraisonnable, lorsqu'il n'y a pas eu violation de l'obligation d'équité ou d'autres erreurs de droit [...]

Une cour de révision n'a pas à faire preuve de déférence dans la détermination de l'équité procédurale d'un organisme administratif [...]. Pourtant, la cour ne remettra pas en question les choix en matière de procédure qui sont faits dans le cadre de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'organisme et qui respectent l'obligation d'équité.

La Cour a tenu un raisonnement semblable dans *Bourgeois c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [2000] A.C.F. n° 1655 (C.A.) (QL), au paragraphe 3, dans *Connolly*, au paragraphe 5, et dans *Murray*, au paragraphe 4.

- d) Les rôles différents d'un deuxième niveau d'appel et d'un tribunal inférieur en matière de contrôle

[56] Troisièmement, il faut tenir compte des rôles distincts d'un deuxième niveau d'appel et d'un tribunal inférieur en matière de contrôle. Aux paragraphes 43 et 44 de l'arrêt *Dr Q*, il est dit clairement que le critère approprié au deuxième niveau d'appel s'applique selon des principes différents de l'analyse pragmatique et fonctionnelle effectuée par un tribunal inférieur : puisque, en l'espèce, la Cour examine le contrôle effectué en appel d'une décision d'un tribunal inférieur, et non le contrôle d'une décision d'une instance administrative décisionnelle, les règles de l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, s'appliquent.

[57] La question de la norme de contrôle applicable est une question de droit et c'est donc un juge de révision d'un tribunal inférieur qui doit trancher cette question. La Cour doit ensuite déterminer, selon la norme de la décision correcte, si le juge de révision a choisi et appliqué la norme de contrôle pertinente. Si le juge de révision a commis une erreur dans le choix ou l'application de la norme de contrôle, la Cour doit corriger l'erreur, appliquer la norme pertinente et évaluer ou renvoyer sur ce fondement la décision de l'instance administrative.

### 3. The Standard of Review in this Case

#### (a) The TB complaint

[58] In this complaint, the respondent alleged that the TB policy on leave without pay for medical reasons is discriminatory against employees with disabilities. The respondent's appeal before the Federal Court with respect to this complaint concerned the final decision of the Commission—the conclusion that no *prima facie* discrimination had been shown—and not the manner in which the decision was made. The Commission's decision in respect of the TB complaint must therefore be reviewed according to the standard of review determined by the pragmatic and functional analysis.

[59] Before undertaking the pragmatic and functional analysis, the particular question at issue in respect of the TB decision must be identified. I have already noted that the applications Judge analysed the Commission's decision concerning the TB complaint as hinging on a question of law, namely whether the TB complaint established a *prima facie* case of discrimination. In my view, the applications Judge correctly identified this question of law as the question at issue for review purposes in respect of the TB complaint as one of law. The determination as to whether *prima facie* discrimination has been established in a particular complaint will in some cases be a question of mixed fact and law, and in others a question of law. The distinction between these categories of questions is perhaps inherently elusive (*Pushpanathan*, at paragraph 37; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paragraph 35), yet at the same time proper identification of the type of question at issue is an important step in determining the appropriate standard of review.

[60] In this case, a number of factors point towards the purely legal nature of the question at issue. The Commission's analysis of the TB complaint as a whole was predicated upon its answer to the question of whether *prima facie* discrimination had been established, and its consideration of this key question was based solely upon an abstract analysis of the TB policy. The Commission's reasoning (as gleaned from the analysis in the investigator's report) demonstrates

### 3. La norme de contrôle en l'espèce

#### a) La plainte concernant le CT

[58] Dans la plainte susmentionnée, l'intimée a allégué que la politique du CT sur les congés non rémunérés pour des raisons médicales est discriminatoire à l'endroit des employés atteints d'une déficience. L'appel interjeté par l'intimée devant la Cour fédérale relativement à cette plainte concernait la décision finale de la Commission, à savoir qu'il n'y avait aucune discrimination à première vue, et non la façon dont la décision avait été prise. Il faut donc appliquer dans l'examen de la décision de la Commission sur la plainte concernant le CT la norme de contrôle établie par l'analyse pragmatique et fonctionnelle.

[59] Avant d'entreprendre l'analyse pragmatique et fonctionnelle, la Cour doit préciser la question qui se pose relativement à la décision concernant le CT. J'ai déjà mentionné que le juge des requêtes a analysé la décision de la Commission sur la plainte concernant le CT et a précisé qu'il s'agissait d'une question de droit, soit celle de savoir si la plainte établissait l'existence de discrimination à première vue. À mon avis, le juge des requêtes a conclu à juste titre que la question en litige aux fins du contrôle de la plainte concernant le CT était une question de droit. La question de savoir si la discrimination à première vue a été établie dans une plainte sera, dans certains cas, une question mixte de fait et de droit et, dans d'autres, une question de droit. Il peut s'avérer quelquefois très difficile de faire une distinction entre ces deux types de questions (*Pushpanathan*, au paragraphe 37; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, au paragraphe 35), mais il faut néanmoins préciser le type de question en cause pour pouvoir déterminer la norme de contrôle appropriée.

[60] En l'espèce, plusieurs facteurs permettent d'affirmer que la question en cause est une pure question de droit. L'analyse effectuée par la Commission au sujet de la plainte concernant le CT reposait sur la réponse à la question de savoir si la discrimination à première vue avait été établie et son examen de cette question essentielle était fondé uniquement sur une analyse abstraite de la politique du CT. Le raisonnement de la Commission (tiré, par déduction, du rapport de

that its decision was entirely dependent upon its legal conclusions as to the determinative precedential value of *Scheuneman No. 1* and whether the difference between disabled employees who are able to provide a return date and those who are not can ever amount to differentiation on the basis of an enumerated ground of discrimination. The Commission's analysis in this regard did not engage with the particularities of the respondent's specific circumstances, nor was it "intricately bound to . . . factual findings and inferences" concerning a unique situation (*Ryan*, at paragraph 41). In this case, in deciding whether the respondent's TB complaint had made out a *prima facie* case of discrimination, the Commission was not applying a legal principle involving a multi-factored balancing test, and it ultimately did not even consider "whether the facts satisfy the legal tests" (*Southam*, at paragraph 35). Rather, the Commission determined that the policy in question, in the abstract, could not disclose a *prima facie* case of discrimination on an enumerated ground.

[61] The particular question at issue in reviewing the Commission's decision in this case on the TB complaint has thus been identified as the legal question of whether the TB policy was *prima facie* discriminatory. In making its determination in this case, pursuant to its screening function under subsection 44(3) of the Act, the Commission effectively only decided the legal question concerning *prima facie* discrimination. I will now examine the four factors of the pragmatic and functional approach applicable to this particular question in this particular context, as the applications Judge did not do this.

- (i) Presence or absence of privative clause or statutory right of appeal

[62] The first factor directs the Court's attention to the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal. In this case, the *Canadian Human Rights Act* provision governing the decision at issue states:

44. . . .

l'enquêteur) révèle que sa décision dépendait essentiellement de ses conclusions de droit relatives à la valeur déterminante, à titre de précédent, de l'arrêt *Scheuneman n° 1* et de la question de savoir si le traitement différent réservé aux employés atteints d'une déficience qui étaient en mesure de préciser la date de leur retour au travail et à ceux qui ne le pouvaient pas, était fondé sur un motif de distinction illicite. L'analyse de la Commission à cet égard n'a pas porté sur les détails de la situation de l'intimée et n'était pas non plus « liée étroitement à [des] conclusions de fait et inférences » concernant une situation exceptionnelle (*Ryan*, au paragraphe 41). En l'espèce, en décidant si la plainte formulée par l'intimée à l'endroit du CT avait établi la discrimination à première vue, la Commission n'appliquait pas un principe de droit faisant intervenir un critère de pondération comptant de multiples facteurs et, en fin de compte, elle n'a même pas examiné « si les faits satisfont au critère juridique » (*Southam*, au paragraphe 35). Au contraire, la Commission a décidé que, dans l'absolu, la politique en cause ne saurait révéler l'existence de discrimination à première vue pour un motif de distinction illicite.

[61] Il a donc été déterminé que la question en cause dans l'examen de la décision de la Commission en l'espèce concernant la plainte relative au CT était une question de droit, à savoir si la politique du CT était discriminatoire à première vue. En effectuant l'examen préalable prévu au paragraphe 44(3) de la Loi, la Commission n'a, en fait, tranché que la question de droit concernant la discrimination à première vue. Je vais maintenant examiner les quatre facteurs de l'analyse pragmatique et fonctionnelle applicables à la question en cause dans ce contexte particulier, puisque le juge des requêtes ne l'a pas fait.

- i) Présence ou absence d'une clause privative ou d'un droit d'appel prévu par la loi

[62] Le premier facteur que doit considérer la Cour est la présence ou l'absence d'une clause privative ou d'un droit d'appel prévu par la loi. En l'espèce, la disposition de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* qui régit la décision en cause porte :

44. [. . .]

(3) On receipt of a report referred to in subsection (1), the Commission

(a) may request the Chairperson of the Tribunal to institute an inquiry under section 49 into the complaint to which the report relates if the Commission is satisfied

(i) that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is warranted, and

(ii) that the complaint to which the report relates should not be referred pursuant to subsection (2) or dismissed on any ground mentioned in paragraphs 41(c) to (e); or

(b) shall dismiss the complaint to which the report relates if it is satisfied

(i) that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is not warranted, or

(ii) that the complaint should be dismissed on any ground mentioned in paragraphs 41(c) to (e).

[63] The Act thus contains no legislative guidance as to appeals or reviews of this type of decision. As noted in *Dr. Q* at paragraph 27, “silence is neutral, and ‘does not imply a high standard of scrutiny’” (quoting *Pushpanathan*, at paragraph 30).

[64] However, the legislative provision granting this Court jurisdiction to review Commission decisions—sections 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] and 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)]—is also relevant. Subsection 18.1(4) reads:

#### 18.1 . . .

(4) The Federal Court may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

(a) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction;

(b) failed to observe a principle of natural justice, procedural fairness or other procedure that it was required by law to observe;

(3) Sur réception du rapport d’enquête prévu au paragraphe (1), la Commission :

a) peut demander au président du Tribunal de désigner, en application de l’article 49, un membre pour instruire la plainte visée par le rapport, si elle est convaincue :

(i) d’une part, que, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l’examen de celle-ci est justifié,

(ii) d’autre part, qu’il n’y a pas lieu de renvoyer la plainte en application du paragraphe (2) ni de la rejeter aux termes des alinéas 41(c) à (e);

b) rejette la plainte, si elle est convaincue :

(i) soit que, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l’examen de celle-ci n’est pas justifié,

(ii) soit que la plainte doit être rejetée pour l’un des motifs énoncés aux alinéas 41(c) à (e).

[63] La Loi ne donne donc aucune directive concernant l’appel ou le contrôle de ce type de décision. Comme il a été souligné dans *Dr. Q*, au paragraphe 27, « le silence est neutre et “n’implique pas une norme élevée de contrôle” » (citant *Pushpanathan*, au paragraphe 30).

[64] Toutefois, les dispositions législatives qui habilite la Cour à contrôler les décisions de la Commission—à savoir les articles 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] et 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)]—sont également pertinentes. Le paragraphe 18.1(4) prévoit :

#### 18.1 [. . .]

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises si la Cour fédérale est convaincue que l’office fédéral, selon le cas :

a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l’exercer;

b) n’a pas observé un principe de justice naturelle ou d’équité procédurale ou toute autre procédure qu’il était légalement tenu de respecter;

(c) erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record;

(d) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it;

(e) acted, or failed to act, by reason of fraud or perjured evidence; or

(f) acted in any other way that was contrary to law.

c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;

d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;

e) a agi ou omis d'agir en raison d'une fraude ou de faux témoignages;

f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

[65] It should be noted that although six grounds of review are listed, the standards of review to be employed are not specified, except in respect of errors of fact (paragraph 18.1(4)(d)) which are reviewable if the findings are made in a perverse or capricious manner, a standard of review that is akin to patent unreasonableness. Historically, the other grounds listed—notably including an error of law—were generally considered to be reviewable on a correctness standard. However, contemporary Canadian administrative law is now founded on a recognition—as reflected in the pragmatic and functional approach—that curial deference will in some circumstances be due to administrative decision-makers' interpretations of particular types of legal questions (*Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Pushpanathan*).

[66] In *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100, a recent case concerning the review under the *Federal Court Act* [now *Federal Courts Act*] of a decision of the Immigration and Refugee Board (Appeal Division) in which the Board was required to interpret provisions of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46], the Supreme Court of Canada, without any analysis of the prior jurisprudence, appears to indicate a new readiness to consider the language of Parliament in the *Federal Court Act* as influential, if not conclusive, in determining the applicable standard of review with

[65] Il convient de souligner que, même s'il existe six motifs de contrôle, les normes de contrôle à appliquer ne sont pas précisées, sauf en ce qui concerne les conclusions de fait erronées (alinéa 18.1(4)d)) qui font l'objet d'un contrôle si elles ont été tirées de façon abusive ou arbitraire. Il s'agit d'une norme de preuve qui s'apparente à celle de la décision manifestement déraisonnable. On a toujours considéré que les autres motifs énumérés, y compris notamment l'erreur de droit, étaient susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte. Toutefois, le droit administratif canadien contemporain est fondé sur la reconnaissance—comme l'indique l'approche pragmatique et fonctionnelle—que la déférence judiciaire sera nécessaire, dans certaines circonstances, relativement à l'interprétation de certaines questions de droit faite par un tribunal administratif (*Société canadienne de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Pushpanathan*).

[66] Dans *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100, un arrêt récent concernant le contrôle, sous le régime de la *Loi sur la Cour fédérale* [maintenant la *Loi sur les Cours fédérales*], d'une décision dans laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Section d'appel) devait interpréter des dispositions du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46], la Cour suprême du Canada, sans avoir analysé la jurisprudence antérieure, semble indiquer qu'elle est maintenant disposée à prêter une certaine influence, sinon une influence déterminante, aux termes utilisés par le

respect to questions of law. It wrote (at paragraph 37):

Applications for judicial review of administrative decisions rendered pursuant to the *Immigration Act* are subject to s. 18.1 of the *Federal Court Act*. Paragraphs (c) and (d) of s. 18.1(4), in particular, allow the Court to grant relief if the federal commission erred in law or based its decision on an erroneous finding of fact. Under these provisions, questions of law are reviewable on a standard of correctness. [Emphasis mine.]

[67] Despite the unqualified and seemingly unequivocal tenor of this passage from *Mugesera*, in my view it would nevertheless be wise, at least until this matter is clarified, to continue to use the pragmatic and functional analysis to determine the standard of review of legal issues in cases of judicial review under the *Federal Courts Act*. This is so, because of the Supreme Court's clear direction in *Dr. Q*, that it remains necessary to apply the pragmatic and functional approach in every case in which the standard of review falls to be determined.

[68] However, paragraph 37 of *Mugesera*, does suggest that in cases such as this one in which the *Federal Courts Act* governs, the provisions of this Act should, at the least, be considered within the pragmatic and functional analysis. Clearly, the Act conferring jurisdiction is surely relevant in relation to the ultimate concerns of judicial review—that is, legislative intent and the rule of law (*Dr. Q*, at paragraph 21).

[69] Therefore, in cases governed by subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*, to the extent that the decision at issue is a question of law, the first factor of the pragmatic and functional analysis points towards the standard of correctness. However, that standard may not automatically apply to the review of all such questions of law, as the other pragmatic and functional factors—such as relative expertise—may in some cases predominate.

législateur dans la *Loi sur la Cour fédérale* lorsqu'il s'agit de déterminer la norme de contrôle applicable aux questions de droit. La Cour suprême a écrit (au paragraphe 37) :

L'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* régit la demande de contrôle judiciaire visant une décision administrative rendue sous le régime de la *Loi sur l'immigration*. Les alinéas 18.1(4)c) et d) disposent plus particulièrement que les mesures prévues ne peuvent être prises que si l'office fédéral a commis une erreur de droit ou fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée. Pour les besoins de ces dispositions, la norme de révision de la décision correcte s'applique à l'égard des questions de droit. [Non souligné dans l'original.]

[67] Malgré ce passage péremptoire et apparemment sans équivoque tiré de l'arrêt *Mugesera*, j'estime qu'il serait néanmoins sage, du moins jusqu'à ce que la question soit clarifiée, de continuer d'appliquer l'approche pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable aux questions de droit lors d'un contrôle judiciaire en vertu de la *Loi sur les Cours fédérales*. Il en est ainsi à cause des directives claires données par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dr. Q*, selon lesquelles il faut appliquer l'approche pragmatique et fonctionnelle chaque fois qu'il faut déterminer la norme de contrôle.

[68] Toutefois, le paragraphe 37 de l'arrêt *Mugesera*, permet de penser que, lorsque la *Loi sur les Cours fédérales* s'applique, comme en l'espèce, il faudrait, à tout le moins, examiner les dispositions de cette loi dans le cadre de l'analyse pragmatique et fonctionnelle. Il est clair que la loi qui confère compétence est pertinente en rapport avec les questions que soulève, en fin de compte, le contrôle judiciaire, c'est-à-dire, l'intention du législateur et la légalité (*Dr. Q*, au paragraphe 21).

[69] Par conséquent, lorsque le paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales* s'applique, dans la mesure où la décision en cause est une question de droit, le premier facteur de l'analyse pragmatique et fonctionnelle donne à penser que la norme applicable est celle de la décision correcte. Toutefois, cette norme ne s'applique peut-être pas automatiquement au contrôle de toutes les questions de droit, puisque d'autres facteurs pragmatiques et fonctionnels, notamment l'expertise relative, pourraient, dans certains cas, l'emporter.

[70] In this case, given the abstract nature of the Commission's reasoning, the question of whether *prima facie* discrimination had been established is clearly a question of law. Since this review is pursuant to subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*, in my view the first factor leans towards the standard of correctness.

(ii) Relative expertise

[71] Evaluation of the second factor, relative expertise, requires analysis of "three dimensions: the court must characterize the expertise of the tribunal in question; it must consider its own expertise relative to that of the tribunal; and it must identify the nature of the specific issue before the administrative decision-maker relative to this expertise" (*Pushpanathan*, at paragraph 33, quoted in *Dr. Q*, at paragraph 28).

[72] The specific issue before the Commission with respect to the TB complaint was a pure question of law—namely whether the TB policy was a *prima facie* discriminatory. While this determination is certainly closely connected to the Commission's core area of expertise, in that the legal issue arises directly from the Commission's enabling statute, the Commission has no greater expertise than the courts in the area of basic human rights law. As La Forest, J. explained in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at page 585:

The superior expertise of a human rights tribunal relates to fact-finding and adjudication in a human rights context. It does not extend to general questions of law. . . . These are ultimately matters within the province of the judiciary, and involve concepts of statutory interpretation and general legal reasoning which the courts must be supposed competent to perform. The courts cannot abdicate this duty to the tribunal. [Emphasis mine.]

(See also *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at paragraphs 23-29.) These comments were made with respect to a decision by the

[70] En l'espèce, compte tenu de la nature abstraite du raisonnement de la Commission, la question de savoir si la preuve a établi une discrimination à première vue est très certainement une question de droit. Le présent contrôle relève du paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales* et c'est pourquoi, à mon avis, le premier facteur favorise l'application de la norme de la décision correcte.

ii) Expertise relative

[71] L'évaluation du deuxième facteur, l'expertise relative, exige une analyse qui « comporte trois dimensions : la cour doit qualifier l'expertise du tribunal en question; elle doit examiner sa propre expertise par rapport à celle du tribunal; et elle doit identifier la nature de la question précise dont était saisi le tribunal administratif par rapport à cette expertise » (*Pushpanathan*, au paragraphe 33, cité dans *Dr Q*, au paragraphe 28).

[72] La question précise dont était saisie la Commission relativement à la plainte contre le CT était une pure question de droit, à savoir si la politique du CT était discriminatoire à première vue. Cette détermination est très étroitement liée au domaine d'expertise fondamentale de la Commission puisque la question découle directement de sa loi habilitante, mais la Commission n'a pas une expertise plus grande que les tribunaux dans le domaine des droits fondamentaux de la personne. Comme l'a expliqué le juge La Forest dans *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, à la page 585 :

L'expertise supérieure d'un tribunal des droits de la personne porte sur l'appréciation des faits et sur les décisions dans un contexte de droits de la personne. Cette expertise ne s'étend pas aux questions générales de droit [ . . . ] Ces questions relèvent de la compétence des cours de justice et font appel à des concepts d'interprétation des lois et à un raisonnement juridique général, qui sont censés relever de la compétence des cours de justice. Ces dernières ne peuvent renoncer à ce rôle en faveur du tribunal administratif. [Non souligné dans l'original.]

(Voir également *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, aux paragraphes 23 à 29.) Ces commentaires visaient une

Tribunal following an inquiry, but the same reasoning applies, with even greater force, in the case of a decision by the Commission to dismiss a complaint at the screening phase.

[73] This factor therefore also favours a standard of correctness.

- (iii) Purpose of the statute as a whole, and the provision in particular

[74] The purpose of the Act, as set out in section 2 [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 9], is essentially to prevent discriminatory practices based on a series of enumerated grounds. The protection of human and individual rights is a fundamental value in Canada and any institution, organization or person given the mandate by law to delve into human rights issues should be subjected to some control by judicial authorities.

[75] The particular decision at issue with respect to the TB complaint occurred in the course of the Commission's screening function under subsection 44(3) of the Act. For any given complaint, the decision taken by the Commission pursuant to section 44 constitutes an important threshold in accessing the remedial powers of the Tribunal under section 54 [as am. *idem*, s. 28]: a decision at this stage by the Commission not to deal with a complaint is a decision which effectively denies the complainant the possibility of obtaining relief under the Act. The Commission's activities with respect to the investigation of individual complaints and their selective referral to a Tribunal directly engages the individual rights and entitlements of the parties to a particular complaint. This aspect suggests a less deferential standard.

[76] At the same time, it is common knowledge that the number of complaints received far exceeds the number that the Commission may be able, due to practical and monetary considerations, to refer to a tribunal for further inquiries. As Décary, J.A. observed in *Bell Canada*, at paragraph 38:

décision rendue par le Tribunal à la suite d'une enquête, mais le même raisonnement s'applique d'autant plus lorsqu'il s'agit d'une décision de la Commission de rejeter une plainte à l'étape de l'examen.

[73] Ce facteur favorise donc également l'application de la norme de la décision correcte.

- iii) Objet de la Loi en général et de la disposition en particulier

[74] L'objet de la Loi, décrit à l'article 2 [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 9], est essentiellement d'empêcher les pratiques discriminatoires fondées sur une série de motifs de distinction illicite. La protection des droits humains et individuels est une valeur fondamentale au Canada et les institutions, organismes ou personnes qui ont reçu le mandat, en vertu de la loi, d'examiner ces questions sont assujettis à un certain contrôle de la part des autorités judiciaires.

[75] La décision en cause relativement à la plainte concernant le CT a été prise dans l'exercice par la Commission de sa fonction d'examen en vertu du paragraphe 44(3) de la Loi. Pour une plainte donnée, la décision prise par la Commission en vertu de l'article 44 constitue un seuil important pour avoir accès aux pouvoirs de redressement du Tribunal en vertu de l'article 54 [mod., *idem*, art. 28] : à cette étape, la décision de la Commission de ne pas traiter une plainte a pour effet de refuser au plaignant la possibilité d'obtenir une mesure de redressement en vertu de la Loi. Les activités de la Commission relativement à l'enquête concernant des plaintes individuelles ainsi que leur renvoi sélectif devant un tribunal touchent directement les droits individuels des parties relativement à une plainte en particulier. Cet aspect laisse à penser qu'il convient d'appliquer une norme qui commande une moins grande déférence.

[76] Dans le même ordre d'idées, il est notoire que le nombre de plaintes que reçoit la Commission dépasse de loin le nombre de plaintes qu'elle peut, pour des raisons pratiques et pécuniaires, renvoyer devant un tribunal pour enquête supplémentaire. Comme l'a dit le juge Décary dans *Bell Canada*, au paragraphe 38 :

The Act grants the Commission a remarkable degree of latitude when it is performing its screening function on receipt of an investigation report. . . . The grounds set out for referral to another authority (subsection 44(2)), for referral to the President of the Human Rights Tribunal Panel (paragraph 44(3)(a)) or for an outright dismissal (paragraph 44(3)(b)) involve in varying degrees questions of fact, law and opinion (see *Latif v. Canadian Human Rights Commission*, [1980] 1 F.C. 687 (C.A.), at page 698, Le Dain J.A.), but it may safely be said as a general rule that Parliament did not want the courts at this stage to intervene lightly in the decisions of the Commission. [Emphasis mine.]

In general, at least in the assessment of practical and monetary matters, the Commission is in a better position than the Federal Court to assess whether any given complaint should go further. This consideration thus leans in favour of greater deference.

#### (iv) Nature of the problem

[77] As noted by Sopinka J. in *SEPQA*, at page 899, the question to be decided by the Commission at the conclusion of the screening process is whether there was “a reasonable basis in the evidence for proceeding to the next stage.” The investigator is essentially engaged in a fact-finding mission but the Commission itself, when it takes action on the basis of the investigator’s report, is nevertheless applying the facts in the context of the legal requirements of the *Canadian Human Rights Act*. The resulting decision will in general be one of mixed fact and law, calling “for more deference if the question is fact-intensive, and less deference if it is law-intensive” (*Dr. Q*, at paragraph 34).

[78] In a case such as this one, however, the Commission’s ultimate decision is wholly dependent on its conclusion concerning a particular and discrete question of law. This prior question of law is one of general importance, and apt to be of interest to others in the future. The nature of the question thus points towards a strict standard of review with respect to the prior question of law.

[79] It is also important in this context to distinguish between screening decisions of the Commission to

La Loi confère à la Commission un degré remarquable de latitude dans l’exécution de sa fonction d’examen préalable au moment de la réception d’un rapport d’enquête [ . . . ] Les motifs de renvoi à une autre autorité (paragraphe 44(2)), de renvoi au président du Comité du tribunal des droits de la personne (alinéa 44(3)a)) ou, carrément, de rejet (alinéa 44(3)b)) comporte, à divers degrés, des questions de fait, de droit et d’opinion (voir *Latif c. La Commission canadienne des droits de la personne*, [1980] 1 C.F. 687 (C.A.), à la page 698, le juge Le Dain), mais on peut dire sans risque de se tromper qu’en règle générale, le législateur ne voulait pas que les cours interviennent à la légère dans les décisions prises par la Commission à cette étape. [Non souligné dans l’original.]

En règle générale, du moins lorsqu’il s’agit de l’appréciation de questions pratiques et pécuniaires, la Commission est bien mieux placée que la Cour fédérale pour apprécier si une plainte en particulier devrait se rendre plus loin. Ce facteur penche donc en faveur d’une plus grande déférence.

#### iv) Nature du problème

[77] Comme l’a souligné le juge Sopinka dans *SEPQA*, à la page 899, à la fin du processus d’examen, la Commission doit déterminer si « la preuve fournit une justification raisonnable pour passer à l’étape suivante ». Pour l’essentiel, l’enquêteur a pour mission de découvrir les faits mais la Commission elle-même, lorsqu’elle prend une décision en se fondant sur le rapport de l’enquêteur, applique néanmoins les faits dans le contexte des exigences de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. La décision qui en résulte sera, en règle générale, une question mixte de fait et de droit qui appelle « une déférence plus grande si la question est principalement factuelle, et moins grande si elle est principalement de droit » (*Dr. Q*, au paragraphe 34).

[78] Toutefois, dans une affaire comme la présente espèce, la décision finale de la Commission dépend entièrement de sa conclusion sur une question précise et distincte de droit. Cette question de droit préalable est d’importance générale et susceptible d’intéresser d’autres personnes à l’avenir. La nature de la question indique donc qu’il y a lieu d’appliquer une norme de contrôle stricte à la question de droit préalable.

[79] Dans ce contexte, il est également important de faire une distinction entre la décision de la Commission,

dismiss a complaint pursuant to paragraph 44(3)(b), and decisions to accept a complaint and refer it to a Tribunal pursuant to paragraph 44(3)(a). In decisions of the latter type, the Commission is not acting as an adjudicative body making conclusive determinations as to whether a complaint has been made out (*Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, at paragraph 54). In these circumstances, the “legal assumptions made by the Commission in deciding to request the formation of a Tribunal do not amount to decisions as to the state of the law or its impact on those concerned” (*Zündel v. Canada (Attorney General)* (2000), 195 D.L.R. (4th) 394 (F.C.A.), at paragraph 4).

[80] However, when the Commission decides to dismiss a complaint, its conclusion is “in a real sense determinative of rights” (*Latif v. Canadian Human Rights Commission*, [1980] 1 F.C. 687 (C.A.) at page 697 (*Latif*)). Any legal assumptions made by the Commission in the course of a dismissal decision will be final with respect to its impact on the parties. Therefore, to the extent that the Commission decides to dismiss a complaint on the basis of its conclusion concerning a fundamental question of law, its decision should be subject to a less deferential standard of review.

[81] Applying the pragmatic and functional approach to the Commission’s particular decision in the TB complaint, the four factors lead on balance to a standard of review of correctness. For its decision with respect to this complaint to be upheld, the Commission was required to have decided correctly the legal question of whether the TB policy is *prima facie* discriminatory, a question which I consider below.

(b) The HRDC complaint

[82] In this complaint, the respondent alleged that HRDC discriminated against her by failing to accommodate her disability and by refusing to continue her employment. The respondent’s appeal before the

lors de l’examen, de rejeter une plainte en conformité avec l’alinéa 44(3)b), et la décision d’accueillir une plainte et de la renvoyer à un Tribunal en conformité avec l’alinéa 44(3)a). Dans ce dernier type de décision, la Commission n’est pas un organisme décisionnel qui se prononce sur la question de savoir si une plainte est fondée (*Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, au paragraphe 54). Dans ces circonstances, les « présomptions juridiques adoptées par la Commission pour décider de demander la constitution d’un tribunal n’équivalent pas à des décisions sur l’état du droit applicable ou ses effets sur les intéressés » (*Zündel c. Canada (Procureur général)*, [2000] A.C.F. n° 2057 (C.A.) (QL), au paragraphe 4).

[80] Toutefois, lorsque la Commission décide de rejeter une plainte, sa conclusion est « à proprement parler une décision qui touche aux droits subjectifs » (*Latif c. La Commission canadienne des droits de la personne*, [1980] 1 C.F. 687 (C.A.), à la page 697 (*Latif*)). Toutes les présomptions juridiques formulées par la Commission quand elle décide de rejeter un plainte seront définitives pour ce qui concerne leurs répercussions sur les parties. Par conséquent, dans la mesure où la Commission décide de rejeter une plainte en s’appuyant sur une conclusion qu’elle a tirée au sujet d’une question fondamentale de droit, le degré de déférence qui sera exercé dans le contrôle de la décision sera moins élevé.

[81] Si on applique l’approche pragmatique et fonctionnelle à la décision de la Commission concernant la plainte relative au CT, les quatre facteurs favorisent, tout bien pesé, l’application de la norme de contrôle de la décision correcte. Pour que sa décision concernant cette plainte puisse être confirmée, il fallait que la Commission ait tranché correctement la question de savoir si la politique du CT était discriminatoire à première vue, une question que je vais examiner plus loin.

b) La plainte concernant DRHC

[82] Dans cette plainte, l’intimée a allégué que DRHC avait fait preuve de discrimination à son égard en omettant de tenir compte de sa déficience et en refusant de continuer de l’employer. L’appel interjeté par

Federal Court with respect to this complaint concerned the manner in which the Commission arrived at its decision, namely the thoroughness of the Commission's investigation. The Commission's decision in respect of the HRDC complaint is therefore to be reviewed by this Court as a matter of procedural fairness, to which the pragmatic and functional analysis does not apply.

[83] In his reasons [at paragraph 3], the applications Judge described the issue as "Did the Commission breach the principles of natural justice or procedural fairness by failing to conduct a thorough investigation and analysis of the applicant's [respondent's] allegations of discrimination?" It is clear from the applications Judge's reasons that he in fact, although not expressly, reviewed the decision regarding the HRDC complaint as a matter of procedural fairness, and not as a question to be decided by the application of the pragmatic and functional standard of review. He was right to do so.

[84] This Court must therefore review the Commission's decision with respect to the HRDC complaint as a question of procedural fairness: first, the content of the duty of fairness in this context must be determined, and second, it must be decided if the Commission's investigation breached this duty. If the duty was breached, the Commission's decision must be set aside.

[85] As the review of the Commission's decision with respect to the HRDC complaint does not require a pragmatic and functional analysis of the standard of review, I will return to this question later.

#### 4. The Application of the Correctness Standard of Review to the Finding concerning the *Prima Facie* Discriminatory Nature of the TB Policy

[86] At the outset, I must reiterate the overarching principles of the *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 (*Meiorin*) test, whereby human rights cases

l'intimée devant la Cour fédérale relativement à cette plainte concernait la manière dont la décision a été prise, c'est-à-dire la rigueur de l'enquête de la Commission. La Cour doit donc examiner la décision de la Commission sur la plainte concernant DRHC comme s'il s'agissait d'une question d'équité procédurale, une question à laquelle l'analyse pragmatique et fonctionnelle ne s'applique pas.

[83] Dans ses motifs [au paragraphe 3], le juge des requêtes a dit que la question en litige était « La Commission a-t-elle violé les principes de justice naturelle ou d'équité procédurale quand elle n'a pas effectué une analyse et un examen complets des allégations de discrimination de la demanderesse [intimée]? » Il ressort clairement des motifs du juge des requêtes qu'il a effectivement, mais non expressément, examiné la décision concernant la plainte relative au DRHC comme s'il s'agissait d'une question d'équité procédurale plutôt que d'une question qu'il fallait trancher par l'application de l'analyse pragmatique et fonctionnelle. Il a eu raison de le faire.

[84] La Cour doit donc examiner la décision de la Commission sur la plainte concernant DRHC comme une question d'équité procédurale : elle doit donc, tout d'abord, établir en quoi consiste l'obligation d'équité procédurale dans le présent contexte pour ensuite décider si l'enquête de la Commission a violé cette obligation. S'il y a eu manquement à l'obligation, la décision de la Commission doit être annulée.

[85] Puisque l'examen de la décision de la Commission sur la plainte concernant DRHC n'exige pas une analyse fonctionnelle et pragmatique de la norme de contrôle, je reviendrai à cette question plus tard.

#### 4. L'application de la norme de contrôle de la décision correcte à la conclusion concernant la nature discriminatoire à première vue de la politique du CT

[86] Je dois commencer par rappeler les principes fondamentaux du critère établi dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, (*Meiorin*),

are determined. Initially, the onus lies on the complainant to prove *prima facie* discrimination. A *prima facie* case is one which “covers the allegations made and which, if they are believed, is complete and sufficient to justify a verdict in complainant’s favour in the absence of an answer from the respondent-employer” (*Ontario Human Rights Commission and O’Malley v. Simpson-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at page 558). That being established, it is then incumbent on the employer to justify that discrimination as a *bona fide* occupational requirement (BFOR).

[87] A BFOR is not a “cleansing agent”, but a defence to a *prima facie* case that relieves the employer from liability. (See Robertson J.A. in *Canada (Human Rights Commission) v. Toronto Dominion Bank*, [1998] 4 F.C. 205 (C.A.), at paragraph 130.) A BFOR is established by proof on a balance of probabilities of the requisite elements as set out in the *Meiorin* test: first, that the purpose is rationally connected to the performance of the job; second, that the standard was adopted in an honest and good faith belief that it was necessary to the fulfilment of the legitimate work-related purpose; and third, that the standard is reasonably necessary to accomplish that purpose, in that accommodation is not possible short of undue hardship (*Meiorin*, at paragraph 54).

[88] In this case, the impugned standard—the Treasury Board policy on leave without pay—provides as follows (Federal Court reasons for order, at paragraph 33):

Leave without pay must be authorized in accordance with the relevant authority, that is, the collective agreement or the appropriate terms and conditions of employment.

For the following leave without pay situations, departments must adhere to the standards in Appendix A of this policy:

en vertu duquel les affaires concernant les droits de la personne doivent être tranchées. Au départ, il incombe au plaignant d’établir qu’il y a eu discrimination à première vue. Une preuve *prima facie* est celle qui « porte sur les allégations qui ont été faites et qui, si on leur ajoute foi, est complète et suffisante pour justifier un verdict en faveur de la plaignante, en l’absence de réplique de l’employeur intimé » (*Commission ontarienne des droits de la personne et O’Malley) c. Simpson-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la page 558). La preuve ayant été faite, il incombe ensuite à l’employeur de démontrer que la discrimination est une exigence professionnelle justifiée (EPJ).

[87] Une EPJ n’a pas pour effet « d’éliminer » la discrimination, mais elle constitue un moyen de défense que peut invoquer l’employeur, lorsqu’il existe une preuve *prima facie* de discrimination, pour être relevé de sa responsabilité. (Voir le juge Robertson dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Banque Toronto-Dominion*, [1998] 4 C.F. 205 (C.A.), au paragraphe 130.) Une EPJ est établie au moyen d’une preuve démontrant, selon la prépondérance des probabilités, l’existence des éléments décrits dans le critère *Meiorin* : premièrement, le but est rationnellement lié à l’exécution du travail en cause; deuxièmement, la norme particulière a été adoptée parce que l’employeur croyait sincèrement qu’elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail; troisièmement, la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail en ce que l’accommodement n’est pas possible sans que l’employeur subisse une contrainte excessive (*Meiorin*, au paragraphe 54).

[88] Dans la présente affaire, la norme en cause—la politique du Conseil du Trésor sur le congé non rémunéré—prévoit ce qui suit (motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 33) :

Le congé non rémunéré ne peut être accordé qu’en vertu des documents habilitants, lesquels comprennent la convention collective et les conditions d’emploi appropriées.

Les ministères doivent se conformer à la norme figurant à l’Appendice A de la présente politique lorsque le congé non rémunéré est accordé pour les raisons suivantes :

- illness or injury;
- employment in the office of a minister
- Reserve Forces training.

- maladie ou blessure;
- emploi dans le cabinet d'un ministre;
- instruction au sein des Forces de réserve :

[89] Appendix A provides the following terms for leave without pay for reasons of illness or injury (Federal Court reasons for order, at paragraph 34):

When employees are unable to work due to illness or injury and have exhausted their sick leave credits or injury on duty leave, managers must consider granting leave without pay.

Where it is clear that the employee will not be able to return to duty within the foreseeable future, managers must consider granting such leave without pay for a period sufficient to enable the employees to make the necessary personal adjustments and preparations for separation from the Public Service on medical grounds.

Where management is satisfied that there is a good chance the employee will be able to return to duty within a reasonable period of time (the length of which will vary according to the circumstances of the case), leave without pay provides an option to bridge the employment gap. Management must regularly re-examine all such cases to ensure that continuation of leave without pay is warranted by current medical evidence.

Management must decide upon the termination date for such leave without pay two years of the leave's commencement, although it can, in some circumstances, be extended to accommodate exceptional cases.

The period of such leave without pay must be flexible enough to allow managers to accommodate the needs of employees with special recovery problems, including their retraining.

[90] The applications Judge held that, in concluding that the TB policy was not *prima facie* discriminatory, the Commission made "an error of law which fatally flaws its decision" (at paragraph 49). This finding was based on the application Judge's identification of two ways in which the TB policy differentiates on the basis of disability. As I discussed above, the standard of review is correctness for this finding concerning *prima facie* discrimination.

[89] L'appendice A prévoit les conditions suivantes applicables aux congés non rémunérés pour cause de blessure ou de maladie (motifs de l'ordonnance de la Cour fédérale, au paragraphe 34) :

Les gestionnaires doivent envisager d'accorder un congé non rémunéré aux employés qui ne peuvent travailler pour cause de blessure ou de maladie et qui ont épuisé leurs crédits de congé de maladie ou de congé d'accident du travail.

S'il est clair que l'employé ne sera pas en mesure de retourner au travail dans un avenir prévisible, les gestionnaires doivent envisager d'accorder un congé non rémunéré d'une durée suffisante pour permettre à l'employé de prendre les dispositions nécessaires en prévision de sa cessation d'emploi de la fonction publique pour raisons médicales.

Si la direction est convaincue qu'il y a de bonnes chances que l'employé retourne au travail dans un délai raisonnable (dont la durée variera selon les circonstances), un congé non rémunéré peut être considéré afin qu'il n'y ait pas d'interruption d'emploi. La direction doit réexaminer tous ces cas périodiquement afin de s'assurer que le congé non rémunéré n'est pas prolongé sans raisons médicales valables.

La direction doit régler les cas de congé non rémunéré dans les deux ans qui suivent la date du début du congé, mais cette période peut être prolongée si des circonstances exceptionnelles le justifient.

La période de congé non rémunéré doit être suffisamment souple pour permettre aux gestionnaires de tenir compte des besoins des employés ayant des problèmes particuliers de réadaptation, comme le besoin d'un recyclage.

[90] Le juge des requêtes a statué qu'en concluant que la politique du CT n'était pas à première vue discriminatoire, la Commission a « commis une erreur de droit qui lui est fatale » (au paragraphe 49). Cette conclusion reposait sur la détermination, par le juge des requêtes, de deux façons dont la politique du CT établissait une distinction fondée sur la déficience. Comme je l'ai mentionné plus haut, la norme de contrôle de cette conclusion relative à la discrimination à première vue est celle de la décision correcte.

[91] With respect to the first basis of differentiation, the applications Judge observed (at paragraphs 35-36, 38):

The obligation for managers to “resolve such leave without pay situations within two years of the leave’s commencement” applies only in the case of illness and injury. Thus, clearly, the policy differentiates between those who take leave without pay because of medical disability, and those who take leave without pay for other reasons.

This differentiation is the essence of discrimination. Discrimination is not defined in the Act, but in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1998] 1 S.C.R. 143, at p. 174, the Supreme Court of Canada defined it as follows:

[. . .] discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. [. . .]

[. . .]

The policy clearly mentions that for certain situations of leave without pay, managers must comply with the terms of Appendix A. The only situation where Treasury Board insists on the two-year term for leave without pay is illness and injury; other situations, presumably, are left to the discretion of departmental managers. [Emphasis in original.]

I agree with this analysis. The applications Judge was correct in holding that the relative inflexibility of the two-year deadline imposed by the TB policy on leave for medical reasons, in comparison with the absence of such deadlines in the policy applicable to leave without pay for other reasons, is sufficient to establish a *prima facie* case of discrimination under section 10 of the Act.

[92] With respect to the second basis of differentiation, the applications Judge noted (at paragraphs 39-41) that

[91] Relativement au premier motif de distinction, le juge des requêtes a dit (aux paragraphes 35 et 36, 38) :

L’obligation pour la direction de « régler les cas de congé non rémunéré dans les deux ans qui suivent la date du début du congé » ne s’applique qu’en cas de blessure ou de maladie. Ainsi, il est clair que la politique prévoit un traitement différent entre les personnes en congé non rémunéré à cause d’une incapacité médicale et celles qui prennent un tel congé pour d’autres raisons.

Cette différence est l’essence même de la discrimination. La discrimination n’est pas définie dans la Loi, mais dans l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la page 174, la Cour suprême du Canada l’a définie en ces termes :

[. . .] la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d’un individu ou d’un groupe d’individus, qui a pour effet d’imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres membres de la société [. . .]

[. . .]

La politique mentionne clairement que dans certaines situations de congé non rémunéré, la direction doit se conformer à la norme figurant à l’Appendice A. Ce n’est que lorsqu’il s’agit d’un congé pour des raisons de maladie ou de blessure que le Conseil du Trésor insiste pour dire qu’un congé non rémunéré doit prendre fin après une période de deux ans; on peut supposer que les autres situations relèvent du pouvoir discrétionnaire de la direction des ministères. [Souligné dans l’original.]

Je suis d’accord avec cette analyse. Le juge des requêtes a eu raison de dire que l’inflexibilité relative du délai de deux ans imposé par la politique du CT relative aux congés non rémunérés pour des raisons médicales, en comparaison avec l’absence de délai dans la politique applicable aux congés non rémunérés pour d’autres motifs, suffit à établir une discrimination à première vue en vertu de l’article 10 de la Loi.

[92] Quant au deuxième motif de distinction, le juge des requêtes a dit (aux paragraphes 39 à 41) :

Workers with disabilities who can confirm the date of their return to work are presumably less disabled in that point in time than workers who cannot yet state the date of return to work. The difference is based on the degree of disability, a prohibited ground of discrimination.

In *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566, the Supreme Court of Canada clearly determined that establishing categories within a prohibited ground can itself lead to discrimination. . . .

In the case at bar, the investigator stated that since people with disabilities who could state their date of return would not be terminated, there was no discrimination against people with disabilities, ignoring that segment of people with disabilities who because of their disability, could not confirm their date of return. [Emphasis in original.]

I agree fully with this analysis as well.

[93] Having reached the erroneous conclusion that a *prima facie* case had not been established, the Commission did not consider the question of accommodation or whether the requisite elements of a BFOR were made out. As the applications Judge concluded (at paragraph 42), the Commission's incorrect conclusion with respect to the *prima facie* case appeared to render the BFOR analysis unnecessary:

It is clear that the investigator, having come to the conclusion that the policy was not discriminatory, never addressed the operational requirements or the undue hardship analysis. Because the policy provides for accommodation, and because the Federal Court of Appeal has ruled in *Scheuneman* that the policy in that case was not discriminatory, the investigator never admits the possibility of a *prima facie* violation, and the analysis is cut short.

[94] Counsel for the Crown conceded before this Court that the Commission's BFOR analysis was formally deficient, in that the report contained neither an express finding of *prima facie* discrimination nor an express consideration of the elements of the BFOR test. The Crown asserted, however, that the Commission's conclusion should nevertheless be upheld, as in its view the TB policy "necessarily" and "implicitly" reflects a

Les travailleurs qui souffrent d'une incapacité et qui peuvent confirmer la date de leur retour au travail seraient moins incapables à ce moment-là que les travailleurs qui ne peuvent pas encore préciser la date de leur retour au travail. La différence est fondée sur le degré d'incapacité, un motif de distinction illicite.

Dans l'arrêt *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566, la Cour suprême du Canada a dit, très clairement, que la création de catégories en rapport avec un motif illicite peut en soi constituer de la discrimination [ . . . ]

En l'espèce, l'enquêteur a dit que puisque les personnes souffrant d'une incapacité qui étaient en mesure de préciser la date de leur retour au travail n'étaient pas congédiées, il n'y avait aucune discrimination à l'égard des personnes atteintes d'une incapacité; il n'a pas tenu compte des personnes atteintes qui, à cause de leur incapacité, ne pouvaient pas confirmer la date de retour. [Souligné dans l'original.]

Encore une fois, je suis tout à fait d'accord avec cette analyse.

[93] Après avoir conclu à tort que la preuve n'avait pas établi une discrimination à première vue, la Commission n'a pas examiné la question de l'accommodement ni celle de savoir si les éléments essentiels d'une EPJ avaient été établis. Comme l'a dit le juge des requêtes (au paragraphe 42), la conclusion erronée de la Commission relativement à la discrimination à première vue semblait rendre inutile l'analyse de l'EPJ :

Il est clair que, lorsque l'enquêteur a conclu que la politique n'était pas discriminatoire, il ne s'est pas du tout penché sur les nécessités du service et les difficultés excessives. Parce que la politique permet un accommodement et que la Cour d'appel fédérale a dit, dans l'arrêt *Scheuneman*, que la politique n'était pas discriminatoire, l'enquêteur n'a pas du tout reconnu la possibilité d'une violation à première vue, et il a coupé court à son analyse.

[94] L'avocat de la Couronne a reconnu devant la Cour que l'analyse de l'EPJ faite par la Commission était purement et simplement insuffisante en ce que le rapport ne contenait ni une conclusion expresse de discrimination à première vue ni un examen exprès des éléments du critère relatif à l'EPJ. La Couronne a toutefois affirmé que la conclusion de la Commission devait néanmoins être maintenue puisqu'elle estimait

BFOR that accommodates to the point of undue hardship, namely the principle that “no employer should be expected to maintain an employment relationship with an employee who is permanently incapable of occupying any gainful employment on a regular basis” (notice of appeal, A.B., at page 3).

[95] The principle described by the Crown may be a correct statement of the law on this issue, and an implicit BFOR analysis may in some limited cases be possible—and I make no finding on either of these questions—but the interpretation advanced by the Crown is clearly an incorrect summation of the employment standard embodied by the TB policy. In this case, the impugned standard has a wider effect than suggested by the appellant: barring “exceptional” circumstances, it applies adversely to those employees on medical leave without pay who cannot, at the two-year point, demonstrate the ability to return to work within the foreseeable future. As the applications Judge rightly held, this distinction is *prima facie* discriminatory, in that the TB policy will foreseeably force the premature retirement of those disabled employees who, by reason of the nature of their disability, cannot at the two-year mark predict their date of return to work, yet at the same time, again by reason of the nature of their disability, cannot yet determine whether the disability has caused permanent incapacity for gainful employment on a regular basis. In making its screening decision in this case, the Commission clearly did not consider the BFOR test, and rendered no decision on this crucial question. In these circumstances, the requirements of the *Meiorin* BFOR test have not been established as required, and this Court will not impute them as urged by the appellant.

(a) *Scheuneman No. 1* and *Scheuneman No. 2*

[96] The appellant’s final argument on this issue was that the applications Judge erred in not following certain decisions of the Federal Court of Canada and this Court, that is, *Scheuneman No. 1* and *Scheuneman v. Canada (Attorney General)* (2004), 268 F.T.R. 1 (F.C.)

que la politique du CT est fondée « nécessairement » et « implicitement » sur une EPJ qui prévoit un accommodement qui n’impose pas à l’employeur de contraintes excessives. Il s’agit du principe selon lequel [TRADUCTION] « aucun employeur ne devrait être tenu de préserver un lien d’emploi avec un employé qui sera incapable, de façon permanente, d’occuper un emploi rémunérateur régulier » (avis d’appel, D.A., à la page 3).

[95] Le principe avancé par la Couronne pourrait représenter un énoncé exact du droit sur cette question et une analyse de l’EPJ pourrait, dans certains cas limités, être possible—et je ne tire aucune conclusion sur l’une ou l’autre de ces questions—cependant, l’interprétation proposée par la Couronne constitue manifestement un résumé erroné de la norme de travail qui ressort de la politique du CT. En l’espèce, la norme en cause a un effet plus large que celui que propose l’appelant : sauf en cas de circonstances « exceptionnelles », elle défavorise les employés qui sont en congé non rémunéré pour des raisons médicales et qui ne peuvent, après deux ans, confirmer leur retour au travail dans un avenir prévisible. Le juge des requêtes a conclu, à juste titre, que cette distinction est discriminatoire à première vue parce que la politique du CT forcera probablement la retraite prématurée d’employés atteints d’une déficience qui, à cause de la nature de cette déficience, ne peuvent pas, dans le délai de deux ans, préciser la date de leur retour au travail tout en n’étant pas encore en mesure, encore une fois à cause de la nature de leur déficience, de savoir si celle-ci les empêchera, de façon permanente, d’occuper un emploi rémunérateur régulier. En rendant sa décision préalable dans cette affaire, la Commission n’a certainement pas tenu compte du critère relatif à l’EPJ et elle ne s’est pas prononcée sur cette importante question. Dans ces circonstances, les exigences du critère *Meiorin* n’ont pas été établies tel que requis, et la Cour ne tiendra pas pour acquis qu’elles l’ont été comme le demande l’appelant.

a) *Scheuneman n° 1* et *Scheuneman n° 2*

[96] Le dernier argument de l’appelant sur cette question est que le juge des requêtes a commis une erreur en n’appliquant pas certaines décisions de la Cour fédérale du Canada et de la Cour d’appel, à savoir *Scheuneman n° 1* et *Scheuneman c. Canada (Procureur*

(*Scheuneman No. 2*). The appellant argues that these decisions bind this Court. Both of these decisions dealt, in part, with problems arising out of the same policy under attack in this case.

[97] In *Scheuneman No. 1*, there was a judicial review challenge to the decision of an adjudicator of the Public Service Staff Relations Board denying the applicant's grievance. The applicant, who suffered from chronic fatigue syndrome, was self-represented and the case was essentially decided on the written record, as the applicant requested, because an oral presentation was difficult for him due to his disabilities (see paragraph 2 of reasons in *Scheuneman No. 1*).

[98] The original applications Judge, the late Mr. Justice Cullen, carefully dealt with the many legal submissions, among them a Charter challenge pursuant to subsection 15(1) [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part 1 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. He explained that, in the "fairly unique" circumstances, he did not "consider the question of . . . a subsection 15(1) Charter violation to be of much precedential value" and analysed the question as one of "mixed law and fact" (paragraph 52). The applications Judge in *Scheuneman No. 1* went on to hold that, in relation to the "stubborn" applicant, the policy was implemented in a "sympathetic and humane way" and was not discriminatory, considering that the applicant had had medical leave status for eight years and was unable to return to work in the foreseeable future. Mr. Justice Cullen wrote (at paragraph 58):

The policy in question is unlike others which, having been indifferently applied, were found to have an adverse effect on a small number of individuals; see *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536. The policy is flexible enough to accommodate even those whose illness prevents them from returning to work for many years. The policy, therefore, does not discriminate against the applicant.

*général*), 2004 CF 1157 (*Scheuneman n° 2*). L'appelant soutient que ces décisions lient la Cour. Ces deux décisions concernaient, en partie, des problèmes découlant de la politique attaquée en l'espèce.

[97] Dans *Scheuneman n° 1*, il s'agissait du contrôle judiciaire de la décision par laquelle un arbitre de la Commission des relations de travail dans la fonction publique a rejeté le grief présenté par le demandeur. Le demandeur, qui était atteint du syndrome de fatigue chronique, s'est représenté lui-même et l'affaire a, pour l'essentiel, été tranchée sur dossier, à la demande du demandeur qui, invoquant son invalidité, a sollicité l'autorisation de fournir des prétentions écrites en remplacement de sa plaidoirie orale (voir le paragraphe 2 des motifs de *Scheuneman n° 1*).

[98] Le juge des requêtes original, feu le juge Cullen, a soigneusement examiné les nombreux arguments de droit, notamment au sujet des droits garantis par le paragraphe 15(1) de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Il a expliqué que, comme il s'agissait d'une affaire « assez exceptionnelle », il n'a pas « consid[éré] [. . .] que la question de [. . .] violation du paragraphe 15(1) de la Charte pourrait faire jurisprudence » et il a abordé la question comme une question « mixte de fait et de droit » (paragraphe 52). Le juge des requêtes dans *Scheuneman n° 1* a ajouté que, en rapport avec « l'entêtement » du demandeur, la politique a été mise en œuvre d'une manière « sympathique et humaine » et n'était pas discriminatoire puisque le demandeur avait été en congé sans solde pendant huit ans et qu'il était incapable de retourner travailler dans un avenir prévisible. Le juge Cullen a écrit (au paragraphe 58) :

La politique en cause ne ressemble pas à d'autres qui avaient été appliquées sans nuances au détriment d'un petit nombre de personnes; voir *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536. La politique est assez souple pour accommoder même les personnes qui ne peuvent travailler pendant plusieurs années par suite d'une maladie prolongée. Cette politique n'est donc pas discriminatoire à l'encontre du demandeur.

[99] On appeal to this Court, Justice Evans upheld this decision and wrote (at paragraph 7):

In my opinion these facts do not establish a breach of section 15. The appellant was dismissed because he was unable to perform any work and was unlikely to be able to do so in the foreseeable future. It is a basic requirement of the employment relationship that an employee must be able to undertake work for the employer or, if temporarily disabled by a medical condition from so doing, must be able to return to work within a reasonable period of time. Dismissing a person who cannot satisfy this requirement is not, in the constitutional sense, discrimination on the ground of disability.

[100] After Mr. Scheuneman tried several other avenues of appeal and failed, he filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission, based on sections 7 and 10 of the Act. His complaint was dismissed by the Commission. Mr. Scheuneman sought judicial review in the Federal Court of Canada, which dismissed his application. The Federal Court Judge in *Scheuneman No. 2* explained (at paragraph 19):

With respect to the *prima facie* case, the Applicant did not suggest and I have not identified any material differences in the approach to be taken under the Charter and the CHRA. Accordingly, I have concluded that, once the Federal Court of Appeal upheld the Cullen decision and the Supreme Court of Canada refused leave in the Grievance Proceedings, the Court of Appeal's decision to the effect that the Applicant had not made out a *prima facie* case of discrimination arising from his termination was final. In reaching this conclusion, I have noted that the facts relating to the threshold issue of whether a *prima facie* case has been shown are the same in the Grievance and the Commission Proceedings and that the issue of a *prima facie* case was specifically addressed by Justice Cullen and by the Federal Court of Appeal in the manner described above in paragraph 9 and following. I consider the Court of Appeal's decision to be a binding authority which disposes of this issue. . . .

[101] On the basis of the *Scheuneman* decisions and others, the appellant now contends that this Court is in the case at bar bound to reverse the applications Judge's

[99] La question a été portée en appel devant la Cour et le juge Evans a maintenu la décision en ces termes (au paragraphe 7) :

Selon moi, ces faits n'établissent pas qu'il y a eu manquement à l'article 15. L'appellant a été congédié parce qu'il n'était capable d'accomplir aucun travail et qu'il était improbable qu'il puisse travailler dans un avenir prévisible. L'un des éléments fondamentaux de la relation employeur-employé est que l'employé soit capable d'accomplir un travail pour l'employeur ou de recommencer à travailler dans un délai raisonnable, s'il est temporairement invalide pour une cause médicale. Le congédiement d'une personne qui ne remplit pas cette condition ne constitue pas de la discrimination fondée sur une déficience physique au sens de la Constitution.

[100] M. Scheuneman a ensuite tenté, sans succès, d'avoir recours à d'autres voies d'appel puis il a déposé une plainte devant la Commission canadienne des droits de la personne, en invoquant les articles 7 et 10 de la Loi. La Commission a rejeté sa plainte. M. Scheuneman a présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale du Canada qui l'a rejetée. Le juge de la Cour fédérale dans *Scheuneman n° 2* a expliqué (au paragraphe 19) :

Quant à la preuve *prima facie*, le demandeur n'a pas laissé entendre et je n'ai relevé aucune différence importante entre la méthode à adopter en vertu de la Charte et celle à adopter en vertu de la LCDP. Par conséquent, j'ai conclu que, une fois que la Cour d'appel fédérale a eu maintenu la décision Cullen et que la Cour suprême du Canada a eu refusé l'autorisation d'interjeter un pourvoi dans la procédure de règlement des griefs, la décision de la Cour d'appel portant que le demandeur n'avait pas établi *prima facie* une preuve de discrimination découlant de son licenciement était finale. En tirant cette conclusion, j'ai souligné que les faits se rapportant à la question préliminaire de savoir si une preuve *prima facie* a été établie sont les mêmes dans la procédure de règlement des griefs que dans la procédure de la Commission et que la question de la preuve *prima facie* avait précisément été traitée par le juge Cullen et par la Cour d'appel fédérale de la manière décrite plus haut, au paragraphe 9 ainsi qu'aux paragraphes suivants. J'estime que la décision de la Cour d'appel est un arrêt de principe qui tranche la présente question [ . . . ]

[101] S'appuyant notamment sur les décisions *Scheuneman*, l'appellant prétend maintenant que la Cour est tenue en l'espèce d'annuler la décision du juge des

decision, as it would be “nonsensical” for a policy that was found to be non-discriminatory under section 15 of the Charter to be discriminatory under sections 10 and 15 of the Act.

[102] While one might expect a certain degree of consistency between decisions on similar facts under section 15 of the Charter and under sections 10 and 15 of the Act, the jurisprudence has not established that they need always be identical. I note that in none of its recent decisions with respect to human rights codes has the Supreme Court of Canada expressly stated that section 15 equality analysis and human rights discrimination analysis must always exactly mirror each other. We need not decide that issue in this case.

[103] In my view, the *Scheuneman No. 2* decision, which was issued on the same day as this decision under appeal, did not contain a full analysis of the issue of the relationship of section 15 of the Charter and the *Canadian Human Rights Act*, in part perhaps because the applicant was unrepresented, and hence, the arguments were not fully developed.

[104] In the case at bar, the applications Judge distinguished the *Scheuneman No. 1* case on other grounds beyond the fact that the case was decided under the Charter and not the Act, and these grounds are sufficient to dispose of the appellant’s argument in this regard. The applications Judge quoted the reasoning of Justice Cullen, the applications Judge in *Scheuneman No. 1*, who wrote at paragraph 59:

The actions of departmental employees in implementing the policy, therefore, cannot be characterized as discriminatory. As a result, the applicant’s treatment cannot be considered *prima facie* discriminatory pursuant to subsection 15(1) of the Charter. The Adjudicator was, therefore, correct on the question of whether there was sufficient evidence to found a claim of discrimination. [Underlining mine.]

[105] The applications Judge in the case at bar concluded as follows (at paragraph 48):

requêtes puisqu’il serait « insensé » qu’une politique qui a été jugée non discriminatoire en vertu de l’article 15 de la Charte puisse être discriminatoire en vertu des articles 10 et 15 de la Loi.

[102] On pourrait s’attendre à un certain degré de cohérence entre des décisions rendues sur des faits semblables en vertu de l’article 15 de la Charte et en vertu des articles 10 et 15 de la Loi, mais la jurisprudence n’a pas établi que de telles décisions doivent toujours être identiques. Je constate que, dans aucun de ses arrêts récents concernant les codes sur les droits de la personne, la Cour suprême du Canada n’a expressément dit que l’analyse de l’égalité fondée sur l’article 15 et l’analyse de la discrimination doivent toujours être identiques. Il n’est pas nécessaire de trancher cette question en l’espèce.

[103] Selon moi, la décision *Scheuneman n° 2*, qui a été publiée le même jour que la décision qui fait l’objet du présent appel, ne contenait pas une analyse complète du rapport entre l’article 15 de la Charte et la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, en partie peut-être parce que le demandeur n’était pas représenté par avocat et que, par conséquent, ses arguments n’étaient pas suffisamment détaillés.

[104] En l’espèce, le juge des requêtes a fait une distinction avec la décision *Scheuneman n° 1* en s’appuyant sur d’autres motifs que le fait que l’affaire avait été tranchée en vertu de la Charte et non en vertu de la Loi, et ces motifs sont suffisants pour rejeter l’argument de l’appelant à cet égard. Le juge des requêtes a cité l’analyse du juge Cullen qui était le juge des requêtes dans *Scheuneman n° 1* et a écrit au paragraphe 59 :

Les actions des fonctionnaires du Ministère dans la mise en œuvre de la politique ne peuvent donc être qualifiées de discriminatoires. En conséquence, on ne peut pas dire que le traitement accordé au demandeur est discriminatoire à première vue au sens du paragraphe 15(1) de la Charte. L’arbitre avait donc raison de conclure comme il l’a fait sur la question de savoir s’il y avait une preuve suffisante pour étayer l’existence d’une discrimination. [Non souligné dans l’original.]

[105] Le juge des requêtes en l’espèce a conclu ce qui suit (au paragraphe 48) :

With respect, the policy as such is not addressed. When Justice Cullen writes, “The policy is flexible enough to accommodate even those whose illness prevents them from returning to work for many years”, he is commenting on the implementation of the policy, not its content. [Underlining mine.]

[106] When *Scheuneman No. 1* was affirmed by this Court, in a brief two-page decision, the Court did not refer specifically to the policy being challenged and, hence, the decision cannot be taken as a binding precedent in that regard.

[107] In addition, this Court understood that Mr. Scheuneman was seeking to remain on leave without pay indefinitely, and decided the case on that basis. Counsel for the appellant in the case at bar sought to persuade this Court that the respondent in this case also wished to remain indefinitely on leave, but this was not the case; she merely wanted to maintain an employment linkage for one more year of medical leave, to keep open the chance of recovering and returning to work, as some of the evidence indicated that some sufferers of her disease did recover after 4-5 years.

[108] It should also be noted that the role of the Sun Life Assurance Company of Canada in strictly enforcing the two-year deadline of the TB policy, and thereby reducing the flexibility of the policy, was not considered at all in the *Scheuneman* cases, as the agreement with the company had not yet been finalized. This factor is a significant element in this case and must be considered as part of the distinguishing circumstances of this case, especially in the context of the BFOR analysis.

[109] For the above reasons, I conclude that the applications Judge was legally correct in his finding that the TB policy is *prima facie* discriminatory in the case of disabled employees who cannot provide a definite date for a return to work.

##### 5. Procedural Fairness in the Commission's Investigation

[110] The applications Judge treated the review of the respondent's HRDC complaint as a question of

Avec égards, la politique n'est pas mentionnée en tant que telle. Quand le juge Cullen écrit : « La politique est assez souple pour accommoder même les personnes qui ne peuvent travailler pendant plusieurs années par suite d'une maladie prolongée », il parle de la mise en application de la politique et non de son contenu. [Non souligné dans l'original.]

[106] Lorsque la Cour a confirmé *Scheuneman n° 1* dans une brève décision de deux pages, elle n'a pas mentionné spécifiquement la politique contestée et, par conséquent, la décision ne saurait constituer un précédent d'application obligatoire à cet égard.

[107] En outre, la Cour a compris que M. Scheuneman voulait que le congé non rémunéré se poursuive indéfiniment et elle a rendu sa décision en tenant compte de ce fait. L'avocat de l'appelant en l'espèce a tenté de convaincre la Cour que l'intimée voulait, elle aussi, un congé indéfini, mais ce n'était pas le cas; elle voulait tout simplement conserver son emploi pendant une autre année et demeurer en congé pour des raisons médicales afin de pouvoir récupérer et de retourner travailler puisque, selon une certaine preuve, des personnes atteintes de la même maladie s'étaient rétablies après quatre ou cinq ans.

[108] Il faut également souligner que, dans les affaires *Scheuneman*, le rôle de la Sun Life du Canada compagnie d'assurance-vie dans l'application stricte du délai de deux ans prévu par la politique du CT, rendant ainsi la politique moins flexible, n'a pas du tout été examiné puisque l'entente avec la société n'avait pas encore été conclue. En l'espèce, il s'agit d'un élément important qui doit être examiné dans le cadre des circonstances distinctes en cause, particulièrement dans le contexte de l'analyse de l'EPJ.

[109] Pour les motifs susmentionnés, je conclus que le juge des requêtes a eu raison, en droit, de conclure que la politique du CT est discriminatoire à première vue dans le cas des employés atteints d'une déficience qui ne peuvent pas préciser la date de leur retour au travail.

##### 5. L'équité procédurale dans le cadre de l'enquête de la Commission

[110] Le juge des requêtes a considéré l'examen de la plainte de l'intimée concernant DRHC comme une

procedural fairness, and held that the investigation with respect to this complaint was flawed for lack of thoroughness, as the investigator was found to have failed to “address at all the substance of the complaint” (at paragraph 52) and “dismissed perfunctorily” the “serious allegations” made by the respondent (at paragraph 58). In his reasons, the applications Judge highlights three areas of particular deficiency in the investigation: first, failure to investigate the question of accommodation once leave without pay had commenced (at paragraphs 52 and 57-58); second, failure to explore whether such leave should have been extended, according to the terms of the TB policy, to accommodate “special recovery problems” (at paragraphs 53-54 and 57-58); and third, failure to investigate the alleged individual discrimination by not interviewing other public servants who the respondent alleged were on leave without pay for medical reasons for periods longer than that granted to her (at paragraphs 55-58).

[111] As I explained above, the pragmatic and functional approach does not apply to questions of procedural fairness. This Court must therefore determine whether the applications Judge was correct in his determination that the investigation of the respondent’s HRDC complaint constituted a breach of the duty of fairness due in the circumstances.

[112] It is clear that a duty of procedural fairness applies to the Commission’s investigations of individual complaints, in that the question of “whether there is a reasonable basis in the evidence for proceeding to the next stage” (*SEPQA*, at page 899) cannot be fairly considered if the investigation was fundamentally flawed. As the Supreme Court of Canada noted in *SEPQA*, “[i]n general, complainants look to the Commission to lead evidence before a tribunal appointed under s. 39 [now section 49], and therefore investigation of the complaint is essential if the Commission is to carry out this role” (at page 898). This same consideration—the indispensable nature of the investigation in the Commission’s handling of each individual complaint—applies equally to an investigation undertaken prior to dismissal of a complaint under paragraph 44(3)(b). Where a proper

question d’équité procédurale et a statué que l’enquête sur la plainte n’était pas valable parce qu’elle manquait de rigueur; en effet, il a été jugé que l’enquêteur ne s’était pas « penché sur le fond de la plainte » (au paragraphe 52) et que les « allégations graves » de l’intimée avaient été « rejetées du revers de la main » (au paragraphe 58). Dans ses motifs, le juge des requêtes souligne trois domaines dans lesquels l’enquête comporte des lacunes particulières : premièrement, il n’a plus été question d’accommodement lorsque le congé non rémunéré a été accordé (aux paragraphes 52, 57 et 58); deuxièmement, l’enquêteur n’a pas examiné la question de savoir s’il y avait lieu de prolonger le congé, conformément à la politique du CT, pour tenir compte des « besoins spéciaux de l’employé pour récupérer » (aux paragraphes 53 et 54; 57 et 58); troisièmement, il n’a pas interrogé d’autres fonctionnaires qui, selon l’intimée, avaient obtenu un congé sans solde pour des raisons médicales pour des périodes plus longues que celle qui lui avait été accordée (aux paragraphes 55 à 58).

[111] Comme je l’ai expliqué plus haut, l’approche pragmatique et fonctionnelle ne s’applique pas aux questions d’équité procédurale. La Cour doit donc déterminer si le juge des requêtes a eu raison de décider que l’enquête effectuée sur la plainte de l’intimée relative à DRHC constituait un manquement à l’obligation d’équité requise dans les circonstances.

[112] Il est clair que, dans ses enquêtes sur des plaintes individuelles, la Commission a une obligation d’équité procédurale puisque la question de savoir « si la preuve fournit une justification raisonnable pour passer à l’étape suivante » (*SEPQA*, à la page 899) ne peut être examinée si l’enquête est viciée à la base. Comme l’a dit la Cour suprême du Canada dans *SEPQA*, « [d]’une manière générale, les plaignants comptent sur la Commission pour produire des preuves devant un tribunal constitué en vertu de l’article 39 [aujourd’hui, l’article 49]. Une enquête sur la plainte est donc indispensable pour permettre à la Commission de remplir ce rôle » (à la page 898). Le même facteur, à savoir la nature indispensable de l’enquête concernant le traitement de chaque plainte par la Commission, s’applique également à une enquête entreprise avant le rejet d’une plainte en vertu de l’alinéa 44(3)b).

inquiry into the substance of the complaint has not been undertaken, the Commission's decision based on that improper investigation cannot be relied upon, since a defect exists in the evidentiary foundation upon which the conclusion rests (*Singh*, at paragraph 7).

[113] The existence of the duty of fairness in this case does not, however, determine what requirements are applicable in this context, as the content of procedural fairness is variable and must be determined in the specific context of each case (*Baker*, at paragraph 21). In *Baker*, L'Heureux-Dubé, J. set out at paragraphs 22-28 a non-exhaustive list of factors to consider in determining the content of procedural fairness in any given context; these factors have been affirmed by the Supreme Court of Canada and this Court [[2000] 2 F.C. 592 (C.A.)] in *Suresh and Canada (Attorney General) v. Fetherston* (2005), 332 N.R. 113, leave to appeal to S.C.C. refused, [2005] S.C.C.A. No. 239.

[114] The issue of the content of the duty of fairness in the context of a decision by the Commission to dismiss a complaint has been addressed in a number of cases, most notably *SEPQA*, *Radulesco v. Canadian Human Rights Commission*, [1984] 2 S.C.R. 407 (*Radulesco*) and *Latif*. In addition, the content of the duty in the particular context of an investigation leading to a dismissal under paragraph 44(3)(b) was carefully considered by the Federal Court of Canada in *Slattery*, in a decision which was recently cited by this Court as "the leading case on this issue" (*Tahmourpour*, at paragraph 8; see also *Singh*, at paragraph 4). These cases were all decided before the law concerning procedural fairness was summarized and restated by the Supreme Court in *Baker*. However, the conclusion in these cases, as to the content of the duty in this context, remains valid.

[115] In order to determine the degree of investigative thoroughness required in this context, the factors from *Baker* must be applied. First, how close is the administrative process to the judicial process? As the Supreme Court stated in *SEPQA*, at the screening phase under subsection 44(3) [then subsection 36(3)] "[i]t is

Lorsqu'une enquête appropriée n'a pas été faite pour examiner la plainte, une décision de la Commission fondée sur cette enquête ne peut être raisonnable puisque le défaut découle de la preuve même utilisée par la Commission pour prendre sa décision (*Singh*, au paragraphe 7).

[113] En l'espèce, l'existence de l'obligation d'équité ne détermine pas les exigences qui s'appliqueront dans ce contexte puisque la notion d'équité procédurale est variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas (*Baker*, au paragraphe 21). Dans *Baker*, la juge L'Heureux-Dubé a dressé, aux paragraphes 22 à 28, une liste non exhaustive de facteurs à examiner pour déterminer le contenu de l'équité procédurale dans un contexte donné. La Cour suprême du Canada et cette Cour [[2000] 2 C.F. 592 (C.A.)] ont toutes deux confirmé ces facteurs dans *Suresh et Canada (Procureur général) c. Fetherston*, 2005 CAF 111, autorisation d'interjeter appel devant la C.S.C. refusée, [2005] S.C.C.A. n° 239.

[114] La question du contenu de l'obligation d'équité dans le contexte d'une décision de la Commission de rejeter une plainte a été examinée dans plusieurs affaires, plus particulièrement dans *SEPQA*; *Radulesco c. Commission canadienne des droits de la personne*, [1984] 2 R.C.S. 407 (*Radulesco*) et *Latif*. En outre, le contenu de l'obligation, dans le contexte particulier d'une enquête entraînant un congédiement en vertu de l'alinéa 44(3)(b), a fait l'objet d'un examen complet par la Cour fédérale du Canada dans *Slattery*, décision que la Cour a récemment qualifiée d'« arrêt-clé à l'égard de cette question » (*Tahmourpour*, au paragraphe 8; voir également *Singh*, au paragraphe 4). Ces affaires ont toutes été tranchées avant que la Cour suprême ne résume et ne réaffirme dans *Baker* les règles de droit applicables en matière d'équité procédurale. Toutefois, la conclusion dans ces affaires quant au contenu de l'obligation dans ce contexte reste valide.

[115] Pour déterminer le degré de rigueur que devait avoir l'enquête en l'espèce, il faut appliquer les facteurs de l'arrêt *Baker*. Premièrement, il s'agit de la mesure dans laquelle le processus administratif se rapproche du processus judiciaire. Comme l'a dit la Cour suprême dans *SEPQA*, à l'étape de l'examen en vertu du

not intended that this be a determination where the evidence is weighed as in a judicial proceeding”; rather, the Commission must determine “whether there is a reasonable basis in the evidence for proceeding to the next stage” (at page 899). In this context of the Commission’s screening function, the investigator must be considered “as an extension of the Commission” who “prepares a report for the Commission” (*SEPQA*, at page 898). The investigator’s recommendations are often adopted by the Commission at this stage. However, the parties are provided with a copy of the investigator’s report, and are entitled to make submissions in writing before a decision is made (*SEPQA*, at page 899; *Radulesco*, at page 410). This consideration thus points towards a weaker level of procedural protection.

[116] The second factor is the nature of the statutory scheme. In *Baker*, L’Heureux-Dubé, J. wrote (at paragraph 24) that greater procedural protection is appropriate when a decision is determinative of the issue and further requests cannot be submitted. In this case, there is no applicable privative clause and judicial review is available for the Commission’s screening decision. Moreover, the Act provides no legislative guidance concerning the general conduct of investigations or minimum duties of investigators; subsection 43(4) provides for the making of regulations in this regard by the Governor in Council, but none have been passed. At the same time, however, the investigation is a crucially important step in the processing of complaints by the Commission (*SEPQA*, at pages 897-898). This factor therefore pulls in contrary directions, and on balance implies neither strong nor weak procedural safeguards.

[117] The third factor is the importance of the decision to the individual affected. There can be no doubt that the Commission’s decision at the screening phase is of great importance to the individual complainant. A decision by the Commission to dismiss a complaint at the screening phase will effectively deny the complainant the possibility of obtaining relief under

paragraphe 44(3) [auparavant le paragraphe 36(3)], « [I]e but n’est pas d’en faire une décision aux fins de laquelle la preuve est soupesée de la même manière que dans des procédures judiciaires »; la Commission doit plutôt déterminer « si la preuve fournit une justification raisonnable pour passer à l’étape suivante » (à la page 899). Dans le contexte de la fonction d’examen de la Commission, l’enquêteur doit être considéré comme le « prolongement de la Commission » qui « établit un rapport à l’intention de la Commission » (*SEPQA*, à la page 898). À cette étape, la Commission adopte très souvent les recommandations de l’enquêteur. Toutefois, les parties obtiennent une copie du rapport de l’enquêteur et elles peuvent présenter des observations par écrit avant qu’une décision soit prise (*SEPQA*, à la page 899; *Radulesco*, à la page 410). Ce facteur commande donc un degré moindre de protection procédurale.

[116] Le deuxième facteur est la nature du régime législatif. Dans *Baker*, la juge L’Heureux-Dubé a écrit (paragraphe 24) que des protections procédurales plus importantes seront exigées lorsque la décision est déterminante quant à la question en litige et qu’il n’est plus possible de présenter d’autres demandes. En l’espèce, il n’y a aucune clause privative et la décision de la Commission peut faire l’objet d’un contrôle judiciaire. En outre, la Loi ne contient aucune disposition législative concernant le déroulement d’une enquête ou les obligations minimales des enquêteurs; le paragraphe 43(4) prévoit que des règlements peuvent être pris à cet égard par le gouverneur en conseil, mais aucun règlement n’a été pris. En même temps, toutefois, l’enquête est une étape très importante dans le traitement des plaintes par la Commission (*SEPQA*, aux pages 897 et 898). Ce facteur conduit donc à des solutions contradictoires et il ne donne en fin de compte aucune indication sur le degré de protection procédurale qui s’impose.

[117] Le troisième facteur est l’importance de la décision pour la personne visée. Il n’y a aucun doute que la décision de la Commission à l’étape de l’examen est très importante pour le plaignant. La décision de la Commission de rejeter une plainte à ce stade empêche, en effet, le plaignant d’obtenir réparation en vertu de la Loi et il s’agit donc « à proprement parler, [d’]une

the Act, and is therefore “in a real sense determinative of rights” (*Latif*, at page 697). Moreover, to the extent that a direct civil cause of action with respect to the alleged discrimination is precluded (*Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181), the complainant has no alternative, other than a complaint to the Commission, to vindicate the rights and interests at stake. Given the “essential” role of the investigation in the Commission’s handling of complaints (*SEPQA*, at page 898), this consideration suggests increased requirements of procedural fairness.

[118] The fourth *Baker* factor is the legitimate expectations of the person challenging the decision, where undertakings were made concerning the procedure to be followed. In my view, sufficient representations are made by the Commission for complainants to legitimately expect that their complaints will be investigated in a sufficiently thorough manner to take account of and test the substantive allegations founding the complaint. The investigation by the Commission is the only mechanism within the process established by the Act by which the Commission can obtain the evidence it needs to pursue a complaint before a Tribunal, if it decides this is warranted, or alternatively dismiss the complaint. Under the Act, the Commission, and not the complainant, bears the primary responsibility for establishing the evidentiary record, as it is the Commission which ultimately presents complaints before the Tribunal. In this vein, the Commission’s standard letter to complainants following a dismissal decision at the screening phase states an assurance that “the Commissioners examined your complaints very carefully before arriving at these decisions” (see appeal book at Tab 4). This factor points towards a higher level of procedural protection.

[119] Finally, the choice of procedure made by the administrative decision maker must be considered, especially when—as in this case—the statute is silent on this issue. In *Baker*, L’Heureux-Dubé J. observed that while this factor “is not determinative, important weight must be given to the choice of procedures made by the agency itself and its institutional constraints” (at paragraph 27). The Commission receives many more

décision qui touche aux droits subjectifs » (*Latif*, à la page 697). En outre, dans la mesure où le plaignant est empêché d’intenter directement une action civile relativement à la discrimination alléguée (*Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181), le plaignant n’a d’autre choix que de soumettre une plainte à la Commission pour revendiquer ses droits. Compte tenu du rôle « indispensable » de l’enquête dans le traitement d’une plainte par la Commission (*SEPQA*, à la page 898), ce facteur indique qu’une plus grande protection procédurale s’impose.

[118] Le quatrième facteur énoncé dans *Baker* concerne les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision lorsque des promesses ont été faites relativement à la procédure à suivre. Selon moi, la Commission présente suffisamment d’arguments pour que les plaignants s’attendent légitimement à ce que leur plainte fasse l’objet d’une enquête approfondie qui tient compte des allégations de fond sur lesquelles cette plainte est fondée. L’enquête est le seul mécanisme du processus établi par la Loi grâce auquel la Commission peut obtenir la preuve dont elle a besoin pour renvoyer une plainte à un tribunal, si elle décide que l’examen de celle-ci est justifié, ou pour rejeter la plainte. En vertu de la Loi, c’est à la Commission, et non au plaignant, qu’il appartient au premier titre de constituer le dossier de la preuve puisque c’est la Commission qui, en fin de compte, soumet la plainte au Tribunal. Dans le même ordre d’idées, la lettre habituelle que la Commission envoie au plaignant après le rejet de sa plainte à l’étape de l’examen préalable contient l’assurance selon laquelle [TRADUCTION] « les commissaires ont examiné votre plainte très soigneusement avant de prendre ces décisions » (voir le dossier d’appel, onglet 4). Ce facteur indique qu’un niveau plus élevé de protection procédurale s’impose.

[119] Finalement, le choix de procédure par l’instance administrative décisionnelle doit être pris en considération lorsque, comme en l’espèce, la loi est muette à l’égard de cette question. Dans *Baker*, la juge L’Heureux-Dubé a dit que, bien que ce facteur « ne soit pas déterminant, il faut accorder une grande importance au choix de procédures par l’organisme lui-même et à ses contraintes institutionnelles » (au paragraphe 27). La

complaints than it can, for both practical and budgetary reasons, refer to a tribunal for further inquiry. The Commission's procedural choices in this regard deserve respect, as it remains the master of its own procedure, so long as this procedure does not contravene the duty of fairness. This consideration thus points strongly towards a lesser degree of procedural protection.

[120] In *Slattery*, the applications Judge considered the degree of thoroughness of investigation required to satisfy the rules of procedural fairness in this context. He noted the "essential role that investigators play in determining the merits of particular complaints" (at page 599), and also the competing interests of individual complainants and the administrative apparatus as a whole (at page 600). He concluded as follows (at pages 600-601):

Deference must be given to administrative decision-makers to assess the probative value of evidence and to decide to further investigate or not to further investigate accordingly. It should only be where unreasonable omissions are made, for example where an investigator failed to investigate obviously crucial evidence, that judicial review is warranted . . .

In contexts where parties have the legal right to make submissions in response to an investigator's report, such as in the case at bar, parties may be able to compensate for more minor omissions by bringing such omissions to the attention of the decision-maker. Therefore, it should be only where complainants are unable to rectify such omissions that judicial review would be warranted. Although this is by no means an exhaustive list, it would seem to me that circumstances where further submissions cannot compensate for an investigator's omissions would include: (1) where the omission is of such a fundamental nature that merely drawing the decision-maker's attention to the omission cannot compensate for it; or (2) where fundamental evidence is inaccessible to the decision-maker by virtue of the protected nature of the information or where the decision-maker explicitly disregards it. [Underlining mine.]

[121] Weighing the *Baker* factors, I agree that this is an appropriate description of the content of procedural fairness in this context.

[122] With respect to the HRDC complaint in the case at bar, the applications Judge described three areas of

Commission reçoit plus de plaintes qu'elle ne peut, pour des raisons pratiques et budgétaires, renvoyer à un tribunal pour nouvelle enquête. Une certaine déférence s'impose à l'égard des choix de la Commission en matière de procédure puisqu'elle reste maître de sa propre procédure tant et aussi longtemps que celle-ci ne contrevient pas à l'obligation d'équité. Ce facteur constitue donc une indication claire qu'un degré moindre de protection procédurale s'impose.

[120] Dans *Slattery*, le juge des requêtes a examiné le degré de rigueur requis pour que l'enquête satisfasse aux règles d'équité procédurale dans ce contexte. Il a souligné le « rôle essentiel que les enquêteurs sont appelés à jouer lorsqu'il s'agit de déterminer le bien-fondé de chaque plainte » (à la page 599) et les intérêts respectifs du plaignant, de l'intimé et de l'appareil administratif dans son ensemble (à la page 600). Il a conclu en ces termes (aux pages 600 et 601) :

Il faut faire montre de retenue judiciaire à l'égard des organismes décisionnels administratifs qui doivent évaluer la valeur probante de la preuve et décider de poursuivre ou non les enquêtes. Ce n'est que lorsque des omissions déraisonnables se sont produites, par exemple lorsqu'un enquêteur n'a pas examiné une preuve manifestement importante, qu'un contrôle judiciaire s'impose [. . .]

Dans des situations où les parties ont le droit de présenter des observations en réponse au rapport de l'enquêteur, comme c'est le cas en l'espèce, les parties peuvent compenser les omissions moins graves en les portant à l'attention du décideur. Par conséquent, ce ne serait que lorsque les plaignants ne sont pas en mesure de corriger de telles omissions que le contrôle judiciaire devrait se justifier. Même s'il ne s'agit pas d'une liste exhaustive, il me semble que les circonstances où des observations supplémentaires ne sauraient compenser les omissions de l'enquêteur devraient comprendre : (1) les cas où l'omission est de nature si fondamentale que le seul fait d'attirer l'attention du décideur sur l'omission ne suffit pas à y remédier; ou (2) le cas où le décideur n'a pas accès à la preuve de fond en raison de la nature protégée de l'information ou encore du rejet explicite qu'il en a fait. [Non souligné dans l'original.]

[121] Eu égard aux facteurs de l'arrêt *Baker*, je conviens qu'il s'agit d'une description appropriée du contenu de l'équité procédurale en l'espèce.

[122] Pour ce qui est de la plainte concernant DRHC en l'espèce, le juge des requêtes a dit que l'enquête

particular deficiency in the investigation. For convenience, I will repeat these investigative omissions here: first, failure to investigate the question of accommodation once leave without pay had commenced (at paragraphs 52 and 57-58); second, failure to explore whether such leave should have been extended, according to the terms of the TB policy, to accommodate “special recovery problems” (at paragraphs 53-54 and 57-58); and third, failure to investigate the alleged individual discrimination by not interviewing other public servants who the respondent alleged were on leave without pay for medical reasons for periods longer than that granted to her (paragraphs 55-58). The applications Judge also found that the investigator had misapprehended the respondent’s request, by implying that the respondent sought indefinite leave without pay, when in fact she “never requested to be kept on indefinitely; she requested additional time for recovery and to consider her options” (at paragraph 61).

[123] In my view, these investigative omissions are sufficient to constitute a breach of the duty of fairness due in these circumstances, and therefore warrant the quashing of the Commission’s decision. With these investigative omissions, compounded by a fundamental misapprehension of the respondent’s request of her employer, the report could not form a fair foundation for the Commission’s screening decision.

[124] The identified investigative omissions are not, as the appellant argues, merely minor flaws that cannot upset the ultimate “reasonableness” of the Commission’s decision. Rather, the evidence omitted is so obviously crucial and of such a fundamental nature that the respondent could not conceivably compensate for its absence through her responding submissions, although her detailed submissions display a laudable effort to do so. For example, how could the respondent establish the alleged failure to accommodate after her leave commenced, when the investigator had not investigated this allegation at all? Similarly, how could the respondent prove her allegation that the TB policy was

comportait trois lacunes particulières. Par souci de commodité, je vais les répéter : premièrement, l’enquêteur ne s’est pas penché sur le fait que, lorsque le congé non rémunéré a été accordé, il n’a plus été question d’accommodement (aux paragraphes 52, 57 et 58); deuxièmement, il n’a pas examiné la question de savoir si le congé aurait dû être prolongé, conformément à la politique du CT, pour tenir compte « des besoins particuliers de réadaptation » de l’intimée (paragraphes 53 et 54; 57 et 58); troisièmement, il ne s’est pas interrogé sur la manière dont la politique avait été appliquée à l’intimée par rapport aux autres fonctionnaires en ne vérifiant pas auprès de ceux qui, selon l’intimée, avaient obtenu un congé non rémunéré pour des raisons médicales, pour des périodes plus longues que celle qui lui avait été accordée (paragraphes 55 à 58). Le juge des requêtes a également conclu que l’enquêteur avait mal compris la demande de l’intimée en laissant entendre que celle-ci avait demandé un congé sans solde indéfini alors qu’elle n’avait « jamais demandé qu’on la garde indéfiniment; elle a demandé plus de temps pour récupérer et pour examiner les solutions possibles » (au paragraphe 61).

[123] Selon moi, ces lacunes dans l’enquête sont suffisantes pour constituer un manquement à l’obligation d’équité applicable dans les circonstances et justifient donc l’annulation de la décision de la Commission. Puisque l’enquête comportait des lacunes et que l’employeur n’avait tout simplement pas compris la demande de l’intimée, le rapport ne pouvait constituer le fondement de la décision de la Commission au moment de l’examen préalable.

[124] Les lacunes de l’enquête ne sont pas, comme le prétend l’appelant, de simples erreurs peu importantes qui n’influent en rien sur le « caractère raisonnable » de la décision de la Commission. Au contraire, la preuve omise est à ce point cruciale et fondamentale que l’intimée ne pouvait d’aucune façon compenser son absence par ses observations en réponse, même si ces dernières représentent un effort louable pour ce faire. Par exemple, comment l’intimée pouvait-elle établir que l’appelant ne lui avait proposé aucun accommodement à compter du congé, comme elle l’alléguait, alors que l’enquêteur ne s’était aucunement penché sur cette allégation? De même, comment pouvait-elle étayer

applied in a discriminatively strict manner in her case, when the investigator had not investigated how the policy was applied in the case of other similarly situated employees?

[125] I conclude, therefore, that the applications Judge was correct in holding that the Commission's investigation of the respondent's HRDC complaint lacked thoroughness, and therefore, constituted a breach of procedural fairness. In these circumstances, the question of whether the Commission's ultimate decision was reasonable or not becomes immaterial because, once a breach of procedural fairness is established, the decision is normally set aside, subject to the Court's discretion not to grant a remedy where the same result would be inevitable. See: *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202, at pages 228-229; *Gale v. Canada (Treasury Board)* (2004), 316 N.R. 395 (F.C.A.), at paragraph 13.

#### E. CONCLUSION

[126] For the above reasons, I would dismiss the appeal and refer the matter back to the Commission for the respondent's complaints to be reviewed by a different investigator, in a manner consistent with these reasons. Costs to the respondent.

DÉCARY J.A.: I agree.

SEXTON J.A.: I agree.

l'allégation selon laquelle la politique du CT avait été appliquée d'une manière rigide et discriminatoire à son endroit alors que l'enquêteur n'avait pas examiné comment cette politique avait été appliquée dans le cas d'autres employés dans une situation semblable?

[125] Je conclus donc que le juge des requêtes a eu raison de statuer que l'enquête de la Commission sur la plainte de l'intimée visant DRHC manquait de rigueur et, par conséquent, constituait un manquement à l'équité procédurale. Dans ces circonstances, la question de savoir si la décision finale de la Commission était raisonnable n'est plus pertinente, puisque, lorsqu'il est établi qu'il y a eu manquement à l'équité procédurale, la décision est habituellement annulée, sous réserve du pouvoir discrétionnaire de la Cour de ne pas accorder de redressement lorsque le même résultat serait inévitable. Voir : *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada—Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202, aux pages 228 et 229; *Gale c. Canada (Conseil du Trésor)*, 2004 CAF 13, au paragraphe 13.

#### E. CONCLUSION

[126] Pour les motifs susmentionnés, je rejeterais l'appel et je renverrais l'affaire à la Commission pour que la plainte de l'intimée soit examinée par un enquêteur différent, en conformité avec les présents motifs. L'intimée a droit aux dépens.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE SEXTON, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.