

T-2115-04  
2005 FC 1410

T-2115-04  
2005 CF 1410

Jeannine Bastide, Suze Aimé, Cécile Auger, Jeanne-Alice Bellerose, Bernard Benoit, Danielle Bergeron, Prudence Blain, Gilles Bouchard (Estate of Aimée Boulay), Jeannine Bourassa, Madeleine Boutet-Bourgeois, Huguette Caron, Jean-Paul Castonguay, Jocelyne Cutler, Joseph d'Argenzio, Lucie Daviault, Maud Dubuisson, Thérèse Dubé, Frantz Germain, Ginette Giguère, Gilles Gravel (Estate of Lucien Gravel), Jocelyne Jean-Charles, Jocelyne Joseph, Marcelle Lajoie-Quessy, Nicole Landry, Claudette Larivière, Denise Laroucher, Nicole Marcotte, Georgette Mignault, Solange Pelletier, Colette Perrault, Henriette Perron-Rhéaume, Robert Robillard, Marie-Claude Silencieux, Jacqueline St-Pierre (Estate of Normande St-Pierre), Réjeanne Yip (*Applicants*)

v.

**Canada Post Corporation** (*Respondent*)

*INDEXED AS: BASTIDE v. CANADA POST CORP. (F.C.)*

Federal Court, de Montigny J.—Montréal, September 21; Ottawa, October 14, 2005.

*Human Rights — Judicial review of Canadian Human Rights Commission decision not to refer applicants' complaints to Tribunal for inquiry — Applicants temporary Canada Post Corporation employees required to undergo manual dexterity test to obtain permanent position — Arguing test discriminatory on basis of age, contrary to Canadian Human Rights Act, ss. 7, 10 — Commission dismissing complaints on basis Corporation established bona fide occupational requirement under Act, s. 15 — That decision not unreasonable — Although test prima facie discriminatory practice, based on bona fide occupational requirement — To extent manual dexterity prerequisite for coding training, legitimate for employer to want to assess aptitude before investing in employee training — As to whether employer demonstrating could not accommodate applicants without undue hardship, individual assessment form of accommodation, reliable, relevant measure of qualifications required to perform work in question in efficient, optimal manner — Without test, Corporation unable to avoid undue hardship — Application dismissed.*

Jeannine Bastide, Suze Aimé, Cécile Auger, Jeanne-Alice Bellerose, Bernard Benoit, Danielle Bergeron, Prudence Blain, Gilles Bouchard (Succession d'Aimée Boulay), Jeannine Bourassa, Madeleine Boutet-Bourgeois, Huguette Caron, Jean-Paul Castonguay, Jocelyne Cutler, Joseph d'Argenzio, Lucie Daviault, Maud Dubuisson, Thérèse Dubé, Frantz Germain, Ginette Giguère, Gilles Gravel (Succession de Lucien Gravel), Jocelyne Jean-Charles, Jocelyne Joseph, Marcelle Lajoie-Quessy, Nicole Landry, Claudette Larivière, Denise Laroucher, Nicole Marcotte, Georgette Mignault, Solange Pelletier, Colette Perrault, Henriette Perron-Rhéaume, Robert Robillard, Marie-Claude Silencieux, Jacqueline St-Pierre (Succession de Normande St-Pierre), Réjeanne Yip (*demandeurs*)

c.

**Société canadienne des postes** (*défenderesse*)

*RÉPERTORIÉ : BASTIDE c. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES (C.F.)*

Cour fédérale, juge de Montigny—Montréal, 21 septembre; Ottawa, 14 octobre 2005.

*Droits de la personne — Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission canadienne des droits de la personne de ne pas renvoyer les plaintes des demandeurs au Tribunal pour qu'elles soient instruites — Les demandeurs étaient des employés temporaires de la Société canadienne des postes qui ont été obligés de subir un test de dextérité manuelle pour obtenir un poste permanent — Ils ont fait valoir que le test constituait une discrimination fondée sur l'âge, contrairement aux art. 7 et 10 de la Loi canadienne sur les droits de la personne — La Commission a rejeté les plaintes au motif que la Société avait fait la preuve de l'existence d'une exigence professionnelle justifiée au sens de l'art. 15 de la Loi — Cette décision n'était pas déraisonnable — Bien que le test ait constitué à première vue une pratique discriminatoire, il était fondé sur une exigence professionnelle justifiée — Dans la mesure où la dextérité manuelle représente bel et bien un pré-requis à la formation au codage, il était légitime pour l'employeur de vouloir mesurer cette aptitude avant d'investir dans la formation d'un employé — Quant à la question de savoir si l'employeur a démontré qu'il ne pouvait composer*

*Labour Relations — Applicants arguing manual dexterity test administered by Canada Post Corporation to employees seeking regular employment as level 4 postal clerk discriminatory on basis of age as older employees disadvantaged in relation to younger employees — Test evaluating basic skills of employees to determine whether capable of proceeding with training for postal code coding in mechanized plants — Canadian Human Rights Commission dismissing complaints on basis employer establishing bona fide requirement — That decision not unreasonable.*

This was an application for judicial review of the Canadian Human Rights Commission's decision not to request the Chairperson of the Tribunal to institute an inquiry into the applicants' complaints alleging discrimination.

The applicants had argued that the manual dexterity test that they had to undergo to obtain a permanent position at the Canada Post Corporation disadvantaged them in relation to younger employees, contrary to sections 7 and 10 of the *Canadian Human Rights Act*. The test in question was administered to evaluate the basic skills of temporary employees (such as the applicants) to see if they were able to proceed with the training for postal code coding in mechanized plants. Passing the test gave those employees access to a regular part-time or full-time position as a level 4 postal clerk as well as access to the coding training and ultimately positions at the coding desk or videocoding system. The Commission dismissed the applicants' complaints on the basis that the employer had established a *bona fide* occupational requirement. The applicants sought to have that decision set aside.

*Held*, the application should be dismissed.

The Commission's mandate at that stage of the proceedings was to determine whether there was sufficient evidence to proceed to the inquiry stage. Based on a pragmatic and functional analysis, such a decision must be reviewed according to the reasonableness *simpliciter* standard. Although the patent unreasonableness standard has been applied on

*avec les demandeurs sans subir une contrainte excessive, l'évaluation individuelle peut constituer une forme d'accommodement, mais le test doit être fiable et pertinent, et mesurer les qualifications requises pour exécuter le travail considéré de façon efficace et optimale — En l'absence de test, la Société était incapable d'éviter de subir une contrainte excessive — Demande rejetée.*

*Relations du travail — Les demandeurs ont fait valoir que le test de dextérité manuelle administré par la Société canadienne des postes aux employés en quête d'un emploi régulier en tant que commis des postes de niveau 4 constituait une discrimination fondée sur l'âge du fait que les employés plus âgés étaient désavantagés par rapport aux employés plus jeunes — Le test évaluait les aptitudes de base des employés pour déterminer s'ils pouvaient poursuivre la formation au codage des codes postaux dans les établissements mécanisés — La Commission canadienne des droits de la personne a rejeté les plaintes au motif que l'employeur avait fait la preuve de l'existence d'une exigence professionnelle justifiée — Cette décision n'était pas déraisonnable.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission canadienne des droits de la personne de ne pas demander au président du Tribunal de désigner un membre pour instruire les plaintes des demandeurs alléguant avoir fait l'objet de discrimination.

Les demandeurs ont fait valoir que le test de dextérité manuelle qu'ils avaient dû subir pour obtenir un poste permanent à la Société canadienne des postes les désavantageait par rapport aux employés plus jeunes, contrairement aux articles 7 et 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le test en question était administré pour évaluer les aptitudes de base des employés temporaires (tels que les demandeurs) pour voir s'ils pouvaient poursuivre la formation au codage des codes postaux dans les établissements mécanisés. La réussite du test donnait à ces employés l'accès à un poste régulier de commis des postes de niveau 4 à temps plein ou à temps partiel, de même que l'accès à la formation au codage et, finalement, à des postes pour le pupitre de codage ou pour le système de vidéocodage. La Commission a rejeté les plaintes des demandeurs au motif que l'employeur avait fait la preuve de l'existence d'une exigence professionnelle justifiée. Les demandeurs voulaient faire annuler cette décision.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

Le mandat de la Commission à ce stade des procédures était de se prononcer sur la question de savoir s'il y a suffisamment de preuve pour aller à l'étape de l'examen. Selon l'analyse pragmatique et fonctionnelle, une telle décision doit être revue en appliquant la norme de la décision raisonnable *simpliciter*. Bien que le critère de la décision

occasion, those cases do not reflect the majority trend. The Federal Court of Appeal has recently reaffirmed reasonableness *simpliciter* as the appropriate standard. Here, the Commission's decision refusing to refer the complaints to the Tribunal, and consequently dismissing the complaints as a result of this refusal, was not patently unreasonable.

To determine whether sections 7 and 10 of the Act were violated, the Commission first had to consider if the test administered by the employer was *prima facie* a discriminatory practice. The Commission implicitly found that it was. It was then incumbent on the respondent to prove, on a balance of probabilities, that there was a justifiable reason for the policy or discriminatory standard.

At the second stage, the Commission had to consider whether the restrictions, conditions or preferences of the employer were based on a *bona fide* occupational requirement within the meaning of section 15 of the Act. It found that they were. The Corporation was seeking above all to mechanize mail processing to respond to the ever-growing volume of letters and parcels to be processed. To the extent that manual dexterity was a prerequisite for the coding training, it was perfectly legitimate for the employer to want to assess this aptitude before investing in employee training.

Finally, the employer had to demonstrate that it could not accommodate the persons affected by the standard without undue hardship. An individual assessment may constitute a form of accommodation. Such a test must be reliable and relevant, and measure the qualifications that are truly required to perform the work in question in an efficient and optimal manner. The evidence led by the Corporation to the effect that a rather close correlation could be established between the results obtained on the test and the rate of success achieved during the subsequent training was not really challenged by the applicants. Also, the test did not advantage an age category in its very design or in its makeup. A standard or occupational requirement that is justified does not become discriminatory for the sole reason that it produces variable results based on personal differences. The evidence established that without the test, the Corporation would have been unable to organize its staffing in due time and would have spent considerable amounts on training.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*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)), 15 (as am. *idem*, ss. 10, 15), 41 (as am. by S.C.

manifestement déraisonnable ait été appliqué à l'occasion, ces décisions ne représentent pas le courant majoritaire. La Cour d'appel fédérale a récemment réaffirmé que la norme appropriée était celle de la décision raisonnable *simpliciter*. En l'espèce, la décision de la Commission de refuser de référer les plaintes au Tribunal, et partant de rejeter les plaintes à la suite de ce refus, n'était pas manifestement déraisonnable.

Pour déterminer si les articles 7 et 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* avaient été enfreints, la Commission devait d'abord se demander si le test administré par l'employeur constituait à première vue une pratique discriminatoire. La Commission a implicitement conclu que c'était le cas. Il revenait alors à la partie intimée de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la politique ou norme discriminatoire comportait un motif justifiable.

À la deuxième étape, la Commission devait se demander si les restrictions, conditions ou préférences de l'employeur découlaient d'exigences professionnelles justifiées au sens de l'article 15 de la Loi. Elle a conclu que c'était le cas. La Société cherchait avant tout à mécaniser le traitement du courrier pour répondre au volume toujours grandissant de lettres et de paquets à traiter. Dans la mesure où la dextérité manuelle représentait un pré-requis à la formation au codage, il était parfaitement légitime pour l'employeur de vouloir mesurer cette aptitude avant d'investir dans la formation d'un employé.

Enfin, l'employeur devait démontrer qu'il ne pouvait pas composer avec les personnes touchées par la norme sans subir une contrainte excessive. Une évaluation individuelle peut constituer une forme d'accommodement. Un tel test doit être fiable et pertinent, et mesurer les qualifications vraiment requises pour exécuter le travail considéré de façon efficace et optimale. La preuve déposée par la Société à l'effet que les résultats obtenus au test permettaient d'établir une corrélation assez étroite avec le taux de succès obtenu à la formation subséquente n'avait pas été véritablement remise en question par les demandeurs. Aussi, le test n'avantageait pas un groupe d'âge dans sa conception même ou dans sa facture. Une norme ou une exigence professionnelle qui est justifiée ne devient pas discriminatoire du seul fait qu'elle produit des résultats variables en fonction de différences personnelles. La preuve établissait qu'en l'absence de test, la Société aurait été incapable d'effectuer sa dotation en temps utile et qu'elle aurait consacré à la formation des sommes considérables.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*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)), 15 (mod., *idem*, art. 10,

1994, c. 26, s. 34 (F); 1995, c. 44, s. 49), 44 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64; 1998, c. 9, s. 24). *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 81(1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*MacLean v. Marine Atlantic Inc.* (2003), 243 F.T.R. 219; 2003 FC 1459; *Gardner v. Canada (Attorney General)* (2004), 250 F.T.R. 115; 2004 FC 493; affd (2005), 339 N.R. 91; 2005 FCA 284; *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:

*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Nicolet (Ville)*, [2001] R.J.Q. 2753 (H.R.T.).

##### CONSIDERED:

*Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes c. Société canadienne des postes*, [2000] J.Q. No. 5284 (Sup. Ct.) (QL); *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; 89 CLLC 17,022; 100 N.R. 241; *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; *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, [1999] 1 F.C. 113; (1998), 167 D.L.R. (4th) 432 (C.A.); *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185; *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868; (1999), 181 D.L.R. (4th) 385; [2000] 1 W.W.R. 565; 131 B.C.A.C. 280; 70 B.C.L.R. (3d) 215; 47 M.V.R. (3d) 167; 249 N.R. 45; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297; (1989), 65 D.L.R. (4th) 481; [1990] 1 W.W.R. 481; 81 Sask. R. 263; 11 C.H.R.R. D/204; 90 CLLC 17,001; 45 C.R.R. 363.

##### REFERRED TO:

*Dragage F.R.P.D. Ltée v. Bouchard* (1994), 84 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); *Vancouver Island Peace Society v. Canada*,

15), 41 (mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 34 (F); 1995, ch. 44, art. 49), 44 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.)), ch. 31, art. 64; 1998, ch. 9, art. 24). *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 81(1).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*MacLean c. Marine Atlantic Inc.*, 2003 CF 1459; [2003] A.C.F. n° 1854 (QL); *Gardner c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 493; [2004] A.C.F. n° 616 (QL); conf. par 2005 CAF 284; [2005] A.C.F. n° 1442 (QL); *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Nicolet (Ville)*, [2001] R.J.Q. 2753 (T.D.P.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes c. Société canadienne des postes*, [2000] J.Q. n° 5284 (C.S.) (QL); *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; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247; 2003 CSC 20; *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, [1991] 1 C.F. 113 (C.A.); *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Dragage F.R.P.D. Ltée c. Bouchard*, [1994] A.C.F. n° 1259 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Vancouver Island Peace Society c.*

[1994] 1 F.C. 102; (1993), 19 Admin. L.R. (2d) 91; 11 C.E.L.R. (N.S.) 1; 64 F.T.R. 127 (T.D.); affd (1995), 16 C.E.L.R. (N.S.) 24; 179 N.R. 106 (F.C.A.); *Bell Canada v. Canada (Human Rights Commission)*, [1991] 1 F.C. 356; (1990), 39 F.T.R. 97 (T.D.); *Chopra v. Canada (Treasury Board)* (1999), 168 F.T.R. 273 (F.C.T.D.); *Bressette v. Kettle and Stony Point Band Council* (1997), 137 F.T.R. 189 (F.C.T.D.); *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; (1996), 140 D.L.R. (4th) 193; 40 C.R.R. (2d) 81; 204 N.R. 1; *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. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 302 N.R. 34; 2003 SCC 19; *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; *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609; (2004), 238 D.L.R. (4th) 217; 346 A.R. 201; 29 Alta. L.R. (4th) 1; 14 Admin. L.R. (4th) 165; 318 N.R. 332; 2004 SCC 23; *Gee v. M.N.R.* (2002), 284 N.R. 321; 2002 FCA 4; *Canada (Attorney General) v. Grover* (2004), 252 F.T.R. 244; 2004 FC 704; *Wang v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2005 FC 654; [2005] F.C.J. 796 (QL); *Singh v. Canada (Attorney General)* (2001), 201 F.T.R. 226; 2001 FCT 198; affd (2002), 291 N.R. 365; 2002 FCA 247; *Chopra v. Canada (Attorney General)* (2002), 222 F.T.R. 236; 2002 FCT 787; *Bradley v. Canada (Attorney General)* (1999), 238 N.R. 76 (F.C.A.); *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; *McConnell v. Canada (Human Rights Commission)*, 2004 FC 817; [2004] F.C.J. No. 1005 (QL); *Murray v. Canada (Human Rights Commission)*, 2003 FCA 222; [2003] F.C.J. No. 763 (QL); *Elkayam v. Canada (Attorney General)* (2004), 256 F.T.R. 143; 2004 FC 909; affd 2005 FCA 101; [2005] F.C.J. 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; *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.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Canadian Human Rights Commission not to request that the Human Rights Tribunal inquire into the applicants' complaints. Application dismissed.

*Canada*, [1994] 1 C.F. 102; conf. par [1995] A.C.F. n° 70 (C.A.) (QL); *Bell Canada c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1991] 1 C.F. 356 (1<sup>re</sup> inst.); *Chopra c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1999] A.C.F. n° 835 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Bressette c. Conseil de la bande de Kettle and Stony Point*, [1997] A.C.F. n° 1130 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; 2003 CSC 19; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609; 2004 CSC 23; *Gee c. M.R.N.*, 2002 CAF 4; [2002] A.C.F. n° 12 (QL); *Canada (Procureur général) c. Grover*, 2004 CF 704; [2004] A.C.F. n° 865 (QL); *Wang c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2005 CF 654; [2005] A.C.F. n° 796 (QL); *Singh c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 198; [2001] A.C.F. n° 367 (QL); conf. par 2002 CAF 247; [2002] A.C.F. n° 885 (QL); *Chopra c. Canada (Procureur général)*, 2002 CFPI 787; [2002] A.C.F. n° 1082 (QL); *Bradley c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 370 (C.A.) (QL); *Tahmourpour c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 113; [2005] A.C.F. n° 543 (QL); *McConnell c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2004 CF 817; [2004] A.C.F. n° 1005 (QL); *Murray c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2003 CAF 222; [2003] A.C.F. n° 763 (QL); *Elkayam c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 909; [2004] A.C.F. n° 1099 (QL); conf. par 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; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536.

DEMANDE de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision de la Commission canadienne des droits de la personne de ne pas demander au Tribunal des droits de la personne d'instruire les plaintes des demandeurs. Demande rejetée.

## APPEARANCES:

*Pierre Langlois* for applicants.  
*Suzanne Thibaudeau, Q.C.* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Pierre Langlois*, Montréal, for applicants.  
*Heenan Blaikie LLP*, Montréal, for respondent.

*The following is the English version of the reasons for order rendered by*

[1] DE MONTIGNY J.: The original applicants of these applications for judicial review, Jeannine Bastide (on behalf of 35 co-applicants) and Kenneth Doolan (on behalf of 5 co-applicants), were all temporary employees of the Canada Post Corporation at the time that the facts that are relevant to the resolution of the dispute occurred. They all allege that they were discriminated against because the manual dexterity test that they had to take to obtain a permanent position disadvantaged them with respect to younger employees with less seniority.

[2] After reviewing their complaints, the Canadian Human Rights Commission decided not to request the appointment of a Human Rights Tribunal, despite the recommendation to that effect made by the investigator responsible for the file. The applicants are applying for a judicial review of those decisions by the Commission. Since the two Court files (T-2115-04 and T-2116-04) raise the same issues and were argued together, these reasons are to be read jointly with the orders made for each of the Court files.\*

## BACKGROUND

[3] It seems that since 1976, all individuals who have wanted to obtain regular employment as a postal clerk

\*Editor's Note: The Editor has decided that because the reasons for order in docket No. T-2116-04 (2005 FC 1414) are identical to those in docket No. T-2115-04, only the latter will be reported in the *Federal Courts Reports*.

## ONT COMPARU :

*Pierre Langlois* pour les demandeurs.  
*Suzanne Thibaudeau, c.r.*, pour la défenderesse.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Pierre Langlois*, Montréal, pour les demandeurs.  
*Heenan Blaikie s.r.l.*, Montréal, pour la défenderesse.

*Voici les motifs de l'ordonnance rendus en français par*

[1] LE JUGE DE MONTIGNY : Les demandeurs à l'origine des présentes demandes de contrôle judiciaire, Jeannine Bastide (au nom de 35 co-demandeurs) et Kenneth Doolan (au nom de 5 co-demandeurs), étaient tous des employés temporaires de la Société canadienne des postes au moment où les faits pertinents à la résolution du litige se sont produits. Ils allèguent tous avoir fait l'objet de discrimination dans la mesure où le test de dextérité manuelle auquel ils ont été soumis pour obtenir un poste permanent les désavantageaient au détriment d'employés plus jeunes et ayant moins d'ancienneté.

[2] Après avoir examiné leurs plaintes, la Commission canadienne des droits de la personne a décidé de ne pas demander la constitution d'un tribunal des droits de la personne, malgré la recommandation en ce sens formulée par l'enquêtrice chargée du dossier. C'est de ces décisions de la Commission que les demandeurs demandent le contrôle judiciaire devant cette Cour. Les deux dossiers (T-2115-04 et T-2116-04) soulevant les mêmes questions et ayant été plaidé en même temps, les présents motifs doivent être lus conjointement avec les ordonnances rendues pour chacun de ces dossiers.\*

## LE CONTEXTE

[3] Il appert que depuis 1976, toutes les personnes qui désirent obtenir un emploi régulier de commis des

\*Note de l'arrêtiste : L'arrêtiste en chef a décidé qu'en raison du fait que les motifs de l'ordonnance dans le dossier n° T-2116-04 (2005 CF 1414) sont identiques à ceux, dans le dossier n° T-2115-04, seulement ces derniers seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

(salary level PO4) in a mechanized plant have had to pass a dexterity test. This test is intended to establish the basic skills to see if the employees are able to proceed with the training program intended to teach them to code postal codes in the mechanized plants. As a matter of fact, the coding work requires dexterity and the capacity to rapidly co-ordinate a visual observation and the action of the keys on a coding keyboard.

[4] At the relevant time, namely from February 1, 1995 until July 31, 1997, the collective agreement contained a new provision applicable to postal clerks to the effect that a vacant position would be offered to employees and temporary employees “who possess the basic skills and requirements for work in the group in which the vacancy exists.”

[5] The dexterity test administered in 1995, which is the subject of this application for judicial review was thus used to evaluate the basic skills of the temporary employees (formerly called “casual help”) at the downtown Letter Processing Plant (LPP). Passing the test gave access to a regular part-time or full-time position as a PO4 clerk. It also gave access to the coding training and, if this training was successfully completed, they could obtain a position at the coding desk or the videocoding system.

[6] There was evidence that the downtown LPP receives and processes approximately three million pieces of mail daily. It is highly mechanized and uses cutting-edge technology. Many pieces of equipment require coding on a computer keyboard.

[7] PO4 postal clerks work in the mechanized area and in the manual area, at Mail Preparation or at the Receipt Verification Unit. In the mechanized area, PO4 postal clerks are called CSS clerks (coder, sweeper, sorter). They perform such tasks as feeding the machines, working at a computer keyboard to code mail according to the postal code symbols and emptying machines. In the manual area, PO4 clerks do the work that could not be performed mechanically. As in the

postes (niveau salarial PO4) dans un établissement mécanisé doivent avoir réussi un test de dextérité. Ce test vise à établir les aptitudes de base pour déterminer si les employés peuvent poursuivre le programme de formation destiné à leur apprendre à coder les codes postaux dans les établissements mécanisés. Le travail de codage requiert, en effet, de la dextérité et la capacité de coordonner rapidement une observation visuelle et l'action des touches d'un clavier de codage.

[4] À l'époque pertinente, soit du 1<sup>er</sup> février 1995 jusqu'au 31 juillet 1997, la convention collective comportait une nouvelle disposition applicable aux commis des postes selon laquelle « un poste vacant est offert aux employés et employées temporaires [. . .] qui possèdent les compétences et aptitudes de base requises pour effectuer le travail dans le groupe au sein duquel existe le poste vacant ».

[5] Le test de dextérité administré en 1995 et visé dans la présente demande de contrôle judiciaire était donc utilisé pour évaluer les aptitudes de base des employés temporaires (auparavant désignés comme « aides occasionnels ») à l'établissement de traitement des lettres (ETL) du centre-ville. La réussite du test donnait accès à un poste régulier de commis PO4 à temps plein et à temps partiel. Elle leur donnait aussi accès à la formation au codage et, s'ils réussissaient cette formation, ils pouvaient obtenir un poste pour le pupitre de codage et pour le système de vidéocodage.

[6] Il a été mis en preuve que l'ETL du centre-ville reçoit et traite chaque jour environ trois millions de pièces de courrier. Cet établissement est fortement mécanisé et à la fine pointe de la technologie. De multiples pièces d'équipement requièrent du codage sur un clavier d'ordinateur.

[7] Les commis des postes PO4 travaillent au secteur mécanisé, au secteur manuel, à la préparation du courrier ou à l'unité de vérification du courrier reçu. Dans le secteur mécanisé, les commis des postes PO4 sont désignés comme étant des commis CRT (codeur, ramasseur, trieur). Ils effectuent des tâches telles alimenter des machines, actionner un clavier d'ordinateur pour coder le courrier selon les caractères du code postal et vider les machines. Dans le secteur

mechanized area, the employees do primary sorting and final sorting of mail but do it manually. Finally, in the Receipt Verification Unit, the PO4 clerks check the mailings of certain major clients to ensure that everything is consistent with the contract entered into by the Corporation and its clients and that the fees have been paid.

[8] Even if not all PO4 clerks are called upon to perform coding operations, it is evident that the trend towards mechanization is such that a substantial portion of the staff is called on or will eventually be called on to perform operations requiring coding. To illustrate, from September 1994 to April 1997, the percentage of the clerical staff (PO4) working in the mechanized area increased from 37.1% to 51.9%. On the other hand, during the same period, the percentage of clerks working in the manual area went from 41.3% to 31.1%. That is in fact the determination made by the grievance arbitrator and the Commission's investigator.

[9] Moreover, there is a lot of movement of staff among these regular employees, and that is for many reasons (to meet needs, because of workforce reorganization, because of the introduction of new technologies, etc.). Not to mention that employees doing the coding must be rotated at regular intervals, such as every four hours, to diversify their tasks, which doubles the manpower requirements for the coding.

[10] During a reorganization in early 1995, the downtown LPP had many vacant PO4 clerk positions. These positions were first offered to the regular employees; the positions that were still vacant, which happened to be regular part-time positions, were offered in order of seniority to temporary employees who had passed the dexterity test administered in March 1995.

[11] The temporary employees who were offered and who accepted vacant positions at the PO4 level had, pursuant to the collective agreement, six months to qualify through the coding training. This training

manuel, les commis PO4 font le travail que l'équipement mécanisé n'a pas réussi à effectuer. Comme au secteur mécanisé, les employés font du tri primaire et du tri final du courrier mais le font manuellement. Finalement, dans l'unité de vérification du courrier reçu, les commis PO4 vérifient le courrier de certains gros clients pour s'assurer que tout est conforme au contrat conclu entre la Société et ses clients et que les frais ont été payés.

[8] Même si tous les commis PO4 ne sont pas appelés à effectuer des opérations de codage, il est évident que la tendance à la mécanisation fait en sorte qu'une partie importante de l'effectif est appelée, ou le sera éventuellement, à effectuer des opérations qui nécessitent du codage. À titre d'exemple, de septembre 1994 à avril 1997, le pourcentage de l'effectif des commis (PO4) travaillant au secteur mécanisé augmenta de 37,1 % à 51,9 %. Par contre, le pourcentage des commis travaillant au secteur manuel passa, durant la même période, de 41,3 % à 31,1 %. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle en sont arrivés l'arbitre des griefs et l'enquêtrice de la Commission.

[9] Qui plus est, il y a beaucoup de mouvements de personnel chez ces employés réguliers, et ceci pour de multiples raisons (pour faire face aux besoins, en raison de la restructuration des effectifs, de l'introduction de nouvelles technologies, etc.). Sans compter que les employés qui font du codage doivent changer de travail à intervalle régulier, comme aux quatre heures, pour varier leurs tâches, ce qui double les besoins en main-d'œuvre qualifiée pour le codage.

[10] Dans le cadre d'une restructuration, au début de 1995, l'ETL du centre-ville se retrouva avec plusieurs postes vacants de commis PO4. Ces postes furent d'abord offerts aux employés réguliers; les postes demeurés vacants, en l'occurrence des postes réguliers à temps partiel, furent offerts par ordre d'ancienneté aux employés temporaires qui avaient réussi le test de dextérité administré en mars 1995.

[11] Les employés temporaires qui se voyaient offrir et acceptaient un poste vacant au niveau PO4 avaient, en vertu de la convention collective, six mois pour se qualifier par le biais de la formation en codage. Cette

requires, for coding at a desk, approximately 210 hours, and for videocoding, 100 hours.

[12] As for the test itself, it calls for the equipment that is used in the normal course of operations. Each candidate has at his or her disposal a computer screen on which appears a reproduction of the keyboard: each key corresponds to a letter and nine of them also have a digit, from 1 to 9. The digits and letters do not appear on the keys, but only in the representation that can be seen on the screen. The keyboard used for the test is analogous to that which is used by a coder at work, except that for the test, this keyboard is hidden by a flat plate: the candidate can work the 20 keys of the keyboard with his right hand, but he cannot see the keyboard. This prevents the candidate from being distracted from the screen. Each part of the test contains 36 codes to be entered, each code containing 6 characters. To pass the dexterity test, the candidate must reproduce, without error, using the screened keyboard, 60 of the 72 codes presented on the screen.

[13] In order to be able to establish if age was a factor in passing or failing the manual dexterity tests, the Canadian Human Rights Commission retained the specialized services of Statistics Canada to obtain a statistical analysis of the incidence of the dexterity test according to the age of the persons to whom it was administered. The overall results of the analysis indicated that there is a significant statistical relationship between age and the test results or the failure rate, as the case may be. In fact, it seems that the failure rate increases in proportion to age, namely 1.2% per year.

[14] The complainants went to the Commission on June 20, 1995, as soon as they learned that regular positions would be offered to those who had passed the test. Two formal complaints were filed with the Commission on March 29, 1996, by Jeannine Bastide; the first alleges that the Canada Post Corporation discriminated against the complainants on the basis of their age in a matter related to employment by imposing a dexterity test depriving or tending to deprive them of employment opportunities contrary to section 10 [as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 13(E)] of the *Canadian Human*

formation exige, pour le codage à un pupitre, environ 210 heures, et pour le vidéocodage, 100 heures.

[12] Quant au test lui-même, il fait appel à l'équipement qui est utilisé dans le cours normal des opérations. Chaque candidat(e) dispose d'un écran informatique qui reproduit le clavier : chaque touche correspond à une lettre et neuf d'entre elles comportent aussi un chiffre, de 1 à 9. Les chiffres et les lettres n'apparaissent pas sur les touches, mais seulement à la représentation qui se voit à l'écran. Le clavier utilisé lors du test est analogue à celui dont se sert un codeur au travail, sauf que lors du test, ce clavier est caché par une plaque : le candidat peut manipuler de la main droite les 20 touches du clavier, mais il ne peut voir le clavier. Ceci vise à éviter que le candidat soit distrait de l'écran. Chaque portion du test comporte 36 codes à inscrire, chaque code comportant 6 données. Pour réussir le test de dextérité, le (la) candidat(e) doit reproduire, sans erreur, au moyen du clavier à main cachée, 60 des 72 codes que lui propose l'écran.

[13] Afin de pouvoir établir si l'âge avait été un facteur de réussite ou d'échec des tests de dextérité manuelle, la Commission canadienne des droits de la personne a d'autre part retenu les services spécialisés de Statistique Canada pour obtenir une analyse statistique de l'incidence du test de dextérité selon l'âge sur les personnes à qui il est administré. L'ensemble des résultats obtenus lors de l'analyse permet de conclure qu'il existe une relation statistique significative entre l'âge et le résultat au test de dextérité ou le taux d'échec, selon le cas. En fait, il semble que le taux d'échec croît proportionnellement avec l'âge, c'est-à-dire de 1,2% par année.

[14] Les plaignant(e)s se sont présentés à la Commission le 20 juin 1995, soit dès qu'ils ont su que des postes réguliers seraient offerts à ceux et celles qui avaient réussi le test. Deux plaintes ont été formellement déposées à la Commission le 29 mars 1996 par M<sup>me</sup> Jeannine Bastide; la première allègue que la Société canadienne des postes a discriminé contre les plaignants en raison de leur âge en matière d'emploi en imposant un test de dextérité qui est susceptible d'annihiler leur chance d'emploi ou d'avancement contrairement à l'article 10 [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 13(A)] de la

*Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (the Act), while the second was to the effect that the Corporation discriminated against the complainants on the basis of their age by imposing a dexterity test and refusing to hire them in permanent positions contrary to section 7 of the Act.

[15] Subsequently, on December 14, 2001, a second group (represented by Mr. Doolan) filed a complaint essentially to the same effect as the complaints of Jeannine Bastide. The Commission consented to state an opinion on this complaint even though it had been filed after the one-year time limit provided for under paragraph 41(1)(e) [as am. by S.C. 1994, c. 26, s. 34(F); 1995, c. 44, s. 49] of the Act, because the failure to consider their application could be attributed to the Commission (they had added their names to the list of complainants for the two other complaints three days after they were signed, but this new list had not been attached to the first list and it had not been forwarded to the respondent).

[16] As the union had filed a grievance on July 12, 1995, regarding the Corporation's use of the dexterity test, the Commission initially decided to stay the review of the complaints until the arbitrator's award pursuant to the collective agreement. After examining the testimonial and documentary evidence, the arbitrator dismissed the grievance on November 5, 1999. In his decision, the arbitrator noted that instituting the dexterity test was intended to identify the persons who would likely be able to acquire the manual, visual and mental skills necessary to do the coding. He determined that the dexterity test was valid or, in other words, reliable as an indicator of the eventual ability to code efficiently.

[17] The arbitrator noted that the data compiled by the employer over a few years based on a significant sampling of candidates indicated a rather high correlation between success on the test and success with the training program; furthermore, failure on the test has been a rather accurate indicator of subsequent difficulty with the training program.

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la Loi), tandis que la deuxième est à l'effet que la Société a discriminé contre les plaignants en raison de leur âge en imposant un test de dextérité et en refusant de les employer dans des postes permanents contrairement à l'article 7 de la Loi.

[15] Subséquemment, soit le 14 décembre 2001, un deuxième groupe (représenté par M. Doolan) déposait une plainte essentiellement au même effet que les plaintes de Jeannine Bastide. La Commission a accepté de se prononcer sur cette plainte même si elle avait été déposée après l'expiration du délai d'un an prévu à l'alinéa 41(1)e [mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 34(F); 1995, ch. 44, art. 49] de la Loi, au motif que l'omission de considérer leur demande était imputable à la Commission (ils avaient ajouté leurs noms à la liste des plaignants des deux autres plaintes trois jours après leur signature, mais cette nouvelle liste n'avait pas été jointe à la première liste ni transmise à la défenderesse).

[16] Le syndicat ayant déposé un grief le 12 juillet 1995 portant sur l'utilisation par la Société du test de dextérité, la Commission décida dans un premier temps de surseoir à l'examen des plaintes jusqu'à ce que soit rendue une sentence arbitrale en vertu de la convention collective. Après avoir pris connaissance de la preuve testimoniale et documentaire, l'arbitre rejeta le grief le 5 novembre 1999. Dans sa décision, l'arbitre nota que l'instauration du test de dextérité visait à identifier les personnes qui seront vraisemblablement capables d'acquérir les habilités manuelles, visuelles et mentales qui sont nécessaires au codage. Il conclut que le test de dextérité est valide ou, en d'autres termes, fiable comme indicateur de l'aptitude éventuelle à coder avec efficacité.

[17] L'arbitre nota que les données compilées par l'employeur depuis quelques années, et portant sur un échantillonnage significatif de candidats, montrent une corrélation relativement élevée entre la réussite du test et le succès, lors du programme de formation; par ailleurs, l'échec au test a été un indicateur assez juste de la difficulté éprouvée, ultérieurement, à réussir le programme de formation.

[18] He further indicated that the relevance of the test must be evaluated not in relation to a particular position, but according to the work to be performed in the group of PO4 postal clerks. Consequently, he confirmed that the basic skills and aptitudes that the Corporation might be seeking, in this situation, are those required to perform the work in the group, which includes the aptitude to acquire the skills necessary to do the coding.

[19] In a decision dated November 22, 2000 [*Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes c. Société canadienne des postes*, [2000] J.Q. No. 5284 (QL)], the Quebec Superior Court dismissed the application for judicial review that had been filed by the union. Following that decision, the Commission reactivated the review of the complaints. On November 22, the investigator appointed by the Commission recommended that it adjudicate the complaints. Then, by letter dated February 26, 2002, the Commission notified the complainants that it had decided to adjudicate the complaints.

[20] On November 17, 2003, the same investigator recommended to the Commission to request the appointment of a tribunal to hear the complaints. She arrived at this conclusion based on the following reasons:

- The inquiry established that there was a significant relationship between age and the dexterity test results;
- The third party's good faith as to the connection between the need to succeed on the test and the requirements of the work can be challenged;
- The third party did not demonstrate that it had explored all possible avenues of accommodation for persons with less technological abilities, particularly because of their age (applicants' brief, pages 109-110).

[21] This report was sent to the parties on November 17, 2003. In the accompanying letter, the Commission invited each of the parties to submit its observations on this report by December 19, 2003. Furthermore, the parties were notified that they could communicate their observations to each other.

[18] Il indiqua par ailleurs que la pertinence du test doit s'apprécier non pas en fonction d'un poste en particulier, mais selon le travail à effectuer dans le groupe des commis des postes PO4. Par conséquent, il confirma que les compétences et aptitudes de base que la Société peut rechercher, en l'occurrence, sont celles requises pour effectuer le travail dans le groupe, ce qui comprend l'aptitude à acquérir les habilités nécessaires au codage.

[19] Dans une décision rendue le 22 novembre 2000 [*Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes c. Société canadienne des postes*, [2000] J.Q. n° 5284 (QL)], la Cour supérieure du Québec rejeta la demande de révision judiciaire qui avait été déposée par le syndicat. Suite à cette décision, la Commission a réactivé l'examen des plaintes. Le 22 novembre, l'enquêtrice nommée par la Commission recommande à cette dernière de statuer sur les plaintes. Puis, par lettre en date du 26 février 2002, la Commission avise les plaignants qu'elle avait décidé de statuer sur les plaintes.

[20] Le 17 novembre 2003, la même enquêtrice recommandait à la Commission de demander la constitution d'un tribunal pour instruire les plaintes. Elle en est arrivée à cette conclusion en s'appuyant sur les motifs suivants :

- L'enquête a permis d'établir qu'il y a une relation significative entre l'âge et le résultat au test de dextérité;
- La bonne foi de la mise en cause quant au lien entre la nécessité du succès au test et les exigences du travail peut être remise en question;
- La mise en cause n'a pas démontré qu'elle avait exploré toutes les avenues possibles d'accommodement des personnes moins habiles dans les technologies, notamment en raison de leur âge (dossier des demandeurs, pages 109 et 110).

[21] Ce rapport a été communiqué aux parties le 17 novembre 2003. Dans la lettre qui l'accompagnait, la Commission invitait chacune des parties à lui présenter ses observations sur ce rapport au plus tard le 19 décembre 2003. En outre, les parties ont été avisées qu'elles pouvaient se communiquer leurs observations.

[22] After studying the investigator's report as well as the observations expressed by both parties on this report, the Commission communicated its decision to the parties by letter dated October 25, 2004. It concluded that the complaints should be dismissed, because [TRANSLATION] "the third party has established the existence of a *bona fide* occupational requirement within the meaning of section 15 of the Act." It is this decision that the applicants, represented by Jeannine Bastide and Kenneth Doolan, are seeking to have set aside by way of a judicial review.

#### ISSUES

[23] The issues raised by this application for judicial review are the following:

- What standard of review applies to the Commission's decision to dismiss the complaints?
- Did the Commission err in deciding to dismiss the complaints?

#### APPLICABLE LEGISLATION

[*Canadian Human Rights Act*, ss. 15 (as am. by S.C. 1998, c. 9, ss. 10, 15), 44 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64; 1998, c. 9, s. 24)]

7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,

(a) to refuse to employ or continue to employ any individual, or

(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee,

on a prohibited ground of discrimination.

...

10. It is a discriminatory practice for an employer, employee organization or employer organization

(a) to establish or pursue a policy or practice, or

[22] Après avoir étudié le rapport de l'enquêtrice ainsi que les observations formulées de part et d'autre sur ce rapport, la Commission communiqua sa décision aux parties dans une lettre en date du 25 octobre 2004. Elle en arriva à la conclusion que les plaintes devaient être rejetées, parce que « le mis en cause a fait la preuve de l'existence d'une exigence professionnelle justifiée au sens de l'article 15 de la Loi ». C'est cette décision que les demandeurs, représentés par M<sup>me</sup> Jeannine Bastide et M. Kenneth Doolan, veulent faire annuler par voie de contrôle judiciaire.

#### LES QUESTIONS EN LITIGE

[23] Les questions soulevées par la présente demande de contrôle judiciaire sont les suivantes :

- Quelle est la norme de contrôle applicable à la décision de la Commission de rejeter les plaintes?
- La Commission a-t-elle erré en prenant la décision de rejeter les plaintes?

#### LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

[*Loi canadienne sur les droits de la personne*, art. 15 (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 10, 15), 44 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 64; 1998, ch. 9, art. 24)]

7. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, par des moyens directs ou indirects :

a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu;

b) de le défavoriser en cours d'emploi.

[...]

10. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite et s'il est susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'invidus, le fait, pour l'employeur, l'association patronale ou l'organisation syndicale :

a) de fixer ou d'appliquer des lignes de conduite;

(b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,

that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.

...

15. (1) It is not a discriminatory practice if

(a) any refusal, exclusion, expulsion, suspension, limitation, specification or preference in relation to any employment is established by an employer to be based on a *bona fide* occupational requirement;

(b) employment of an individual is refused or terminated because that individual has not reached the minimum age, or has reached the maximum age, that applies to that employment by law or under regulations, which may be made by the Governor in Council for the purposes of this paragraph;

(c) an individual's employment is terminated because that individual has reached the normal age of retirement for employees working in positions similar to the position of that individual;

(d) the terms and conditions of any pension fund or plan established by an employer, employee organization or employer organization provide for the compulsory vesting or locking-in of pension contributions at a fixed or determinable age in accordance with sections 17 and 18 of the *Pension Benefits Standards Act, 1985*;

(e) an individual is discriminated against on a prohibited ground of discrimination in a manner that is prescribed by guidelines, issued by the Canadian Human Rights Commission pursuant to subsection 27(2), to be reasonable;

(f) an employer, employee organization or employer organization grants a female employee special leave or benefits in connection with pregnancy or child-birth or grants employees special leave or benefits to assist them in the care of their children; or

(g) in the circumstances described in section 5 or 6, an individual is denied any goods, services, facilities or accommodation or access thereto or occupancy of any commercial premises or residential accommodation or is a victim of any adverse differentiation and there is *bona fide* justification for that denial or differentiation.

b) de conclure des ententes touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation, l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel.

[...]

15. (1) Ne constituent pas des actes discriminatoires :

a) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontre qu'ils découlent d'exigences professionnelles justifiées;

b) le fait de refuser ou de cesser d'employer un individu qui n'a pas atteint l'âge minimal ou qui a atteint l'âge maximal prévu, dans l'un ou l'autre cas, pour l'emploi en question par la loi ou les règlements que peut prendre le gouverneur en conseil pour l'application du présent alinéa;

c) le fait de mettre fin à l'emploi d'une personne en appliquant la règle de l'âge de la retraite en vigueur pour ce genre d'emploi;

d) le fait que les conditions et modalités d'une caisse ou d'un régime de retraite constitués par l'employeur, l'organisation patronale ou l'organisation syndicale prévoient la dévolution ou le blocage obligatoires des cotisations à des âges déterminés ou déterminables conformément aux articles 17 et 18 de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*;

e) le fait qu'un individu soit l'objet d'une distinction fondée sur un motif illicite, si celle-ci est reconnue comme raisonnable par une ordonnance de la Commission canadienne des droits de la personne rendue en vertu du paragraphe 27(2);

f) le fait pour un employeur, une organisation patronale ou une organisation syndicale d'accorder à une employée un congé ou des avantages spéciaux liés à sa grossesse ou à son accouchement, ou d'accorder à ses employés un congé ou des avantages spéciaux leur permettant de prendre soin de leurs enfants;

g) le fait qu'un fournisseur de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au public, ou de locaux commerciaux ou de logements en prive un individu ou le défavorise lors de leur fourniture pour un motif de distinction illicite, s'il a un motif justifiable de le faire.

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

(3) The Governor in Council may make regulations prescribing standards for assessing undue hardship.

(4) Each regulation that the Governor in Council proposes to make under subsection (3) shall be published in the *Canada Gazette* and a reasonable opportunity shall be given to interested persons to make representations in respect of it.

(5) The Canadian Human Rights Commission shall conduct public consultations concerning any regulation proposed to be made by the Governor in Council under subsection (3) and shall file a report of the results of the consultations with the Minister within a reasonable time after the publication of the proposed regulation in the *Canada Gazette*.

(6) A proposed regulation need not be published more than once, whether or not it has been amended as a result of any representations.

(7) The Governor in Council may proceed to make regulations under subsection (3) after six months have elapsed since the publication of the proposed regulations in the *Canada Gazette*, whether or not a report described in subsection (5) is filed.

(8) This section applies in respect of a practice regardless of whether it results in direct discrimination or adverse effect discrimination.

(9) Subsection (2) is subject to the principle of universality of service under which members of the Canadian Forces must at all times and under any circumstances perform any functions that they may be required to perform.

...

44. (1) An investigator shall, as soon as possible after the conclusion of an investigation, submit to the Commission a report of the findings of the investigation.

...

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

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

(3) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, déterminer les critères d'évaluation d'une contrainte excessive.

(4) Les projets de règlement d'application du paragraphe (3) sont publiés dans la *Gazette du Canada*, les intéressés se voyant accorder la possibilité de présenter leurs observations à cet égard.

(5) La Commission des droits de la personne tient des consultations publiques concernant tout projet de règlement publié au titre du paragraphe (4) et fait rapport au gouverneur en conseil dans les meilleurs délais.

(6) La modification du projet de règlement n'entraîne pas une nouvelle publication.

(7) Faute par la Commission de lui remettre son rapport dans les six mois qui suivent la publication du projet de règlement, le gouverneur en conseil peut procéder à la prise du règlement.

(8) Le présent article s'applique à tout fait, qu'il ait pour résultat la discrimination directe ou la discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

(9) Le paragraphe (2) s'applique sous réserve de l'obligation de service imposée aux membres des Forces canadiennes, c'est-à-dire celle d'accomplir en permanence et en toutes circonstances les fonctions auxquelles ils peuvent être tenus.

[. . .]

44. (1) L'enquêteur présente son rapport à la Commission le plus tôt possible après la fin de l'enquête.

[. . .]

(3) Sur réception du rapport d'enquête prévu au paragraphe (1), la 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).

(4) After receipt of a report referred to in subsection (1), the Commission

(a) shall notify in writing the complainant and the person against whom the complaint was made of its action under subsection (2) or (3); and

(b) may, in such manner as it sees fit, notify any other person whom it considers necessary to notify of its action under subsection (2) or (3).

## ANALYSIS

[24] Before examining the issues identified in the preceding paragraph, consideration must be given to the respondent's claim to the effect that certain paragraphs of the affidavits submitted by Jeannine Bastide and Kenneth Doolan should be struck out and are not admissible as evidence in the context of their application for judicial review. These paragraphs are identical and read as follows:

[TRANSLATION]

5. The employees who passed this test, for the most part, were not at all subsequently assigned to tasks for which the test would have been relevant, but, on the contrary, continued performing their usual tasks which in no way required work necessitating the dexterity which the test supposedly verified; however, passing this test assured them of permanency as regular part-time or full-time employees;

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).

(4) Après réception du rapport, la Commission :

a) informe par écrit les parties à la plainte de la décision qu'elle a prise en vertu des paragraphes (2) ou (3);

b) peut informer toute autre personne, de la manière qu'elle juge indiquée, de la décision qu'elle a prise en vertu des paragraphes (2) ou (3).

## ANALYSE

[24] Avant d'examiner les questions identifiées au paragraphe précédent, il convient de se pencher sur les prétentions de la partie défenderesse à l'effet que certains paragraphes des affidavits soumis par M<sup>me</sup> Jeannine Bastide et M. Kenneth Doolan devraient être radiés et ne sont pas admissibles en preuve dans le cadre de leur demande de contrôle judiciaire. Ces paragraphes sont identiques et se lisent comme suit :

5. Les employés qui réussissent ce test, pour la plupart, n'étaient par la suite nullement assignés à des tâches pour lesquelles ledit test aurait été pertinent, mais, au contraire, continuaient leurs tâches habituelles, lesquelles n'exigeaient pas du tout un travail requérant la dextérité prétendument vérifiée par ce test; cependant la réussite de ce test leur assurait la permanence à titre d'employés réguliers à temps partiel ou plein temps;

...

[...]

7. The development of the so-called dexterity test had not been based on any expertise outside of Canada Post nor had it been negotiated with our union, the Union of Postal Workers (formerly: The Letter Carriers Union of Canada);

7. L'élaboration de ce prétendu test de dextérité n'avait été basée sur aucune expertise extérieure à Postes Canada et n'avait pas été négociée avec notre syndicat, le Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes (autrefois : le Syndicat des postiers du Canada);

8. It was in this way that the applicants, and many other casual helpers at the time in their late thirties and/or older than forty, thus affected by their age in their ability to learn and to adapt to new technologies within a given period of time, and not having had the benefit of academic clerical training in the operation of keyboards and computers, were outclassed by younger employees who had passed this test: the younger employees, while having much less seniority than the applicants, therefore obtained permanent status before them.

8. Ce fut ainsi que les demandeurs, et de nombreux autres aides occasionnels, se trouvant tous à l'époque dans la trentaine avancée et /ou âgés de plus de quarante ans, affectés de ce fait par leur âge dans leur capacité d'apprendre et de s'adapter à de nouvelles techniques dans un délai donné, et n'ayant pas bénéficié d'une formation académique dans le domaine clérical impliquant l'opération de claviers et d'informatique, se sont vus déclasser par des employés plus jeunes qui avaient réussi ce test : ces derniers, alors que leur ancienneté était de loin inférieure à celle des demandeurs, ont donc accédé avant eux à la permanence.

[25] It is well established that in matters of judicial review, an affidavit must be limited to statements of fact. It must not contain opinions, points of view or argument by the affiant. This principle, which has its source in the common-law rule on hearsay, can be explained by the fact that it must be possible to cross-examine the affiant. Its expression can now be found in subsection 81(1) of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, s. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] which states that "[a]ffidavits shall be confined to facts within the personal knowledge of the deponent."

[25] Il est bien établi qu'en matière de contrôle judiciaire, un affidavit doit se limiter à des déclarations de faits. Il ne doit pas contenir des opinions, des avis ou de l'argumentation par l'affiant. Ce principe, qui trouve sa source dans la règle de common law relative au oui-dire, s'explique du fait que l'affiant doit pouvoir être contre-interrogé. On en trouve maintenant l'expression au paragraphe 81(1) des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, art. 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], qui établit que « [l]es affidavits se limitent aux faits dont le déclarant a une connaissance personnelle ».

[26] This principle has frequently been applied by this Court to strike out affidavits or parts of affidavits which state a personal opinion or speculation. The same will be true with respect to paragraphs based on hearsay:

[26] Ce principe a été fréquemment appliqué par cette Cour pour radier des affidavits ou des parties d'affidavits qui expriment une opinion personnelle ou de la spéculation. Il en ira de même des paragraphes basés sur du oui-dire :

- *Dragage F.R.P.D. Ltée v. Bouchard* (1994), 84 F.T.R. 81 (F.C.T.D.);
- *Vancouver Island Peace Society v. Canada*, [1994] 1 F.C. 102 (T.D.), appeal dismissed (1995), 16 C.E.L.R. (N.S.) 24 (F.C.A.);
- *Bell Canada v. Canada (Human Rights Commission)*, [1991] 1 F.C. 356 (T.D.);
- *Chopra v. Canada (Treasury Board)* (1999), 168 F.T.R. 273 (F.C.T.D.);

- *Dragage F.R.P.D. Ltée c. Bouchard*, [1994] A.C.F. n° 1259 (1<sup>re</sup> inst.) (QL);
- *Vancouver Island Peace Society c. Canada*, [1994] 1 C.F. 102 (1<sup>re</sup> inst.), appel rejeté [1995] A.C.F. n° 70 (C.A.) (QL);
- *Bell Canada c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1991] 1 C.F. 356 (1<sup>re</sup> inst.);
- *Chopra c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1999] A.C.F. n° 835 (1<sup>re</sup> inst.) (QL);

- *Bressette v. Kettle and Stony Point Band Council* (1997), 137 F.T.R. 189 (F.C.T.D.).

[27] While the paragraphs reproduced above are not determinative in resolving the issue in this case, it is true, nonetheless, that they cannot in fact be taken into consideration. To the extent that they are based on hearsay and do not reflect facts within the personal knowledge of the affiants, the Court must disregard them. What's more, paragraph 8 expresses a pure opinion or makes an argument to the extent that it is stated that the applicants and many more casual helpers in their late thirties or older than forty were [TRANSLATION] "thus affected by their age in their capacity to learn and to adapt to new technologies within a given period of time, and not having had the benefit of academic clerical training in the operation of keyboards and computers, were outclassed by younger employees who had passed this test." This statement is more akin to an expert opinion than a fact to which the affiants can personally testify.

(A) The applicable standard of review

[28] Under subsection 44(3) of the Act, the Commission must dismiss the complaint when it is satisfied that an inquiry into the complaint is not warranted having regard to all the circumstances. At this stage of the proceedings, the Commission is therefore called upon to determine whether there is cause to proceed to the next stage which consists in requesting that the Human Rights Tribunal institute an inquiry into the complaint.

[29] Accordingly, it bears repeating that the Commission's mandate is not to give an opinion on the merits of the complaint or to determine if it is justified, but solely to give an opinion as to whether there is sufficient evidence to proceed. As the Supreme Court of Canada indicated in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, "[i]t is not intended that this be a determination where the evidence is weighed as in a judicial proceeding but rather the Commission must determine

- *Bressette c. Conseil de la bande de Kettle and Stony Point*, [1997] A.C.F. n° 1130 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

[27] Bien que les paragraphes reproduits plus haut ne soient pas déterminants en l'espèce pour l'issue du litige, il n'en demeure pas moins qu'ils ne peuvent effectivement être pris en considération. Dans la mesure où ils reposent sur du oui-dire et ne reflètent pas des faits dont les affiants ont une connaissance personnelle, la Cour doit en faire abstraction. Qui plus est, le paragraphe 8 exprime une pure opinion ou présente une argumentation dans la mesure où il est déclaré que les demandeurs et de nombreux autres aides-occasionnels dans la trentaine avancée ou âgés de plus de quarante ans étaient « affectés de ce fait par leur âge dans leur capacité d'apprendre et de s'adapter à de nouvelles techniques dans un délai donné, et n'ayant pas bénéficié d'une formation académique dans le domaine clérical impliquant l'opération de claviers et d'informatique, se sont vus déclasser par des employés plus jeunes qui avaient réussi ce test ». Cet énoncé s'apparente davantage à une opinion d'expert qu'à un fait dont les affiants peuvent personnellement témoigner.

A) La norme de contrôle applicable

[28] Au terme du paragraphe 44(3) de la Loi, la Commission doit rejeter la plainte lorsqu'elle est convaincue que son examen n'est pas justifié compte tenu des circonstances. À ce stade des procédures, la Commission est donc appelée à déterminer s'il y a matière à passer à l'étape suivante, qui consiste à demander au Tribunal des droits de la personne d'instruire la plainte.

[29] Par conséquent, il convient de le rappeler, le mandat de la Commission n'est pas de se prononcer sur le mérite de la plainte ni d'en déterminer le bien-fondé, mais uniquement de se prononcer sur la question de savoir s'il y a suffisamment de preuve pour aller plus loin. Comme la Cour suprême du Canada l'indiquait dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, « [l]e but n'est pas d'en faire une décision aux fins de laquelle la preuve est soupesée de la même manière

whether there is a reasonable basis in the evidence for proceeding to the next stage” (page 899). That is to say that the Commission’s decision is an administrative one and is therefore discretionary (see also *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, at page 891).

[30] In matters of judicial review, the pragmatic and functional analysis requires the assessment of four contextual factors in order to choose the applicable standard: (1) the presence or absence in the Act of a privative clause or of a statutory right of appeal; (2) the expertise of the tribunal relative to that of the reviewing court on the issue in question; (3) the purposes of the legislation and the provision in particular; and (4) the nature of the question—law, fact or mixed law and fact. This analysis can result in three possible standards of review, patent unreasonableness, reasonableness *simpliciter* and correctness.

- *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraphs 26-35;
- *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, at paragraphs 24-27;
- *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paragraphs 29-38;
- *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers’ Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609, at paragraphs 15-18.

[31] In this case, the Act does not contain a privative clause or a statutory right of appeal. The fact that the Act is silent on these matters is neutral and does not imply a high standard of review. As to the Commission’s expertise, there is no doubt that the Commission has an edge when the issue is whether a complaint should be dismissed.

[32] The intent of the Act is stated in section 2 [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 9]. Its purpose is that all individuals should have an equal opportunity to live

que dans des procédures judiciaires; la Commission doit plutôt déterminer si la preuve fournit une justification raisonnable pour passer à l’étape suivante » (page 899). C’est dire que la décision de la Commission est de nature administrative et donc discrétionnaire (voir aussi *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, à la page 891).

[30] En matière de contrôle judiciaire, l’analyse pragmatique et fonctionnelle requiert l’examen de quatre facteurs contextuels afin de choisir la norme applicable : 1) la présence ou l’absence dans la Loi d’une clause privative ou d’un droit d’appel; 2) l’expertise relative du tribunal par rapport à celle de la cour de révision sur le point en litige; 3) l’objet de la Loi et de la disposition particulière en cause; et 4) la nature de la question — de droit, de fait ou mixte de droit et de fait. Cette analyse peut déboucher sur trois normes de contrôle admises, la décision manifestement déraisonnable, la décision raisonnable *simpliciter* et la décision correcte.

- *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, aux paragraphes 26 à 35;
- *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, aux paragraphes 24 à 27;
- *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, aux paragraphes 29 à 38;
- *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers’ Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, aux paragraphes 15 à 18.

[31] En l’occurrence, la Loi ne renferme aucune clause privative et ne confère aucun droit d’appel. Ce silence de la Loi est neutre et n’implique pas une norme élevée de contrôle. En ce qui a trait à l’expertise de la Commission, il ne fait pas de doute que la Commission a une longueur d’avance lorsque la question est celle de savoir si une plainte devrait être rejetée.

[32] Le but de la Loi est énoncé à son article 2 [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 9]. Elle a pour objet de donner effet aux droits des individus, dans la mesure compatible

their lives to the fullest, consistent with their duties as members of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national origin or on any other bases of discrimination listed in that section. The Act allows, by various provisions, for limits on this purpose. Sections 41 and 44, for example, place limits on the referral of complaints to the Tribunal. The Commission was given a good deal of latitude and discretion in its decision making. Consequently, the Federal Court of Appeal [in *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, [1999] 1 F.C. 113, at paragraph 38] has concluded that it can safely be said that, as a general rule, Parliament did not wish the courts to intervene lightly with the Commission's decisions.

The Act grants the Commission a remarkable degree of latitude when it is performing its screening function on receipt of an investigation report. Subsections 40(2) and 40(4) and sections 41 and 44 are replete with expressions such as "is satisfied", "ought to", "reasonably available", "could more appropriately be dealt with", "all the circumstances", "considers appropriate in the circumstances" which leave no doubt as to the intent of Parliament. 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.

See also *Gee v. M.N.R.* (2002), 284 N.R. 321 (F.C.A.).

[33] As to the nature of the issue, the Commission must determine if a review of the complaints by a Tribunal would be warranted. To do so, the Commission must apply a legal principle to the facts that are presented to it; it is therefore a question of mixed fact and law.

[34] After analysing these four factors, my colleague O'Keefe J. determined that a decision by the Commission not to refer a complaint to the Tribunal must be examined according to the reasonableness

avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment de considérations fondées sur la race, l'origine nationale et des autres facteurs de discrimination énoncés audit article. La Loi reconnaît, par diverses dispositions, des limitations à cet objectif. Les articles 41 et 44, par exemple, imposent des limites au renvoi des plaintes devant le Tribunal. La Commission s'est vue conférer beaucoup de latitude et de discrétion dans la prise de décisions. Ainsi, la Cour d'appel fédérale [dans l'arrêt *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications de l'énergie et du papier*, [1999] 1 C.F. 113, au paragraphe 38] a conclu que l'on pouvait 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.

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 paragraphes 40(2) et 40(4), et les articles 41 et 44 regorgent d'expressions comme « à son avis », « devrait », « normalement ouverts », « pourrait avantageusement être instruits », « des circonstances », « estime indiqué dans les circonstances », qui ne laissent aucun doute quant à l'intention du législateur. 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) comportent, 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.

Voir aussi *Gee c. M.R.N.*, 2002 CAF 4.

[33] Quant à la nature de la question, il s'agit pour la Commission de déterminer si un examen des plaintes par un tribunal serait justifié. Pour ce faire, la Commission doit appliquer une règle de droit aux faits qui lui sont soumis; c'est donc une question mixte de fait et de droit.

[34] Après avoir procédé à l'analyse de ces quatre facteurs, mon collègue le juge O'Keefe en est arrivé à la conclusion que la décision de la Commission de ne pas référer une plainte au Tribunal devait être revue en

*simpliciter* standard: *MacLean v. Marine Atlantic Inc.* (2003), 243 F.T.R. 219 (F.C.). I concur. I note in passing that this standard of review, is generally applied in similar circumstances by my colleagues and by the Federal Court of Appeal, although not unanimously:

- *Canada (Attorney General) v. Grover* (2004), 252 F.T.R. 244 (F.C.);
- *Wang v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2005 FC 654;
- *Gardner v. Canada (Attorney General)* (2004), 250 F.T.R. 115 (F.C.); affd (2005), 339 N.R. 91 (F.C.A.);
- *Singh v. Canada (Attorney General)* (2001), 201 F.T.R. 226 (F.C.T.D.); affd (2002), 291 N.R. 365 (F.C.A.);
- *Chopra v. Canada (Attorney General)* (2002), 222 F.T.R. 236 (F.C.T.D.);
- *Bradley v. Canada (Attorney General)* (1999), 238 N.R. 76 (F.C.A.);
- *Gee v. M.N.R.*;
- *Tahmourpour v. Canada (Solicitor General)* (2005), 27 Admin. L.R. (4th) 315 (F.C.A.).

[35] It is true, as was pointed out by the respondent, that the patent unreasonableness standard is also applied on occasion: *McConnell v. Canada (Human Rights Commission)*, 2004 FC 817; *Murray v. Canada (Human Rights Commission)*, 2003 FCA 222; *Elkayam v. Canada (Attorney General)* (2004), 256 F.T.R. 143 (F.C.), affirmed by the Federal Court of Appeal at 2005 FCA 101. With respect, in my view these decisions do not reflect the majority trend; in fact, the most recent decision of the Federal Court of Appeal on this issue [*Gardner v. Canada (Attorney General)* (2005), 339 N.R. 91 (F.C.A.), at paragraph 21] reaffirms that reasonableness *simpliciter* is the applicable standard:

appliquant la norme de la décision raisonnable *simpliciter* : *MacLean c. Marine Atlantic Inc.*, 2003 CF 1459. J'adopte son raisonnement et le fait mien. Je note au passage que cette norme de contrôle, sans faire l'unanimité, est généralement adoptée en pareilles circonstances par mes collègues et par la Cour d'appel fédérale :

- *Canada (Procureur général) c. Grover*, 2004 CF 704;
- *Wang c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2005 CF 654;
- *Gardner c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 493; conf. par 2005 CAF 284;
- *Singh c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 198; conf. par 2002 CAF 247;
- *Chopra c. Canada (Procureur général)*, 2002 CFPI 787;
- *Bradley c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 370 (C.A.) (QL);
- *Gee c. M.R.N.*;
- *Tahmourpour c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 113.

[35] Il est vrai, comme l'a soutenu la partie défenderesse, que le critère de la décision manifestement déraisonnable est également appliqué à l'occasion : *McConnell c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2004 CF 817; *Murray c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2003 CAF 222; *Elkayam c. Canada (Procureur general)*, 2004 CAF 909, confirmé par la cour d'appel fédérale à 2005 CAF 101. Avec déférence, ces décisions ne m'apparaissent pas représenter le courant majoritaire; d'ailleurs, la décision la plus récente de la Cour d'appel fédérale sur cette question [*Gardner c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 284, au paragraphe 21] réitère l'application de la norme du simplement déraisonnable comme étant la norme applicable :

The general thrust of the decisions of this Court on the subject of the standard of review of a decision dismissing a human rights complaint is that the appropriate standard is that of reasonableness. See *Bradley v. Canada (Attorney General)* (1999), 238 N.R. 76 (F.C.A.), at para. 9; *Gee v. Canada Minister of National Revenue* (2002), 284 N.R. 321, at para. 13, *Tahmourpour v. Canada (Solicitor General)*, (2005), 332 N.R. 60, 2005 FCA 113, at para. 6. As a result, I conclude that the jurisprudence of this Court is to the effect that the standard of review of a decision of the Commission to dismiss a complaint without inquiry is reasonableness *simpliciter*.

[36] In any case, for the reasons that follow, it is my opinion that the Commission did not err in dismissing the complaint, whether the standard of patent unreasonableness or of reasonableness *simpliciter* is applied. Considering the evidence that was before it as well as the state of the law in matters of employment discrimination, it is my view that the reason given by the Commission for refusing to refer the complaint to a Tribunal was not unfounded and could be logically defended. As has been stated on many occasions by the Supreme Court, the Court's role in the judicial review of a decision is not to decide if it would have arrived at the same conclusion, but rather to determine if the impugned decision can be supported by the tribunal's reasoning. In other words, "there will often be no single right answer to the questions that are under review against the standard of reasonableness . . . Even if there could be, notionally, a single best answer, it is not the court's role to seek this out when deciding if the decision was unreasonable." (*Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, at paragraph 51). See also *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paragraph 61; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, at paragraph 41. If this is the case, it is obvious that the Commission's decision will not be patently unreasonable.

(B) Was the Commission's decision to dismiss the complaint unreasonable?

[37] To determine if sections 7 and 10 of the *Canadian Human Rights Act* were violated, the

Selon la jurisprudence générale de notre Cour sur la norme de contrôle judiciaire applicable à la décision de rejeter une plainte en matière de droits de la personne, la norme appropriée est celle de la décision raisonnable. Voir *Bradley c. Canada (Procureur général)* (1999), 238 N.R. 76 (C.A.F.), au par. 9; *Gee c. Canada (Ministre du revenu national)* (2002), 284 N.R. 321, 2002 CAF 4, au par. 13; et *Tahmourpour c. Canada (Solliciteur général)* (2005), 332 N.R. 60, 2005 CAF 113, au par. 6. Par conséquent, je conclus que suivant la jurisprudence de notre Cour, la norme de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de rejeter une plainte sans enquête préalable est celle de la décision raisonnable *simpliciter*. Le juge de première instance a donc appliqué la norme appropriée.

[36] En tout état de cause, et pour les motifs qui suivront, je suis d'avis que la Commission n'a pas erré en rejetant la plainte, peu importe que l'on adopte la norme du manifestement déraisonnable ou du simplement déraisonnable. Compte tenu de la preuve qui était devant elle et de l'état du droit en matière de discrimination dans l'emploi, j'estime que le motif fourni par la Commission pour refuser de référer la plainte à un tribunal n'était pas sans fondement et pouvait logiquement se défendre. Comme la Cour suprême l'a indiqué à plusieurs reprises, le rôle de la Cour qui procède au contrôle judiciaire d'une décision n'est pas de se demander si elle serait arrivée à la même conclusion, mais plutôt de savoir si la décision attaquée peut s'appuyer sur le raisonnement du tribunal. En d'autres termes, « il y a souvent plus d'une seule bonne réponse aux questions examinées selon la norme de la décision raisonnable [ . . . ] Même dans l'hypothèse où il y aurait une réponse meilleure que les autres, le rôle de la cour n'est pas de tenter de la découvrir lorsqu'elle doit décider si la décision est déraisonnable » : (*Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, au paragraphe 51). Voir aussi *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, au paragraphe 61; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, au paragraphe 41. Si tel est bien le cas, il va de soi que la décision de la Commission ne sera pas manifestement déraisonnable.

B) La décision de la Commission de rejeter la plainte était-elle déraisonnable?

[37] Pour déterminer si les articles 7 et 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ont été

Commission had first to consider if the test administered by the Corporation was *prima facie* a discriminatory practice. In this regard, it seems clear that the Commission implicitly confirmed the investigator's conclusions based on the report from Statistics Canada revealing a statistically significant relationship between age and the results on the dexterity test. In dismissing the complaints on the basis that the Corporation had established the existence of a *bona fide* occupational requirement, the Commission was in fact presupposing the existence of *prima facie* evidence of discrimination.

[38] Counsel for the respondent tried to establish that the Corporation had not discriminated in so far as the skills for the job were related to the task to be performed, that each individual was assessed individually, and that the test used in this assessment adequately measured the basic skills required. Citing case law, she tried to convince this Court that there cannot be discrimination on the basis of age when individual assessments are conducted.

[39] I am not persuaded by this argument. It is true that discrimination would be more evident and easier to establish if an age category were expressly excluded from a benefit or an advantage. But in the great majority of cases, discrimination results rather from a standard that appears to be neutral; to the extent that the application of such a standard leads to a disproportionate exclusion of certain categories of persons (whether it be on grounds of age, sex, or another characteristic listed in sections 7 and 10 of the Act), it can be determined that there is discrimination which is systemic or which follows from its adverse effect: *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561.

[40] It is only at the second stage, where it must be considered whether the restrictions, conditions or preferences of the employer are based on a *bona fide* occupational requirement within the meaning of section

enfreints, la Commission devait d'abord se demander si le test administré par la Société canadienne des postes constituait à première vue une pratique discriminatoire. À cet égard, il semble bien que la Commission ait implicitement entériné les conclusions de l'enquêtrice basées sur le rapport de Statistique Canada, lequel démontrait l'existence d'une relation statistique significative entre l'âge et le résultat au test de dextérité. En rejetant les plaintes au motif que la Société avait fait la preuve de l'existence d'une exigence professionnelle justifiée, la Commission se trouvait en effet à présupposer l'existence d'une preuve de discrimination *prima facie*.

[38] La procureure de la partie défenderesse a tenté de démontrer que la Société n'avait pas fait preuve de discrimination dans la mesure où les aptitudes pour l'emploi sont reliées au travail à effectuer, que chaque individu est évalué individuellement, et que le test utilisé pour cette évaluation mesure adéquatement les aptitudes de base requises. Jurisprudence à l'appui, elle a tenté de convaincre cette Cour qu'il ne saurait y avoir discrimination fondée sur l'âge lorsqu'une évaluation individuelle est prévue.

[39] Cette argumentation ne me convainc pas. Il est vrai que la discrimination sera plus évidente et plus facile à établir lorsqu'une catégorie d'âge est nommément exclue d'un bénéfice ou d'un avantage. Mais dans la très grande majorité des cas, la discrimination résultera plutôt d'une norme en apparence neutre; dans la mesure où l'application de cette norme entraîne l'exclusion disproportionnée de certaines catégories de personnes (que ce soit en fonction de l'âge, du sexe, ou d'une autre caractéristique énumérée aux articles 7 et 10 de la Loi), on conclura d'une discrimination systémique ou par suite de son effet préjudiciable : *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561.

[40] Ce n'est que dans une deuxième étape, lorsqu'il convient de se demander si les restrictions, conditions ou préférences de l'employeur découlent d'exigences professionnelles justifiées au sens de l'article 15 de la

15 of the Act, that the nature and individualization of the test are relevant. If the employer can demonstrate that a working condition is a *bona fide* occupational requirement, then this condition will not be considered to be a discriminatory act.

[41] Since the Supreme Court judgments in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 (the *Meiorin* judgment) and *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868 (the *Grismer* judgment), the classical distinction between direct discrimination and indirect discrimination has been replaced by a common analysis of human rights complaints. According to this method, once *prima facie* evidence of discrimination has been established, it is incumbent on the respondent to prove, on a balance of probabilities, that there is a justifiable reason for the policy or discriminatory standard. To do this, the respondent must prove that:

(i) it adopted the standard for a purpose or goal rationally connected to the performance of the job. The focus at this step is not on the validity of the particular standard, but rather on the validity of its more general purpose, such as the safe and efficient performance of the job. This inquiry is necessarily more general than determining whether there is a rational connection between the performance of the job and the particular standard that has been selected. Where the general purpose is to ensure the safe and efficient performance of the job, it will not be necessary to spend much time at this stage;

(ii) it adopted the particular standard in good faith, in the belief that it was necessary to the fulfillment of the legitimate work-related goal, with no intention of discriminating against the claimant. At this stage, the focus shifts from the general purpose of the standard to the standard itself;

(iii) the impugned standard is reasonably necessary to accomplish its goal, that is, the safe and efficient performance of the job. The employer must demonstrate that it cannot accommodate the claimant and others

Loi, que la nature du test et son individualisation seront pertinentes. Si l'employeur peut démontrer qu'une condition de travail est une exigence professionnelle justifiée, cette condition ne sera pas considérée comme un acte discriminatoire.

[41] Depuis les décisions rendues par la Cour suprême dans les arrêts *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (l'arrêt *Meiorin*) et *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868 (l'arrêt *Grismer*), la distinction classique entre la discrimination directe et la discrimination indirecte a fait place à une analyse commune des plaintes relatives aux droits de la personne. Selon cette méthode, une fois qu'une preuve *prima facie* de discrimination a été établie, il revient à la partie intimée de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la politique ou norme discriminatoire comporte un motif justifiable. À cet effet, la partie intimée doit prouver :

i) qu'elle a adopté la norme à une fin ou dans un but qui est rationnellement lié à la fonction exécutée. À cette étape, l'analyse porte non pas sur la validité de la norme particulière en cause, mais plutôt sur la validité de son objet plus général, par exemple la nécessité d'exécuter la tâche de manière sûre et efficace. Cet examen est nécessairement plus général que lorsqu'il s'agit de déterminer s'il existe un lien rationnel entre l'exécution du travail et la norme particulière qui a été choisie. Si l'objet général est d'assurer l'exécution de la tâche de manière sûre et efficace, il ne sera pas nécessaire de consacrer beaucoup de temps à cette étape;

ii) qu'elle a adopté la norme en question en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser le but légitime lié au travail, et sans qu'elle ait eu l'intention de faire preuve de discrimination envers le demandeur. À cette étape, l'analyse passe de l'objet général de la norme à la norme elle-même;

iii) que la norme contestée est raisonnablement nécessaire pour atteindre le but poursuivi, c'est-à-dire l'exécution de la tâche de manière sûre et efficace. L'employeur doit démontrer qu'il ne peut composer

affected by the standard without suffering undue hardship. Among the relevant factors to consider in assessing the employer's duty to accommodate an employee are the financial cost of the possible method of accommodation, the relative interchangeability of the workforce and facilities, and the prospect of substantial interference with the rights of other employees.

[42] In his written and oral submissions, counsel for the applicants focused on the third requirement of the test summarized in the previous paragraph to maintain that the dexterity test could not constitute a *bona fide* occupational requirement. An attempt was made to maintain that the test did not aim at measuring a person's ability to perform a specific task, but rather to identify the employees that would obtain permanent status. But this argument was made without strong conviction, and rightly so it seems to me, because the evidence does not support that finding.

[43] It seems to me there is no doubt that the Corporation was seeking above all to mechanize mail processing to respond to the ever-growing volume of letters and parcels to be processed. Now the fact that the coding work requires dexterity and the capacity to quickly co-ordinate a visual observation and the action of the keys on a coding keyboard was not called into question. The general purpose of the test is to assess the basic abilities of temporary employees to determine if they are capable of undergoing the training program aiming at teaching them to code postal codes and to do coding work. To the extent that manual dexterity truly is a prerequisite for the coding training, it is perfectly legitimate for the employer to want to assess this aptitude before investing in employee training. In fact, the arbitrator concluded that the dexterity test is valid, and evidence shows that it is a reliable indicator that candidates will eventually develop the aptitude to code.

[44] It may well be that not all the PO4 employees will be called upon to do coding at a given time, but the evidence presented by the Corporation and accepted by the arbitrator is to the effect that a large majority of

avec le demandeur et les autres personnes touchées par la norme sans subir une contrainte excessive. Au nombre des facteurs qui peuvent être pris en considération en évaluant l'obligation d'un employeur de composer avec un employé, il y a le coût de la méthode d'accommodement possible, l'interchangeabilité relative des employés et des installations, de même que la perspective d'atteinte réelle aux droits d'autres employés.

[42] Dans ses représentations écrites et orales, l'avocat des demandeurs s'est concentré sur la troisième exigence du test résumé au paragraphe précédent pour soutenir que le test de dextérité ne pouvait constituer une exigence professionnelle justifiée. On a bien tenté de soutenir que le test ne visait pas à mesurer l'habileté d'une personne à remplir une tâche spécifique mais plutôt à identifier les employés qui accéderaient à la permanence. Mais c'est sans grande conviction que l'on a avancé cet argument, et à juste titre me semble-t-il, puisque la preuve ne permet pas de tirer cette conclusion.

[43] Il ne me semble pas faire de doute que la Société canadienne des postes cherchait avant tout à mécaniser le traitement du courrier pour répondre au volume toujours grandissant de lettres et de paquets à traiter. Or, on n'a pas remis en question que le travail de codage requiert de la dextérité et la capacité de coordonner rapidement une observation visuelle et l'action des touches d'un clavier de codage. L'objet général du test est d'évaluer les aptitudes de base des employés temporaires pour déterminer s'ils peuvent poursuivre le programme de formation destiné à leur apprendre à coder les codes postaux et faire des travaux de codage. Dans la mesure où la dextérité manuelle représente bel et bien un prérequis à la formation au codage, il était parfaitement légitime pour l'employeur de vouloir mesurer cette aptitude avant d'investir dans la formation d'un employé. L'arbitre a d'ailleurs conclu que le test de dextérité est valide, et la preuve révèle qu'il est fiable comme indicateur de l'aptitude éventuelle des candidats à coder.

[44] Il se peut bien que tous les employés PO4 ne soient pas tous appelés à faire du codage à un moment donné; mais la preuve soumise par la Société canadienne des postes et acceptée par l'arbitre est à l'effet qu'une

these employees will eventually be called upon to perform coding, considering the rapid mechanization in this area of activity and the necessary mobility of staff assigned to these tasks.

[45] Furthermore, nothing supports the finding that the Corporation would have used this test unless it sincerely believed that it was necessary to fulfill its goal and for discriminatory reasons. I further note that counsel for the applicants did not seriously attempt to argue that the Corporation did not sincerely believe that the test was necessary.

[46] There remains the third requirement, according to which the employer must demonstrate that he cannot accommodate the persons affected by the standard without undue hardship. In this regard, counsel for the applicants maintained that there was no evidence leading to the conclusion that the employer could not accommodate the older employees without undue hardship.

[47] However, in its *Meiorin* judgment, the Supreme Court explicitly acknowledged that an individual assessment to determine if the person has the aptitudes or skills required to perform the work can constitute a form of accommodation in itself. Another illustration of this principle can be found in the judgment written by Sopinka J. in *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297, at pages 1313-1314:

While it is not an absolute requirement that employee be individually tested, the employer may not satisfy the burden of proof of establishing the reasonableness of the requirement if he fails to deal satisfactorily with the question as to why it was not possible to deal with employees on an individual basis by, *inter alia*, individual testing. If there is a practical alternative to the adoption of a discriminatory rule, this may lead to a determination that the employer did not act reasonably in not adopting it.

[48] It is true that individualized assessment does not always constitute sufficient accommodation. The assessment must also assess the person based on a realistic standard that reflects his or her true capacities

grande majorité de ces employés sera éventuellement appelée à effectuer du codage, compte tenu de la mécanisation rapide de ce secteur d'activités et de la mobilité nécessaire du personnel affecté à ces tâches.

[45] D'autre part, rien ne permet de conclure que la Société aurait utilisé ce test en ne croyant pas sincèrement qu'il était nécessaire à la réalisation de son objet et pour des motifs discriminatoires. Je note d'ailleurs que l'avocat des demandeurs n'a pas sérieusement tenté de faire valoir que la Société ne croyait pas sincèrement en la nécessité du test.

[46] Reste la troisième exigence, en vertu de laquelle l'employeur doit démontrer qu'il ne peut composer avec les personnes touchées par la norme sans subir une contrainte excessive. À cet égard, le procureur des demandeurs a soutenu qu'il n'y avait aucune preuve permettant de conclure que l'employeur était dans l'impossibilité de composer avec les employés plus âgés sans subir une contrainte excessive.

[47] Or, la Cour suprême a explicitement reconnu dans l'arrêt *Meiorin* que l'évaluation individuelle visant à déterminer si la personne a les aptitudes ou les compétences requises pour exécuter le travail peut constituer, en soi, une forme d'accommodement. On trouve une autre illustration de ce principe sous la plume du juge Sopinka dans l'arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297, aux pages 1313 et 1314 :

Quoiqu'il ne soit pas absolument nécessaire de faire subir des tests à chaque employé, il se peut que l'employeur ne parvienne pas à s'acquitter de l'obligation qui lui incombe de prouver le caractère raisonnable de l'exigence s'il ne fournit pas une réponse satisfaisante à la question de savoir pourquoi il ne lui a pas été possible de traiter individuellement les employés, notamment en administrant des tests à chacun d'eux. S'il existe une solution pratique autre que l'adoption d'une règle discriminatoire, on peut conclure que l'employeur a agi d'une manière déraisonnable en n'adoptant pas cette autre solution.

[48] Il est vrai que l'évaluation individuelle ne constitue pas toujours une forme suffisante d'accommodement. Encore faut-il que l'évaluation évalue les personnes selon une norme réaliste qui reflète ses

and his or her potential contribution. In other words, the test must be reliable and relevant, and measure the qualifications that are truly required to perform the work in question in an efficient and optimal manner. In this case, the evidence led by the Corporation to the effect that a rather close correlation can be established between the results obtained on the test and the rate of success achieved during the subsequent training was not really challenged by the applicants. And contrary to the situation that prevailed in *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Nicolet (Ville)*, [2001] R.J.Q. 2735 (H.R.T.), the test itself did not advantage an age category in its very design nor in its makeup.

[49] When it is demonstrated that a standard or an occupational requirement is justified, it does not become discriminatory for the sole reason that it produces variable results based on personal differences. On this subject, it can be useful to recall what McIntyre J. wrote in *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Company et al.*, at page 589:

To conclude then that an otherwise established *bona fide* occupational requirement could have no application to one employee, because of the special characteristics of that employee, is not to give s. 14(a) [now paragraph 15(1)(a)] a narrow interpretation; it is simply to ignore its plain language. To apply a *bona fide* occupational requirement to each individual with varying results, depending on individual differences, is to rob it of its character as an occupational requirement and to render meaningless the clear provisions of s. 14(a). In my view, it was error in law for the Tribunal, having found that the *bona fide* occupational requirement existed, to exempt the appellant from its scope.

[50] Furthermore, the Corporation asserted that without the test, the failure rate during the training would constitute undue hardship. Indeed, the evidence presented to the Commission established that without the test, the Corporation would be unable to organize its staffing in due time and would spend considerable amounts on training.

[51] I am therefore of the view that on the basis of the facts and the documentary evidence presented to it, the

capacités réelles et son apport potentiel. En d'autres termes, le test doit être fiable et pertinent, et mesurer les qualifications vraiment requises pour exécuter le travail considéré de façon efficace et optimale. En l'occurrence, la preuve déposée par la Société à l'effet que les résultats obtenus au test permettent d'établir une corrélation assez étroite avec le taux de succès obtenu à la formation subséquente n'a pas été véritablement remise en question par les demandeurs. Et contrairement à la situation qui prévalait dans l'arrêt *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Nicolet (Ville)*, [2001] R.J.Q. 2735 (T.D.P.), le test lui-même n'avantageait pas un groupe d'âge dans sa conception même ou dans sa facture.

[49] Lorsqu'il est démontré qu'une norme ou une exigence professionnelle est justifiée, elle ne devient pas discriminatoire du seul fait qu'elle produit des résultats variables en fonction de différences personnelles. À ce chapitre, il peut être utile de rappeler ce qu'écrivait le juge McIntyre dans l'arrêt *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, à la page 589 :

Conclure alors que ce qui constituerait par ailleurs une exigence professionnelle normale ne peut s'appliquer à un employé, en raison des caractéristiques spéciales de cet employé, revient non pas à donner une interprétation étroite à l'al. 14a) [maintenant l'alinéa 15(1)a) de la Loi], mais tout simplement à ne tenir aucun compte de ce qu'il dit clairement. Appliquer une exigence professionnelle normale à chaque individu avec des résultats variables, selon les différences personnelles, c'est la dépouiller de sa nature d'exigence professionnelle et faire perdre tout leur sens aux dispositions claires de l'al. 14a). À mon avis, le tribunal a commis une erreur de droit quand, après avoir constaté l'existence d'une exigence professionnelle normale, il a exempté l'appelant de son application.

[50] D'autre part, la Société a fait valoir qu'en l'absence de test, le taux d'échec à la formation constituerait une contrainte excessive. En effet, la preuve présentée devant la Commission établissait qu'en l'absence de test, la Société serait incapable d'effectuer sa dotation en temps utile et consacrerait à la formation des sommes considérables.

[51] J'estime donc, sur la base de ces faits et de la preuve documentaire qui lui a été soumise, que la

Commission could reasonably find that the Corporation had established the existence of a *bona fide* occupational requirement within the meaning of section 15 of the Act. Not only was the assessment personalized and relevant to the purpose sought, but the Corporation also proved that without the test it would be impossible for it to accommodate without sustaining undue hardship.

[52] Consequently, this application for judicial review is dismissed.

Commission pouvait raisonnablement conclure que la Société avait fait la preuve de l'existence d'une exigence professionnelle justifiée au sens de l'article 15 de la Loi. Non seulement l'évaluation était-elle personnalisée et pertinente à l'objectif poursuivi, mais encore la Société a-t-elle mis en preuve qu'il lui serait impossible de composer avec l'absence de test sans qu'il n'en résulte pour elle une contrainte excessive.

[52] Par conséquent, cette demande de contrôle judiciaire est rejetée.