

A-177-01
(T-2280-99)
2002 FCA 224

A-177-01
(T-2280-99)
2002 CAF 224

Carmel Girouard (*Appellant*)

Carmel Girouard (*appelante*)

v.

c.

The Attorney General of Canada and M. H. F. Gilbert (*Respondents*)

Le procureur général du Canada et M. H. F. Gilbert (*intimés*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. GIROUARD (C.A.)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. GIROUARD (C.A.)

Court of Appeal, Strayer, Isaac and Sexton J.J.A.—
Ottawa, April 11 and May 29, 2002.

Cour d'appel, juges Strayer, Isaac et Sexton, J.C.A.—
Ottawa, 11 avril et 29 mai 2002.

Public Service — Appeals — Criteria — Competition for position of Official Languages Coordinator in RCMP — Appellant unsuccessful in PSC Supervisor Simulation test, even though allowed 50% more time to accommodate “slowness in processing novel information” — Onus on appellant to demonstrate appointment not made on basis of merit — Appeal under PSE Act, s. 21 must focus on enforcement of merit principle.

Fonction publique — Appels — Critère — Concours pour le poste de coordonnateur des langues officielles à la GRC — L'appelante n'a pas réussi l'exercice de simulation pour superviseur de la CFP, même si on lui avait accordé un délai supplémentaire de 50 % du temps alloué afin de composer avec sa «difficulté à traiter des renseignements nouveaux» — Il incombe à l'appelante de démontrer que la nomination n'a pas été effectuée sur la base du mérite — L'appel fondé sur l'art. 21 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique doit mettre en cause l'application du principe du mérite.

Human Rights — Competition for position of Official Languages Coordinator in RCMP — Appellant unsuccessful in PSC Supervisor Simulation test, even though allowed 50% more time to accommodate “slowness in processing novel information” — Bona fide occupational requirement not issue — No discriminatory standard in question here; only allegation that method of testing for qualifications not appropriately linked to merit.

Droits de la personne — Concours pour le poste de coordonnateur des langues officielles à la GRC — L'appelante n'a pas réussi l'exercice de simulation pour superviseur de la CFP, même si on lui avait accordé un délai supplémentaire de 50 % du temps alloué afin de composer avec sa «difficulté à traiter des renseignements nouveaux» — Le critère de l'exigence professionnelle justifiée n'est pas en litige — Il n'est pas question ici d'une norme discriminatoire, mais simplement d'une allégation portant que le lien entre le mérite et la méthode d'évaluation des compétences n'a pas été établi de façon satisfaisante.

The appellant applied for a position of Official Languages Coordinator with the RCMP. The competition involved the Public Service Commission Supervisor Simulation Exercise 428, a timed test (two and one-half hours) to complete certain job-related activities. The appellant submitted a letter from her psychologist who, based on some preliminary information from her as to her being slow in processing “novel information”, recommended that she should not have any time limit to complete the test, and was allowed 50% more time for the test. Nevertheless, she did not receive a passing mark in respect of “abilities and skills” and was unsuccessful in the competition. The Appeal Board allowed her appeal based on section 21 of the *Public Service Employment Act* on the

L'appelante a posé sa candidature pour un poste de coordonnateur des langues officielles à la GRC. Le concours comportait un exercice de simulation pour superviseur de la Commission de la fonction publique 428, examen à temps fixe (le temps alloué étant de deux heures et demie) au cours duquel l'appelante devait parachever certaines activités liées au travail. L'appelante a produit une lettre émanant de son psychologue dans laquelle il recommandait, affirmant qu'il avait obtenu d'elle quelques renseignements à titre préliminaire donnant à penser qu'elle avait de la difficulté à traiter des «renseignements nouveaux», que l'appelante ne soit soumise à aucune limite de temps pour l'examen; on lui a octroyé un délai supplémentaire de 50 % pour l'examen.

ground that the RCMP selection board had not met the onus of proving that the simulation exercise was a “*bona fide* occupational requirement”. The application for judicial review of that decision was allowed on the basis that the Appeal Board had erred in applying tests and presumptions and onuses established in case law pertaining to human rights legislation, whereas the focus in a section 21 appeal should be on the merit principle. The Applications Judge also concluded that there had been a denial of fairness to the respondent Attorney General in that the case of *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 and its reverse onus was applied to this situation without any prior notice to the Attorney General that this was in contemplation. This was an appeal from that decision, the essential issue being, according to the appellant, the extent to which human rights principles such as the duty to accommodate or *bona fide* occupational requirements must be applied by appeal boards when considering whether a person was fully and fairly assessed in a selection process in the federal Public Service.

Held, the appeal should be dismissed.

It is clear from the *Canadian Human Rights Act* that it was not intended to supersede other forms of redress available within the federal jurisdiction in respect of acts or practices that might also fall within the *Canadian Human Rights Act*. In an appeal under section 21 of the *Public Service Employment Act*, the focus is on the enforcement of the fundamental principle of that Act that appointments ought to be made on the basis of merit. The Applications Judge correctly set out some of the questions which should be considered in these circumstances: was the extra time allotted appropriate given the nature of the job; was the extra time fair to the other candidates; would the appellant’s disability mean more time was needed by her; was the extra time appropriate given the nature of the test? Instead, the Appeal Board found its inspiration in a Supreme Court interpretation of a provincial human rights Act. In the present case, the appellant was not *per se* complaining about discrimination against herself but was complaining that another person had been appointed to a position in a manner inconsistent with the merit principle. This could not be said to create *prima facie* proof of discrimination. Further, there was only an allegation that the

Néanmoins, elle n’a pas obtenu la note de passage en ce qui concerne les «capacités et compétences» et n’a pas réussi le concours. Le comité d’appel a accueilli l’appel fondé sur l’article 21 de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique* au motif que le comité de sélection de la GRC ne s’était pas acquitté de son fardeau de prouver que l’exercice de simulation constituait un «critère de l’exigence professionnelle justifiée». La demande de contrôle judiciaire de cette décision a été accueillie au motif que le comité d’appel avait commis une erreur lorsqu’il a appliqué les critères, les présomptions et les fardeaux issus de la jurisprudence sur l’application des lois en matière de droits de la personne, alors que l’article 21 devait mettre en cause le principe du mérite. Le juge des demandes a également conclu que le comité d’appel s’était rendu coupable d’avoir agi de manière inéquitable à l’égard de l’intimé, le procureur général, puisqu’il a mis en application l’arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 ainsi que le renversement du fardeau dont il était question dans cet arrêt, sans avoir avisé le procureur général au préalable de son intention de le faire. Il s’agit d’un appel contre cette décision; selon l’appelante, la question fondamentale vise à déterminer la mesure dans laquelle les comités d’appel doivent appliquer les principes fondés sur les droits de la personne, comme l’obligation d’accommodement ou les exigences professionnelles justifiées, lorsqu’ils se prononcent sur la question de savoir si une personne a reçu une évaluation complète et équitable à l’occasion d’un processus de sélection au sein de la fonction publique fédérale.

Arrêt: l’appel est rejeté.

Il ressort clairement de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* qu’on n’a pas prévu qu’elle aurait préséance sur les autres formes de réparation consenties, dans les secteurs de compétence fédérale, à l’égard des agissements ou des pratiques tout aussi susceptibles d’être régis par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Dans un appel fondé sur l’article 21 de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, l’objet consiste en l’application du principe fondamental tiré de cette Loi voulant que les nominations soient faites sur la base du mérite. Le juge des demandes a correctement énoncé certaines des questions à examiner dans les circonstances: le délai supplémentaire qui a été accordé était-il approprié compte tenu de la nature du poste? Le délai supplémentaire était-il équitable à l’égard des autres candidats? Le handicap de l’appelante supposait-il que celle-ci avait besoin de plus de temps? Un délai supplémentaire était-il approprié compte tenu de la nature de l’examen? Le comité d’appel s’est plutôt inspiré de l’interprétation qu’a adoptée la Cour suprême relativement à une loi provinciale en matière de droits de la personne. En l’espèce, l’appelante ne se plaignait pas en soi d’une discrimination exercée à son endroit, mais

method of testing for qualifications was not appropriately linked to merit.

It did not seem appropriate for the matter to have proceeded this far without a thorough assessment of the appellant's condition being part of the record, an assessment whose details could well have had an important bearing on the question of whether the test administered was reasonable.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 41(1)(a),(b).
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210.
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 10 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 10), 12 (as am. *idem*, s. 11; 1999, c. 31, s. 182), 21 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 16; 1996, c. 18, s. 15).
Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Burke v. Canada (Canadian Human Rights Commission) (1987), 125 N.R. 239 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Racicot* (1997), 136 F.T.R. 111 (F.C.T.D.); *Charest v. Attorney General of Canada*, [1973] F.C. 1217; (1973), 2 N.R. 288 (C.A.); *Blagdon v. Public Service Commission*, [1976] 1 F.C. 615 (C.A.).

DISTINGUISHED:

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; 66 B.C.L.R. (3d) 253; 127 B.C.A.C. 161; 46 C.C.E.L. (2d) 206; 244 N.R. 145.

APPEAL from Trial Division decision (*Canada (Attorney General) v. Girouard* (2001), 202 F.T.R. 1) allowing an application for judicial review of a Public Service Appeal Board decision allowing an appeal against an appointment under the *Public Service Employment Act*. Appeal dismissed.

bien du fait qu'une autre personne a été nommée à un poste de façon incompatible avec le principe du mérite. On ne peut prétendre qu'il s'agisse là d'une preuve *prima facie* de discrimination. De plus, il s'agissait simplement d'une allégation portant que le lien entre le mérite et la méthode d'évaluation des compétences n'a pas été établi de façon satisfaisante.

Il n'apparaît pas opportun que l'instance se soit poursuivie aussi loin sans qu'une évaluation complète de la condition de l'appelante ne figure au dossier, évaluation dont les détails auraient fort bien pu avoir une influence déterminante sur le caractère raisonnable de l'examen.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 41(1)a),b).
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 10 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 10), 12 (mod., *idem*, art. 11), 21 (mod., *idem*, art. 16; 1996, ch. 18, art. 15).
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Burke c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne) (1987), 125 N.R. 239 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Racicot* (1997), 136 F.T.R. 111 (C.F. 1^{re} inst.); *Charest c. Procureur général du Canada*, [1973] C.F. 1217; (1973), 2 N.R. 288 (C.A.); *Blagdon c. Commission de la Fonction publique*, [1976] 1 C.F. 615 (C.A.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU, [1999] 3 R.C.S. 3; (1999), 176 D.L.R. (4th) 1; [1999] 10 W.W.R. 1; 66 B.C.L.R. (3d) 253; 127 B.C.A.C. 161; 46 C.C.E.L. (2d) 206; 244 N.R. 145.

APPEL de la décision de la Section de première instance (*Canada (Procureur général) c. Girouard* (2001), 202 F.T.R. 1) ayant accueilli une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un comité d'appel de la fonction publique en vertu de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. Appel rejeté.

APPEARANCES:

David Yazbeck for appellant.
J. Sanderson Graham for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Raven, Allen, Cameron & Ballantyne, Ottawa, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STRAYER J.A.:

Introduction

[1] This case involves the proper criteria to be applied by an Appeal Board hearing an appeal under section 21 [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 16; 1996, c. 18, s. 15] of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, by an unsuccessful candidate against an appointment of someone else to a position in the Public Service of Canada.

Facts

[2] The Royal Canadian Mounted Police (the RCMP) held a closed competition to staff a position of Official Languages Coordinator in Fredericton, New Brunswick. Six persons applied, among them the appellant and the second respondent herein. They were advised that among the selection tools to be used by the selection board would be the Public Service Commission Supervisor Simulation Exercise 428. The test was to be used to assess candidates on one group of qualifications established for appointment to the position. These qualifications were described as follows:

Abilities and Skills:

Ability to communicate orally and in writing.

Ability to manage human and financial resources.

ONT COMPARU:

David Yazbeck pour l'appelante.
J. Sanderson Graham pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Raven, Allen, Cameron & Ballantyne, Ottawa, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

LE JUGE STRAYER, J.C.A.:

Introduction

[1] Le présent appel porte sur le critère approprié que doit appliquer un comité d'appel saisi d'un appel interjeté, en application de l'article 21 [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 16; 1996, ch. 18, art. 15] de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, par un candidat non reçu à l'encontre d'une nomination à un poste au sein de la fonction publique du Canada.

Faits

[2] La Gendarmerie Royale du Canada (la GRC) a ouvert un concours interne en vue de doter un poste de coordonnateur des langues officielles à Fredericton, au Nouveau-Brunswick. Six personnes ont posé leur candidature, dont l'appelante et la deuxième intimée dans l'instance. Elles ont été avisées que le comité de sélection aurait notamment recours, comme outil de sélection, à l'exercice de simulation pour superviseur de la Commission de la fonction publique 428. Cet examen devait servir à évaluer les candidats au regard d'un groupe de compétences requises pour une nomination au poste à pourvoir. Ces compétences ont été décrites en ces termes:

[TRADUCTION]

Capacités et compétences:

Capacité de communiquer de vive voix et par écrit.

Capacité de gérer les ressources humaines et financières.

Ability to identify problems and give recommendations.

Capacité de dégager les difficultés et formuler des recommandations.

Ability to achieve expected results through the timely completion of activities.

Capacité d'obtenir les résultats prévus en parachevant les activités dans un délai raisonnable.

[3] Prior to the test being administered to her the appellant, Carmel Girouard, submitted to the Human Resources Advisor of the RCMP a letter from her psychologist. While making it clear that he had not yet conducted a comprehensive psychological assessment of her as she had requested but had put her on his "waiting list", he said that he had obtained some "preliminary information from her". This information suggested that she was slow in processing "novel information". He was aware that the test she was to take was a timed test (the time being fixed at two and one-half hours). He said that from the information available to him she should not have any time limit but if there were to be one it should be at least twice that of the normal test. This information was considered by the Personnel Psychology Centre of the Public Service Commission (PSC) and on the advice of that Centre the RCMP proposed to accommodate the appellant by allowing her 50% more time for the test, including two-ten minute breaks. The Centre in its written explanation for its recommendations assumed that the appellant might suffer from Attention Deficit Disorder (ADD) although recognizing that this diagnosis had not been confirmed. The Centre also observed that the nature of the position to be filled was such as to involve dealing with urgent matters and in its view an increase of more than 50% in the time for the test would not "respect the *bona fide* requirements of the job".

[3] Avant la date de l'examen, l'appelante Carmel Girouard a produit une lettre émanant de son psychologue à la conseillère en ressources humaines de la GRC. Le psychologue a affirmé qu'il avait obtenu de l'appelante «quelques renseignements à titre préliminaire», bien qu'il ait clairement indiqué qu'il n'avait pas encore procédé à une évaluation psychologique comme elle le lui avait demandé, mais qu'il l'avait inscrite sur sa «liste d'attente». Ces renseignements donnent à penser que l'appelante avait de la difficulté à traiter des «renseignements nouveaux». Le psychologue était au courant que l'examen qu'elle devait subir était à temps fixe (le temps alloué étant de deux heures et demie). Il a déclaré que, d'après les renseignements obtenus, l'appelante ne devrait être soumise à aucune limite de temps; si toutefois il devait y en avoir une, cette limite devrait correspondre à tout le moins à deux fois plus de temps que le temps alloué pour l'examen habituel. Le Centre de psychologie du personnel de la Commission de la fonction publique (CFP) a tenu compte de ce renseignement et, sur la recommandation du Centre, la GRC a offert de composer avec l'appelante en lui octroyant un délai supplémentaire de 50 % pour l'examen, y compris deux pauses de dix minutes. Dans les motifs écrits à l'appui de ses recommandations, le Centre a tenu pour acquis que l'appelante puisse être atteinte du trouble déficitaire de l'attention (TDA), quoiqu'il ait reconnu que ce diagnostic n'avait pas été confirmé. En outre, le Centre a observé que le poste à pourvoir comportait des tâches liées à des demandes urgentes et qu'à son avis une prorogation supérieure à 50 % du temps alloué pour l'examen ne pourrait «respecter l'exigence justifiée par le poste».

[4] The appellant took the PSC 428 test and did not receive a passing mark in respect of "abilities and skills". She was therefore unsuccessful in the competition and the second respondent herein, M. H. F. Gilbert, was placed on the eligibility list for appointment.

[4] L'appelante s'est présentée à l'examen CFP 428 et n'a pas obtenu la note de passage en ce qui concerne les «capacités et compétences». Elle n'a donc pas réussi le concours, alors que la deuxième intimée dans l'instance, M. H. F. Gilbert, a vu son nom être placé sur la liste d'admissibilité aux fins de nomination.

[5] The appellant then brought an appeal under section 21 under the *Public Service Employment Act* in respect of the appointment of Ms. Gilbert. The relevant part of that section is as follows:

21. (1) Where a person is appointed or is about to be appointed under this Act and the selection of the person for appointment was made by closed competition, every unsuccessful candidate may, within the period provided for by the regulations of the Commission, appeal against the appointment to a board established by the Commission to conduct an inquiry at which the person appealing and the deputy head concerned, or their representatives, shall be given an opportunity to be heard.

[6] The reasons of the Appeal Board, after a lengthy recitation of the evidence and submissions, concluded that (Appeal Board, at page 74):

... the timed nature of the PSC Supervisor Simulation 428 comprised a *prima facie* discriminatory standard which in her case required accommodation. The issue to be determined, then, is whether the accommodation offered by the selection board through the Personnel Psychology Centre was reasonable.

Having reached this conclusion the Chairwoman then adopted the analysis of the Supreme Court of Canada, issued only two months before her decision, in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 (the *Meiorin* case), a case involving the application of the British Columbia *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, in which it was said that once a *prima facie* case of discrimination is established the onus is on the employer to show that the employment standard which denied the complainant her job was for a purpose rationally connected to the performance of the job, adopted in an honest and good faith belief that it was necessary for legitimate work related purposes, and was in fact reasonably necessary. It may be noted that this case and these criteria were not argued before the Board. The Chairwoman however concluded that the selection board of the RCMP had not met this onus of proving that the Supervisor Simulation Exercise 428 was a “*bona fide* occupational requirement”. She therefore allowed the appeal and sent the matter back to the

[5] L’appelante a par la suite interjeté appel en application de l’article 21 de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique* à l’encontre de la nomination de M^{me} Gilbert. L’extrait pertinent de cet article est rédigé comme suit:

21. (1) Dans le cas d’une nomination, effective ou imminente, consécutive à un concours interne, tout candidat non reçu peut, dans le délai fixé par règlement de la Commission, en appeler de la nomination devant un comité chargé par elle de faire une enquête, au cours de laquelle l’appelant et l’administrateur général en cause, ou leurs représentants, ont l’occasion de se faire entendre.

[6] Après avoir procédé à une longue énumération des éléments de preuve et des prétentions des parties, le comité d’appel a conclu en ces termes (comité d’appel, à la page 74):

[TRADUCTION] [...] l’exercice de simulation pour superviseur de la CFP 428, de par son délai fixe, comportait une norme à première vue discriminatoire qui, dans son cas, devait être modifiée à des fins d’accommodement. Ainsi, la question se pose de savoir si l’accommodement proposé par le comité de sélection par l’entremise du Centre de psychologie du personnel était raisonnable.

Après avoir tiré cette conclusion, la présidente du comité a fait sienne l’analyse de la Cour suprême du Canada dans un arrêt rendu seulement deux mois auparavant concernant l’application du *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210, de la Colombie-Britannique soit l’arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (l’arrêt *Meiorin*) selon lequel dès l’établissement d’une preuve *prima facie* de discrimination, il incombe à l’employeur de démontrer que la norme d’emploi qui a privé la requérante de son emploi a été adoptée dans un but rationnellement lié à l’exécution du travail, avec la croyance sincère qu’elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail, et qu’elle était raisonnablement nécessaire dans les faits. Il y a lieu de noter que cet arrêt et les critères qui s’en dégagent n’ont pas été invoqués devant le comité. La présidente a toutefois jugé que le comité de sélection de la GRC ne s’était pas acquitté de son fardeau de prouver que l’exercice de simulation pour superviseur 428 constituait un «critère de l’exigence

selection board to give (Appeal Board, at page 77):

. . . renewed consideration to accommodating the appellant's disability when re-assessing the candidates for their abilities and skills in this competition.

The Attorney General of Canada on behalf of the RCMP sought judicial review of the decision of the Appeal Board. The applicant raised two issues: (1) whether the Appeal Board applied the correct legal test to determine whether the merit principle was observed in the appointment; and (2) whether the principles of natural justice were violated by the "bona fide occupational requirement" test being used by the Chairwoman without the applicant having had a reasonable opportunity to address that issue.

[7] In his analysis the Applications Judge [(2001), 202 F.T.R. 1 (F.C.T.D.)] began with the proposition that the Appeal Board role under section 21 is to determine whether the merit principle has been respected in the appointment in question, relying on the clear requirements of sections 10 [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 10] and 12 [as am. *idem*, s. 11; 1999, c. 31, s. 182] of the *Public Service Employment Act* that appointments are to be made according to merit. He cited authority from this Court for the proposition that on a section 21 appeal the board is not to reassess the candidates but is to determine whether the appointment in question accorded with the merit principle. In his view the Appeal Board had erred in applying tests and presumptions and onuses established in jurisprudence pertaining to the application of human rights legislation (the *Meiorin* case being an example of that). He said that the focus in a section 21 appeal should be on the merit principle and while recognizing that some accommodation would be required for a disabled person, the adequacy and propriety of such accommodation would have to be examined in the context of the merit principle. He suggested some questions which would have been appropriate for the Board to consider and I will return to these later. He also concluded that there had been a denial of fairness to the applicant Attorney General by the Appeal Board in that

professionnelle justifiée». Elle a donc accueilli l'appel et renvoyé l'affaire au comité de sélection pour que celui-ci (comité d'appel, à la page 77):

[TRADUCTION] [. . .] se penche à nouveau sur la question de savoir comment composer avec l'incapacité de l'appelante lorsqu'il réévaluera les candidats sur leurs capacités et leurs compétences dans le cadre de ce concours.

Au nom de la GRC, le procureur général du Canada a sollicité le contrôle judiciaire de la décision rendue par le comité d'appel. Le demandeur a soulevé deux questions: 1) le comité d'appel a-t-il appliqué le critère juridique approprié pour décider si le principe du mérite avait été respecté dans le cadre de la procédure de nomination? 2) la présidente du comité a-t-elle violé les principes de justice naturelle lorsque, dans son application du critère de l'«exigence professionnelle justifiée», elle n'a pas fourni au demandeur la possibilité raisonnable d'aborder la question?

[7] Dans son analyse, en se fondant sur les exigences claires découlant des articles 10 [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 10] et 12 [mod., *idem*, art. 11] de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* voulant que les nominations se fassent sur la base du mérite, le juge des demandes [(2001), 202 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.)] a débuté avec la proposition que le rôle du comité d'appel aux termes de l'article 21 consiste à décider si le processus de nomination s'est déroulé dans le respect du principe du mérite. Il a cité la jurisprudence de notre Cour pour appuyer la thèse selon laquelle le devoir du comité d'appel siégeant en appel en application de l'article 21 ne consiste pas à évaluer de nouveau les candidats, mais bien à déterminer si la nomination en question a été effectuée conformément au principe du mérite. De l'avis du juge, le comité d'appel a commis une erreur lorsqu'il a appliqué les critères, les présomptions et les fardeaux issus de la jurisprudence sur l'application des lois en matière de droits de la personne (l'arrêt *Meiorin* en étant un exemple). Le juge a déclaré que l'appel fondé sur l'article 21 devait mettre en cause le principe du mérite et, tout en reconnaissant que certaines mesures d'accommodement pouvaient être requises à l'égard d'une personne ayant un handicap, qu'il faudrait examiner la suffisance et la pertinence de telles mesures dans le contexte du principe du mérite. Il a relevé quelques questions que le comité aurait été fondé à

the *Meiorin* case and its reverse onus was applied to this situation without any prior notice to the respondent that this was in contemplation. Consequently he granted the application for judicial review, and sent the matter back to a differently constituted appeal board for a redetermination consistent with his reasons.

[8] In this appeal the appellant says that the essential issue is (Appellant's memorandum, at paragraph 30):

. . . the extent to which human rights principles such as the duty to accommodate or *bona fide* occupational requirements must be applied by appeal boards when considering whether a person was fully and fairly assessed in a selection process in the Federal Public Service.

The appellant says that an appeal board must consider such principles and, if it is not able to, the merit principle "would be rendered a hollow pronouncement insofar as persons with disabilities . . . are concerned" (*ibid*).

Analysis

[9] As an initial point of clarification I understand the general references to "human rights principles" to mean the statutory provisions which are generally known as human rights Acts and the jurisprudence interpreting such legislation. That is certainly the context in which the appellant seeks to have her proceeding under the *Public Service Employment Act* governed by her interpretation of the requirements of the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6].

[10] It remains a fact, however, that the *Public Service Employment Act* provides a special regime for those employed in a variety of positions by the

considérer, questions auxquelles je reviendrai un peu plus loin. De plus, le juge a conclu que le comité d'appel s'était rendu coupable d'avoir agi de manière inéquitable à l'égard du demandeur, le procureur général, puisqu'il a mis en application l'arrêt *Meiorin*, ainsi que le renversement du fardeau dont il était question dans cet arrêt, sans avoir avisé la défenderesse au préalable de son intention de le faire. En conséquence, le juge a accueilli la demande de contrôle judiciaire et renvoyé l'affaire à un comité d'appel différemment constitué pour que celui-ci statue de nouveau sur l'affaire en conformité avec les motifs qu'il a rendus.

[8] Dans le présent appel, l'appelante estime que la question fondamentale se résume à (mémoire de l'appelante, au paragraphe 30):

[TRADUCTION] [. . .] la mesure dans laquelle les comités d'appel doivent appliquer les principes fondés sur les droits de la personne, comme l'obligation d'accommodement ou les exigences professionnelles justifiées, lorsqu'ils se prononcent sur la question de savoir si une personne a reçu une évaluation complète et équitable à l'occasion d'un processus de sélection au sein de la fonction publique fédérale.

L'appelante soutient qu'un comité d'appel est tenu de prendre en compte ces principes et qu'à défaut de le faire, le principe du mérite [TRADUCTION] «serait vide de sens dans la mesure où des personnes souffrant d'une incapacité seraient [. . .] en cause» (*ibid*).

Analyse

[9] Tout d'abord, une précision s'impose: à mon sens, la référence générale aux «principes en matière de droits de la personne» s'entend des dispositions législatives qu'on sait généralement être dérivées des lois en matière de droits de la personne et de la jurisprudence qui en découle. C'est certainement dans ce contexte que l'appelante cherche à voir son instance introduite sous la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* être assujettie à son interprétation des exigences prescrites par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6].

[10] Toutefois, il n'en demeure pas moins que la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* prévoit un régime particulier pour les personnes que le gouvernement

Government of Canada. That Act long preceded the advent of the *Canadian Human Rights Act* and it has for many decades been designed to foster the principle of merit in public service appointments.

[11] It is clear from the *Canadian Human Rights Act* as first adopted in 1976 that it was not intended to supersede other forms of redress available within the federal jurisdiction in respect of acts or practices that might also fall within the *Canadian Human Rights Act*. For example, paragraphs 41(1)(a) and (b) of the *Canadian Human Rights Act* provide as follows:

41. (1) Subject to section 40, the Commission shall deal with any complaint filed with it unless in respect of that complaint it appears to the Commission that

(a) the alleged victim of the discriminatory practice to which the complaint relates ought to exhaust grievance or review procedures otherwise reasonably available;

(b) the complaint is one that could more appropriately be dealt with, initially or completely, according to a procedure provided for under an Act of Parliament other than this Act;

It has been recognized, for example, that at the very least the Canadian Human Rights Commission can decline to deal with a complaint until the subject-matter had been dealt with in proceedings under the *Public Service Staff Relations Act* [R.S.C., 1985, c. P-35] (*Burke v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (1987), 125 N.R. 239 (F.C.A.)). See also *Canada (Attorney General) v. Racicot* (1997), 136 F.T.R. 111 (F.C.T.D.). In fact no complaint has been filed by the appellant or on her behalf with the Canadian Human Rights Commission.

[12] An appeal under section 21 under the *Public Service Employment Act* is, as mentioned earlier, an appeal by an unsuccessful candidate against the appointment of someone else, and it is an appeal whose focus is the enforcement of the fundamental principle of that Act that appointments ought to be made on the basis

canadien embauche pour occuper différents postes. Cette loi existait bien avant l'avènement de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et a contribué pendant des décennies à mettre en valeur le principe du mérite dans le cadre des nominations faites dans la fonction publique.

[11] Il ressort clairement de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, telle qu'elle a été adoptée pour la première fois en 1976, qu'on n'a pas prévu qu'elle aurait préséance sur les autres formes de réparation consenties, dans les secteurs de compétence fédérale, à l'égard des agissements ou des pratiques tout aussi susceptibles d'être régis par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. À titre d'exemple, les alinéas 41(1)a) et b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prévoient:

41. (1) Sous réserve de l'article 40, la Commission statue sur toute plainte dont elle est saisie à moins qu'elle estime celle-ci irrecevable pour un des motifs suivants:

a) la victime présumée de l'acte discriminatoire devrait épuiser d'abord les recours internes ou les procédures d'appel ou de règlement des griefs qui lui sont normalement ouverts;

b) la plainte pourrait avantageusement être instruite, dans un premier temps ou à toutes les étapes, selon des procédures prévues par une autre loi fédérale;

On a reconnu, par exemple, qu'il était à tout le moins loisible à la Commission canadienne des droits de la personne de refuser de statuer sur une plainte jusqu'à ce que celle-ci soit instruite sous le régime de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* [L.R.C. (1985), ch. P-35] (*Burke c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (1987), 125 N.R. 239 (C.A.F.)). Voir également *Canada (Procureur général) c. Racicot* (1997), 136 F.T.R. 111 (C.F. 1^{er} inst). En l'occurrence, aucune plainte n'a été déposée par l'appelante ou en son nom auprès de la Commission canadienne des droits de la personne.

[12] Comme il a été mentionné précédemment, l'appel fondé sur l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* constitue un recours en appel qu'exerce un candidat non reçu à l'encontre d'une nomination et dont l'objet consiste en l'application du principe fondamental tiré de cette loi voulant que les

of merit. It is not, *per se*, to protect the rights of the appellant. This has been confirmed by this Court on various occasions (see e.g. *Charest v. Attorney General of Canada*, [1973] F.C. 1217 (C.A.), at page 1221; *Blagdon v. Public Service Commission*, [1976] 1 F.C. 615 (C.A.), at page 623). The onus remains on the appellant to demonstrate that the appointment was not made on the basis of merit. Indeed the generic standards for selection and assessment adopted by the Public Service Commission Section 1:3 which both the appellant (appellant's factum, paragraph 35) and the Appeal Board (at page 67) endorse, state in part that (Joint Book of Authorities, Vol II, tab 45):

In all cases, the use of different assessment methods or sources of information for different candidates must be justified on the basis that such differential usage provides for a more accurate assessment and that the information gathered from these different methods or sources is comparable.

This if anything creates a presumption against different methods of assessment for different candidates. The focus on protecting the merit principle is manifest.

[13] As a practical matter the respondent department may have to show that if it did take steps to accommodate one or more candidates, such accommodation was not only reasonable in relation to the nature of the needs of those candidates but also was not such as to be unfair to other candidates. Such debate as there may well be over the accommodation made, or not made, is all within the context of determining whether merit was compromised. I respectfully agree with the Applications Judge's example of questions which should be considered in these circumstances [at paragraph 34]:

(1) Was the extra time allotted appropriate given the nature of the job?; (2) Was the extra time fair to the other candidates?; (3) Would Girouard's disability mean more time was needed by her?; and (4) Was extra time appropriate given the nature of the test?

nominations soient faites sur la base du mérite. Cet appel ne vise pas en soi à protéger les droits de l'appelante. La Cour l'a confirmé à plusieurs reprises (voir p. ex. *Charest c. Procureur Général du Canada*, [1973] C.F. 1217 (C.A.), à la page 1221; *Blagdon c. Commission de la fonction publique*, [1976] 1 C.F. 615 (C.A.), à la page 623). Il incombe encore à l'appelante de démontrer que la nomination n'a pas été effectuée sur la base du mérite. En effet, la norme 3 de la section 1 des Normes génériques de sélection et d'évaluation adoptées par la Commission de la fonction publique, à laquelle souscrivent autant l'appelante (mémoire de l'appelante, paragraphe 35) que le comité d'appel (à la page 67), prévoit notamment que (Recueil conjoint de jurisprudence et de doctrine, vol. II, onglet 45):

Dans tous les cas, l'utilisation de méthodes d'évaluation ou sources d'information différentes pour différents candidats ou candidates doit pouvoir se justifier du fait qu'une telle utilisation permet une évaluation plus juste et que les renseignements recueillis à travers ces différentes méthodes d'évaluation ou sources d'information peuvent être comparés entre eux.

Pour autant qu'on puisse en juger, cet extrait crée une présomption contre l'utilisation de différentes méthodes d'évaluation à l'égard de différents candidats. Il est manifeste qu'on vise à protéger le principe du mérite.

[13] Dans les faits, le ministère intimé pourrait devoir démontrer que, s'il avait effectivement pris des mesures pour composer avec un ou plusieurs candidats, cet accommodement était non seulement raisonnable compte tenu de la nature des besoins de ces candidats, mais qu'il n'était pas non plus inéquitable à l'endroit des autres candidats. Tout débat sur la question de l'accommodement s'inscrit entièrement dans la décision de savoir si le principe du mérite a été compromis. Je conviens avec le juge des demandes que ces questions auraient dû avoir été examinées en l'espèce [au paragraphe 34]:

(1) Le délai supplémentaire qui a été accordé était-il approprié compte tenu de la nature du poste?; (2) Le délai supplémentaire était-il équitable à l'égard des autres candidats?; (3) Le handicap de Mme Girouard supposait-il que celle-ci avait besoin de plus de temps?; (4) Un délai supplémentaire était-il approprié compte tenu de la nature de l'examen?

The Appeal Board should have focussed on considerations such as these.

[14] Instead the Appeal Board found its inspiration in a Supreme Court interpretation of a provincial human rights Act. That case was far removed from the issues before the Appeal Board. In the *Meiorin* case the gravamen of the complaint was that the complainant had been discriminated against by the adoption of a qualification standard that would tend to exclude women from employment as firefighters, thus constituting *prima facie* evidence of discrimination. In the present case the appellant was not *per se* complaining about discrimination against herself but was complaining that another person had been appointed to a position in a manner inconsistent with the merit principle. This could not be said to create *prima facie* proof of discrimination. Further, unlike *Meiorin* there was no discriminatory standard in question here; only an allegation that the method of testing (established, as far as the evidence shows, in good faith) for qualifications, whose legitimacy was not in dispute, was not appropriately linked to merit. The determination of that issue requires careful consideration of the problem, the evidence (such as it was) of the appellant's possible disability, the nature of the test and its relationship to the requirements of the job, together with considerations of fairness to the other candidates.

[15] Before leaving this aspect of the case I wish to observe that this case has now proceeded through three tribunals and is not yet over, all on an assumption as to the nature and degree of the appellant's disability. Her psychologist ventured an opinion by letter without having completed an assessment. The Personnel Psychology Centre of the respondent seems to have accepted this opinion as a fact, even assuming it to be the diagnosis of ADD. Not surprisingly the Appeal Board proceeded on these assumptions of the parties. While I am in no position to suggest that these assumptions were factually incorrect, it does not appear to me to be appropriate for the matter to have proceeded this far without a thorough assessment of the appellant's

Le comité d'appel aurait dû s'attarder sur des questions de ce type.

[14] Le comité d'appel s'est plutôt inspiré de l'interprétation qu'a adoptée la Cour suprême relativement à une loi provinciale en matière de droits de la personne. Cet arrêt s'éloigne considérablement des questions dont le comité d'appel était saisi. Dans l'arrêt *Meiorin*, la plainte avait pour fondement une pratique discriminatoire exercée à l'égard de la plaignante et découlant de l'adoption d'une norme de compétence dont l'effet tendrait à exclure les femmes des emplois de pompier, ce qui constituait une preuve *prima facie* de discrimination. En l'espèce, l'appelante ne se plaint pas en soi d'une discrimination exercée à son endroit, mais bien du fait qu'une autre personne a été nommée à un poste de façon incompatible avec le principe du mérite. On ne peut prétendre qu'il s'agisse là d'une preuve *prima facie* de discrimination. Qui plus est, contrairement à l'arrêt *Meiorin*, nous ne sommes pas en présence ici d'une norme discriminatoire, mais simplement d'une allégation portant que le lien entre le mérite et la méthode d'évaluation des compétences (établie de bonne foi, si l'on se fie aux éléments de preuve dont on dispose), dont la légitimité n'a pas été mise en doute, n'a pas été établi de façon satisfaisante. Pour trancher la question, il faut examiner attentivement le problème, les éléments de preuve (tels qu'ils apparaissent au dossier) de l'incapacité potentielle de l'appelante, la nature de l'examen et sa pertinence au regard des exigences de l'emploi, le tout avec un souci d'équité à l'endroit des autres candidats.

[15] Avant de conclure sur cet aspect, je tiens à faire observer que trois tribunaux ont déjà été saisis du présent dossier, que le litige n'est pas encore clos et que le dossier se fonde entièrement sur des hypothèses quant à la nature et au degré de l'incapacité dont souffre l'appelante. Son psychologue s'est risqué à donner un avis par écrit sans avoir procédé au préalable à une évaluation. Le Centre de psychologie du personnel de l'intimé semble avoir attaché une valeur factuelle à cet avis, allant même jusqu'à tenir pour acquis qu'il s'agissait d'un diagnostic de TDA. Comme il fallait s'y attendre, le comité d'appel a instruit l'affaire en se fondant sur les hypothèses mises de l'avant par les parties. Même si je ne suis pas en mesure d'affirmer que

condition being part of the record, an assessment whose details could well have had an important bearing on the question of whether the test administered was reasonable.

Conclusion and Disposition

[16] For these reasons I would dismiss the appeal with costs and confirm that the matter should be sent back to a differently constituted Appeal Board for determination in a manner consistent with these reasons.

ISAAC J.A.: I agree.

SEXTON J.A.: I agree.

ces hypothèses étaient inexactes au regard des faits, il ne m'apparaît pas opportun que l'instance se soit poursuivie aussi loin sans qu'une évaluation complète de la condition de l'appelante ne figure au dossier, évaluation dont les détails auraient fort bien pu avoir une influence déterminante sur le caractère raisonnable de l'examen.

Conclusion et dispositif

[16] Pour ces motifs, je rejeterais l'appel avec dépens et renverrais l'affaire à un comité d'appel différemment constitué pour que celui-ci statue de nouveau sur l'affaire en conformité avec les présents motifs.

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

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