

A-404-93

A-404-93

Betty MacNeill (Respondent) (Applicant)**Betty MacNeill (intimée) (requérante)**

v.

c.

Attorney General of Canada (Appellant) (Respondent)^a **Procureur général du Canada (appelant) (intimé)***INDEXED AS: MacNEILL v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (C.A.)*^b *RÉPERTORIÉ: MacNEILL c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.)*

Court of Appeal, Hugessen, Desjardins and Robertson J.J.A.—Ottawa, March 29 and May 3, 1994.

Cour d'appel, juges Hugessen, Desjardins et Robertson, J.C.A.—Ottawa, 29 mars et 3 mai 1994.

Human rights — PSC Appeal Board upholding deputy head's recommendation to release Public Service employee incapable of performing duties due to job-related injury — Whether application of Public Service Employment Act, s. 31 "release" provisions discriminatory within meaning of Canadian Human Rights Act (CHRA) — Whether application of CHRA within Board's jurisdiction.

^c *Droits de la personne — Un comité d'appel de la CFP avait confirmé la recommandation de l'administrateur général de renvoyer une fonctionnaire qui était incapable d'exercer ses fonctions par suite de blessures qu'elle avait subies au travail — Il s'agissait de savoir si l'application des dispositions relatives au «renvoi» de l'art. 31 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique était discriminatoire au sens de la Loi canadienne sur les droits de la personne (la LCDP) — Il s'agissait de savoir si l'application de la LCDP relevait de la compétence du comité.*

Public Service — Jurisdiction — Deputy head recommending release of employee incapable of performing duties due to job-related injury — PSC Appeal Board upholding recommendation — Whether application of Canadian Human Rights Act (CHRA) within Board's jurisdiction — Whether application of Public Service Employment Act, s. 31 "release" provisions discriminatory within meaning of CHRA.

^e *Fonction publique — Compétence — L'administrateur général avait recommandé le renvoi d'une employée qui était incapable d'exercer ses fonctions par suite de blessures qu'elle avait subies au travail — Un comité d'appel de la CFP avait confirmé la recommandation — Il s'agissait de savoir si l'application de la Loi canadienne sur les droits de la personne (la LCDP) relevait de la compétence du comité — Il s'agissait de savoir si l'application des dispositions relatives au «renvoi» de l'art. 31 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique était discriminatoire au sens de la LCDP.*

The respondent MacNeill, a Public Service employee, became disabled as a result of a work-related injury. The deputy head of the department recommended her release pursuant to subsection 31(1) of the *Public Service Employment Act* (PSEA) because she was incapable of performing her duties. She appealed that recommendation to an Appeal Board, invoking the *Canadian Human Rights Act* (CHRA). It dismissed her appeal on the grounds that the release of an employee who is admittedly incapable of performing his or her duties cannot be discriminatory and that in any event the Board did not have jurisdiction to enter into the question as to whether the recommendation to release her was contrary to the CHRA. Her application for judicial review of that decision was allowed by the Trial Division. The Trial Judge found that an Appeal Board, in adjudicating an appeal under section 31 of the PSEA, was bound to apply the employment provisions of the CHRA. He also found that since there had been discrimination in refusing to continue to employ the respondent on the ground of her disability, the deputy head was duty bound to attempt *bona fide* to accommodate the applicant in keeping a job so as to avoid running afoul of section 7 of the CHRA and that it was incumbent

^f *L'intimée MacNeill, qui était fonctionnaire, était devenue invalide par suite de blessures qu'elle avait subies au travail. L'administrateur général du Ministère avait recommandé son renvoi conformément au paragraphe 31(1) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique (la LEFP) parce qu'elle était incapable d'exercer ses fonctions. L'intimée a interjeté appel de cette recommandation devant un comité d'appel, en invoquant la Loi canadienne sur les droits de la personne (la LCDP). Le comité a rejeté l'appel pour le motif que le renvoi d'un employé qui, de son propre aveu, est incapable d'exercer ses fonctions ne peut pas être discriminatoire et que, de toute façon, il n'avait pas le pouvoir de déterminer si la recommandation était compatible avec la LCDP. La Section de première instance a accueilli la demande de contrôle judiciaire de cette décision que l'intimée avait présentée. Le juge de première instance a conclu qu'en statuant sur un appel en vertu de l'article 31 de la LEFP, le comité d'appel était tenu d'appliquer les dispositions relatives à l'emploi contenues dans la LCDP. Il a également conclu qu'étant donné qu'il y avait eu discrimination en refusant de continuer à employer l'intimée en raison de son incapacité, l'administrateur général avait l'obligation d'es-*

upon the Appeal Board to examine whether the employer had done so. This was an appeal from that decision.

Held (Hugessen J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

Per Desjardins J.A.: The issue was whether section 31 of the PSEA was inconsistent with the CHRA and whether it had been modified or repealed in any way by the CHRA. Section 7 of the CHRA prohibited discrimination on the grounds of disability. Disability and incapacity are interrelated, perhaps even synonymous. So section 31 of the PSEA, as applied herein, was a case of direct discrimination. However, as applied to this case, section 31 of the PSEA contained within itself the statement of a BFOR which was perfectly compatible with the CHRA. It prescribed that the physical capability be related to the performance of the duties of the position. It mirrored perfectly paragraph 15(a) of the CHRA with respect to a BFOR. There was, therefore, no duty to accommodate on the part of the employer. Section 31 was neither inconsistent nor incompatible with the CHRA, nor modified by it. The powers of the Appeal Board remained therefore unchanged.

Per Robertson J.A. (concurring in the result): The Appeal Board did not have the power to interpret and apply the employment-related provisions of the CHRA. The Appeal Board was a statutory body with no inherent jurisdiction. It could decide a matter only if Parliament has expressly or impliedly conferred on it power over the parties, the subject-matter and the remedy. The subject-matter before the Appeal Board here was the interpretation and application of the employment-related provisions of the CHRA when adjudicating on a deputy head's recommendation formulated under section 31 of the PSEA. In cases of indirect discrimination, this would include a legal determination regarding the limits of accommodation and undue hardship. Unquestionably, such matters were beyond the express terms of the PSEA.

The deputy head's recommendation to release may be appealed to the Appeal Board, which can either allow or dismiss the appeal. These two options exhaust the Appeal Board's mandate. No PSEA provision expressly authorizes the Appeal Board to provide the accommodation remedy the respondent sought. Nor was there any provision in the PSEA which impliedly conferred jurisdiction on the Appeal Board to apply the CHRA.

The CHRA and its judicial interpretation did not constitute "legal directions" within the meaning of *Ahmad v. Public Service Commission* which the Appeal Board had to apply in order to fulfil its statutory mandate under section 31. The rea-

sayer de bonne foi d'accueillir la requérante et de l'aider à conserver un emploi sous peine de contravention de l'article 7 de la LCDP et qu'il incombait au comité d'appel de déterminer si l'employeur l'avait fait. Il s'agissait d'un appel de cette décision.

Arrêt (le juge Hugessen, J.C.A., dissident): l'appel doit être accueilli.

Le juge Desjardins, J.C.A.: Il s'agissait de savoir si l'article 31 de la LEFP était incompatible avec la LCDP et s'il avait été modifié ou abrogé d'une façon quelconque par la LCDP. L'article 7 de la LCDP interdisait une distinction illicite fondée sur la déficience. La déficience et l'incapacité sont apparentées, et peut-être même synonymes. Par conséquent, l'article 31 de la LEFP en l'occurrence était un cas de discrimination directe. Toutefois, appliqué à l'espèce, l'article 31 de la LEFP contenait en soi l'énoncé d'une EPJ qui était parfaitement compatible avec la LCDP. Il prévoyait que les qualités physiques devaient être reliées au rendement dans l'exercice des fonctions d'un poste. Il s'inscrivait parfaitement dans les dispositions de l'alinéa 15a) de la LCDP par rapport à une EPJ. Par conséquent, il n'existait aucune obligation d'accommodement de la part de l'employeur. L'article 31 n'était pas incompatible avec la LCDP et n'avait pas été modifié par cette dernière. Les pouvoirs du comité d'appel demeuraient donc intouchés.

Le juge Robertson, J.C.A. (concourant quant au résultat): Le comité d'appel n'avait pas le pouvoir d'interpréter et d'appliquer les dispositions relatives à l'emploi que contenait la LCDP. Le comité d'appel était un organisme créé par le législateur et n'avait aucun pouvoir inhérent. Il pouvait trancher une question à la seule condition que le Parlement lui ait expressément ou implicitement conféré un pouvoir à l'égard des parties, de l'objet du litige ou de la réparation envisagée. En l'espèce, l'objet du litige devant le comité d'appel touchait à l'interprétation et à l'application des dispositions relatives à l'emploi contenues dans la LCDP lorsqu'il s'agissait d'entériner la recommandation que l'administrateur général avait formulée en vertu de l'article 31 de la LEFP. En cas de discrimination indirecte, le comité devrait déterminer légalement les limites de l'accommodement et des contraintes excessives. Il ne fait aucun doute que ces déterminations dépassaient les termes exprès de la LEFP.

La recommandation de l'administrateur général de renvoyer l'employée est susceptible d'appel au comité d'appel, qui peut soit accueillir soit rejeter l'appel. Ces deux options constituent le mandat du comité d'appel. Aucune disposition de la LEFP n'autorise expressément le comité d'appel à accorder la réparation demandée par l'intimée, soit l'accommodement. De plus, aucune disposition de la LEFP ne confère implicitement au comité d'appel le pouvoir d'appliquer la LCDP.

La LCDP et son interprétation par les tribunaux ne constituaient pas une «directive légale» au sens de l'arrêt *Ahmad c. La Commission de la Fonction publique*, directive que le comité d'appel devait appliquer afin de respecter le mandat

soning of this Court in *Ahmad* did not extend the jurisdiction of the Appeal Board beyond its legislated mandate.

The thrust of the respondent's case was that the Appeal Board should have the power to apply the CHRA as a matter of policy. Pursuing the matter before the Human Rights Commission might cause lengthy delays. The inefficiency of the system cannot of itself confer jurisdiction upon a tribunal which is not expressly or impliedly authorized by Parliament. Furthermore, a Human Rights Tribunal has much broader powers to receive and call evidence than the Appeal Board.

Per Hugessen J.A. (dissenting): The main issue concerned the jurisdiction of the Appeal Board to entertain submissions and make inquiry regarding the deputy head's recommendation for release in the light of the employer's obligations under the CHRA.

The application of section 31 to a person who was incapable of performing the duties of his or her position by reason of disability was a classic case of indirect or "adverse effect" discrimination. It was no answer to a claim of adverse effect discrimination to say that the rule was being properly applied, for the rule itself was not in issue in such a case. The question under the CHRA was not whether the respondent was incapable but whether she was losing her employment by reason of her disability, and if so, whether the employer had fulfilled its duty to attempt to accommodate her.

Courts have often treated rules adopted under the authority of other statutes as having been implicitly modified or even repealed by Human Rights legislation. The Appeal Board's jurisdiction to entertain submissions on the question of compliance with the CHRA did not imply or require an extension of its powers to grant remedies. In the case of *Ahmad v. Public Service Commission*, it was stated that the Appeal Board had the power to decide that a deputy head's recommendation should not be acted upon where there was a "failure to apply properly some specific statutory or other legal direction." Thus, an alleged breach by the employer of one of the provisions of the CHRA governing its relations with its employees constituted a failure to apply a statutory direction. Moreover, if such breach occurred as part of the process leading to a recommendation to release an employee, it was within the cognizance of an appeal board established under section 31. Therefore, the Appeal Board improperly declined to entertain the submissions based upon the employer's alleged breach of the CHRA.

However, the Appeal Board's power was limited to allowing or dismissing the appeal. It could grant no other remedy.

conféré par le législateur en vertu de l'article 31. Le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Ahmad* n'étendait pas la compétence du comité d'appel au-delà de son mandat légal.

Essentiellement, l'intimée soutenait que le comité d'appel devait avoir le pouvoir d'appliquer la LCDP comme politique. Soumettre la question à la Commission des droits de la personne pourrait causer de longs retards. L'inefficacité du système ne peut pas en soi conférer à un tribunal administratif une compétence qui n'est pas expressément ou implicitement autorisée par le Parlement. En outre, le tribunal des droits de la personne possède des pouvoirs beaucoup plus étendus que le comité d'appel lorsqu'il s'agit d'accueillir et de rechercher des éléments de preuve.

Le juge Hugessen, J.C.A. (dissent): La principale question était liée à la compétence du comité d'appel d'entendre des observations et de faire enquête à l'égard de la recommandation de renvoi formulée par l'administrateur général à la lumière des obligations imposées à l'employeur par la LCDP.

L'application de l'article 31 à une personne qui était incapable d'exercer les fonctions de son poste en raison d'une déficience constituait un exemple classique de discrimination indirecte ou par suite d'un effet préjudiciable. On ne réglait rien en cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable en disant que la règle était dûment appliquée, parce que la règle elle-même n'était pas en litige en pareil cas. En vertu de la LCDP, il ne s'agissait pas de déterminer si l'intimée était incapable d'exercer ses fonctions, mais si elle avait perdu son emploi en raison de sa déficience et, le cas échéant, si l'employeur avait respecté son obligation d'accommodement.

Les tribunaux ont souvent jugé que des règles adoptées sous le régime d'autres lois avaient été implicitement modifiées ou même abrogées par les dispositions législatives sur les droits de la personne. La compétence du comité d'appel d'entendre des observations sur la conformité avec la LCDP n'impliquait pas et n'exigeait pas un élargissement de ses pouvoirs d'accorder une réparation. Dans l'arrêt *Ahmad c. La Commission de la Fonction publique*, il a été dit qu'un comité d'appel ne pouvait pas décider qu'il ne devait pas donner suite à une recommandation de l'administrateur général «en l'absence de mauvaise application d'une directive légale ou juridique». Par conséquent, une infraction présumée par l'employeur à l'une des dispositions de la LCDP régissant ses relations avec les employés constituait une mauvaise application d'une directive légale. En outre, si cette infraction survenait dans le cadre du processus menant à la recommandation de renvoyer l'employé, elle relevait du champ de compétence du comité d'appel établi sous le régime de l'article 31. Par conséquent, le comité d'appel a commis une erreur lorsqu'il a refusé d'entendre les observations fondées sur le présumé non-respect de la LCDP par l'employeur.

Toutefois, le comité d'appel pouvait uniquement accueillir ou rejeter l'appel. Il ne pouvait accorder aucun autre redressement.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3, 7, 15(a), 25, 41, 50(2), 66.
Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228, ss. 106, 124. *a*
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 5(d), 10 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 10), 12 (as am. *idem*, s. 11), 21 (as am. *idem*, s. 16), 31.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Ahmad v. Public Service Commission, [1974] 2 F.C. 644; (1974), 51 D.L.R. (3d) 470; 6 N.R. 287 (C.A.); *Clare v. Canada (Attorney General)*, [1993] 1 F.C. 641; (1993), 100 D.L.R. (4th) 400; 93 CLLC 14,025; 149 N.R. 303 (C.A.); *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161; *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; *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; 91 CLLC 14,024; 122 N.R. 361; [1991] OLRB Rep 790. *d*

REFERRED TO:

R. v. Larsen, [1981] 2 F.C. 199; (1980), 117 D.L.R. (3d) 377 (C.A.); *Attorney General of Canada v. Loiselle*, [1981] 2 F.C. 203 (C.A.); *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton et al.*, [1985] 2 S.C.R. 150; (1985), 21 D.L.R. (4th) 1; [1985] 6 W.W.R. 166; 38 Man. R. (2d) 1; 15 Admin. L.R. 177; 8 C.C.E.L. 105; 85 CLLC 17,020; 61 N.R. 241; *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24; (1988), 53 D.L.R. (4th) 29; 23 C.C.E.L. 15; 9 C.H.R.R. D/5359; 88 CLLC 17,024; 88 N.R. 150 (C.A.); *Niles v. Canadian National Railway Co.* (1992), 94 D.L.R. (4th) 33; 92 CLLC 17,031; 142 N.R. 188 (F.C.A.); *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 10 C.H.R.R. D/5515; 88 CLLC 17,031; *Canada (Attorney General) v. Vincer*, [1988] 1 F.C. 714; (1987), 46 D.L.R. (4th) 165; 82 N.R. 352 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373; (1990), 123 N.R. 83 (C.A.); *Pitawanakwat v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (1987), 9 C.H.R.R. D/4825; 125 N.R. 237 (F.C.A.); *Burke v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (1987), 9 C.H.R.R. D/4824; 125 N.R. 239 (F.C.A.); *Danseureau v. Canada (Public Ser-* *e*

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3, 7, 15a), 25, 41, 50(2), 66.
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 5d), 10 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 10), 12 (mod., *idem*, art. 11), 21 (mod., *idem*, art. 16), 31.
Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 106, 124. *b*

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Ahmad c. La Commission de la Fonction publique, [1974] 2 C.F. 644; (1974), 51 D.L.R. (3d) 470; 6 N.R. 287 (C.A.); *Clare c. Canada (Procureur général)*, [1993] 1 C.F. 641; (1993), 100 D.L.R. (4th) 400; 93 CLLC 14,025; 149 N.R. 303 (C.A.); *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 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; *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; 91 CLLC 14,024; 122 N.R. 361; [1991] OLRB Rep 790. *f*

DÉCISIONS CITÉES:

R. c. Larsen, [1981] 2 C.F. 199; (1980), 117 D.L.R. (3d) 377 (C.A.); *Le procureur général du Canada c. Loiselle*, [1981] 2 C.F. 203 (C.A.); *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton et autre*, [1985] 2 R.C.S. 150; (1985), 21 D.L.R. (4th) 1; [1985] 6 W.W.R. 166; 38 Man. R. (2d) 1; 15 Admin. L.R. 177; 8 C.C.E.L. 105; 85 CLLC 17,020; 61 N.R. 241; *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24; (1988), 53 D.L.R. (4th) 29; 23 C.C.E.L. 15; 9 C.H.R.R. D/5359; 88 CLLC 17,024; 88 N.R. 150 (C.A.); *Niles c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada* (1992), 94 D.L.R. (4th) 33; 92 CLLC 17,031; 142 N.R. 188 (C.A.F.); *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 10 C.H.R.R. D/5515; 88 CLLC 17,031; *Canada (Procureur général) c. Vincer*, [1988] 1 C.F. 714; (1987), 46 D.L.R. (4th) 165; 82 N.R. 352 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373; (1990), 123 N.R. 83 (C.A.); *Pitawanakwat c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (1987), 9 C.H.R.R. D/4825; 125 N.R. 237 (C.A.F.); *Burke c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (1987), 9 C.H.R.R. D/4824; 125 N.R. 239 *j*

vice Appeal Board), [1991] 1 F.C. 444; (1990), 91 CLLC 14,010; 122 N.R. 122 (C.A.); *Canada (Minister of National Defence) v. Mongrain*, [1992] 1 F.C. 472; (1991), 135 N.R. 125 (C.A.); *Wardair Canada Inc. v. Cremona and Canadian Human Rights Commission* (1992), 146 N.R. 69 (F.C.A.); *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145; (1982), 137 D.L.R. (3d) 219; [1983] 1 W.W.R. 137; 39 B.C.L.R. 145; 82 CLLC 17,014; [1982] I.L.R. 1-1555; 43 N.R. 168; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; (1992), 9 O.R. (3d) 224; 93 D.L.R. (4th) 346; 138 N.R. 1; 55 O.A.C. 81; *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970; [1992] 6 W.W.R. 193; (1992), 71 B.C.L.R. (2d) 145; 13 B.C.A.C. 245; 141 N.R. 185.

AUTHORS CITED

Robert, Paul. *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Le Petit Robert)*, Paris: Le Robert, 1987.
Shorter Oxford English Dictionary, Oxford: Clarendon Press, 1993.

APPEAL against a judgment of the Trial Division ([1993] 3 F.C. 575; (1993), 93 CLLC 17,021; 64 F.T.R. 41) allowing an application for judicial review of a decision of a Public Service Appeal Board (*MacNeill v. Department of Veterans Affairs* (1992), 12 ABD 279) dismissing an appeal, on the ground that it lacked jurisdiction to apply the employment-related provisions of the *Canadian Human Rights Act* in adjudicating an appeal against the recommendation of deputy head to release the respondent on the ground that she had become incapable of performing her duties even though this was the result of a work-related injury. Appeal allowed.

COUNSEL:

Brian J. Saunders for appellant (respondent).
Andrew J. Raven for respondent (applicant).

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant (respondent).
Raven, Jewitt & Allen, Ottawa, for respondent (applicant).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

(C.A.F.); *Dansereau c. Canada (Comité d'appel de la fonction publique)*, [1991] 1 C.F. 444; (1990), 91 CLLC 14,010; 122 N.R. 122 (C.A.); *Canada (Ministre de la Défense nationale) c. Mongrain*, [1992] 1 C.F. 472; (1991), 135 N.R. 125 (C.A.); *Wardair Canada Inc. c. Cremona et Commission canadienne des droits de la personne* (1992), 146 N.R. 69 (C.A.F.); *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145; (1982), 137 D.L.R. (3d) 219; [1983] 1 W.W.R. 137; 39 B.C.L.R. 145; 82 CLLC 17,014; [1982] I.L.R. 1-1555; 43 N.R. 168; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; (1992), 9 O.R. (3d) 224; 93 D.L.R. (4th) 346; 138 N.R. 1; 55 O.A.C. 81; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970; [1992] 6 W.W.R. 193; (1992), 71 B.C.L.R. (2d) 145; 13 B.C.A.C. 245; 141 N.R. 185.

DOCTRINE

Robert, Paul. *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Le Petit Robert)*, Paris: Le Robert, 1987.
Shorter Oxford English Dictionary, Oxford: Clarendon Press, 1993.

APPEL contre un jugement de la Section de première instance ([1993] 3 C.F. 575; (1993), 93 CLLC 17,021; 64 F.T.R. 41) accueillant une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un comité d'appel de la fonction publique (*MacNeill c. Ministère des Affaires des anciens combattants* (1992), 12 ABD 279) avait rejeté un appel, pour le motif qu'il n'avait pas compétence pour appliquer les dispositions relatives à l'emploi de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en statuant sur un appel contre la recommandation de l'administrateur général de renvoyer l'intimée pour le motif qu'elle était devenue incapable d'exercer ses fonctions, même si cette incapacité résultait de blessures subies au travail. Appel accueilli.

AVOCATS:

Brian J. Saunders pour l'appelant (intimé).
Andrew J. Raven pour l'intimée (requérante).

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelant (intimé).
Raven, Jewitt & Allen, Ottawa, pour l'intimée (requérante).

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

HUGESSEN J.A. (*dissenting*): This is an appeal against a judgment of the Trial Division [[1993] 3 F.C. 575] allowing an application for judicial review against a decision of an Appeal Board [(1992), 12 ABD 279] appointed pursuant to section 31 of the *Public Service Employment Act*.¹ At the relevant time that section read as follows:

31. (1) Where an employee, in the opinion of the deputy head, is incompetent in performing the duties of the position the employee occupies or is incapable of performing those duties and should be appointed to a position at a lower maximum rate of pay, or released, the deputy head may recommend to the Commission that the employee be so appointed or released, in which case the deputy head shall give notice in writing to the employee of the recommendation.

(2) Within such period after receiving a notice under subsection (1) as the Commission prescribes, the employee may appeal against the recommendation of the deputy head to a board established by the Commission to conduct an inquiry at which the employee and the deputy head, or their representatives, shall be given an opportunity to be heard.

(3) The Commission, on being notified of the decision of the board on the inquiry into a recommendation conducted pursuant to subsection (2), shall, in accordance with the decision,

(a) notify the deputy head concerned that the recommendation will not be acted on; or

(b) appoint the employee to a position at a lower maximum rate of pay, or release the employee.

(4) If no appeal is made against a recommendation of a deputy head under subsection (1), the Commission may take such action with regard to the recommendation as the Commission sees fit.

(5) The Commission may release an employee pursuant to a recommendation under this section and the employee thereupon ceases to be an employee.

The respondent, Betty MacNeill, is a long time member of the Public Service. As a result of a work-related injury, she became disabled. It is common ground that she is now incapable of performing the duties of the position to which she was appointed in the Public Service and that this incapacity flows from the above injury.

The deputy head recommended Ms. MacNeill's release pursuant to subsection 31(1) because she was incapable of performing her duties. She appealed that recommendation to an Appeal Board established pur-

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A. (*dissident*): Il s'agit d'un appel interjeté contre un jugement de la Section de première instance [[1993] 3 C.F. 575] accueillant une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par un Comité d'appel [(1992), 12 DCA 279] nommé en vertu de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*¹. Au moment qui nous concerne, cet article disposait ce qui suit:

31. (1) L'administrateur général qui juge un fonctionnaire incompetent dans l'exercice des fonctions de son poste ou incapable de remplir ces fonctions peut recommander à la Commission soit le renvoi de ce fonctionnaire, soit sa rétrogradation à un poste situé dans une échelle de traitement comportant un plafond inférieur. Dans les deux cas, il en avise par écrit le fonctionnaire.

(2) Dans le délai imparti par la Commission après réception de l'avis mentionné au paragraphe (1), le fonctionnaire peut faire appel de la recommandation de l'administrateur général devant un comité chargé par la Commission de faire une enquête, au cours de laquelle les parties, ou leurs représentants, ont l'occasion de se faire entendre.

(3) Après notification de la décision du comité, la Commission, en fonction de cette dernière:

a) avertit l'administrateur général qu'il ne sera pas donné suite à sa recommandation;

b) rétrograde ou renvoie le fonctionnaire.

(4) En l'absence d'appel, la Commission peut prendre, à l'égard de la recommandation, toute mesure qu'elle estime opportune.

(5) La Commission peut renvoyer un fonctionnaire en application d'une recommandation fondée sur le présent article; le fonctionnaire perd dès lors sa qualité de fonctionnaire.

L'intimée, Betty MacNeill, est fonctionnaire depuis de nombreuses années. Par suite d'une blessure subie au travail, elle présente une déficience. Les parties s'entendent sur le fait qu'elle est dorénavant incapable d'exercer les fonctions du poste pour lequel elle a été nommée dans la fonction publique et que cette incapacité découle de la blessure susmentionnée.

L'administrateur général a recommandé le renvoi de M^{me} MacNeill conformément au paragraphe 31(1) parce qu'elle est incapable d'exercer ses fonctions. M^{me} MacNeill a contesté cette recommandation

¹ R.S.C., 1985, c. P-33.

¹ L.R.C. (1985), ch. P-33.

suant to subsection 31(2). It was her position before the Appeal Board that the employer was in fact proposing to refuse to continue to employ her on the ground of her physical disability contrary to section 7 and subsection 3(1) of the *Canadian Human Rights Act* (hereinafter CHRA).² Accordingly, Ms. MacNeill maintained, the employer's right to release her was subject to the "duty to accommodate" and it had failed in this duty.

The Appeal Board dismissed the appeal on the grounds that the release of an employee who is admittedly incapable of performing his or her duties cannot be discriminatory and that in any event the Board did not have the jurisdiction to enter into the question as to whether the recommendation to release her was contrary to the CHRA. The Board refused to inquire into whether the employer had any duty to accommodate and into what the content of such duty might be in the circumstances. It said [at pages 300-301]:

While I think there can be no doubt that the *Canadian Human Rights Act* is of a nature such as to give it status beyond that of ordinary legislation, that in itself does not lead me to the conclusion that I must temper my inherited understanding of section 31 of the *Public Service Employment Act* in the manner suggested to me.

Furthermore, and in any event, I am unable to find in the extensive evidence before me basis for holding that the Department has acted either in bad faith or in such a manner as to discriminate against the appellant (as discrimination would be understood within the context of the *Canadian Human Rights Act*) in arriving at its conclusion that Miss MacNeill is incapable of carrying out the duties of her position, and has been for some time and indeed continues to be. It seems to me that no charge of discrimination—with respect to the recommendation for release itself—can withstand scrutiny because both the appellant herself and her representative were in agree-

² R.S.C., 1985, c. H-6.

Section 7 reads as follows:

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.

Subsection 3(1) lists "disability" as a prohibited ground of discrimination.

devant un Comité d'appel établi en vertu du paragraphe 31(2). D'après les arguments présentés par l'intimée au Comité d'appel, l'employeur proposait en fait de refuser de continuer à l'employer en raison d'une déficience physique, ce qui est contraire à l'article 7 et au paragraphe 3(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la LCDP)². Par conséquent, M^{me} MacNeill a soutenu que le droit de l'employeur de la renvoyer était assujéti à une obligation d'accommodement qu'il n'avait pas respectée.

Le Comité d'appel a rejeté l'appel sur le fondement que le renvoi d'un employé qui, de son propre aveu, est incapable d'exercer ses fonctions ne peut être discriminatoire et que, de toute façon, le Comité n'avait pas le pouvoir de déterminer si la recommandation était ou non compatible avec la LCDP. Le Comité a refusé de s'interroger sur l'existence d'une obligation d'accommodement de la part de l'employeur et du contenu de cette obligation en de telles circonstances. Il s'est prononcé de la façon suivante [aux pages 300 et 301]:

Le fait aucun doute selon moi que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est d'une nature spéciale et a une portée plus grande que les lois ordinaires. Cependant, ce point ne suffit pas en soi pour que je décide de modifier, de la manière qui m'a été suggérée, mon interprétation de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, interprétation généralement reconnue.

De plus, et de toute façon, je ne peux conclure, en me basant sur la preuve détaillée qui m'a été présentée, que le ministère a agi de mauvaise foi ou a fait preuve de discrimination envers l'appelante (au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*) en concluant que M^{me} MacNeill était et demeure incapable de remplir les fonctions de son poste. Il me semble qu'aucune accusation de discrimination, en ce qui concerne précisément la recommandation visant le renvoi de l'appelante, ne résisterait à un examen minutieux, puisque le représentant de l'appelante et M^{me} MacNeill elle-même sont d'accord avec le ministère sur le fond de la question: M^{me} MacNeill est, de

² L.R.C. (1985), ch. H-6.

Voici le texte de l'article 7:

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.

La «déficience» figure au paragraphe 3(1) à titre de motif de distinction illicite.

ment that the fact of the matter was that Miss MacNeill is certainly unable to carry out the duties of the position to which she was earlier appointed and from which her release on the grounds of such incapacity was now being recommended.

I cannot then see the present recommendation as open to the characterization of discriminatory given the option available to the Department *per* section 31. It seems to me that a recommendation under this section cannot be perceived as discriminatory when all parties are in clear agreement that Miss MacNeill is unable to carry out the duties involved, particularly when it is borne in mind that the pervasive tenor of the *Public Service Employment Act* is appointment and promotion based upon merit.

An appeal board appointed in response to an appeal being brought, under section 31 of the *Public Service Employment Act*, against a recommendation for release such as the instant one has not the scope to entertain outcomes beyond either upholding or rejecting the recommendation following an inquiry into the matter. In judgements such as *Weyer*, *The Queen v. St-Hilaire, Loiselle and Larsen* (all cited above), the Federal Court of Appeal has been unequivocal on this issue. In other words, whether or not Miss MacNeill might—for instance—have reasonably been placed in another job, the duties of which she might better have been able to undertake, is not a possibility that I am free to consider in weighing whether or not the instant recommendation should be acted upon.

This leads me to the second thread of argument interwoven by Mr. MacDonald into his case fabric. Whether or not Miss MacNeill has been discriminated against as that discrimination would be understood under the auspices of the *Canadian Human Rights Act* is something not within my jurisdiction to consider. It may be, as Mr. MacDonald seems earnestly to believe, that the appellant has been—in some significant sense of the term—discriminated against by one or other of the Department's actions. Whether that has in fact occurred is something for someone else to adjudge in another arena. An avenue might be that apparently travelled in the *Boucher* decision of a Canadian Human Rights Tribunal that Mr. MacDonald drew to my attention. I cannot, of course, presume to predict what such a tribunal might say faced with some or all of the present evidence, but I mention the matter simply to suggest that further avenues of redress may well be available to the appellant.

From the foregoing it is apparent that I cannot agree with Mr. MacDonald's contention than an Appeal Board must intervene against what he would want me to perceive as discrimination in the application of section 31 of the *Public Service Employment Act*. While it may well be accurate to characterize the *Canadian Human Rights Act* as other than ordinary legislation, such characterization fails in my respectful opinion to lead me to the view that a recommendation brought under section 31—and one for which all parties involved would appear to agree with the underlying substantive rationale—must be rejected simply because aspects of the department's behaviour might

toute évidence, incapable de remplir les fonctions du poste auquel elle a été nommée et à l'égard duquel son renvoi pour incapacité a été recommandé.

a Par conséquent, je ne peux considérer que la recommandation en cause peut être qualifiée de discriminatoire, eu égard à la décision que le ministère est en droit de prendre conformément à l'article 31. Il me semble qu'une recommandation faite en application de cet article ne peut être perçue comme étant discriminatoire lorsque toutes les parties ont clairement convenu que M^{me} MacNeill est incapable de remplir les fonctions de son poste, surtout si on considère que la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* prévoit essentiellement que les nominations et les promotions doivent se faire selon le principe du mérite.

c Un Comité d'appel convoqué pour entendre un appel interjeté en vertu de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* contre une recommandation visant un renvoi, comme dans le présent cas, ne peut que confirmer ou rejeter la recommandation après avoir examiné à fond la question; il n'a pas compétence pour considérer d'autres possibilités. Dans les arrêts *Weyer*, *La Reine c. St-Hilaire, Loiselle et Larsen* (tous cités), la Cour d'appel fédérale a été catégorique sur ce point. Autrement dit, pour décider si la recommandation en cause devrait ou non être appliquée, je ne peux me demander, par exemple, si M^{me} MacNeill aurait pu être nommée à un autre poste dont elle aurait peut-être été capable de remplir les fonctions.

f Cela nous amène au second pilier de l'argumentation complexe de M. MacDonald, c'est-à-dire que M^{me} MacNeill aurait été victime de discrimination au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Je dois préciser que l'examen de cette question n'est pas de mon ressort. Il est possible, et M. MacDonald semble en être convaincu, qu'une ou plusieurs des mesures prises par le ministère aient constitué une forme de discrimination. Y a-t-il eu en fait discrimination? Ce n'est pas à moi d'en juger puisque cette question ne relève pas de ma compétence. Une avenue possible est peut-être celle qui semble avoir été explorée dans la décision *Boucher*, rendu par le Tribunal des droits de la personne, que M. MacDonald a portée à mon attention. Il va sans dire que je ne peux prédire ce que ce tribunal aurait dit face à l'ensemble de la preuve présentée ici, mais je fais mention de cette affaire dans le but de laisser entendre à l'appelante que d'autres recours s'offrent à elle.

i Par conséquent, il est évident que je ne partage pas l'opinion de M. MacDonald selon laquelle un comité d'appel doit intervenir face à ce qu'il voudrait que je perçoive comme un acte discriminatoire dans l'application de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. Même s'il est permis de croire que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* se distingue des lois ordinaires, à mon humble avis, cette distinction n'implique pas qu'il faille rejeter une recommandation faite en application de l'article 31—recommandation appuyée sur des faits sur lesquels toutes les parties semblent s'entendre—simplement parce qu'il est concevable que certains aspects

conceivably be tarred with the brush of discrimination as that might be understood in an action brought under the provisions of the *Canadian Human Rights Act*. [Emphasis added.]

Ms. MacNeill's application for judicial review was, as I have indicated, accepted by the Trial Division. The Judge was of the view that the Appeal Board had the requisite jurisdiction. He said [at page 604]:

The function of the Board on appeal is to review the deputy head's conduct leading to, and in, the recommendation to release the applicant, to determine whether it be lawful conduct in formulating a lawful proper recommendation. Had the Board member only assessed the evidence of what appears to be some effort by the deputy head to accommodate the physically incapable applicant pursuant to the CHRA's requirements, then this Court would probably be dismissing this application. Instead, the Board rejected the applicant's proper invitation to do that. In such rejection resides a reviewable error.

It seems that the respondent's view is that the Act and the CHRA exist and operate in two hermetically sealed, watertight compartments, as if two solitudes. What clearly connects their existence and operation are the fact that those who carry out the administration and functions of the *Public Service Employment Act* are bound, like their royal patron by the provisions—especially the employment provisions—of the *Canadian Human Rights Act*.

The principal question raised by this appeal has to do with the jurisdiction of the Appeal Board to entertain submissions and make inquiry regarding the deputy head's recommendation for release in the light of the employer's obligations under the CHRA.

While it is common ground that the employer is subject to the provisions of the CHRA, there is also an underlying disagreement between the parties as to whether the application of the "release" provisions of section 31 of the *Public Service Employment Act*, *supra* is in itself capable of constituting a discriminatory practice within the meaning of the CHRA. As indicated, the Board found it was not. Since a negative answer to that question would render the principal question moot, and since in any event an understanding of the nature of the alleged discrimination is helpful to a discussion of the powers of the Appeal

du comportement du ministère puissent être assimilés à des actes discriminatoires, au sens où on pourrait l'entendre dans une action intentée en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. [Non souligné dans l'original.]

^a La demande de contrôle judiciaire présentée par Mme MacNeill a été accueillie par la Section de première instance. Le juge était d'avis que le Comité d'appel possédait la compétence nécessaire. Il a déclaré ce qui suit [à la page 604]:

^b Le Comité d'appel a une fonction d'examen aussi bien vis-à-vis de la conduite de l'administrateur général ayant abouti à la recommandation de renvoi visant la requérante que de la recommandation elle-même, afin de vérifier si une recommandation conforme à la loi a suivi des comportements, eux aussi, conformes à la loi. Si le membre du Comité avait tenu compte de la preuve de ce qui semblerait constituer, de la part de l'administrateur général, un certain effort en vue d'accommoder les fonctions du poste à l'incapacité physique de la requérante, ainsi que le prévoit les dispositions de la LCDP, il est probable que la Cour rejetterait la requête. Mais, le Comité a refusé de faire cela même qu'à juste titre lui demandait la requérante. C'est ce refus qui constitue une erreur justifiant examen.

^c L'intimé semble considérer que la Loi et la LCDP existent et fonctionnent chacune dans son compartiment hermétique, un peu comme deux solitudes. Ce qui relie nettement leurs deux existences et leur fonctionnement c'est que ceux qui assurent l'administration de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* et qui exercent les fonctions qui y sont inscrites sont liés, comme leur royal protecteur, par les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et en particulier par les dispositions en matière d'emploi.

^d La principale question soulevée par le présent pourvoi est liée à la compétence du Comité d'appel d'entendre des observations et de faire une enquête à l'égard de la recommandation de renvoi formulée par l'administrateur général à la lumière des obligations de l'employeur en vertu de la LCDP.

^e Bien que nul ne conteste le fait que l'employeur soit assujéti aux dispositions de la LCDP, les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir si l'application des dispositions de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, précitée, relatives au renvoi peut elle-même être assimilée à une pratique discriminatoire aux termes de la LCDP. Comme je l'ai indiqué, le Comité d'appel a répondu par la négative. Cette réponse négative enlève tout bien-fondé à la question principale et puisque, de toute façon, il est utile de comprendre la nature de la discrimination reprochée pour discuter des pouvoirs du

Board, I think it is convenient to deal with that issue first.

In my view, the application of section 31 to a person who is incapable of performing the duties of their position by reason of disability is a classic case of indirect or "adverse effect" discrimination. That type of discrimination was described in the seminal case of *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.* (the *O'Malley case*)³ by McIntyre J. as follows (at page 551):

A distinction must be made between what I would describe as direct discrimination and the concept already referred to as adverse effect discrimination in connection with employment. Direct discrimination occurs in this connection where an employer adopts a practice or rule which on its face discriminates on a prohibited ground. For example, "No Catholics or no women or no blacks employed here." There is, of course, no disagreement in the case at bar that direct discrimination of that nature would contravene the Act. On the other hand, there is the concept of adverse effect discrimination. It arises where an employer for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristic of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force. For essentially the same reasons that led to the conclusion that an intent to discriminate was not required as an element of discrimination contravening the Code I am of the opinion that this Court may consider adverse effect discrimination as described in these reasons a contradiction of the terms of the Code. An employment rule honestly made for sound economic or business reasons, equally applicable to all to whom it is intended to apply, may yet be discriminatory if it affects a person or group of persons differently from others to whom it may apply. [Emphasis added.]

That definition was further refined by Wilson J. in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)* (at pages 514-515):⁴

Where a rule discriminates on its face on a prohibited ground of discrimination, it follows that it must rely for its justification on the validity of its application to all members of the group affected by it. There can be no duty to accommodate

³ [1985] 2 S.C.R. 536.

⁴ [1990] 2 S.C.R. 489.

Comité d'appel, j'estime qu'il y a lieu d'aborder cette question en premier lieu.

À mon sens, l'application de l'article 31 à une personne qui est incapable d'exercer les fonctions de son poste en raison d'une déficience constitue un exemple classique de discrimination indirecte ou de discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Ce genre de discrimination était décrit dans l'arrêt déterminant *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres* (l'affaire *O'Malley*)³ par le juge McIntyre (à la page 551):

On doit faire la distinction entre ce que je qualifierais de discrimination directe et ce qu'on a déjà désigné comme le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable en matière d'emploi. À cet égard, il y a discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé. Par exemple, «Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir». En l'espèce, il est évident que personne ne conteste que la discrimination directe de cette nature contrevient à la Loi. D'autre part, il y a le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés. Essentiellement pour les mêmes raisons qui sous-tendent la conclusion que l'intention d'établir une distinction n'est pas un élément nécessaire de la discrimination proscrire par le Code, je suis d'avis que cette Cour peut considérer que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, décrite dans les présents motifs, contrevient au Code. Une condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires, également applicable à tous ceux qu'elle vise, peut quand même être discriminatoire si elle touche une personne ou un groupe de personnes d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer. [Non souligné dans l'original.]

Cette définition a été précisée par le juge Wilson dans *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*⁴ (aux pages 514 et 515):

Lorsque, à première vue, une règle établit une distinction fondée sur un motif de discrimination prohibé, sa justification devra reposer sur la validité de son application à tous les membres du groupe touché. En vertu du critère du motif justi-

³ [1985] 2 R.C.S. 536.

⁴ [1990] 2 R.C.S. 489.

individual members of that group within the justificatory test because, as McIntyre J. pointed out, that would undermine the rationale of the defence. Either it is valid to make a rule that generalizes about members of a group or it is not. By their very nature rules that discriminate directly impose a burden on all persons who fall within them. If they can be justified at all, they must be justified in their general application. That is why the rule must be struck down if the employer fails to establish the BFOQ. This is distinguishable from a rule that is neutral on its face but has an adverse effect on certain members of the group to whom it applies. In such a case the group of people who are adversely affected by it is always smaller than the group to which the rule applies. On the facts of many cases the "group" adversely affected may comprise a minority of one, namely the complainant. In these situations the rule is upheld so that it will apply to everyone except persons on whom it has a discriminatory impact, provided the employer can accommodate them without undue hardship. [Emphasis added.]

As I understand the distinction, a rule is said to be directly discriminatory if its application will always result in discrimination on a prohibited ground: everyone to whom the rule applies is in one of the categories which the law seeks to protect. A rule is indirectly discriminatory if only some of its applications produce a discriminatory adverse effect on a prohibited ground.

Section 31 is on its face entirely neutral. It embodies the simple common sense rule that an employee must be capable of performing at least the minimum requirements of his or her position. The employer may "release", i.e. refuse to continue to employ, a person who is incapable of doing the duties for which they were hired. But incapacity is not synonymous with disability for it may have any number of causes unrelated to physical or mental conditions. The employee may be imprisoned or physically detained. He or she may have lost some professional license or qualification which is a prerequisite to the performance of the duties of the position (e.g. a truck driver being disqualified from driving, a lawyer failing to maintain membership at the Bar). So the rule does not discriminate directly. But where the cause of the employee's incapacity itself constitutes a prohibited ground of discrimination, as it does in the case of disability, the rule will have a discriminatory adverse effect on the employee in question. The employer is

fiable, il ne peut en effet y avoir d'obligation d'accommodement à l'égard des membres individuels du groupe puisque, comme l'a fait observer le juge McIntyre, cela saperait le fondement même de ce moyen de défense. Ou bien on peut valablement établir une règle qui généralise à l'égard des membres d'un groupe ou bien on ne le peut pas. Par leur nature même, les règles qui constituent une discrimination directe imposent un fardeau à tous ceux qui y sont assujettis. Si tant est qu'elles puissent être justifiées, c'est dans leur application générale qu'elles doivent l'être. Voilà pourquoi la règle doit être annulée si l'employeur ne réussit pas à démontrer qu'il s'agit d'une EPN. Une telle règle doit être distinguée d'une règle qui, neutre en apparence, a un effet préjudiciable sur certains membres du groupe auquel elle s'applique. En pareil cas, le groupe des personnes qui subissent un effet préjudiciable est toujours plus petit que le groupe auquel la règle s'applique. Dans les faits, fréquemment, le «groupe» lésé se composera d'une seule personne, savoir le plaignant. La règle est alors maintenue en ce sens qu'elle s'appliquera à tous sauf aux personnes sur lesquelles elle a un effet discriminatoire, pourvu que l'employeur puisse procéder aux accommodements nécessaires sans subir des contraintes excessives. [Non souligné dans l'original.]

Voici comment j'interprète la distinction: une règle constitue de la discrimination directe si son application entraîne toujours une distinction pour un motif illicite: tous ceux qui sont assujettis à la règle font partie d'une des catégories que le législateur cherche à protéger. Par ailleurs, une règle sera indirectement discriminatoire si seulement quelques-unes de ces applications ont un effet discriminatoire préjudiciable pour un motif prohibé.

À première vue, l'article 31 est tout à fait neutre, puisqu'il concrétise la simple règle, appuyée sur le sens commun, selon laquelle l'employé doit être capable d'exécuter au moins les fonctions minimales de son poste. L'employeur peut «renvoyer», c'est-à-dire refuser de continuer d'employer, une personne qui est incapable d'exercer les fonctions pour lesquelles elle a été embauchée. Mais l'incapacité n'est pas une déficience, puisqu'elle peut être attribuable à un certain nombre de motifs indépendants de l'état physique ou mental. L'employé peut être emprisonné ou détenu physiquement. Il peut avoir perdu son permis d'exercice ou ses qualifications professionnelles qui sont des conditions préalables pour l'exercice des fonctions de son poste (par exemple, le conducteur de camion qui perd son permis de conduire ou l'avocat qui est radié du Barreau). La règle ne constitue pas alors de la discrimination directe. Par contre, si la cause de l'incapacité de l'employée constitue un motif de distinction illicite, comme c'est le cas s'il

refusing to continue to employ that person on the ground of that person's disability.

Thus, in *Canada (Minister of National Defence) v. Mongrain*,⁵ this Court had to deal with an apparently neutral rule which was very similar to that found in subsection 31(1): the employer required the employee to be available for work. However, the application of that apparently neutral and common sense rule to a pregnant employee who was otherwise entitled to unpaid maternity leave was found to result in adverse effect discrimination on the ground of sex.

Furthermore, it is no answer to a claim of adverse effect discrimination to say that the rule is being properly applied, for the rule itself is not in issue in such a case. By definition a neutral employment rule is capable of being applied to some employees without discriminatory effect. But when the proper application of the rule produces an adverse impact on certain persons or groups whom Parliament has deemed in need of special protection it will be judged discriminatory and will trigger a duty on the part of the employer to attempt to accommodate the protected person or group.⁶

Thus, Ms. MacNeill's admission that she is incapable of performing the duties of her position does not, as the Appeal Board seems to have thought, prevent her from being a victim of a discriminatory refusal to continue to employ her. The question under the CHRA is not whether she is incapable but whether

⁵ [1992] 1 F.C. 472 (C.A.).

⁶ It may be noted in passing that there is a distinction, subtle almost to the point of invisibility, between the duty to accommodate, in cases of adverse effect discrimination, and the duty to consider individual testing which will frequently be part of the good faith requirement of a BFOR defence in cases where the rule is directly discriminatory: See *Wardair Canada Inc. v. Cremona and Canadian Human Rights Commission* (1992), 146 N.R. 69 (F.C.A.). The distinction is of no consequence here since we are dealing with adverse effect discrimination and no BFOR defence is available.

s'agit d'une déficience, la règle deviendra un acte discriminatoire par suite d'un effet préjudiciable sur l'employé en question. L'employeur refuse de continuer d'employer cette personne en raison de la déficience.

Dans l'affaire *Canada (Ministre de la Défense nationale) c. Mongrain*⁵, la Cour a été saisie d'une règle apparemment neutre qui était très semblable à celle qui est énoncée au paragraphe 31(1): l'employeur exigeait que l'employé soit disponible pour travailler. Toutefois, l'application de cette règle apparemment neutre et sensée à une employée enceinte qui pouvait par ailleurs se prévaloir d'un congé de maternité sans solde a été jugée comme un acte discriminatoire par suite d'un effet préjudiciable en raison du sexe de la personne.

En outre, on ne règle rien en cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable en invoquant que la règle est dûment appliquée, parce que la règle elle-même n'est pas en litige en l'espèce. Par définition, une règle d'emploi neutre peut être appliquée à certains employés sans avoir d'effet discriminatoire. Toutefois, quand l'application en bonne et due forme de cette même règle a un effet préjudiciable sur certaines personnes ou sur certains groupes qui, selon le Parlement, ont besoin d'une protection spéciale, elle sera jugée discriminatoire et engendrera, de la part de l'employeur, une obligation d'accommodement à l'égard de la personne ou du groupe protégé⁶.

Ce n'est pas parce que M^{me} MacNeill a avoué être incapable d'exécuter les fonctions de son poste qu'elle peut être victime de discrimination, comme le Comité d'appel semble l'avoir pensé, lorsqu'on a refusé de continuer à l'employer. En vertu de la LCDP, il ne s'agit pas de déterminer si elle est inca-

⁵ [1992] 1 C.F. 472 (C.A.).

⁶ Notons en passant qu'il existe une distinction, subtile au point d'être invisible, entre l'obligation d'accommodement dans le cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable et l'obligation d'effectuer des examens individuels qui devra souvent être satisfaite pour que l'employeur puisse invoquer sa bonne foi et l'existence d'une exigence professionnelle justifiée lorsque la règle est directement discriminatoire: voir *Wardair Canada Inc. c. Cremona et Commission canadienne des droits de la personne* (1992), 146 N.R. 69 (C.A.F.). Cette distinction est sans conséquence ici puisque nous faisons face à une discrimination par suite d'un effet préjudiciable et qu'aucune défense s'appuyant sur une EPJ n'est possible.

she is losing her employment by reason of her disability, and if so, whether the employer has fulfilled its duty to attempt to accommodate her. The law does not require that employers hire or continue to employ persons who are or have become disabled; it does, however, oblige them to examine whether an appropriate and not unduly burdensome change in the work environment would allow such persons to do, or to continue doing, their job. In the context of the present case one possible way of accommodating Ms. MacNeill might be by trying to find her alternative employment which she is capable of doing. As indicated, the Appeal Board refused even to look at the question.

This brings me to the principal question for decision outlined above. Does the Board have the jurisdiction to entertain a submission that the employer's recommendation for release is made in contravention of its obligations under the CHRA?

At the outset, I would observe that examples are not wanting in recent case law of courts treating rules which have been adopted in or under the authority of other statutes as having been implicitly modified or even repealed by Human Rights legislation: see *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*⁷; *Canada (Attorney General) v. Druken*;⁸ *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*.⁹ This is hardly surprising given the acknowledged primacy of the Human Rights legislation and the stated intention of the CHRA to "extend" the laws of Canada in order to proscribe discriminatory practices. While that fact does not in itself enlarge the powers of appeal boards constituted under the *Public Service Employment Act*, it is an important part of the context within which that question must be studied.

I would further note that the question raised on this appeal is solely as to the Appeal Board's jurisdiction to entertain submissions on the question of compliance with the CHRA. Such a jurisdiction does not

pable d'exercer ses fonctions mais bien de voir si elle perd son emploi en raison de sa déficience et, le cas échéant, de décider si l'employeur a respecté son obligation d'accommodement. Le législateur n'exige pas de l'employeur qu'il embauche ou continue d'employer des personnes qui présentent une déficience; par contre, il l'oblige à déterminer si une modification appropriée du milieu de travail et qui ne cause pas de contraintes excessives pourrait permettre à ces personnes de faire leur travail. En l'espèce, il aurait été possible d'accommoder M^{me} MacNeill en essayant de lui trouver un autre emploi qu'elle était capable d'exercer. Comme je l'ai indiqué, le Comité d'appel a refusé même d'envisager cette question.

Voilà qui m'amène à la question principale que j'ai soulignée ci-dessus. Le Comité d'appel avait-il la compétence voulue pour entendre l'observation selon laquelle la recommandation de renvoi de l'employeur était contraire aux obligations de celui-ci en vertu de la LCDP?

Je signalerai d'abord que les exemples abondent dans la jurisprudence récente où les tribunaux ont jugé que des règles adoptées sous le régime d'autres lois ont été implicitement modifiées ou même abrogées par les dispositions législatives sur les droits de la personne: voir *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*⁷; *Canada (Procureur général) c. Druken*;⁸; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*⁹. Ce phénomène n'est pas surprenant compte tenu de la prééminence reconnue aux textes législatifs en matière de droits de la personne et de l'intention expresse de la LCDP de «s'appliquer» à toutes les lois du Canada afin de proscrire les pratiques discriminatoires. Bien que ce fait n'élargisse pas en soi les pouvoirs des comités d'appel constitués en vertu de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, il constitue une partie importante du contexte dans lequel la question doit être étudiée.

Je préciserai en outre que la question soulevée dans le cadre du présent pourvoi tient uniquement à la compétence du Comité d'appel d'entendre des observations sur la conformité avec la LCDP. Une

⁷ [1982] 2 S.C.R. 145.

⁸ [1989] 2 F.C. 24 (C.A.).

⁹ [1992] 2 S.C.R. 321.

⁷ [1982] 2 R.C.S. 145.

⁸ [1989] 2 C.F. 24 (C.A.).

⁹ [1992] 2 R.C.S. 321.

imply or require an extension of the Appeal Board's powers to grant remedies. The CHRA contains its own remedial mechanisms and there is nothing in the statute which suggests an expansion of the power of a purely domestic tribunal such as the Appeal Board so as to enable it to do the kinds of things that a Human Rights Tribunal is authorized to do.

The leading decision on the scope of an Appeal Board's inquiry is the case of *Ahmad v. Public Service Commission*¹⁰ where Jockett C.J. said (at pages 646-647):

Whether or not a person is competent or incompetent for a post is a matter of opinion, and, in the absence of any special legal direction, all that the law can imply with regard thereto is that it must be honestly formed, and that it must, in the first instance at least, be based upon the observation, by those under whom he works, of the manner in which the person whose competence is in question carries out his duties. In particular circumstances, rough and ready rules of thumb may be adopted by such persons as an aid to the formation of the required opinion; but, in my view, in the absence of

- (a) some failure to apply properly some specific statutory or other legal direction, or
- (b) proof of bad faith on the part of those whose observations and judgment are in question,

a board of review established under section 31 would not be justified in deciding that a deputy head's recommendation should not be acted upon unless it had before it material that satisfied it, as a matter of fact, that the deputy head was wrong in forming the opinion that the person in question was "incompetent in performing the duties of the position he occupies."

Ahmad was, of course, a case of release for incompetence rather than incapacity but, in my view, the reference to "failure to apply properly some specific statutory or other legal direction" is virtually determinative of the issue in this case. Clearly, the Appeal Board has the power to determine whether the *Public Service Employment Act* itself has been complied with. Indeed, one of the Board's principal concerns (and this is the case with boards established under section 21 [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 16] as well) is respect for the merit principle enshrined in section 10 [as am. *idem*, s. 10]. As we have seen, however, the CHRA "extends" and implicitly amends the *Pub-*

¹⁰ [1974] 2 F.C. 644 (C.A.).

telle compétence n'implique ni n'exige un élargissement des pouvoirs du Comité d'appel d'accorder réparation. La LCDP contient ses propres mécanismes de redressement et rien dans ce texte législatif ne permet d'étendre le pouvoir d'un tribunal purement interne comme un comité d'appel pour que celui-ci puisse faire des choses qu'un tribunal des droits de la personne est autorisé à faire.

La décision déterminante sur la portée de l'enquête menée par le Comité d'appel est l'arrêt *Ahmad c. La Commission de la Fonction publique*¹⁰, où le juge en chef Jockett a déclaré ce qui suit (aux pages 646 et 647):

Qu'une personne soit compétente ou incompétente pour un poste est une question d'opinion; en l'absence de directives juridiques spéciales, tout ce qu'on peut légalement demander à ce sujet est que l'opinion ait été formée d'une manière honnête et que, au départ au moins, elle soit fondée sur l'observation par les supérieurs hiérarchiques de la personne dont la compétence est mise en question, de la façon dont cette dernière remplit ses fonctions. Dans des circonstances particulières, ces personnes peuvent utiliser des règles empiriques rudimentaires et toutes faites comme guide pour parvenir à l'opinion requise; mais à mon avis, en l'absence

- a) de mauvaise application d'une directive légale ou juridique ou
- b) de la preuve de mauvaise foi de la part de ceux dont les observations et le jugement sont en cause,

un comité de révision établi conformément à l'article 31 ne pourrait pas à bon droit décider qu'il ne doit donner aucune suite à une recommandation d'un sous-chef à moins qu'on ne lui ait soumis des documents pertinents, établissant effectivement que le sous-chef a eu tort d'estimer que l'employé en question était «incompétent dans l'exercice des fonctions de son poste».

L'affaire *Ahmad* portait sur un renvoi pour incompetence plutôt que pour incapacité mais, à mon avis, l'expression «en l'absence de mauvaise application d'une directive légale ou juridique» permet virtuellement de trancher la question en l'espèce. Il est clair que le Comité d'appel a le pouvoir de déterminer si la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* a été respectée. De fait, une des principales préoccupations du Comité (et c'est le cas du comité constitué en vertu de l'article 21 [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 16]) est le respect du principe du mérite enchâssé à l'article 10 [mod., *idem*, art. 10]. Comme nous l'avons vu, toutefois, la LCDP «étend» et modifie implicite-

¹⁰ [1974] 2 C.F. 644 (C.A.).

lic Service Employment Act. Thus, an alleged breach by the employer of one of the provisions of the CHRA governing its relations with its employees constitutes a failure to apply a statutory direction. Moreover, if such breach occurs as part of the process leading to a recommendation to release an employee, it is within the cognizance of an appeal board established under section 31.

The dispositions which an appeal board may make on an appeal under section 31 are restricted to allowing or dismissing the appeal. That was laid down by this Court in the decision in *R. v. Larsen*.¹¹ The following passage from the reasons of Pratte J.A., at pages 201-202, is taken from the French text (the original) since the English translation is at best ambiguous and at worst misleading*:

¹¹ [1981] 2 F.C. 199 (C.A.).

* The last phrase of subsection 31(3) refers indirectly to the decisions that an appeal board is authorized to make:

... upon being notified of the board's decision on the inquiry the Commission shall,

(a) notify the deputy head concerned that his recommendation will not be acted upon, or

(b) appoint the employee to a position at a lower maximum rate of pay, or release the employee,

accordingly as the decision of the board requires.

In the case at bar the maker of the decision *a quo* interpreted this as conferring on it the authority to render one of three decisions:

1. to order that the recommendation not be acted upon,
2. to order that the employee be appointed to another position, or
3. to order that the employee be released.

This interpretation should not, in my opinion, be upheld. The last phrase in subsection 31(3) does not describe the decisions a board may render; rather it sets forth what must be done by the Commission following a decision of the board. It may either allow the appeal or dismiss it. These are the two possibilities to which paragraphs 31(3)(a) and (b) refer. If the board allows the appeal, the Commission must, according to paragraph 9(a), "notify the deputy head concerned that his recommendation will not be acted upon"; if the board dismissed the appeal, the Commission must then, as stated in paragraph (b), act upon the recommendation made by the deputy head, either by releasing the employee, or by appointing him to a lower position, depending on the nature of the recommendation. [Emphasis added.]

ment la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. Par conséquent, une infraction présumée par l'employeur à une des dispositions de la LCDP régissant ses relations avec ses employés constitue une mauvaise application d'une directive légale. En outre, si cette infraction survient dans le cadre du processus menant à la recommandation du renvoi d'un employé, elle relève du champ de compétence du comité d'appel établi sous le régime de l'article 31.

Les décisions que peut prendre le comité d'appel dans le cadre d'un appel interjeté en vertu de l'article 31 sont limitées: il peut accueillir ou rejeter l'appel tout simplement. Ces restrictions ont été établies par la Cour dans l'affaire *R. c. Larsen*¹¹. Voici un passage des motifs du juge Pratte, J.C.A., qu'on retrouve aux pages 201 et 202, cités dans leur version française originale puisque la traduction anglaise est au mieux ambiguë et au pire trompeuse*:

¹¹ [1981] 2 C.F. 199 (C.A.).

* The last phrase of subsection 31(3) refers indirectly to the decisions that an appeal board is authorized to make:

... upon being notified of the board's decision on the inquiry the Commission shall,

(a) notify the deputy head concerned that his recommendation will not be acted upon, or

(b) appoint the employee to a position at a lower maximum rate of pay, or release the employee,

accordingly as the decision of the board requires.

In the case at bar the maker of the decision *a quo* interpreted this as conferring on it the authority to render one of three decisions:

1. to order that the recommendation not be acted upon,
2. to order that the employee be appointed to another position, or
3. to order that the employee be released.

This interpretation should not, in my opinion, be upheld. The last phrase in subsection 31(3) does not describe the decisions a board may render; rather it sets forth what must be done by the Commission following a decision of the board. It may either allow the appeal or dismiss it. These are the two possibilities to which paragraphs 31(3)(a) and (b) refer. If the board allows the appeal, the Commission must, according to paragraph 9(a), "notify the deputy head concerned that his recommendation will not be acted upon"; if the board dismissed the appeal, the Commission must then, as stated in paragraph (b), act upon the recommendation made by the deputy head, either by releasing the employee, or by appointing him to a lower position, depending on the nature of the recommendation. [Non souligné dans l'original.]

La dernière phrase du paragraphe 31(3) réfère de façon indirecte aux décisions qu'un Comité d'appel est habilité à prendre:

La Commission doit, après avoir été informée de la décision du comité par suite de l'enquête,

- a) avertir le sous-chef en cause qu'il ne sera pas donné suite à sa recommandation, ou
- b) nommer l'employé à un poste avec un traitement maximum inférieur ou le renvoyer,

selon ce qu'a décidé le comité.

En l'espèce, l'auteur de la décision attaquée a interprété ce texte comme lui conférant le pouvoir de rendre l'une ou l'autre de trois décisions:

1. ordonner qu'on ne donne pas suite à la recommandation,
2. ordonner qu'on nomme l'employé à un autre poste, ou
3. ordonner que l'employé soit renvoyé.

Cette interprétation ne doit pas, à mon avis, être retenue. La dernière phrase du paragraphe 31(3) ne décrit pas les décisions qu'un Comité peut rendre; elle prescrit plutôt ce que doit faire la Commission suite à la décision du Comité. Or, cette décision peut soit faire droit à l'appel, soit le rejeter. C'est à ces deux hypothèses que réfèrent les alinéas 31(3)a) et b). Si le Comité fait droit à l'appel, la Commission doit, suivant l'alinéa a), "avertir le sous-chef en cause qu'il ne sera pas donné suite à sa recommandation"; si le Comité rejette l'appel, la Commission doit alors, comme le dit l'alinéa b), donner suite à la recommandation faite par le sous-chef soit en renvoyant l'employé, soit en le nommant à un poste inférieur selon la nature de la recommandation. [Emphasis added.]

Accordingly, if an appeal board comes to the conclusion that to give effect to a recommendation for release would be contrary to the employer's obligations under the CHRA, it has no option but to allow the appeal. It can grant no other remedy. In particular, it cannot order the employer to make specific changes in the work environment or to offer the employee a different job. In my view, however, and contrary to the opinion expressed by the Appeal Board in the present case, *supra*, the fact that it cannot "entertain outcomes beyond either upholding or rejecting the recommendation" does not restrict the scope of the inquiry which the Board is required to make. That inquiry, as indicated, extends to any alleged breach of the employer's statutory employment obligations which may be relevant to the recommendation to release. If the Appeal Board finds such a breach to have occurred the recommendation should not be given effect to.

La dernière phrase du paragraphe 31(3) réfère de façon indirecte aux décisions qu'un Comité d'appel est habilité à prendre:

La Commission doit, après avoir été informée de la décision du comité par suite de l'enquête,

- a) avertir le sous-chef en cause qu'il ne sera pas donné suite à sa recommandation, ou
- b) nommer l'employé à un poste avec un traitement maximum inférieur ou le renvoyer,

selon ce qu'a décidé le comité.

En l'espèce, l'auteur de la décision attaquée a interprété ce texte comme lui conférant le pouvoir de rendre l'une ou l'autre de trois décisions:

1. ordonner qu'on ne donne pas suite à la recommandation,
2. ordonner qu'on nomme l'employé à un autre poste, ou
3. ordonner que l'employé soit renvoyé.

Cette interprétation ne doit pas, à mon avis, être retenue. La dernière phrase du paragraphe 31(3) ne décrit pas les décisions qu'un Comité peut rendre; elle prescrit plutôt ce que doit faire la Commission suite à la décision du Comité. Or, cette décision peut soit faire droit à l'appel, soit le rejeter. C'est à ces deux hypothèses que réfèrent les alinéas 31(3)a) et b). Si le Comité fait droit à l'appel, la Commission doit, suivant l'alinéa a) «avertir le sous-chef en cause qu'il ne sera pas donné suite à sa recommandation»; si le Comité rejette l'appel, la Commission doit alors, comme le dit l'alinéa b), donner suite à la recommandation faite par le sous-chef soit en renvoyant l'employé, soit en le nommant à un poste inférieur selon la nature de la recommandation. [Non souligné dans l'original.]

Par conséquent, si un comité d'appel en vient à la conclusion que la recommandation de renvoi serait contraire aux obligations de l'employeur en vertu de la LCDP, il n'a pas d'autres choix que de faire droit à l'appel. Il ne peut accorder aucun autre redressement. En particulier, il ne peut ordonner à l'employeur d'apporter des changements spécifiques au cadre de travail ou offrir à l'employé un poste différent. À mon avis, toutefois, et contrairement à l'opinion exprimée par le Comité d'appel en l'espèce, précitée, le fait qu'il ne peut envisager d'issues autres que le rejet ou l'accueil de la recommandation ne restreint pas la portée de l'enquête que le Comité est tenu d'effectuer. Comme nous l'avons déjà mentionné, cette enquête s'étend à toute infraction présumée de l'employeur à ses obligations légales en matière d'emploi qui peut être pertinente à l'égard de la recommandation de renvoi. Si le Comité d'appel estime qu'il y a eu infraction, la recommandation ne devrait pas être mise en œuvre.

Such a result also seems to me to be consistent with the general scheme of the CHRA which clearly favours potential complainants exhausting whatever other remedies may be available to them:

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

This is particularly appropriate in the case of an appeal board constituted under section 31 of the *Public Service Employment Act* since its intervention necessarily occurs prior to any definitive action being taken on the part of the employer. Thus, if the board finds that a breach of the CHRA would occur if effect were given to the recommendation for release it will allow the appeal and no such breach will take place. However, if the appeal board should come to the opposite conclusion, that would still not foreclose or prevent the employee from making a complaint to the Canadian Human Rights Commission and in due course bringing the matter before a Canadian Human Rights Tribunal. The appeal board has a limited jurisdiction and power of inquiry; it cannot, for example, subpoena witnesses. On the other hand, the procedure is simple and will, in many cases, be capable of providing adequate relief. Only where it fails to do so will it be necessary to have recourse to the more formal proceedings before a Tribunal whose powers of inquiry are far more vast and whose remedial dispositions are far more extensive.

I conclude, as did the Trial Judge, that the Appeal Board improperly declined to entertain the submissions based upon the employer's alleged breach of the CHRA.

I would accordingly dismiss the appeal with costs.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

Une telle issue me semble compatible avec le régime général de la LCDP, qui favorise de toute évidence le fait que des requérants épuisent tous les autres recours dont ils peuvent se prévaloir:

41. 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.

C'est particulièrement le cas d'un comité d'appel constitué sous le régime de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, puisqu'il intervient nécessairement avant qu'aucune mesure définitive ne soit prise par l'employeur. Ainsi, lorsque le comité juge que la recommandation de renvoi serait contraire à la LCDP, il permettra l'appel et il n'y aura pas d'infraction. Toutefois, si le comité d'appel en vient à la conclusion opposée, l'employé pourrait encore porter plainte devant la Commission canadienne des droits de la personne et, en temps opportun, saisir le tribunal des droits de la personne de la question. Le comité d'appel possède une compétence et un champ d'enquête limités; il ne peut par exemple assigner de témoins. Par contre, la procédure est simple et, dans bien des cas, fournira une réparation adéquate. C'est seulement dans les cas où elle ne peut le faire qu'il sera nécessaire de recourir à des procédures plus formelles devant un tribunal dont les pouvoirs d'enquête sont beaucoup plus vastes et qui peut accorder des redressements beaucoup plus larges.

J'en viens donc à la conclusion, à l'instar du juge de première instance, que le comité d'appel a commis une erreur lorsqu'il a refusé d'entendre les observations fondées sur le non-respect de la LCDP par l'employeur.

Je rejetterais donc l'appel avec dépens.

* * *

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

DESJARDINS J.A.: This is an appeal from a judgment of the Trial Division where the key issue to be decided is whether a Public Service Appeal Board established under section 31 of the *Public Service Employment Act*¹² (PSEA) has jurisdiction to apply the employment related provisions of the *Canadian Human Rights Act*¹³ (CHRA) when it is called upon to adjudicate the appeal of a recommendation made by a deputy head.

The respondent has become physically incapable of fulfilling the duties in her position as Payment Support Clerk (CR-03) in the Department of Veterans Affairs, Charlottetown, P.E.I. following a sprain to neck, upper back, shoulder and side while at work sometime in April 1989. After extended sick leave and unsuccessful reassignments to positions with lighter responsibilities, the employer and the respondent agreed in April 1992, that most if not all, positions in the Department requested the use of the same muscles as the position she was occupying.¹⁴ In May of 1992, the respondent was informed of the fact that the Department was proceeding with a recommendation for her release under section 31 of the PSEA since it had been determined that she was unable of carrying out the duties of her position. The respondent, who had been employed by the same employer for a period of over seventeen years, appealed the recommendation.

On the basis of the admission made by the respondent that she was physically incapable of carrying out most, if not all, of the duties of her position, the Board upheld the recommendation. It was satisfied that, in recommending the release of the employee, the Department had not acted in bad faith and also that it had not acted in such a manner as to discriminate against the appellant (as discrimination would be understood within the context of the CHRA). The

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Il s'agit d'un appel contre un jugement rendu par la Section de première instance où la principale question en litige consistait à déterminer si un Comité d'appel de la fonction publique établi sous le régime de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* (LEFP)¹² a la compétence nécessaire pour appliquer les dispositions relatives à l'emploi contenues dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*¹³ (LCDP) lorsqu'il est appelé à trancher l'appel interjeté contre une recommandation formulée par un administrateur général.

L'intimée est devenue physiquement incapable d'exercer ses fonctions de commis au soutien des paiements (CR-03) au ministère des Anciens combattants à Charlottetown (Île-du-Prince-Édouard) par suite d'une entorse au cou, au haut du dos, à l'épaule et au côté qu'elle a subie au travail en avril 1989. Après avoir été en congé de maladie prolongé et réaffectée en vain à des postes assortis de responsabilités moins lourdes, l'intimée a convenu en avril 1992, avec son employeur, que la plupart des postes, voire la totalité, au sein du Ministère l'obligeaient à faire travailler les mêmes muscles que lorsqu'elle exerçait les fonctions de commis de soutien des paiements¹⁴. En mai 1992, M^{me} MacNeill est avisée que le Ministère donnait suite à une recommandation de renvoi fondée sur l'article 31 de la LEFP puisqu'il avait été déterminé qu'elle était incapable d'exercer les fonctions de son poste. L'intimée, qui travaillait pour le même employeur depuis plus de 17 ans, a contesté cette recommandation.

Étant donné que l'intimée a avoué elle-même qu'elle était physiquement incapable d'exercer la majeure partie, voire la totalité, des fonctions de son poste, le comité a confirmé la recommandation. Ce dernier était convaincu que le Ministère, en recommandant le renvoi de M^{me} MacNeill, n'avait pas agi de mauvaise foi et qu'il n'avait pas non plus fait preuve de discrimination envers elle (au sens où le terme «discrimination» est employé dans le contexte

¹² R.S.C., 1985, c. P-33. This section has now been abrogated by S.C. 1992, c. 54 s. 21.

¹³ R.S.C., 1985, c. H-6.

¹⁴ A.B., at p. 60.

¹² L.R.C. (1985), ch. P-33. Cet article a été abrogé par L.C. 1992, ch. 54, art. 21.

¹³ L.R.C. (1985), ch. H-6.

¹⁴ Mémoire d'appel, à la p. 60.

Board, however, made this clear statement with regard to its jurisdiction:¹⁵

Whether or not Miss MacNeill has been discriminated against as that discrimination would be understood under the auspices of the *Canadian Human Rights Act* is something not within my jurisdiction to consider. It may be, as Mr. MacDonald seems earnestly to believe, that the appellant has been—in some significant sense of the term—discriminated against by one or other of the Department's actions. Whether that has in fact occurred is something for someone else to adjudge in another arena.

It is this very question of jurisdiction which, on judicial review, was seen by the Trial Judge to be an error on the part of the Board. He was of the view that the CHRA had modified the PSEA and that the Appeal Board was bound to apply it. He said the following:¹⁶

The function of the Board on appeal is to review the deputy head's conduct leading to, and in, the recommendation to release the applicant, to determine whether it be lawful conduct in formulating a lawful proper recommendation. Had the Board member only assessed the evidence of what appears to be some effort by the deputy head to accommodate the physically incapable applicant pursuant to the CHRA's requirements, then this Court would probably be dismissing this application. Instead, the Board rejected the applicant's proper invitation to do that. In such rejection resides a reviewable error. [My emphasis.]

Being of the view that the physical capacities to do a job constituted a *bona fide* occupational requirement (BFOR), he concluded, after reviewing the case law [at pages 605-606]:

... the imposition on her of the non-patently-discriminatory job description or its essential physical activities must surely be seen to be a BFOR, while equally and simultaneously constituting adverse effect discrimination as defined. So, this is not a case of finding adverse effect discrimination where there is a BFOR. Here, the very BFOR is itself the adverse effect discrimination as defined by the Supreme Court of Canada. In light of this conundrum, this Court will extend the Act and the CHRA to accommodate the applicant's right to an adjudication by the Public Service Appeal Board pursuant to the CHRA's application to her deputy head as interpreted by the Supreme Court of Canada.

¹⁵ At p. 301.

¹⁶ At p. 604.

de la LCDP). Le Comité s'est toutefois prononcé clairement en ce qui concerne sa compétence¹⁵:

... M^{me} MacNeill aurait été victime de discrimination au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Je dois préciser que l'examen de cette question n'est pas de mon ressort. Il est possible, et M. MacDonald semble en être convaincu, qu'une ou plusieurs des mesures prises par le ministère aient constitué une forme de discrimination. Y a-t-il eu en fait discrimination? Ce n'est pas à moi d'en juger puisque cette question ne relève pas de ma compétence.

C'est cette question même de compétence que le juge de première instance, lors du contrôle judiciaire, a assimilé à une erreur de la part du Comité. Le juge était d'avis que la LCDP avait modifié la LEFP et que le Comité d'appel était tenu d'en appliquer les dispositions. Il a déclaré ce qui suit¹⁶:

Le Comité d'appel a une fonction d'examen aussi bien vis-à-vis de la conduite de l'administrateur général ayant abouti à la recommandation de renvoi visant la requérante que de la recommandation elle-même, afin de vérifier si une recommandation conforme à la loi a suivi des comportements, eux aussi, conformes à la loi. Si le membre du Comité avait tenu compte de la preuve de ce qui semblerait constituer, de la part de l'administrateur général, un certain effort en vue d'accommoder les fonctions du poste à l'incapacité physique de la requérante, ainsi que le prévoient les dispositions de la LCDP, il est probable que la Cour rejetterait la requête. Mais, le Comité a refusé de faire cela même qu'à juste titre lui demandait la requérante. C'est ce refus qui constitue une erreur justifiant examen. [Non souligné dans l'original.]

Comme il estimait que les capacités physiques qui permettent de remplir certaines fonctions constituent une EPJ, le juge de première instance a conclu comme suit après avoir examiné la jurisprudence [aux pages 605 et 606]:

... le fait de lui imposer une description de poste qui n'est pas manifestement discriminatoire, ou l'exécution de certaines tâches physiques essentielles qui ne le sont pas non plus, doit clairement être considéré comme une EPJ en même temps qu'il faut y voir une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, selon la définition reconnue. Il ne s'agit donc pas de conclure ici à l'existence d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable concomitant à l'existence d'une EPJ. En l'espèce, c'est l'EPJ qui constitue elle-même une discrimination par suite d'un effet préjudiciable selon la définition qu'en donne la Cour suprême du Canada. Cela étant, la Cour va élargir le champ de la Loi et de la LCDP afin de tenir compte du droit qu'a la requérante de voir sa cause tranchée par un comité d'appel de la fonction publique puisque, selon l'interprétation

¹⁵ À la p. 301.

¹⁶ À la p. 604.

The appellant admits readily that the deputy head is bound to apply the CHRA since the Act is binding on Her Majesty.¹⁷ He claims, however, that the Trial Judge erred in law considering the limited jurisdiction of the Appeal Board¹⁸ and the fact that section 31 of the PSEA constitutes direct discrimination as a result of which there is no duty to accommodate on the part of the employer.

The respondent submits that the starting point, with regard to the Board's jurisdiction, is the decision of this Court in *Ahmad v. Public Service Commission*¹⁹ where it was established that:

... in the absence of

- (a) some failure to apply properly some specific statutory or other legal direction, or
- (b) proof of bad faith on the part of those whose observations and judgment are in question,

a board of review established under section 31 would not be justified in deciding that a deputy head's recommendation should not be acted upon unless it had before it material that satisfied it, as a matter of fact, that the deputy head was wrong in forming the opinion that the person in question was "incompetent in performing the duties of the position he occupies."

The respondent invites us to give a broad meaning to the words "some specific statutory or other legal direction", bearing in mind that the CHRA has been elevated by Supreme Court of Canada's decisions to the level of a legislation "not quite constitutional but certainly more than the ordinary",²⁰ and that it governs where there is a conflict between it and other legislations unless specifically provided otherwise.²¹ Therefore, when human rights legislation is enacted subsequent to inconsistent legislation, human rights

¹⁷ S. 66 of the *Canadian Human Rights Act*.

¹⁸ *R. v. Larsen*, [1981] 2 F.C. 199 (C.A.); *Attorney General of Canada v. Loiselle*, [1981] 2 F.C. 203 (C.A.).

¹⁹ [1974] 2 F.C. 644 (C.A.), at p. 647. While the *Ahmad* case dealt with the issue of incompetence rather than incapacity, *Ahmad* has been commonly applied to all appeals under s. 31 of the PSEA.

²⁰ *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 547.

²¹ *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton et al.*, [1985] 2 S.C.R. 150, at p. 156.

de la Cour suprême du Canada, la LCDP s'applique à son administrateur général.

L'appelant admet sans discussion que l'administrateur général est tenu d'appliquer la LCDP puisque celle-ci lie Sa Majesté¹⁷. Elle prétend, toutefois, que le juge de première instance a commis une erreur de droit, compte tenu de la compétence limitée du Comité d'appel¹⁸ et du fait que l'article 31 de la LEFP constitue une discrimination directe, de sorte qu'il n'existe aucune obligation d'accommodement de la part de l'employeur.

L'intimée prétend que le point de départ, eu égard à la compétence du Comité, est la décision rendue par la présente Cour dans l'affaire *Ahmad c. La Commission de la Fonction publique*¹⁹, où il a été établi que:

... en l'absence

- a) de mauvaise application d'une directive légale ou juridique ou
- b) de la preuve de mauvaise foi de la part de ceux dont les observations et le jugement sont en cause,

un comité de révision établi conformément à l'article 31 ne pourrait pas à bon droit décider qu'il ne doit donner aucune suite à une recommandation d'un sous-chef à moins qu'on ne lui ait soumis des documents pertinents, établissant effectivement que le sous-chef a eu tort d'estimer que l'employé en question était «incompétent dans l'exercice des fonctions de son poste».

L'intimée nous invite à donner un sens large aux termes «directive légale ou juridique», puisque la LCDP, selon la Cour suprême, est une loi qui «n'est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais [qu']elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire²⁰». Toujours selon l'intimée, la LCDP doit prévaloir s'il y a un conflit entre elle et une autre loi particulière, à moins qu'une exception ne soit créée²¹. Par conséquent, les dispositions en matière de droits de la personne qui sont postérieures à une

¹⁷ Art. 66 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

¹⁸ *R. c. Larsen*, [1981] 2 C.F. 199 (C.A.); *Le procureur général du Canada c. Loiselle*, [1981] 2 C.F. 203 (C.A.).

¹⁹ [1974] 2 C.F. 644 (C.A.), à la p. 647. Bien que l'arrêt *Ahmad* ait porté sur l'incompétence plutôt que sur l'incapacité, il est appliqué à tous les appels fondés sur l'art. 31 de la LEFP.

²⁰ *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la p. 547.

²¹ *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton et autre*, [1985] 2 R.C.S. 150, à la p. 156.

legislation will, by implication, repeal other inconsistent legislation to the extent of the inconsistency.²² The respondent argues that the rule of capacity to perform the duties of the position reflected in section 31 of the PSEA is neutral on its face and does not directly discriminate on a prohibited ground. It becomes, however, discriminatory when applied to those who, like the respondent, suffer from an incapacitating disability, at least in so far as their disability prevents them from satisfying the requirements of the rule. As this constitutes adverse effect discrimination, the employer has a duty to accommodate and the Trial Judge correctly so decided.

There is no difficulty with the general proposition that the PSEA is to be read in accordance with the CHRA. In this regard, it should be noted that section 12 [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 11] of the PSEA which is found in Part II of the Act and which is entitled "Appointment" prohibits specifically the Commission from discriminating on grounds similar to those of the CHRA when it prescribes or applies selection standards. No reference to antidiscrimination measures is, however, to be found in Part III entitled "Employment" where section 31 of the PSEA appears. Nevertheless, it is undisputed that both Acts are to be read together.

This being said, I must consider whether section 31 of the PSEA is inconsistent with the CHRA and whether the CHRA has modified or repealed in any way section 31 of the PSEA.

Subsection 31(1) of the PSEA deals with two distinct concepts: "incompetence" and "incapacity". It states:

31. (1) Where an employee, in the opinion of the deputy head, is incompetent in performing the duties of the position the employee occupies or is incapable of performing those duties and should be appointed to a position at a lower maximum rate of pay, or released, the deputy head may recommend to the Commission that the employee be so appointed or released, in which case the deputy head shall give notice in

²² *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24 (C.A.), at p. 31.

autre mesure législative avec laquelle elles sont incompatibles abrogent de façon implicite cette dernière²². L'intimée allègue que la règle relative aux capacités d'exercer les fonctions d'un poste qui est établie à l'article 31 de la LEFP est d'apparence neutre et ne constitue pas une discrimination directe fondée sur un motif prohibé. Cette règle devient cependant discriminatoire lorsqu'elle est appliquée aux gens qui, comme M^{me} MacNeill, sont atteints d'une affection invalidante, du moins dans la mesure où cette affection les empêche de satisfaire aux exigences imposées par cette règle. Comme il s'agit alors de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, l'employeur est assujéti à un devoir d'accommodement, et le juge de première instance a tranché de façon appropriée.

On ne peut réfuter le bien-fondé de l'interprétation de la LEFP à la lumière de la LCDP. À cet égard, soulignons que l'article 12 [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 11] de la LEFP, qu'on retrouve à la partie II intitulée «Nomination», interdit expressément à la Commission de faire intervenir des distinctions fondées sur des motifs analogues aux motifs énoncés dans la LCDP lorsqu'elle prescrit ou applique des normes de sélection. Cependant, la partie III, intitulée «Emploi», où se trouve l'article 31 de la LEFP, ne mentionne pas de mesures visant à contrer la discrimination. Néanmoins, les deux parties conviennent que ces deux textes législatifs ne peuvent être interprétés indépendamment l'un de l'autre.

Cela étant, je dois déterminer si l'article 31 de la LEFP est incompatible avec la LCDP et si cette dernière a modifié ou abrogé d'une façon quelconque l'article 31 de la LEFP.

Le paragraphe 31(1) de la LEFP traite de deux notions distinctes, soit l'incompétence et l'incapacité:

31. (1) L'administrateur général qui juge un fonctionnaire incompetent dans l'exercice des fonctions de son poste ou incapable de remplir ces fonctions peut recommander à la Commission soit le renvoi de ce fonctionnaire, soit sa rétrogradation à un poste situé dans une échelle de traitement comportant un plafond inférieur. Dans les deux cas, il en avise par écrit le fonctionnaire. [Non souligné dans l'original.]

²² *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24 (C.A.), à la p. 31.

writing to the employee of the recommendation. [My emphasis.]

These two concepts are drafted in general terms and are related to a required level of job performance. In *Clare*, Robertson J.A. stated:²³

Section 31 speaks of a person who is "incompetent in performing the duties of the position" or, alternatively, one who is "incapable of performing those duties" (see *Snaauw v. Public Service Commission Appeal Board*, [1980] 1 F.C. 78 (C.A.), at pages 82-83, where the distinction is raised). It does not speak necessarily in terms of a person who is incompetent or incapacitated in the sense attributed by the applicant. In my view, section 31 is directed at determining whether an employee has failed to meet the required level of job performance and not the reasons underlying the failure to meet the expected standard, as argued by the applicant. [My emphasis.]

Later, he offered elements of distinction between "incompetence" and "incapacity":²⁴

In my view, "incapable" is meant to cover situations where employees are unable to perform their duties and hence it is impossible to evaluate their performance in terms of incompetence, that is, a failure to meet an objective standard. The notion of "incapability" would be relevant in the case of an employee who is no longer physically able to perform his or her job functions. But irrespective of the reasons for the failure to perform, an employer would be entitled to release the employee. [My emphasis.]

Section 7 of the CHRA²⁵ refers generally to "a prohibited ground of discrimination" and must be

²³ *Clare v. Canada (Attorney General)*, [1993] 1 F.C. 641 (C.A.) at p. 654. See also *Niles v. Canadian National Railway Co.* (1992), 94 D.L.R. (4th) 33 (F.C.A.), at p. 45. In this last case, a CN's Policy and Authority on Problem Drinking and Alcoholism read in part:

4. to require affected employees to accept certain conditions related to the program of rehabilitation. If the employee refuses to co-operate, or if medical treatment and other measures fail, then removal from employment must be considered where there is continuing deterioration in performance. Such separation would be required, as in other circumstances, because minimum performance standards are not being met.

This Court held that the alleged discrimination was adverse effect discrimination (at p. 201).

²⁴ *Clare*, at p. 655.

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

Ces deux notions sont libellées en termes généraux et sont liées au rendement exigé pour un emploi. Dans l'affaire *Clare*, le juge Robertson, J.C.A., statue ainsi²³:

À l'article 31, il est question d'une personne qui est soit «incompétent[e] dans l'exercice des fonctions de son poste», soit «incapable de remplir ces fonctions» (voir l'arrêt *Snaauw c. Le Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*, [1980] 1 C.F. 78 (C.A.), aux pages 82 et 83, où cette distinction est soulevée). Dans cet article, les mots «incompétent» et «incapable» n'ont pas nécessairement le même sens que celui que leur donne le requérant. À mon avis, aux fins de l'article 31, il faut se demander si un employé a fait défaut de remplir les normes de rendement voulues au travail, et non pas se demander pourquoi il ne les a pas remplies, comme le voudrait le requérant. [Non souligné dans l'original.]

Par la suite, le juge Robertson établit une certaine distinction entre «incompétence» et «incapacité»²⁴:

À mon avis, l'employé «incapable» s'entend de l'employé qui est empêché de remplir ses fonctions, si bien qu'il est impossible, aux fins d'évaluer son rendement, de parler d'incompétence, c'est-à-dire le défaut de remplir une norme objective. La notion d'«incapacité» viendrait dans le cas d'un employé qui n'est plus physiquement apte à remplir ses fonctions de travail. Cependant, indépendamment des motifs pour lesquels l'employé ne remplit pas ses fonctions, un employeur aurait le droit de le renvoyer. [Non souligné dans l'original.]

L'article 7 de la LCDP²⁵ mentionne de façon générale un «motif de distinction illicite» et doit être

²³ *Clare c. Canada (Procureur général)*, [1993] 1 C.F. 641 (C.A.), à la p. 654. Voir également *Niles c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada* (1992), 94 D.L.R. (4th) 33 (C.A.F.), à la p. 45. Dans cette dernière décision, une politique du CN en matière d'alcoolisme (Policy and Authority on Problem Drinking and Alcoholism) énonçait ce qui suit:

4. Exiger de l'employé concerné qu'il se soumette à certaines conditions liées au programme de réadaptation. Si l'employé refuse de collaborer, ou si le traitement médical et d'autres mesures échouent, il faut alors envisager de le congédier si son rendement ne cesse de se dégrader. Cette mesure s'avérerait nécessaire, dans ce cas comme dans d'autres, parce que l'employé ne satisfait pas aux normes minimales de rendement.

La Cour a déterminé qu'il s'agissait en l'espèce de discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

²⁴ *Clare*, à la p. 655.

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

(Continued on next page)

(Suite à la page suivante)

read in light of section 3 which enumerates the prohibited grounds of discrimination among which “disability” constitutes one of such grounds. This term is further defined in section 25 of the CHRA in the following way:

25. . . .
 “disability” means any previous or existing mental or physical disability and includes disfigurement and previous or existing dependence on alcohol or a drug.

Paragraph 15(a) of the CHRA provides the following exception:

15. 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.

There is little distinction to be made between the words “incapable”, “incapacity”, “disable” and “disability”. They should, in my view, be considered inter-related, perhaps even synonymous.²⁶

Incapacity refers to more than physical incapacity. It may refer to mental incapacity or even legal incapacity. Section 31 of the PSEA, as I read it, is not, on its face, “neutral”. What it says is that an employee “incompetent in performing the duties of the position” or “incapable of performing those duties” may be demoted or released. Section 31 of the PSEA discriminates on its face, but not always on a prohibited ground of discrimination. Legal inability or incapacity is not a prohibited ground of discrimination. So

(Continued from previous page)

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

on a prohibited ground of discrimination.

²⁶ See *The Shorter Oxford English Dictionary* (Oxford: Clarendon Press, 1993).

Incapable 1. Lacking or deficient in ordinary powers or natural ability; incompetent; not capable of rational conduct. **2.** Foll. by *of*: unable to receive, contain, or keep something. Impatient or intolerant *of*. **3.** Foll. by *of*: unable to be affected or influenced by; insensible to. Now *rare* or *obs.* **4.** Not

(Continued on next page)

interprété à la lumière de l'article 3 qui énumère les motifs de distinction illicite, dont la «déficience». Ce terme est défini plus en détail à l'article 25 de la LCDP:

25. . . .
 «déficience» Déficience physique ou mentale, qu'elle soit présente ou passée, y compris le défigurement ainsi que la dépendance, présente ou passée, envers l'alcool ou la drogue.

L'alinéa 15a) de la LCDP établit l'exception suivante:

15. Ne constituent pas des actes discriminatoires:
 a) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontrent qu'ils découlent d'exigences professionnelles justifiées.

La distinction est tenue entre les termes «incapable», «incapacité», «déficient» et «déficience», «invalide» et «invalidité». Ils devraient, selon moi, être considérés apparentés, peut-être même synonymes²⁶.

Par «incapacité» on entend plus qu'une incapacité physique. Ce terme peut désigner l'incapacité mentale ou même l'incapacité juridique. L'article 31 de la LEFP, d'après moi, n'est pas d'apparence «neutre». Il dispose en effet qu'un employé «incompétent dans l'exercice des fonctions de son poste» ou «incapable de remplir ses fonctions» peut être renvoyé ou rétrogradé. L'article 31 est à première vue discriminatoire, mais pas toujours en fonction d'un motif illicite. L'incapacité ou l'inhabilité juridique ne constitue pas

(Suite de la page précédente)

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

²⁶ Voir *Le Petit Robert*, éditions Le Robert (1987):

Incapable 1° Qui n'est pas capable (par nature ou par accident, de façon temporaire, durable ou définitive). Ne pas être en mesure; être dans l'impossibilité; ne pas pouvoir; **2°** Qui n'est pas susceptible de . . . **3°** Qui n'a pas l'adresse, l'aptitude, la capacité nécessaire. Inapte. Inhabile.

(Suite à la page suivante)

the issue does not arise in such cases. At one point, however, the meaning of incapacity (mental or physical) hits the prohibited ground of discrimination, namely "disability". In essence, section 31 of the PSEA then reads: "Incompetent or incapable persons are not expected to remain in their position when competency or capability is required to fulfill the duties of the position."

Does the rule so framed constitute a direct or adverse effect discrimination?

In the *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al. case*,²⁷ McIntyre J. established the following criteria:

A distinction must be made between what I would describe as direct discrimination and the concept already referred to as adverse effect discrimination in connection with employment. Direct discrimination occurs in this connection where an employer adopts a practice or rule which on its face discriminates on a prohibited ground. For example, "No Catholics or no women or no blacks employed here." There is, of course, no disagreement in the case at bar that direct discrimination of

(Continued from previous page)

having the capacity or fitness for a specified purpose, action, etc.; unable. Foll. by *of, to do. spec.* Too honest etc. to be capable *of*. Not (esp. legally) qualified or entitled; disqualified. Foll. by *of, to do . . . 6.* Of a nature or in a condition not allowing or admitting of a specified thing, not susceptible *of* (improvement etc.). Foll. by *of, to do.*

Incapacity 1. Lack of capacity; inability, powerlessness; an instance of this. (Foll. by *for, of, to do*). Inability to take, receive, or deal with something in some way. Foll. by *for, of.* **2.** Legal disqualification; an instance of this.

Disable 1. Disqualify legally, pronounce legally incapable. (Foll. by *from doing, to do*). **2.** Make incapable of action or use; deprive of physical or mental ability, esp. through injury or disease. **3.** Pronounce incapable; disparage, belittle. Not *rare* or *obs.* **4.** Make or pronounce of no validity.

Disability 1. Lack of ability (*to do* something); inability, incapacity. Now *rare*. **2.** Shortage of money. **3.** An instance of lacking ability; now *spec.* a physical or mental condition (usu. permanent) that limits a person's activities or senses, esp. the ability to work. **4.** Incapacity recognized or created by the law; legal disqualification.

Inability 1. The condition of being unable; lack of ability, power, or means. (Foll. by *to do*; (arch.) *for, of doing*.) **2. spec.** Physical infirmity.

²⁷ [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 551.

un motif de distinction illicite. Aucun litige ne surgit donc alors. À un moment donné, toutefois, l'incapacité (mentale ou physique) se transforme en un motif de distinction illicite lorsqu'elle devient une déficience. L'article 31 de la LEFP ressortirait alors ainsi: «Les personnes incompétentes ou incapables ne sont pas censées conserver leur poste si la compétence ou la capacité est nécessaire pour accomplir les fonctions inhérentes à ce poste».

Ainsi libellée, cette règle constitue-t-elle une discrimination directe ou une discrimination par suite d'un effet préjudiciable?

Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*²⁷, le juge McIntyre a établi les critères suivants:

On doit faire la distinction entre ce que je qualifierais de discrimination directe et ce qu'on a déjà désigné comme le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable en matière d'emploi. À cet égard, il y a discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé. Par exemple, «Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir». En l'espèce, il est évident que personne

(Suite de la page précédente)

Incapacité 1^o État de celui, de celle qui est incapable (de faire qqch.) Défaut de capacité. **2^o** État d'une personne qui, à la suite d'une blessure, d'une maladie, est devenue incapable de travailler, d'accomplir certains actes. Impossibilité, inaptitude.

Invalide 1^o Qui n'est pas en état de mener une vie active, de travailler, du fait de sa mauvaise santé, de ses infirmités, de ses blessures.

Invalidité 1^o État d'une personne invalide. diminution de la capacité de travail.

Déficient 1^o Qui présente une déficience.

Déficience 1^o Insuffisance organique ou mentale. **2^o** Faiblesse, insuffisance.

²⁷ [1985] 2 R.C.S. 536, à la p. 551.

that nature would contravene the Act. On the other hand, there is the concept of adverse effect discrimination. It arises where an employer for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristic of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force. For essentially the same reasons that led to the conclusion that an intent to discriminate was not required as an element of discrimination contravening the Code I am of the opinion that this Court may consider adverse effect discrimination as described in these reasons a contradiction of the terms of the Code. An employment rule honestly made for sound economic or business reasons, equally applicable to all to whom it is intended to apply, may yet be discriminatory if it affects a person or group of persons differently from others to whom it may apply.

In *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*,²⁸ Wilson J. further explained:

The essence of direct discrimination in employment is the making of a rule that generalizes about a person's ability to perform a job based on membership in a group sharing a common personal attribute such as age, sex, religion, etc.

In brief, a rule which says "No Catholics need apply" constitutes direct discrimination. A municipality's anti-nepotism hiring policy which disqualifies spouses and relatives of full-time municipal employees and town councillors from employment with the town²⁹ is a case of direct discrimination.³⁰ A rule which says "mandatory attendance on Mondays except in case of illness or other emergencies, religious obligation not being included as an emergency for this purpose",³¹ or a rule which requires people to work Friday evenings and Saturdays as a condition of

ne conteste que la discrimination directe de cette nature contrevient à la Loi. D'autre part, il y a le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés. Essentiellement pour les mêmes raisons qui sous-tendent la conclusion que l'intention d'établir une distinction n'est pas un élément nécessaire de la discrimination proscrite par le Code, je suis d'avis que cette Cour peut considérer que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, décrite dans les présents motifs, contrevient au Code. Une condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires, également applicable à tous ceux qu'elle vise, peut quand même être discriminatoire si elle touche une personne ou un groupe de personnes d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer.

Dans l'affaire *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*²⁸, le juge Wilson explique ce qui suit:

En matière d'emploi, la discrimination directe consiste essentiellement à formuler une règle qui fait une généralisation quant à l'aptitude d'une personne à remplir un poste selon son appartenance à un groupe dont les membres partagent un attribut personnel commun, tel l'âge, le sexe, la religion, etc.

En résumé, une règle qui dit «ici on n'embauche aucun catholique» constitue de la discrimination directe. La politique d'embauche adoptée par une municipalité pour prévenir le népotisme, et qui exclut les conjoints et les membres de la famille des employés municipaux et des conseils municipaux à temps plein d'un emploi au sein de la municipalité²⁹, représente aussi une forme de discrimination directe³⁰. Une règle qui oblige la présence au travail «le lundi, sauf en cas de maladie ou autre situation d'urgence, l'obligation religieuse n'étant pas considérée comme une situation d'urgence aux fins de cette règle³¹» ou une règle qui exige que les employés travaillent le vendredi soir et le samedi comme condi-

²⁸ [1990] 2 S.C.R. 489, at p. 513.

²⁹ *Brossard (Town) v. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279.

³⁰ See *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at p. 517.

³¹ *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at p. 501.

²⁸ [1990] 2 R.C.S. 489, à la p. 513.

²⁹ *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279.

³⁰ Voir *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, à la p. 517.

³¹ *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, à la p. 501.

employment³² constitutes adverse discrimination since both are neutral on their face, but may affect "adversely" someone whose religion requires observance on those days.

Section 31, as applied to this case, stands for the proposition that the deputy head may not continue to employ or may demote someone who is physically incapable of performing the duties of the position. Section 31 of the PSEA contains, therefore, on its face an element of discrimination, i.e. physical disability. It is a rule which the employer, for genuine business reasons, adopts which clearly is not neutral and which affects all employees the same way with the result that some are immediately disqualified. The discrimination is direct. This is not a neutral rule which in appearance is addressed to all, but which has an adverse effect on one employee or a group of employees in that it imposes, because of some special characteristics of the employee or group, obligations, penalties or restrictive activities not imposed to other members of the work force. The rule, as applied to this case, is the following: "No person physically incapable of performing the duties of the position may remain in his or her position." If it were at the hiring process and not at the releasing process, the rule would be: "No person who cannot physically perform the duties of the position need apply." The basic requirement is physical capability. Could it be said then that a deputy head, who requires in a secretarial position someone who can physically type, violates the CHRA by refusing to hire a candidate who would be incapable physically of typing? Or that a deputy head, looking for a fireman, could not legally refuse to hire someone who happens to be confined permanently to a wheelchair? Common sense dictates a negative answer to both questions.

³² *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970.

tion d'emploi³² constituent des formes de discrimination par suite d'un effet préjudiciable puisqu'elles sont neutres à première vue mais qu'elles ont une incidence «préjudiciable» sur les employés dont la religion impose l'observance de certains préceptes ces jours-là.

a L'article 31 en l'occurrence permet à l'administrateur général de renvoyer ou de rétrograder une personne qui est physiquement incapable d'exercer les fonctions de son poste. Il contient donc à première vue un élément de discrimination, soit la déficience physique. Il s'agit d'une règle que l'employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, qui n'est manifestement pas neutre et touche tous les employés de la même façon en ayant pour résultat d'éliminer immédiatement certains d'entre eux. La discrimination est directe: il n'est pas question ici d'une règle neutre qui semble viser tous les employés mais qui a un effet préjudiciable sur un employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés. Appliquée à l'affaire qui nous occupe ici, la règle est la suivante: «Quiconque est physiquement incapable d'exercer ses fonctions ne peut conserver son poste». Dans le cadre du processus d'embauche plutôt que du renvoi, la règle devient «Quiconque est physiquement incapable d'exercer les fonctions demandées doit s'abstenir de postuler». L'exigence de base est donc liée à la capacité physique. Pourrait-on dire alors que l'administrateur général qui a besoin, pour un poste de secrétaire, d'une personne qui possède les qualités physiques voulues pour dactylographier contrevient à la LCDP en refusant d'embaucher un candidat qui est incapable de le faire? Ou encore, n'aurait-il pas la possibilité de refuser d'embaucher, pour un poste de pompier, une personne qui est clouée dans un fauteuil roulant? Le bon sens nous oblige à répondre par la négative à ces deux questions.

³² *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970.

The next question I must then consider is whether section 31 of the PSEA constitutes a BFOR which, under section 15 of the CHRA, is not a discriminatory practice.

In the case of *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*,³³ McIntyre J. explained what was meant by a BFOR (or BFOQ):³⁴

To be a *bona fide* occupational qualification and requirement a limitation, such as a mandatory retirement at a fixed age, must be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such limitation is imposed in the interests of the adequate performance of the work involved with all reasonable dispatch, safety and economy, and not for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code. In addition it must be related in an objective sense to the performance of the employment concerned, in that it is reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public.

Wilson J. has explained further in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)* that when a BFOR exists, there is no duty to accommodate:³⁵

Where a rule discriminates on its face on a prohibited ground of discrimination, it follows that it must rely for its justification on the validity of its application to all members of the group affected by it. There can be no duty to accommodate individual members of that group within the justificatory test because, as McIntyre J. pointed out, that would undermine the rationale of the defence. Either it is valid to make a rule that generalizes about members of a group or it is not. By their very nature rules that discriminate directly impose a burden on all persons who fall within them. If they can be justified at all, they must be justified in their general application. That is why the rule must be struck down if the employer fails to establish the BFOQ. This is distinguishable from a rule that is neutral on its face but has an adverse effect on certain members of the group to whom it applies. In such a case the group of people who are adversely affected by it is always smaller than the group to which the rule applies. On the facts of many cases the "group" adversely affected may comprise a minority of one, namely, the complainant. In these situations the rule is upheld so that it will apply to everyone except persons on whom it has

³³ [1982] 1 S.C.R. 202, at p. 208.

³⁴ In *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, Wilson J. said, at p. 502:

This Court has had an opportunity on several occasions to consider the statutory concept of a *bona fide* occupational qualification ("BFOQ") or *bona fide* occupational requirement ("BFOR")

³⁵ [1990] 2 S.C.R. 489, at pp. 514-515.

Je dois maintenant déterminer si l'article 31 de la LEFP est une EPJ, ce qui, d'après l'article 15 de la LCDP, ne constitue pas une pratique discriminatoire.

^a Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*³³, le juge McIntyre explique ce que désigne une QPN [ou QPJ] (ou une EPN ou EPJ)³⁴:

^b Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction comme la retraite obligatoire à un âge déterminé doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code. Elle doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général.

^c Selon les propos du juge Wilson dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, lorsqu'il existe une EPJ, l'employeur n'a aucune obligation d'accommodement³⁵:

^d Lorsque, à première vue, une règle établit une distinction fondée sur un motif de discrimination prohibé, sa justification devra reposer sur la validité de son application à tous les membres du groupe touché. En vertu du critère du motif justifiable, il ne peut en effet y avoir d'obligation d'accommodement à l'égard des membres individuels du groupe puisque, comme l'a fait observer le juge McIntyre, cela saperait le fondement même de ce moyen de défense. Ou bien on peut valablement établir une règle qui généralise à l'égard des membres d'un groupe ou bien on ne le peut pas. Par leur nature même, les règles qui constituent une discrimination directe imposent un fardeau à tous ceux qui y sont assujettis. Si tant est qu'elles puissent être justifiées, c'est dans leur application générale qu'elles doivent l'être. Voilà pourquoi la règle doit être annulée si l'employeur ne réussit pas à démontrer qu'il s'agit d'une EPN. Une telle règle doit être distinguée d'une règle qui, neutre en apparence, a un effet préjudiciable sur certains membres du groupe auquel elle s'applique. En pareil cas, tout le groupe des personnes qui subissent un effet préjudiciable est toujours plus petit que le groupe auquel la règle s'applique. Dans les

³³ [1982] 1 R.C.S. 202, à la p. 208.

³⁴ Dans *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, la juge Wilson a déclaré ce qui suit à la p. 502:

Notre Cour a eu plusieurs fois l'occasion d'examiner le concept légal de qualification professionnelle normale («QPN») ou d'exigence professionnelle normale («EPN»).

³⁵ [1990] 2 R.C.S. 489, aux p. 514 et 515.

a discriminatory impact, provided the employer can accommodate them without undue hardship. In *O'Malley McIntyre J.* clarifies the basis for the different consequences that follow a finding of direct discrimination as opposed to a finding of adverse effect discrimination. He states at p. 555:

The duty in a case of adverse effect discrimination on the basis of religion or creed is to take reasonable steps to accommodate the complainant, short of undue hardship: in other words, to take such steps as may be reasonable to accommodate without undue interference in the operation of the employer's business and without undue expenses to the employer. Cases such as this raise a very different issue from those which rest on direct discrimination. Where direct discrimination is shown the employer must justify the rule, if such a step is possible under the enactment in question, or it is struck down. Where there is adverse effect discrimination on account of creed the offending order or rule will not necessarily be struck down. It will survive in most cases because its discriminatory effect is limited to one person or to one group, and it is the effect upon them rather than upon the general work force which must be considered. In such case there is no question of justification raised because the rule, if rationally connected to the employment, needs no justification: what is required is some measure of accommodation. The employer must take reasonable steps towards that end which may or may not result in full accommodation. Where such reasonable steps, however, do not fully reach the desired end, the complainant, in the absence of some accommodating steps on his own part such as an acceptance in this case of part-time work, must either sacrifice his religious principles or his employment. [Emphasis added].

Later she said:³⁶

The end result is that where a rule discriminates directly it can only be justified by a statutory equivalent of a BFOQ, i.e., a defence that considers the rule in its totality. (I note in passing that all human rights codes in Canada contain some form of BFOQ provision.) However, where a rule has an adverse discriminatory effect, the appropriate response is to uphold the rule in its general application and consider whether the employer could have accommodated the employee adversely affected without undue hardship.

³⁶ *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at p. 517.

faits, fréquemment, le «groupe» lésé se composera d'une seule personne, savoir le plaignant. La règle est alors maintenue en ce sens qu'elle s'appliquera à tous sauf aux personnes sur lesquelles elle a un effet discriminatoire, pourvu que l'employeur puisse procéder aux accommodements nécessaires sans subir des contraintes excessives. Dans l'arrêt *O'Malley*, le juge McIntyre met en lumière les conséquences différentes que comportent une conclusion à la discrimination directe ou une conclusion à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Voici comment il s'exprime à la p. 555:

L'obligation dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la religion ou sur la croyance, consiste à prendre les mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive: en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs. Les cas comme celui-ci soulèvent une question très différente de celle que soulèvent les cas de discrimination directe. Lorsqu'on démontre l'existence de discrimination directe, l'employeur doit justifier la règle, si cela est possible en vertu de la loi en cause, sinon elle est annulée. Lorsqu'il y a discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la croyance, la règle ou la condition répréhensible ne sera pas nécessairement annulée. Elle subsistera dans la plupart des cas parce que son effet discriminatoire est limité à une personne ou à un groupe de personnes et que c'est son effet sur eux plutôt que sur l'ensemble des employés qui doit être examiné. Dans un tel cas, le problème de la justification ne se pose pas, car la condition raisonnablement liée à l'emploi n'a besoin d'aucune justification; ce qui est requis est une certaine mesure d'accommodement. L'employeur doit, à cette fin, prendre des mesures raisonnables qui seront susceptibles ou non de réaliser le plein accommodement. Cependant, lorsque ces mesures ne permettent pas d'atteindre complètement le but souhaité, le plaignant, en l'absence de concessions de sa propre part, comme l'acceptation en l'espèce d'un emploi à temps partiel, doit sacrifier soit ses principes religieux, soit son emploi. [Je souligne.]

Elle poursuit plus loin³⁶:

Il en résulte finalement que, lorsqu'une règle crée une discrimination directe, elle ne peut être justifiée que par une exception légale équivalente à une EPN, c'est-à-dire un moyen de défense qui envisage la règle dans sa totalité. (Je souligne au passage que les codes de droit de la personne au Canada contiennent tous une disposition d'exception fondée sur l'EPN.) Par contre, lorsqu'une règle crée une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, il convient de confirmer la validité de cette règle dans son application générale et de se demander si l'employeur aurait pu composer avec l'employé lésé sans subir des contraintes excessives.

³⁶ *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, à la p. 517.

Section 31 of the PSEA, as applied to this case, contains within itself the statement of a BFOR which is perfectly compatible with the CHRA. It prescribes that the physical capability be related to the performance of the duties of the position. Moreover, as interpreted in *Ahmad*, it requires that there be no bad faith on the part of the deputy head and that “specific statutory or other legal direction” be respected. Section 31 reflects both the objective and subjective tests of *Etoibicoke*. It also mirrors perfectly paragraph 15(a) of the CHRA. There is, therefore, no duty to accommodate on the part of the employer.

Section 31 of the PSEA is a piece of legislation which is neither inconsistent nor incompatible with the CHRA. It is in no way modified by it. The powers of the Appeal Board remain therefore unchanged.

For these reasons, I would allow the appeal with costs, I would set aside the judgment of the Trial Division and I would dismiss the application for judicial review.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROBERTSON J.A. (concurring in the result): This appeal raises two issues. The first is whether an Appeal Board, established under paragraph 5(d) [now repealed by S.C. 1992, c. 54, s. 4] of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33 (the “PSEA”), has the jurisdiction to apply the provisions of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (the “CHRA”). If it is established that the Board possesses the requisite jurisdiction, then we have been asked to determine whether the application of section 31 of the PSEA to a person who is incapable of performing the duties of their position by reason of a disability constitutes indirect or adverse effect discrimination, giving rise to a duty to accommodate on the part of the employer. I have had the distinct advantage of reading in draft form the reasons of both Hugessen J.A. and Desjardins J.A. While I agree with the disposition of this appeal as proposed by the latter, my reasoning pursues a different course. In my respectful opinion, the Appeal Board does not have

L’article 31 de la LEFP, appliqué à l’espèce, contient en soit l’énoncé d’une EPJ qui est parfaitement compatible avec la LCDP. Il prévoit que les qualités physiques doivent être reliées au rendement dans l’exercice des fonctions d’un poste. En outre, selon l’interprétation qui est donnée de cet article dans l’arrêt *Ahmad*, il exige que l’administrateur général ne montre aucune mauvaise foi et qu’il respecte une «directive légale ou juridique». L’article 31 répond aussi bien aux critères objectifs que subjectifs établis dans *Etoibicoke*. Il s’inscrit parfaitement dans les dispositions de l’alinéa 15a) de la LCDP. L’employeur n’a par conséquent aucune obligation d’accommodement.

L’article 31 de la LEFP n’est pas incompatible avec la LCDP. Il n’est pas non plus modifié par cette dernière. Les pouvoirs du Comité d’appel demeurent donc intouchés.

Pour ces motifs, j’accueille l’appel avec dépens, j’annule le jugement de la Section de première instance et je rejette la demande de contrôle judiciaire.

* * *

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

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A. (concourant quant au résultat): Le présent pourvoi soulève deux questions. Il s’agit d’abord de déterminer si un Comité d’appel établi sous le régime de l’alinéa 5d) [maintenant abrogé par L.C. 1992, ch. 54, art. 4] de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33 (la «LEFP») la compétence nécessaire pour appliquer les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la «LCDP»). Le cas échéant, on nous a demandé de décider si l’application de l’article 31 de la LEFP à une personne incapable d’exécuter les fonctions de son poste en raison d’une déficience constitue de la discrimination indirecte ou par suite d’un effet préjudiciable, ce qui obligerait l’employeur de respecter son obligation d’accommodement. J’ai eu l’avantage indéniable de lire le projet de motifs des juges Hugessen et Desjardins. Bien que je souscrive à la décision rendue par cette dernière dans le présent appel, mon raisonnement suit une voie différente. En

the power to interpret and apply the employment-related provisions of the CHRA.

The Appeal Board, like all tribunals, is a statutory body with no inherent jurisdiction. It may decide a matter only if Parliament has expressly or impliedly conferred on it power over the parties, the subject-matter and the remedy. This general principle was clearly articulated by La Forest J. in *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, at page 14:

It is essential to appreciate that s. 52(1) does not function as an independent source of an administrative tribunal's jurisdiction to address constitutional issues. Section 52(1) affirms in explicit language the supremacy of the Constitution but is silent on the jurisdictional point *per se*. In other words, s. 52(1) does not specify which bodies may consider and rule on *Charter* questions, and cannot be said to confer jurisdiction on an administrative tribunal. Rather, jurisdiction must have expressly or impliedly been conferred on the tribunal by its enabling statute or otherwise. This fundamental principle holds true regardless of the nature of the issue before the administrative body. [Emphasis is mine.]

The fact that the Supreme Court was considering the jurisdiction of a labour board to rule on the constitutionality of its enabling statute does not undermine the application of the general rule to the facts of the case before this Court. *Cuddy Chicks, supra*, is only one in a long line of cases which directs us to determine whether a tribunal has jurisdiction over the whole of the matter before it: see also *Canada (Attorney General) v. Vincer*, [1988] 1 F.C. 714 (C.A.), *per* Stone J.A., at pages 728-730; and *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373 (C.A.).

In the case before us, there is no doubt that the Appeal Board has jurisdiction over the parties. The immediate question is whether it has jurisdiction over the subject-matter and remedy. The search for a dispositive answer begins with section 31 of the PSEA,

toute déférence, je suis d'avis que le Comité d'appel n'a pas le pouvoir d'interpréter et d'appliquer les dispositions relatives à l'emploi que contient la LCDP.

^a Le Comité d'appel, à l'instar de tous les tribunaux administratifs, est un organisme créé par le législateur qui n'a aucun pouvoir inhérent. Il peut trancher une question à la seule condition que le Parlement ait expressément ou implicitement conféré au comité un pouvoir à l'égard des parties, du sujet du litige ou de la réparation envisagée. Ce principe général a été clairement établi par le juge La Forest dans *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, à la page 14:

^d Il est essentiel de se rendre compte que le par. 52(1) ne fournit pas aux tribunaux administratifs une source distincte de compétence à l'égard des questions constitutionnelles. En effet le par. 52(1), s'il affirme de sa façon explicite la primauté de la Constitution, reste silencieux sur la question de compétence comme telle. En d'autres termes, le par. 52(1) ne précise pas les organismes qui peuvent étudier les questions relatives à la Charte et statuer à leur égard, et on ne peut dire qu'ils confèrent compétence aux tribunaux administratifs. La compétence du tribunal, doit plutôt lui avoir été conférée expressément ou implicitement par sa loi constitutive ou autrement. Ce principe fondamental demeure, quelle que soit la nature de la question dont est saisi le tribunal administratif. [Non souligné dans l'original.]

^f Le fait que la Cour suprême ait analysé la compétence de la Commission des relations de travail afin de déterminer si celle-ci pouvait statuer sur la validité de sa loi constitutive ne nous empêche pas d'appliquer la règle générale à l'affaire dont nous sommes saisis ici. L'arrêt *Cuddy Chicks*, précité, n'est qu'un exemple d'une longue série d'arrêts qui nous enjoignent à déterminer si un tribunal administratif possède la compétence voulue pour trancher l'ensemble d'une question dont il est saisi: voir également *Canada (Procureur général) c. Vincer*, [1988] 1 C.F. 714 (C.A.), par le juge Stone, J.C.A., aux pages 728 à 730; et *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373 (C.A.).

^j En l'espèce, il ne fait aucun doute que le Comité d'appel a compétence à l'égard des parties. La question qui surgit immédiatement consiste à déterminer s'il a compétence sur l'objet et la réparation. C'est d'abord à l'aide de l'article 31 de la LEFP qu'on peut

which sets out the powers of the Appeal Board. The relevant provisions state:

31. (1) Where an employee, in the opinion of the deputy head, is incompetent in performing the duties of the position the employee occupies or is incapable of performing those duties and should be appointed to a position at a lower maximum rate of pay, or released, the deputy head may recommend to the Commission that the employee be so appointed or released, in which case the deputy head shall give notice in writing to the employee of the recommendation.

(2) Within such period after receiving a notice under subsection (1) as the Commission prescribes, the employee may appeal against the recommendation of the deputy head to a board established by the Commission to conduct an inquiry at which the employee and the deputy head, or their representatives, shall be given an opportunity to be heard.

(3) The Commission, on being notified of the decision of the board on the inquiry into a recommendation conducted pursuant to subsection (2), shall, in accordance with the decision,

(a) notify the deputy head concerned that the recommendation will not be acted on; or

(b) appoint the employee to a position at a lower maximum rate of pay, or release the employee.

A determination concerning an employee's capability or competence falls squarely within the Appeal Board's jurisdiction, even in cases where an employee claims that the deputy head's recommendation to dismiss him or her is based on a discriminatory ground such as race. That type of issue can stand alone without the Appeal Board having to decide, save by implication, whether the employee is a victim of discrimination: see *Pitawanakwat v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (1987), 9 C.H.R.R. D/4825 (F.C.A.); and *Burke v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (1987), 9 C.H.R.R. D/4824 (F.C.A.). By contrast, the subject-matter before the Appeal Board here is the interpretation and application of the employment-related provisions of the CHRA when adjudicating on a deputy head's recommendation formulated under section 31 of the PSEA. In cases of indirect discrimination, this would include a legal determination regarding the limits of accommodation and undue hardship. Unquestionably, such matters are beyond the express terms of the PSEA.

Similarly, the remedy effectively requested by the respondent—accommodation—requires the Appeal

chercher une réponse déterminante, puisque cet article énonce les pouvoirs du Comité d'appel. En voici les dispositions pertinentes:

31. (1) L'administrateur général qui juge un fonctionnaire incompetent dans l'exercice des fonctions de son poste ou incapable de remplir ces fonctions peut recommander à la Commission soit le renvoi de ce fonctionnaire, soit sa rétrogradation à un poste situé dans une échelle de traitement comportant un plafond inférieur. Dans les deux cas, il en avise par écrit le fonctionnaire.

(2) Dans le délai imparti par la Commission après réception de l'avis mentionné au paragraphe (1), le fonctionnaire peut faire appel de la recommandation de l'administrateur général devant un comité chargé par la Commission de faire une enquête, au cours de laquelle les parties, ou leurs représentants, ont l'occasion de se faire entendre.

(3) Après notification de la décision du comité, la Commission, en fonction de cette dernière:

a) avertit l'administrateur général qu'il ne sera pas donné suite à sa recommandation;

b) rétrograde ou renvoie le fonctionnaire

Une décision concernant la capacité ou la compétence d'un fonctionnaire entre donc clairement dans le champ de compétence du Comité d'appel, même si l'employé prétend que la recommandation de l'administrateur général visant son renvoi est fondée sur un motif discriminatoire comme la race. Cette question peut être tranchée de façon autonome sans que le Comité d'appel ait à décider, sauf par voie de conséquence, si l'employé est victime de discrimination: voir *Pitawanakwat c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (1987), 9 C.H.R.R. D/4825 (C.A.F.); et *Burke c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (1987), 9 C.H.R.R. D/4824 (C.A.F.). Par contre, l'objet du litige porté devant le Comité d'appel touche à l'interprétation et l'application des dispositions de la LCDP relatives à l'emploi lorsqu'il s'agit d'entériner ou non la recommandation de l'administrateur général fondée sur l'article 31 de la LEFP. En cas de discrimination indirecte, le Comité devrait déterminer légalement les limites de l'accommodement et des contraintes excessives. Il ne fait aucun doute que ces déterminations dépassent les termes de la LEFP.

Par ailleurs, la réparation demandée par l'intimée, soit l'accommodement, force le Comité d'appel à

Board to venture beyond those outlined in section 31 of the PSEA. That section confers upon the deputy head of each public service department the power to recommend to the Public Service Commission an employee's release or demotion (transfer to a position with a lower maximum salary) for reasons of incapacity or incompetence. In making a recommendation for release, the deputy head is not required by law to have regard to the possibility of demoting the employee; see *Attorney General of Canada v. Loiselle*, [1981] 2 F.C. 203 (C.A.), at pages 204-205. Once the recommendation for release is made to the Commission, the employee may appeal that recommendation to the Appeal Board, which can either allow or dismiss the appeal. These two options exhaust the Appeal Board's mandate.

No provision in the PSEA expressly authorizes the Appeal Board to provide the accommodation remedy the respondent seeks. I reiterate that the Appeal Board may only allow or dismiss an appeal from a deputy head's recommendation. It may not even substitute a decision to transfer an employee where release has been recommended; see *R. v. Larsen*, [1981] 2 F.C. 199 (C.A.), at pages 201-202. The reason for this limitation is practical. As the Commission cannot create new positions at its own initiative, the decision to transfer rather than release an employee could have the effect of retaining an incompetent employee in his or her position until a new position becomes available. Yet counsel for the respondent acknowledged in oral argument that the duty to accommodate could, in the circumstances before us, require the employer to create a new position for the respondent. (I assume that this line of argument was intended to counter the fact that the respondent was only released after three years of unsuccessful attempts to transfer her to positions with lighter duties.) This remedy is clearly beyond the Appeal Board's powers.

The respondent's argument would permit the Appeal Board to allow her appeal on the grounds that the employer had not demonstrated that it had accommodated her to the point of undue hardship. This would leave open the possibility of yet another recommendation for release if the respondent continued to be incapable of fulfilling her duties. Had Parliament intended the Appeal Board to consider the ques-

aller au-delà de l'article 31 de la LEFP. Cet article confère à l'administrateur général de chaque division de la fonction publique le pouvoir de recommander à la Commission le renvoi ou la rétrogradation (mutation à un poste assorti d'un plafond salarial plus bas) d'un employé pour incapacité ou incompetence. Lorsqu'il recommande le renvoi, l'administrateur général n'est pas tenu par le législateur d'envisager la possibilité de rétrograder l'employé; voir *Le procureur général du Canada c. Loiselle*, [1981] 2 C.F. 203 (C.A.), aux pages 204 et 205. Une fois que la recommandation de renvoi est transmise à la Commission, l'employé peut interjeter appel de cette recommandation au Comité d'appel, qui accueille ou rejette la demande. Ces deux options constituent le mandat du Comité d'appel.

Aucune disposition de la LEFP n'autorise expressément le Comité d'appel à accorder la réparation demandée par l'intimée, soit l'accommodement. Je répète que le Comité d'appel ne peut qu'accueillir ou rejeter l'appel d'une recommandation formulée par l'administrateur général. Il ne peut même pas remplacer une décision de renvoi par une mutation; voir *R. c. Larsen*, [1981] 2 C.F. 199 (C.A.), aux pages 201 et 202. Cette limite est imposée pour des raisons d'ordre pratique: puisque la Commission ne peut créer de postes de sa propre initiative, la décision de muter plutôt que de renvoyer un employé pourrait avoir l'effet de retenir un employé incompetent à son poste jusqu'à ce qu'un nouveau poste soit disponible. Or, l'avocat de l'intimée a reconnu dans son argumentation orale que l'obligation d'accommodement pourrait, en l'espèce, exiger la création d'un poste pour M^{me} MacNeill. (Je présume que cet argument visait à contrer le fait que l'intimée n'a été renvoyée qu'après trois ans de tentatives infructueuses visant à la muter à des postes assortis de fonctions moins lourdes.) Cette réparation dépasse clairement les pouvoirs du Comité d'appel.

D'après les arguments présentés par l'intimée, le Comité d'appel devrait accueillir son appel au motif que l'employeur n'a pas prouvé qu'il avait respecté son devoir d'accommodement en deçà des contraintes excessives. Il serait alors possible de recommander encore le renvoi de l'intimée si elle continuait d'être incapable d'exercer ses fonctions. Si le Parlement avait voulu que le Comité d'appel puisse

tion of undue hardship, it is only reasonable that it would have conferred upon the Appeal Board commensurate powers to give direct effect to its determination on this issue. The indirect method of accommodation proposed by the respondent seems to me to greatly exceed Parliamentary intent on this issue. The remedy effectively sought by the respondent is an interlocutory injunction pending a determination by the Canadian Human Rights Commission regarding the appropriate resolution of this case. As there is no obligation upon the respondent to pursue the matter before the Commission, the respondent's tenure would be almost unassailable.

I was not directed to any provision in the PSEA which impliedly confers jurisdiction on the Appeal Board to apply the CHRA. The legislation before us contrasts sharply with that considered in *Cuddy Chicks, supra*, which expressly empowered the Labour Relations Board to decide questions of law and to determine questions of law and fact relating to its own jurisdiction. Sections 106 and 124 of the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, provided:

106.—(1) The Board has exclusive jurisdiction to exercise the powers conferred upon it by or under this Act and to determine all questions of fact or law that arise in any matter before it, and the action or decision of the Board thereon is final and conclusive for all purposes, but nevertheless the Board may at any time, if it considers it advisable to do so, reconsider any decision, order, direction, declaration or ruling made by it and vary or revoke any such decision, order, direction, declaration or ruling.

124.—(1) Notwithstanding the grievance and arbitration provisions in a collective agreement or deemed to be included in a collective agreement under section 44, a party to a collective agreement between an employer or employers' organization and a trade union or council of trade unions may refer a grievance concerning the interpretation, application, administration or alleged violation of the agreement, including any question as to whether a matter is arbitrable, to the Board for final and binding determination. [Emphasis is mine.]

There are no equivalent provisions in the PSEA. The only other provision remotely relevant to our analysis is paragraph 5(d), which simply empowers the Public Service Commission to establish an appeal board. The PSEA does not even tell us whether this

examiner la question des contraintes excessives, il serait raisonnable de croire qu'il aurait conféré au Comité d'appel les pouvoirs nécessaires pour appliquer alors directement sa décision. La méthode indirecte d'accommodement proposée par l'intimée me semble excéder grandement l'intention du Parlement à ce sujet. L'intimée tente d'obtenir une injonction interlocutoire qui resterait en vigueur jusqu'à ce que la Commission canadienne des droits de la personne ait apporté une solution appropriée à l'affaire. Comme l'intimée n'a aucunement l'obligation de porter le dossier devant la Commission des droits de la personne, sa position serait presque intouchable.

On ne m'a pas cité de disposition de la LEFP qui conférerait implicitement au Comité d'appel le pouvoir d'appliquer la LCDP. Le texte de loi que nous sommes appelés à examiner est radicalement différent de celui qui faisait l'objet de l'arrêt *Cuddy Chicks*, précité, qui habilitait expressément la Commission des relations de travail à trancher des questions de droit ainsi que des questions de droit et de faits relatives à sa propre compétence. Les articles 106 et 124 de la *Loi sur les relations du travail*, L.R.O. 1980, ch. 228, prévoient en effet ce qui suit:

106 (1) La Commission a compétence exclusive pour exercer les pouvoirs que lui confère la présente loi ou qui lui sont conférés en vertu de celle-ci et trancher toutes les questions de fait ou de droit soulevées à l'occasion d'une affaire qui lui est soumise. Ses décisions ont force de chose jugée. Toutefois, la Commission peut à l'occasion, si elle estime que la mesure est opportune, réviser, modifier ou annuler ses propres décisions, ordonnances, directives ou déclarations.

124 (1) Malgré les dispositions de la convention collective portant sur le règlement des griefs et sur l'arbitrage ou qui sont réputées y être incluses en vertu de l'article 44, la partie à une convention collective entre un employeur ou une association patronale et le syndicat ou le conseil de syndicats, peut soumettre à la Commission un grief portant sur l'interprétation, l'application ou une prétendue inexécution de la convention, y compris la question de savoir s'il y a matière à arbitrage. La décision de la Commission a force de chose jugée. [Non souligné dans l'original.]

Il n'existe aucune disposition équivalente dans la LEFP. La seule autre disposition liée indirectement à notre analyse est l'alinéa 5d), qui habilite simplement la Commission de la fonction publique à établir un comité d'appel. La LEFP ne précise même pas si le

one-member appeal board must be an employee of the Public Service Commission.

There is one decision of this Court which I believe has direct application to the facts before us. In *Viola*, *supra*, the issue was whether an appeal board, established to consider whether a candidate satisfied the requirements of a Public Service position, had jurisdiction to consider whether those employment requirements violated the 1988 *Official Languages Act* [S.C. 1988, c. 38]. That Act, like the CHRA, is regarded as quasi-constitutional legislation.

In determining for the Court that the appeal board did not have jurisdiction under section 21 of the PSEA to determine whether employment requirements violated the 1988 *Official Languages Act*, Décarry J.A. stated at pages 387-388:

The constitutional entrenchment of language rights and their quasi-constitutional extension, qualified by the appeal for caution made to the courts by the Supreme Court, do not however imply, in the absence of specific indications to this effect, an alteration of the powers of the courts which have to interpret and apply these rights. Just as the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is not in itself a source of new jurisdictions, so the 1988 *Official Languages Act* does not create new jurisdictions other than those, vested in the Commissioner of Official Languages and the Federal Court Trial Division, which it creates expressly. As in the case at bar, the fact that the Department might be subject to more specific legal duties than in the past when it comes time to determine the language requirements of a position does not mean that an appeal board thereby acquires a jurisdiction which was heretofore beyond it. Unless the Act itself contains some indication that Parliament intended to give an appeal board a new jurisdiction affecting the department's managerial rights, the appeal board will have to resign itself to continuing to perform the function it has until now exercised, and to leave to other jurisdictions the responsibility for deciding whether a department has complied with the provisions of the 1988 *Official Languages Act* in a given case. [Emphasis is mine.]

The alleged basis of the Appeal Board's implied jurisdiction to apply the CHRA is found in a decision of this Court, *Ahmad v. Public Service Commission*, [1974] 2 F.C. 644 (C.A.). At pages 646-647 of that case, Chief Justice Jaccett stated:

membre unique du comité d'appel doit être un fonctionnaire.

À mon avis, une décision de la Cour peut être appliquée directement aux faits de l'espèce. Dans l'affaire *Viola*, précitée, la Cour a dû déterminer si un comité d'appel, établi afin de décider si un candidat respectait les conditions d'un poste dans la fonction publique, avait la compétence nécessaire pour établir que ces conditions d'emploi étaient ou non conformes à la *Loi sur les langues officielles* de 1988 [L.C. 1988, ch. 38]. Celle-ci, à l'instar de la LCDP, est considérée comme un texte législatif quasi constitutionnel.

Statuant pour la Cour, le comité d'appel n'avait pas compétence en vertu de l'article 21 de la LEFP afin de déterminer si les conditions d'emploi étaient ou non conformes à la *Loi sur les langues officielles* de 1988, le juge Décarry, J.C.A., s'exprime ainsi aux pages 387 et 388:

La consécration constitutionnelle de droits linguistiques et leur prolongement quasi-constitutionnel, nuancés par l'appel à la prudence lancé aux tribunaux par la Cour suprême, n'emportent pas pour autant, à moins d'indications précises en ce sens, une modification des compétences des tribunaux appelés à interpréter et à appliquer ces droits. De même que la *Charte canadienne des droits et libertés* n'est pas en elle-même source de compétences nouvelles, de même la *Loi sur les langues officielles* de 1988 n'établit pas de compétences nouvelles autres que celles, dévolues au commissaire aux langues officielles et à la Section de première instance de la Cour fédérale, qu'elle établit expressément. Ainsi, comme en l'espèce, ce n'est pas parce que le Ministère se serait vu imposer des obligations légales plus précises que par le passé lorsque vient le temps d'établir les exigences linguistiques d'un poste, qu'un comité d'appel acquerrait du fait même une compétence qui lui avait jusque-là échappée. À moins qu'on ne trouve dans la Loi elle-même une indication de l'intention du Parlement de confier au comité d'appel une compétence nouvelle relativement au droit de gérance du ministère, le comité d'appel devra se résigner à continuer à jouer le rôle qui jusqu'ici lui était dévolu et à laisser d'autres instances le soin de décider si, dans un cas donné, un ministère s'est conformé aux dispositions de la *Loi sur les langues officielles* de 1988. [Non souligné dans l'original.]

C'est dans une décision de la Cour qu'on retrouve la base présumée de la compétence implicite du Comité d'appel aux fins de l'application de la LCDP, soit *Ahmad c. La Commission de la Fonction publique*, [1974] 2 C.F. 644 (C.A.). Aux pages 646 et 647 de cette affaire, le juge en chef Jaccett déclare ce qui suit:

Whether or not a person is competent or incompetent for a post is a matter of opinion, and, in the absence of any special legal direction, all that the law can imply with regard thereto is that it must be honestly formed, and that it must, in the first instance at least, be based upon the observation, by those under whom he works, of the manner in which the person whose competence is in question carries out his duties. In particular circumstances, rough and ready rules of thumb may be adopted by such persons as an aid to the formation of the required opinion; but, in my view, in the absence of

(a) some failure to apply properly some specific statutory or other legal direction, or

(b) proof of bad faith on the part of those whose observations and judgment are in question,

a board of review established under section 31 would not be justified in deciding that a deputy head's recommendation should not be acted upon unless it had before it material that satisfied it, as a matter of fact, that the deputy head was wrong in forming the opinion that the person in question was "incompetent in performing the duties of the position he occupies." [Emphasis is mine.]

It is argued that the CHRA and its judicial interpretation constitute "legal directions" which the Appeal Board must apply in order to fulfil its statutory mandate under section 31. With respect, I do not think that the reasoning of this Court in *Ahmad, supra*, extends the jurisdiction of the Appeal Board beyond its legislated mandate. The "legal directions" to which *Ahmad* refers correspond to simple rules of general application. For example, in *Dansereau v. Canada (Public Service Appeal Board)*, [1991] 1 F.C. 444 (C.A.), this Court imposed a duty on employers to give sufficient notice of unsatisfactory performance to employees before recommending release. Similarly, in *Clare v. Canada (Attorney General)*, [1993] 1 F.C. 641 (C.A.), it was held that an employer, which had implemented an employee counselling programme, is obligated to refer an employee to counselling services at the employee's request before he or she is released. These rules are conditions precedent which must be satisfied before the deputy head recommends an employee's release. They are true "legal directions" which the Appeal Board is required to apply to discharge its mandate under section 31 of the PSEA.

Qu'une personne soit compétente ou incompétente pour un poste est une question d'opinion; en l'absence de directives juridiques spéciales, tout ce qu'on peut légalement demander à ce sujet est que l'opinion ait été formée d'une manière honnête et que, au départ au moins, elle soit fondée sur l'observation par les supérieurs hiérarchiques de la personne dont la compétence est mise en question, de la façon dont cette dernière remplit ses fonctions. Dans des circonstances particulières, ces personnes peuvent utiliser des règles empiriques rudimentaires et toutes faites comme guide pour parvenir à l'opinion requise; mais à mon avis, en l'absence

a) de mauvaise application d'une directive légale ou juridique ou

b) de la preuve de mauvaise foi de la part de ceux dont les observations et le jugement sont en cause,

un comité de révision établi conformément à l'article 31 ne pourra à bon droit décider qu'il ne doit donner aucune suite à une recommandation d'un sous-chef à moins qu'on ne lui ait soumis des documents pertinents, établissant effectivement que le sous-chef a eu tort d'estimer que l'employé en question était «incompétent dans l'exercice des fonctions de son poste». [Non souligné dans l'original.]

Les parties prétendent que la LCDP et son interprétation par les tribunaux constituent une «directive légale» que le Comité d'appel doit appliquer afin de respecter le mandat qui lui est conféré par le législateur en vertu de l'article 31. En toute déférence, je ne crois pas que le raisonnement de la Cour dans l'affaire *Ahmad*, précitée, étende la compétence du Comité d'appel au-delà de son mandat légal. La «directive légale» dont il est question dans l'arrêt *Ahmad* désigne une simple règle d'application générale. Par exemple, dans *Dansereau c. Canada (Comité d'appel de la fonction publique)*, [1991] 1 C.F. 444 (C.A.), la Cour a imposé aux employeurs le devoir de donner un avis suffisant du rendement insatisfaisant de l'employé avant de recommander le renvoi. De même, dans *Clare c. Canada (Procureur général)*, [1993] 1 C.F. 641 (C.A.), il a été décidé qu'un employeur, qui avait mis en œuvre un programme de counselling destiné aux employés, est obligé d'envoyer cet employé en consultation à la demande de celui-ci avant son renvoi. Ces règles constituent des conditions préalables qui doivent être respectées avant que l'administrateur général puisse recommander le renvoi de l'employé. Elles représentent une «directive légale» que le Comité d'appel doit appliquer afin de respecter le mandat qui lui est conféré par l'article 31 de la LEFP.

Interpretation and application of the CHRA is, by contrast, intricate. It does not lend itself to creating simple “legal directions” except, of course, those by which the deputy head is bound. For example, the deputy head is charged not to discriminate against an employee when making a recommendation to the Appeal Board. However, the determination of whether a certain practice constitutes direct or indirect discrimination is not a “legal direction.” The divergent opinions of this Court and the Supreme Court, regarding the definition and effects of direct and indirect discrimination, underlines the complexity and elusiveness of those concepts.

In effect, this Court is being asked to apply the provisions of the CHRA and declare the respondent a victim of adverse effect discrimination. Such a determination could easily be reformulated as a legal directive—a recommendation to release a disabled person pursuant to section 31 of the PSEA on the ground of incapacity constitutes adverse effect discrimination. This approach, in my respectful view, seriously contorts the intent of *Ahmad, supra*, and completely ignores the pivotal question before us of whether Parliament intended to confer upon the Appeal Board the jurisdiction to apply the CHRA. It is the role of Parliament, not the courts, to confer jurisdiction upon statutory tribunals.

The true thrust of the respondent’s case is that the Appeal Board should have the power to apply the CHRA as a matter of policy. Counsel for the respondent frankly admitted his reluctance to pursue the matter before the Canadian Human Rights Commission because of the lengthy delays in processing complaints. I understand the respondent’s frustration. It is arguable that, in such a case, justice delayed is truly justice denied. However, the inefficiency of that system cannot of itself confer jurisdiction upon a tribunal which is not expressly or impliedly authorized by Parliament. There are also practical reasons against extending the Appeal Board’s jurisdiction.

Par contre, l’interprétation et l’application de la LCDP est complexe. Ce texte législatif ne crée pas de simples «directives légales» sauf, bien évidemment, celles par lesquelles l’administrateur général est lié. Par exemple, celui-ci est enjoint de ne pas faire de discrimination à l’encontre d’un employé lorsqu’il formule une recommandation destinée au Comité d’appel. Toutefois, le fait de déterminer si une pratique donnée constitue une discrimination directe ou indirecte ne s’assimile pas à une «directive légale». Les opinions divergentes de notre Cour et de la Cour suprême à l’égard de la définition des effets de la discrimination directe et indirecte mettent en lumière la complexité et le caractère insaisissable de ces concepts.

On demande à la Cour d’appliquer les dispositions de la LCDP et de déclarer l’intimée victime de discrimination par suite d’un effet préjudiciable. Cette détermination pourrait aisément être reformulée comme une directive légale, soit que la recommandation de renvoyer une personne invalide conformément à l’article 31 de la LBFP en raison de son incapacité constitue une discrimination par suite d’un effet préjudiciable. Cette approche me semble en toute déférence gravement incompatible avec l’intention de l’arrêt *Ahmad*, précité, et laisse complètement de côté la question de première importance dont nous sommes saisis, c’est-à-dire déterminer si le Parlement entendait conférer au Comité d’appel la compétence voulue pour appliquer la LCDP. C’est le rôle du Parlement, et non pas des tribunaux, d’accorder une compétence aux tribunaux créés par le législateur.

Essentiellement, l’intimée adopte la position selon laquelle le Comité d’appel devrait avoir le pouvoir d’appliquer la LCDP comme politique. L’avocat de l’intimée a admis en toute franchise qu’il était réticent à soumettre la question à la Commission canadienne des droits de la personne en raison des longs délais dans le traitement des plaintes. Je comprends la frustration de l’intimée: on pourrait croire en l’occurrence qu’un retard représente vraiment un déni de justice. Toutefois, l’inefficacité du système ne peut en soi conférer à un tribunal administratif une compétence qui n’est pas expressément ni implicitement autorisée par le Parlement. Certains motifs d’ordre pratique militent aussi contre l’élargissement de la compétence du Comité d’appel.

The Canadian Human Rights Tribunal has broad powers to receive and call evidence, including information or evidence which would not be acceptable in a court of law (see subsection 50(2) CHRA). This power is vital to ascertain the presence of nuanced discriminatory practices or policies. By contrast, the Appeal Board has no such power. This could lead to the anomalous result that allegations of discrimination brought before a human rights tribunal would have a greater chance of success than those investigated under section 31 of the PSEA. This fact undermines the argument that conferring jurisdiction upon the Appeal Board to apply the CHRA would eradicate the need for multiplicitous proceedings; on this point, see *Pitawanakwat, supra*, and *Burke, supra*.

For the above reasons, it is my view that the Appeal Board does not possess the jurisdiction to apply the CHRA. Parliament has not conferred upon the Appeal Board express jurisdiction to interpret any law, much less to consider the subject-matter or remedy before this Court. Its role is limited to making determinations of fact: Is the employee incompetent or incapable? Was the deputy head's recommendation made in good faith? Were the conditions precedent to such a determination satisfied? Neither are there any overarching policy or practical reasons supporting the Appeal Board's implied jurisdiction to consider the CHRA. As I have found that the Appeal Board does not possess the requisite jurisdiction, there is no need to address the other issue pursued by my colleagues.

For the reasons above, I would dispose of the appeal as proposed by my colleague Desjardins J.A.

Le tribunal des droits de la personne possède de vastes pouvoirs d'accueillir et de rechercher des éléments de preuve, y compris des renseignements ou des preuves qui ne seraient pas admissibles devant un tribunal judiciaire (voir le paragraphe 50(2) de la LCDP). Ce pouvoir est vital pour déceler des pratiques et des politiques discriminatoires subtiles. En revanche, le Comité d'appel ne jouit pas de tels pouvoirs, ce qui pourrait entraîner une anomalie, soit que les allégations de discrimination présentées à un tribunal des droits de la personne pourraient plus facilement être fructueuses que celles qui font l'objet d'une enquête à la lumière de l'article 31 de la LEFP. Ce risque montre bien que l'octroi, au Comité d'appel, de la compétence d'appliquer la LCDP éliminerait la nécessité de procédures multiples; à ce sujet, voir *Pitawanakwat, précité*, et *Burke, précité*.

Pour ces motifs, je suis d'avis que le Comité d'appel ne possède pas la compétence voulue pour appliquer la LCDP. Le Parlement n'a pas conféré au Comité d'appel la compétence expresse d'interpréter des textes législatifs, et encore moins d'examiner l'objet ou la réparation dont nous sommes saisis. Son rôle est limité à trancher les faits: l'employé est-il incompetent ou incapable? La recommandation de l'administrateur général a-t-elle été formulée de bonne foi? Les conditions préalables d'une telle décision ont-elles été respectées? Il n'existe pas non plus de politiques ou de raisons pratiques déterminantes qui appuient l'existence d'une compétence implicite qui permettrait au Comité d'appel de prendre la LCDP en considération. Comme j'estime que le Comité d'appel n'a pas le pouvoir voulu, il n'est pas nécessaire de trancher les autres questions considérées par mes collègues.

Pour ces motifs, je trancherai le pourvoi de la même façon que ma collègue, le juge Desjardins, J.C.A.