

Cour fédérale



Federal Court

Date : 20130121

Dossier : T-372-12

Référence : 2013 CF 49

[TRADUCTION FRANÇAISE CERTIFIÉE, NON RÉVISÉE]

Ottawa (Ontario), le 21 janvier 2013

En présence de monsieur le juge Zinn

ENTRE :

NORMAN MURRAY

demandeur

et

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

défendeur

MOTIFS DU JUGEMENT ET JUGEMENT

[1] M. Murray demande à la Cour d'annuler une décision du Tribunal de la dotation de la fonction publique [le TDFP] rejetant sa demande de production d'éléments de preuve après la clôture de l'audience et rejetant sa plainte de discrimination dans un processus de dotation mené par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié [la CISR] en 2006. La présente demande porte essentiellement sur le caractère raisonnable de la décision du TDFP de ne pas admettre en preuve le rapport de la Commission de la fonction publique du Canada intitulé *Vérification de la*

Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada — Rapport de la Commission de la fonction publique du Canada, d'octobre 2009 [la vérification de la CFP]. La décision du TDFP sur le fond de la plainte sera confirmée ou infirmée à l'issue du présent examen par la Cour de la décision sur l'admission de la preuve produite après la clôture de l'audience.

[2] C'est la deuxième fois que M. Murray conteste une décision du TDFP se rapportant à sa plainte de discrimination dans le processus de dotation mené par la CISR en 2006. La première contestation s'est soldée par un jugement de la Cour en sa faveur : *Murray c Canada (Procureur général)*, 2011 CF 542 [*Murray I*]. Les faits qui ont donné lieu à la plainte de discrimination sont résumés aux paragraphes 3 à 5 de *Murray I* :

[3] Norman Murray est un Afro-Canadien qui est employé par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la CISR) à Toronto depuis 1989. Depuis son embauche, il a travaillé comme agent préposé aux cas (APC) au niveau PM-01, sauf au cours d'une affectation intérimaire de trois ans comme agent de protection des réfugiés (APR) au niveau PM-04, de 2002 à 2005.

[4] En octobre 2006, la CISR a annoncé des plans de réorganisation. Son objectif était d'éviter les mises à pied qui auraient pu résulter de la baisse du volume de cas de la Section de la protection des réfugiés de la CISR après le 11 septembre 2001. Dans le cadre de la réorganisation, les postes d'APR d'alors au niveau PM-04 devaient être remplacés par des postes d'agent du tribunal (AT) au niveau PM-05. Les APR qui avaient les qualités requises pour occuper le nouveau poste d'AT ont été nommés en utilisant un processus de nomination non annoncé. Ceux qui n'avaient pas les qualités requises sont demeurés au niveau PM-04 comme agents du tribunal (perfectionnement) et ont reçu une formation en vue de devenir des APR au niveau PM-05. M. Murray n'avait pas les qualités requises étant donné que son affectation intérimaire avait pris fin.

[5] M. Murray a déposé une plainte auprès du TDFP dans laquelle il alléguait que le processus de nomination non annoncé qui avait été utilisé pour nommer les AT constituait de la discrimination raciale à

son égard et qu'il constituait de la discrimination systémique et créait un obstacle à l'emploi pour les employés membres de minorités visibles occupant des postes d'APC qui étaient concentrés au niveau PM-01.

[3] Il s'agissait de déterminer dans *Murray I* si le TDFP avait manqué à l'équité procédurale en ne se prononçant pas sur l'admission en preuve de la vérification de la CFP. Le rapport avait été rendu public après l'audience et avait été déposé par M. Murray auprès du TDFP et de la CISR en octobre 2009. C'était un an environ après l'instruction de la plainte de M. Murray par le TDFP, mais avant qu'une décision soit rendue. Le TDFP n'avait pas répondu à la demande de M. Murray de tenir compte de la vérification de la CFP ni fait mention de celle-ci dans ses motifs rejetant la plainte de M. Murray.

[4] Dans *Murray I*, la Cour a jugé que le TDFP avait manqué à l'équité procédurale en n'admettant pas la vérification de la CFP et ne tenant pas compte de celle-ci. La Cour a annulé la décision du TDFP du 21 décembre 2009 et renvoyé l'affaire pour un nouvel examen en donnant instruction au TDFP d'entendre les observations des parties quant à la pertinence de la vérification de la CFP au regard de la plainte du demandeur et de décider, après avoir examiné les observations, s'il admettait le document en preuve.

[5] M. Murray, la CISR et la CFP ont présenté des observations au TDFP sur la pertinence de la vérification de la CFP au regard de la plainte de M. Murray et sur la question de savoir si celle-ci devait être admise en preuve. Dans une décision datée du 30 novembre 2011, le TDFP a affirmé

qu'il n'admettrait pas la vérification de la CFP en preuve et a rejeté la plainte pour les motifs énoncés dans *Murray I.*

[6] Les parties ont convenu que le critère en trois volets résumé dans *Whyte c Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, 2010 TCDP 6 [*Whyte*], faisant suite à celui utilisé dans *Vermette c Société Radio-Canada*, [1994] TCDP 14, devrait être appliqué. Le critère est le suivant :

1. il doit être établi que même en faisant preuve de diligence raisonnable il n'aurait pas été possible d'obtenir les éléments de preuve pour présentation au procès;
2. les éléments de preuve doivent être susceptibles d'influer substantiellement sur l'issue de l'affaire, quoiqu'ils n'aient pas à être déterminants;
3. les éléments de preuve doivent être vraisemblables ou, autrement dit, ils doivent paraître crédibles même s'il n'est pas nécessaire qu'ils soient irrécusables

[7] Les parties et le TDFP ont convenu que le premier et le troisième volet du critère étaient respectés. Il restait à déterminer si la vérification de la CFP satisfaisait au deuxième volet : serait-elle susceptible d'influer substantiellement sur l'issue de l'affaire?

[8] La vérification de la CFP contenait l'observation suivante au paragraphe 19 au sujet de la représentativité, soit « les processus de nomination sont effectués de façon objective et ne créent aucun obstacle systémique, afin que la fonction publique soit représentative de la population canadienne qu'elle sert » :

Nous avons constaté que la CISR avait mis en place les lignes directrices obligatoires en matière de nomination selon les politiques de la CFP. Nous avons également observé l'existence des lignes directrices de la CISR approuvées relativement à la zone de sélection, à la révocation des nominations et aux mesures correctives, ainsi que les critères s'appliquant au choix du processus non annoncé. Toutefois, les critères de la CISR concernant le processus de nomination non annoncé et sa politique sur la zone de sélection n'étaient pas entièrement conformes aux lignes directrices de la CFP en matière de choix du processus de nomination. La représentativité, qui compte parmi les valeurs directrices, n'était mentionnée dans aucune de ces politiques. La CISR a fourni une ébauche révisée qui traite de ce point, mais les changements n'avaient pas encore été approuvés. À l'exception de cette omission, les politiques de la CISR satisfont aux exigences de la CFP.

[Non souligné dans l'original.]

[9] Autrement dit, selon la vérification de la CFP, la CISR a mis en place les lignes directrices en matière de nomination requises par la CFP et ces lignes directrices répondaient aux critères de la CFP, sauf concernant la valeur de la représentativité, qui « n'était mentionnée dans aucune de ces politiques ». Vu cette lacune dans les politiques de dotation en personnel de la CISR, il était à prévoir que la vérification de la CFP n'ait « trouvé aucune justification [parmi les justifications écrites de la CISR relatives aux processus de nomination non annoncés ayant été examinées] qui traitait cette valeur [la représentativité] ».

[10] La vérification de la CFP concluait aussi que, sur les trente-cinq nominations examinées dans le premier échantillon – lequel avait été « choisi de façon arbitraire pour représenter une section transversale des régions de la CISR, des divisions, des principaux groupes occupationnels et des processus collectifs et individuels » –, le principe du mérite n'avait pas été respecté ou démontré

dans sept cas. De ces trente-cinq processus de nomination, quatorze étaient « non annoncés », comme celui au sujet duquel M. Murray a porté plainte. Des quatorze processus non annoncés, quatre ne respectaient pas ou ne démontraient pas le mérite; dans ces quatre cas, deux dénotaient une absence de documents sur le respect du principe du mérite, et dans un, le mérite n'était pas démontré. Autrement dit, le principe du mérite n'a pas été respecté ou démontré dans 29 p. 100 des processus non annoncés examinés par la CFP dans sa vérification. À titre comparatif, dans les processus annoncés examinés, le principe du mérite n'avait pas été respecté ou démontré dans moins de cas – trois sur vingt et un, soit dans 17 p. 100 des cas.

[11] La vérification de la CFP comportait également des critiques à l'égard de processus de dotation de niveaux supérieurs (p. ex. nominations par le gouverneur en conseil et nominations à des postes de direction), signalant des cas de « traitement préférentiel » et d'autres questions de ressources humaines plus générales, comme la planification, la collecte de données, la surveillance et le fait de ne pas suivre les recommandations des conseillers en ressources humaines.

[12] Le TDFP a conclu que la vérification de la CFP ne satisfaisait pas au deuxième volet du critère énoncé dans *Whyte* pour les motifs suivants :

22 Dans la décision *Murray* rendue en 2009, le Tribunal avait jugé que le plaignant n'avait pas établi de preuve *prima facie* de discrimination pour ce qui est du choix d'un processus non annoncé par l'intimé et que, même s'il avait réussi à faire cette démonstration, l'intimé avait fourni une explication raisonnable et non discriminatoire à cet égard. En d'autres termes, il a été conclu que le plaignant n'avait pas établi la preuve de discrimination ni, par le fait même, d'abus de pouvoir dans le choix du processus.

23 Le Tribunal a examiné en détail, la vérification de la CFP de même que les arguments avancés par les parties pour déterminer si cet élément – en cas de production en preuve – pourrait vraisemblablement avoir une incidence importante, bien que non décisive, sur l'issue de l'affaire.

24 Le Tribunal estime qu'aucune conclusion ne peut être tirée des échantillons utilisés dans la vérification de la CFP pour appuyer la preuve *prima facie* que le plaignant tente d'établir. Il est impossible de formuler de généralisations pertinentes sur la base du premier échantillon, et le second ne visait que les postes d'anciens commissaires nommés par le gouverneur en conseil et les postes de niveau EX ou l'équivalent. De plus, la vérification de la CFP ne peut être considérée comme une preuve témoignant d'un manque de représentativité dans les mesures de dotation de l'intimé au moyen de processus non annoncés en général ni, du reste, dans le processus non annoncé faisant l'objet de la plainte en l'espèce. La seule conclusion que l'on puisse en tirer est que les justifications écrites n'expliquaient pas comment la représentativité, qui constitue une valeur de dotation, avait été respectée dans ces processus.

25 Dans le cadre de la vérification de la CFP, les dossiers de dotation ont été examinés et des lacunes ont été constatées dans la documentation relative à certains processus de nomination. Il n'a pas été conclu que les nominations ne respectaient pas la valeur de dotation de la CFP qu'est la représentativité. Il a plutôt été conclu que, pour les mesures de dotation examinées, la justification relative au choix d'un processus non annoncé ne tenait pas compte de la représentativité (voir la page 16 dans la version française de la vérification de la CFP).

26 Pendant l'audition de la plainte de M. Murray, la justification écrite du processus de nomination non annoncé dont il est précisément question a été produite en preuve, et les parties ont eu l'occasion de l'examiner et de contre-interroger des témoins à cet égard. La justification écrite n'expliquait pas comment les valeurs de dotation avaient été respectées dans le choix du processus non annoncé, mais le Tribunal a conclu que l'intimé avait fourni une explication raisonnable et non discriminatoire quant à son choix de processus (voir la décision *Murray*

de 2009, para. 115). La conclusion de la vérification de la CFP selon laquelle aucune justification ne tenait compte de la représentativité n'aurait en rien influé sur l'issue de cette affaire. [Non souligné dans l'original.]

[13] M. Murray soutient que le TDFP a commis une erreur au paragraphe 24 de ses motifs en affirmant qu'aucune conclusion ne peut être tirée des échantillons utilisés dans la vérification de la CFP pour appuyer sa preuve *prima facie*. Il maintient que la vérification de la CFP étaye sa preuve *prima facie* de deux façons :

[TRADUCTION]

Premièrement, la vérification renferme des éléments de preuve d'une culture organisationnelle et/ou de systèmes d'emploi à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la CISR) étayant une conclusion de discrimination systémique comme signe d'un obstacle à la participation et la promotion entières des employés dans l'organisation. Deuxièmement, la vérification de la CFP contient des éléments de preuve pertinents relativement à l'allégation voulant que la ghettoïsation ou « concentration » des employés faisant partie de la cohorte du demandeur n'est pas neutre et représente par conséquent la preuve circonstancielle d'une discrimination pour ce qui est du non-avancement des AGC appartenant à une minorité visible ou raciale au niveau PM-01.

[14] Je n'accepte pas l'observation du défendeur selon qui il était raisonnable que le TDFP conclue que la vérification de la CFP n'aurait pas pu influencer sur l'affaire parce que la vérification [TRADUCTION] « n'offre aucun élément de preuve étayant une conclusion de discrimination raciale systémique ». J'estime que la vérification de la CFP pourrait étayer une conclusion de discrimination raciale systémique dans la dotation à la CISR pour les raisons fournies par la CFP aux paragraphes 31 et 32 de ses observations au TDFP :

[TRADUCTION]

Il est difficile de conclure que la vérification n'est nullement pertinente quand il s'agit de déterminer l'existence d'une discrimination systémique dans les pratiques et méthodes d'emplois de l'intimé puisqu'elle représente une analyse des systèmes d'emploi de l'intimé pendant une période correspondant à celle du processus de nomination en litige. La vérification conclut à des lacunes importantes dans le respect et la démonstration du principe du mérite et de valeurs dans un certain nombre de dossiers et à des lacunes dans la surveillance. Elle a également relevé que deux des politiques de dotation de l'intimé ne mentionnent pas expressément la représentativité parmi les valeurs (comme il est indiqué plus haut, au paragraphe 7), ce qu'exige pourtant la politique de la CFP.

La jurisprudence reconnaît que lorsque les règles de dotation établies sont appliquées avec moins de rigueur, voire complètement laissées de côté, cela peut ouvrir la porte à des méthodes plus improvisées, plus perméables au parti pris et, par conséquent, à la discrimination.

[15] Cependant, même si je conviens avec le demandeur que la vérification de la CFP aurait pu fournir des éléments de preuve pertinents, voire importants, de discrimination systémique à la CISR en matière de dotation, cet aspect, à lui seul, ne rend pas déraisonnable la décision soumise au contrôle.

[16] Une conclusion de discrimination systémique pourrait montrer que M. Murray a fait l'objet de discrimination; cependant, il s'agirait d'une preuve circonstancielle : *Tahmourpour c Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 113, au paragraphe 24. Par conséquent, même si la vérification était admise en preuve, le TDFP devrait établir s'il peut conclure, sur la foi de celle-ci, à une discrimination systémique et si, compte tenu des autres éléments de preuve fournis par M. Murray, ce dernier a pu être victime de discrimination. Dans *Murray I*, le TDFP a bien énoncé cet aspect :

Les éléments de preuve doivent d'abord permettre d'établir la présence d'obstacles systémiques, et ensuite, un lien entre la preuve de discrimination systémique et la preuve de discrimination individuelle fondée sur la race à l'endroit du plaignant. Ces deux étapes sont nécessaires, faute de quoi il est impossible d'établir une preuve *prima facie*.

[17] Dans *Murray I*, et dans la décision visée par le contrôle, le TDFP a conclu que ce lien n'était pas établi parce que « l'intimé avait fourni une explication raisonnable et non discriminatoire quant à son choix de processus ». Cette explication raisonnable et non discriminatoire est énoncée dans *Murray I* au paragraphe 115, en ces termes : « [L]e choix d'un processus de nomination non annoncé éliminait la nécessité de déclarer excédentaires les employés au poste d'attache PM-04 et garantissait ainsi leur emploi continu. »

[18] Dans la décision soumise au contrôle, le TDFP n'explique pas vraiment pourquoi les conclusions de la vérification de la CFP n'auraient pas pu influencer sur son évaluation de l'explication de l'intimé. Cependant, la Cour doit, quand elle évalue le caractère raisonnable d'une décision (tel qu'il est décrit dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9), déterminer si les motifs lui permettent de comprendre le fondement de la décision du tribunal et de déterminer si la conclusion fait partie des issues possibles acceptables : *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62. Après avoir examiné le dossier, y compris la vérification de la CFP, les conclusions tirées par le TDFP dans la décision soumise au contrôle, et les motifs énoncés dans *Murray I*, qui ont été adoptés de nouveau, je ne peux pas conclure que la décision du TDFP voulant que la vérification de la CFP « [ne] pourrait

vraisemblablement [pas] avoir une incidence importante [...] sur l'issue de l'affaire » est déraisonnable.

[19] Je tire cette conclusion essentiellement pour deux motifs. Premièrement, la vérification de la CFP ne conclut pas que les processus de dotation menés à la CISR constituent de la discrimination systémique. Par conséquent, il aurait fallu que le TDFP relève de la discrimination systémique pour pouvoir fonder sur le rapport une conclusion voulant que M. Murray avait établi sa preuve *prima facie*. Une telle conclusion fondée sur la vérification de la CFP relèverait, dans le meilleur des cas, de la conjecture. Deuxièmement, l'explication offerte par la CISR pour justifier le recours à un processus non annoncé dans la mesure de dotation visée par le contrôle semble être, aux yeux de la Cour, raisonnable et très vraisemblable. Le demandeur ne prétend pas que cette explication est spécieuse ou inventée de toutes pièces. Par conséquent, rien ne permet de conclure que l'explication fournie n'est pas crédible ou que l'inclusion de la vérification de la CFP aurait changé quoi que ce soit à cette évaluation. Donc, le tribunal aurait probablement accepté, seule ou combinée à une conclusion de discrimination systémique, s'il y en avait eu une, l'explication fournie.

[20] Par conséquent, la présente demande doit être rejetée.

[21] Je souscris à l'entente des parties voulant que les dépens soient établis à 3 000 \$.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que la présente demande est rejetée avec des dépens de 3 000 \$ adjugés au défendeur, y compris les frais, honoraires, débours et taxes.

« Russel W. Zinn »

Juge

Traduction certifiée conforme
Line Niquet

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-372-12

INTITULÉ : NORMAN MURRAY c LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

LIEU DE L'AUDIENCE : Ottawa (Ontario)

DATE DE L'AUDIENCE : Le 15 janvier 2013

MOTIFS DU JUGEMENT ET JUGEMENT : Le juge Zinn

DATE DES MOTIFS ET DU JUGEMENT : Le 21 janvier 2013

COMPARUTIONS :

Yavar Hameed POUR LE DEMANDEUR

Martin Desmeules POUR LE DÉFENDEUR

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

HAMEED & FARROKHZAD POUR LE DEMANDEUR
Avocats
Ottawa (Ontario)

WILLIAM F. PENTNEY POUR LE DÉFENDEUR
Sous-procureur général du Canada
Ottawa (Ontario)