COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

52-20-CA

GILLES LALIBERTÉ

APPELLANT

- and -

RURAL COMMUNITY OF KEDGWICK, a body corporate under the *Municipalities Act*

RESPONDENT

Laliberté v. Rural Community of Kedgwick, 2021 NBCA 16

CORAM:
The Honourable Justice Drapeau
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice LeBlond

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
May 29, 2020

History of Case:

Decision under appeal:
2020 NBQB 100

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
January 14, 2021

Judgment rendered:
March 25, 2021

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Drapeau

Concurred in by:
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice LeBlond

GILLES LALIBERTÉ

APPELANT

- et -

COMMUNAUTÉ RURALE DE KEDGWICK, personne morale constituée sous le régime de la *Loi sur les municipalités*

INTIMÉE

Laliberté c. Communauté rurale de Kedgwick, 2021 NBCA 16

CORAM :
l'honorable juge Drapeau
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge LeBlond

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 29 mai 2020

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2020 NBBR 100

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 14 janvier 2021

Jugement rendu :
le 25 mars 2021

Motifs de jugement :
l'honorable juge Drapeau

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge LeBlond

Counsel at hearing:

For the appellant:
Dominic Caron

For the respondent:
Sacha D. Morisset

THE COURT

The appellant did not discharge the onus of showing that the dismissal of his discrimination complaint by the Human Rights Commission is the result of the application of an inadmissible test and that this dismissal is unreasonable in view of the information contained in the Commission's record. The appeal is therefore dismissed with costs of $2,500.00.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Dominic Caron

Pour l'intimée :
Sacha D. Morisset

LA COUR

L'appelant ne s'est pas acquitté du fardeau de démontrer que le rejet de sa plainte de discrimination par la Commission des droits de la personne résulte de l'application d'un critère inadmissible et que ce rejet est déraisonnable compte tenu des renseignements que renferme le dossier de la Commission. L'appel est donc rejeté avec dépens de 2 500 $.

Motifs du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DRAPEAU

I. Introduction et aperçu

[1] À la suite de son congédiement par l'intimée, l'appelant a présenté une plainte à la Commission des droits de la personne alléguant une violation du par. 4(1) de la *Loi sur les droits de la personne*, L.R.N.-B. 2011, ch. 171. Cette disposition prévoit, entre autres, qu'un employeur ne peut, pour un motif de distinction illicite, refuser de continuer d'employer une personne. Selon la plainte, l'intimée aurait congédié l'appelant du poste qu'il occupait à son service d'eau et d'égouts pour un motif de distinction illicite, soit son incapacité physique. Cette incapacité serait consécutive à une blessure au coude. L'intimée a fait valoir, avec documents à l'appui, qu'elle avait modifié les tâches d'emploi de l'appelant de sorte à lui permettre de revenir au travail comme consultant, et qu'il avait refusé à moins qu'elle ne lui accorde une augmentation de salaire.

[2] Le dossier de la Commission comporte un compte-rendu détaillé des prétentions des parties et des renseignements recueillis au cours de l'enquête approfondie menée par son personnel. Il contient également divers documents médicaux portant sur l'incapacité physique de l'appelant, une liasse de documents en provenance de la Commission des accidents du travail et les communications écrites entre les parties, y compris la lettre de congédiement. Après avoir tenu compte des représentations des parties et du contenu de son dossier, la Commission des droits de la personne a rejeté la plainte en application du par. 19(2), tel qu'il se lisait à l'époque, puisque, selon son appréciation, elle était non fondée. Il s'ensuivait qu'il n'était pas indiqué de renvoyer la plainte à la Commission du travail et de l'emploi pour qu'elle en fasse l'instruction. Dans sa décision, la Commission des droits de la personne mentionne que le dossier ne faisait pas état d'une « cause solide et défendable » de violation de la *Loi*.

[3] L'appelant a présenté une demande de contrôle judiciaire du rejet de sa plainte. Les moyens invoqués dans l'avis de requête se résument comme suit : (1) la Commission a agi « incorrectement et déraisonnablement » lorsqu'elle a appliqué le critère de la « cause solide et défendable » au lieu de celui de la « cause défendable », lequel serait incontournable eu égard à l'arrêt *Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick c. Province du Nouveau-Brunswick (Ministère du développement social)*, 2010 NBCA 40, 360 R.N.-B. (2e) 283 ; (2) le rejet de la plainte découle de cette erreur « fondamentale » ; et (3) subsidiairement, la décision de la Commission est déraisonnable compte tenu des renseignements versés au dossier selon lesquels l'appelant ne pouvait réintégrer son poste, et exécuter les tâches physiques qu'il comporte, en raison de son incapacité physique. Dans l'avis de requête, l'appelant demandait l'annulation de la décision de la Commission et que l'affaire lui soit renvoyée pour qu'elle dispose de sa plainte d'une manière conforme aux directives de la cour en révision.

[4] La juge saisie de la requête a fait droit à la prétention de l'appelant selon laquelle la Commission avait fait erreur en appliquant le critère de la « cause solide et défendable ». Selon la juge, l'arrêt *Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick c. Province du Nouveau-Brunswick (Ministère du développement social)* permettait à la Commission de rejeter la plainte en application du par. 19(2) seulement si elle estimait que le dossier ne révélait pas une « cause défendable ». La juge n'a pas expliqué en quoi l'analyse aux termes de chacune de ces formules était différente. Quoi qu'il en soit, la juge a néanmoins rejeté la requête puisqu'elle était d'avis, après avoir fait son propre examen du dossier de la Commission, qu'il ne révélait pas une « cause défendable ». Il s'ensuivait que la plainte était non fondée et devait être rejetée en application du par. 19(2) (voir *Laliberté c. Communauté rurale de Kedgwick*, 2020 NBBR 100, [2020] A.N.-B. no 156 (QL)).

[5] Les moyens d'appel tels qu'ils ont été raffinés à l'audience reprochent à la juge de première instance d'avoir commis une erreur de droit : (1) lorsqu'elle a substitué le bon critère juridique (cause défendable) au mauvais critère juridique (cause solide et défendable) utilisé par la Commission des droits de la personne, et tranché elle-même la question de savoir si la plainte était non fondée pour les fins du par. 19(2); (2) dans son

interprétation et son application de la norme de contrôle de la décision raisonnable en ne tenant pas compte des enseignements de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt de principe *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] A.C.S. nº 65 (QL); et (3) par son défaut d'appliquer la jurisprudence de la Cour, spécifiquement l'arrêt *Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick c. Province du Nouveau-Brunswick (Ministère du développement social)*, dans son interprétation et son application du critère juridique de la « cause défendable ».

[6] En bref, l'appelant soutient que la juge siégeant en révision ne pouvait conclure que la décision de la Commission était raisonnable après avoir reconnu qu'elle résultait de l'application d'un critère juridique inadmissible. Il fait également valoir que la juge n'avait pas la compétence voulue pour rejeter sa plainte en application du par. 19(2), une telle décision relevant de la compétence exclusive de la Commission. À ce propos, l'appelant s'appuie sur les énoncés suivants dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov* :

> Lorsque, même s'ils sont interprétés en tenant dûment compte du contexte institutionnel et du dossier, les motifs fournis par l'organisme administratif pour justifier sa décision comportent une lacune fondamentale ou révèlent une analyse déraisonnable, il ne convient habituellement pas que la cour de révision élabore ses propres motifs pour appuyer la décision administrative. Même si le résultat de la décision pourrait sembler raisonnable dans des circonstances différentes, il n'est pas loisible à la cour de révision de faire abstraction du fondement erroné de la décision et d'y substituer sa propre justification du résultat : *Delta Air Lines*, par. 26-28. Autoriser une cour de révision à agir ainsi reviendrait à permettre à un décideur de se dérober à son obligation de justifier, de manière transparente et intelligible pour la personne visée, le fondement pour lequel il est parvenu à une conclusion donnée. Cela reviendrait également à adopter une méthode de contrôle selon la norme de la décision raisonnable qui serait axée uniquement sur le résultat de la décision, à l'exclusion de la justification de cette décision. Dans la mesure où des arrêts comme *Newfoundland Nurses* et *Alberta Teachers* ont été compris comme

> appuyant une telle conception, cette compréhension est erronée. [Par. 96]

De plus, la règle 69.09(2) des *Règles de procédure* pourrait être pertinente. Elle prévoit que la cour en révision ne peut accorder une mesure de redressement qui n'a pas été sollicitée dans l'avis de requête original ou modifié.

[7] L'appelant renouvelle sa demande que l'affaire soit renvoyée à la Commission pour qu'elle applique le critère de la « cause défendable » et qu'elle « rende une décision raisonnable ».

II. Analyse et décision

[8] Cet appel a été entendu en même temps que celui dans l'affaire *Ayotte c. Université de Moncton*, 2021 NBCA 15, étant donné que chacun soulevait la question du critère applicable lorsque la Commission fait l'évaluation préliminaire du fondement d'une plainte pour les fins du triage envisagé à l'ancien par. 19(2) et à la disposition qui lui a succédé, l'al. 19(2)a). Comme dans l'affaire *Ayotte c. Université de Moncton*, il est acquis aux débats que l'enquête réalisée en l'espèce est irréprochable et que la Commission s'est conformée à ses obligations d'équité procédurale. L'appel conteste la raisonnabilité du rejet de la plainte sur les plans factuel et juridique.

[9] Les motifs de décision dans *Ayotte c. Université de Moncton* sont pertinents. À mon avis, ils conduisent inéluctablement au rejet de l'appel.

[10] La plainte dans la présente affaire allègue une discrimination qui est interdite par la *Loi*. Ce n'était pas le cas dans l'affaire *Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick c. Province du Nouveau-Brunswick (Ministère du développement social)*. Cet arrêt n'est pas décisif quant à l'issue de l'espèce pour les raisons exposées dans *Ayotte c. Université de Moncton* :

[…] L'arrêt *Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick c. Province du Nouveau-Brunswick (Ministère du développement social)* n'impose pas un quelconque critère dans le cadre de l'application de l'al. 19(2)a) (ou de son prédécesseur, le par. 19(2)) à une plainte de discrimination qui est visée par le *Code des droits de la personne*, comme celle qui nous occupe. La seule question que la Cour avait à trancher dans cette affaire était une question de droit, soit celle de savoir si le *Code* autorisait la Commission à recommander la constitution d'une commission d'enquête à l'égard d'une plainte alléguant une « discrimination » qui n'était pas visée par le *Code*. La Cour y a répondu par la négative. La question du critère applicable au regard de l'al. 19(2)a) (ou de son prédécesseur, le par. 19(2)) lorsque la plainte allègue une discrimination visée par le *Code* ne se posait aucunement, de sorte que les observations de la Cour sur cette question, à supposer qu'elles puissent s'interpréter comme l'appelante le propose, relèvent de l'*obiter dicta*. Je ne m'y attarderai pas étant donné la pertinence du *ratio decidendi* de l'arrêt *Smith c. Nouveau-Brunswick (Ministère de la Sécurité publique)*.

En effet, la question du critère applicable au regard de l'ancien par. 19(2) lorsque la plainte allègue une discrimination interdite par le *Code* était au cœur des débats dans *Smith c. Nouveau-Brunswick (Ministère de la Sécurité publique)*. Dans cette affaire, la Cour, sous la plume du juge Robertson, ne s'est pas inscrite en faux contre la conclusion du juge siégeant en révision que « cause défendable » et « justification raisonnable » étaient des formules équivalentes du même critère (par. 4). Fait encore plus important, elle a statué que ce critère permettait à la Commission de rejeter une plainte si, selon son appréciation, le dossier ne comportait pas suffisamment de renseignements à l'appui des allégations de discrimination qu'elle renferme (par. 4 et 14). L'objectif est de déterminer si, compte tenu de l'évaluation du fondement de la plainte sur la foi des renseignements versés au dossier, il y a lieu de poursuivre l'enquête, ce qui implique, dans la plupart, sinon dans la totalité, des cas, un renvoi de la plainte à la Commission du travail et de l'emploi pour qu'elle en fasse l'instruction. En l'espèce, le personnel enquêteur de la Commission a conclu que le dossier ne comportait pas « suffisamment d'information » pour justifier la poursuite de l'enquête et il a recommandé à la Commission de rejeter

> la plainte, ce que la Commission a fait dans une décision circonstanciée. J'estime que l'appelante ne s'est pas acquittée du fardeau de démontrer le caractère déraisonnable de cette décision. [Par. 4 et 5]

[11] Comme nous l'avons fait remarquer dans *Ayotte c. Université de Moncton*, il n'y a pas de différence significative dans l'application par la Commission du critère étiqueté « cause défendable » et de celui étiqueté « cause solide et défendable » lorsqu'elle exécute son mandat de triage des plaintes. Dans les deux cas, la Commission rejette la plainte seulement si le dossier ne renferme pas de renseignements suffisants pour appuyer les allégations de discrimination qui s'y trouvent et justifier son instruction par la Commission du travail et de l'emploi. Il convient de reproduire les observations dans *Ayotte c. Université de Moncton* qui portent sur cette question :

> Dans l'exécution de son mandat aux termes de l'ancien par. 19(2) et, par la suite, de l'al. 19(2)a), il appert que la Commission a appliqué un critère qu'elle a étiqueté soit « cause défendable », soit « cause solide et défendable ». Quoique la Commission ait statué que la plainte de l'appelante en l'espèce était non fondée sans nommer le critère qu'elle a appliqué, le rapport d'analyse de cas indique que le critère en question était étiqueté « cause défendable ». L'appelante soutient que la Commission n'a pas appliqué ce critère et qu'elle a appliqué un critère qui lui était plus défavorable. Celui étiqueté « cause solide et défendable » a été évoqué dans les débats.
>
> Il n'y a pas, selon moi, de différence réelle dans l'application de ces formules. Je ferais remarquer que, dans l'affaire *Ayangma c. Université de Moncton*, la Commission a désigné le critère qu'elle avait appliqué comme celui de la « cause solide et défendable » et cela n'a pas empêché la Cour de constater la « raisonnabilité » du rejet de la plainte. Il faut dépasser l'étiquette ou la formule, et s'attarder à l'analyse sous-jacente.
>
> Quelle que soit l'étiquette ou la formule mentionnée par la Commission, l'analyse sous-jacente ne change pas : selon la Commission, le rejet de la plainte est indiqué lorsque, au terme d'une enquête conforme au *Code* et d'une prise en compte de l'intégralité du dossier, elle juge qu'il ne

contient pas suffisamment de renseignements (« information ») pour appuyer les allégations de discrimination et justifier l'instruction de la plainte par la Commission du travail et de l'emploi.

En l'espèce, la Commission a adopté la recommandation de son personnel enquêteur de rejeter la plainte de l'appelante. Cette recommandation découlait de la conclusion qu'il fallait répondre par la négative à la question suivante : « existe-t-il suffisamment d'information pour justifier les efforts de poursuivre l'enquête relativement à l'allégation de Réanne Ayotte de discrimination fondée sur l'âge de la part de l'Université de Moncton campus d'Edmundston dans le cadre de son emploi en vertu de l'article 4 de la *Loi*? » Cette question était « cruciale » pour les fins de l'ancien par. 19(2) : *Smith c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Sécurité publique*, au par. 14. Elle le demeure dans le cadre de l'application de l'al. 19(2)a).

[…]

L'alinéa 19(2)a) du *Code des droits de la personne*, tout comme son prédécesseur, le par. 19(2), confie à la Commission des droits de la personne la compétence de rejeter une plainte de discrimination si, selon son appréciation, elle est non fondée. La jurisprudence émanant de la Cour confirme que ces dispositions envisagent un examen préliminaire du fondement des allégations qui sous-tendent la plainte, et cet examen tient compte des renseignements versés au dossier au terme d'une enquête approfondie. Quelle que soit la formule employée, « cause défendable » ou « cause solide et défendable », la plainte peut être rejetée si, au terme d'une analyse fondée sur les résultats d'une enquête approfondie, une réponse par la négative à la question « cruciale » suivante est appropriée : les renseignements fournis par les parties et recueillis par la Commission des droits de la personne sont-ils suffisants pour appuyer les allégations de discrimination dans la plainte et pour justifier son renvoi à la Commission du travail et de l'emploi pour qu'elle en fasse l'instruction? Lorsque la réponse à cette question mène la Commission des droits de la personne à rejeter la plainte, comme c'est le cas en l'espèce, la cour chargée de la révision de cette décision doit faire preuve de retenue : *Ayangma c. Université de Moncton*, par. 43. [Par. 30 à 33 et 40]

[12] La Commission a adopté la recommandation de son personnel enquêteur de rejeter la plainte de l'appelant. Cette recommandation découlait d'une enquête approfondie et de la réponse par la négative à la question suivante : « existe-t-il suffisamment d'information […] pour poursuivre l'enquête relativement aux allégations de Gilles Laliberté de discrimination fondées sur l'incapacité physique de la part de la Communauté rurale de Kedgwick en vertu de l'article 4 de la *Loi*? » Il s'agit de la question « cruciale » qui se pose dans l'exécution du mandat de triage qui est envisagé aux termes de la disposition qui s'applique en l'espèce, soit l'ancien par. 19(2), et de celle présentement en vigueur, l'al. 19(2)a).

[13] La Commission et son personnel enquêteur ont posé la question cruciale et y ont répondu. Leur analyse ne comporte aucune erreur de droit relativement au critère qu'il convient d'appliquer au processus de triage des plaintes. Cela étant, il n'est pas nécessaire de déterminer si la juge a fait erreur en tranchant elle-même la question de savoir si la plainte est non fondée aux termes du par. 19(2), au lieu de renvoyer l'affaire à la Commission comme l'appelant le demandait dans son avis de requête.

[14] Qui plus est, la décision de la Commission d'avaliser la réponse à la question cruciale susmentionnée, tout comme la décision de faire sienne la recommandation de son personnel enquêteur de rejeter la plainte, est « raisonnable » au sens que la Cour suprême du Canada a attribué à cette norme dans l'affaire *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*. À cet égard, je fais mien le bilan des renseignements versés au dossier que la juge de première instance a dressé dans ses motifs :

> […] En effet, alors que Kedgwick cherchait à lui offrir des tâches modifiées pour qu'il puisse retourner au travail, Laliberté demeurait silencieux alors que de fait il cherchait une augmentation salariale. Selon Laliberté, il était en congé de maladie et a été « continuellement dérangé tout au long de ce congé ». Cependant, et tel que souligné par l'enquêteur dans son analyse, Laliberté n'a […] pas soulevé de raison médicale l'empêchant d'accomplir les tâches proposées. Au contraire, il n'offrait aucune réponse à la demande de son employeur. Il faut noter que même un

mois avant son congédiement, son chirurgien orthopédique ne soulevait aucun symptôme ou limitation qui l'empêchait de faire le travail modifié de consultant qu'on lui proposait. En l'absence de preuve au contraire, il apparaît difficile de conclure autrement que Laliberté refusait un travail modifié pour Kedgwick sans excuse légitime, raison pour laquelle il a été congédié pour insubordination.

Dans le présent dossier, l'enquêteur débute son analyse en soulevant la question en litige principale, à savoir s'il existe suffisamment d'information pour poursuivre l'enquête relativement aux allégations de discrimination contre Kedgwick. L'enquêteur remarque que Laliberté n'a fourni « aucune information et/ou documentation indiquant qu'il avait avisé l'intimée qu'il ne pouvait pas faire les tâches proposées ». En effet, Laliberté n'a soulevé aucune raison médicale lors de ses entretiens avec TSNB [la Commission des accidents du travail] et Kedgwick entre juillet 2015 et son congédiement le 5 octobre 2015. Laliberté soutient qu'il se trouvait en arrêt de travail complet en raison de son incapacité physique et que Kedgwick ne possédait aucun avis médical au contraire. Cependant, je tiens à souligner que l'évaluation faite par son chirurgien orthopédique en septembre 2015 le fait apparaître en bonne santé sauf quant à la réduction de l'amplitude de mouvement au niveau de son coude droit et à la douleur associée. Il faut remarquer, à ce propos, qu'il prévoyait encore un voyage en Chine au début novembre 2015. Quoiqu'un chirurgien orthopédique confirmait après son congédiement que Laliberté était incapable de reprendre son ancien poste et les tâches qui nécessitaient « l'utilisation des deux membres supérieurs », ce même chirurgien ne se prononçait pas sur les tâches modifiées proposées par Kedgwick en août et septembre 2015.

Selon la chronologie des faits, Laliberté s'est souvent porté volontaire pour retourner au travail à titre de consultant alors qu'il attendait sa chirurgie. Cependant, il est devenu silencieux face à ces demandes de son employeur entre juillet 2015 et octobre 2015 alors qu'il négociait pour une augmentation salariale.

L'arrêt *Vavilov* nous rappelle que la décision raisonnable est celle qui est justifiée par les faits, un élément important dans l'analyse de la plainte de Laliberté. La Cour suprême souligne :

> [126] Cela dit, une décision raisonnable en est une qui se justifie au regard des faits : *Dunsmuir*, par. 47. Le décideur doit prendre en considération la preuve versée au dossier et la trame factuelle générale qui ont une incidence sur la décision et celle-ci doit être raisonnable au regard de ces éléments : voir *Southam*, par. 56. [...] [Par. 49 à 52]

III. Conclusion et dispositif

[15] L'appelant ne s'est pas acquitté du fardeau de démontrer que la décision de la Commission des droits de la personne de rejeter sa plainte est déraisonnable, sur les plans juridique et factuel. Cela étant, force m'est de conclure que la demande de contrôle ne saurait être accueillie. Par voie de conséquence, il m'incombe de rejeter l'appel. Je mettrais fin aux procédures en condamnant l'appelant au paiement des dépens en appel, que j'établirais à 2 500 $.

English version of the judgment of the Court delivered by

DRAPEAU, J.A.

I. Introduction and overview

[1] Following the termination of his employment by the respondent, the appellant filed a complaint with the Human Rights Commission, alleging a violation of s. 4(1) of the *Human Rights Act*, R.S.N.B. 2011, c. 171. That section provides, among other things, that an employer may not, based on a prohibited ground of discrimination, refuse to continue to employ a person. According to the complaint, the respondent would have terminated the appellant's employment at its water and sewer branch on the basis of a prohibited ground of discrimination, specifically his physical disability. This disability would be the result of an elbow injury. The respondent submitted, with substantiating documents, that it had modified the appellant's job duties in order to allow him to return to work as a consultant, and that he had refused to do so without a salary increase.

[2] The Commission's record includes a detailed account of the parties' submissions and the information gathered during the thorough investigation conducted by its staff. It also contains various medical documents concerning the appellant's physical disability, a bundle of documents from the Workers' Compensation Commission and the written communications between the parties, including the letter of termination. After considering the parties' submissions and the contents of its record, the Human Rights Commission dismissed the complaint pursuant to s. 19(2), as it was then worded, because, in its judgment, the complaint was without merit. It followed that it was not appropriate to refer the complaint to the Labour and Employment Board for adjudication. In its decision, the Human Rights Commission indicated the record did not reveal a "solid/strong arguable case" of violation of the *Act*.

[3] The appellant applied for judicial review of the dismissal of his complaint. The grounds raised in the Notice of Application may be summarized as follows: (1) the

Commission acted [TRANSLATION] "improperly and unreasonably" when it applied the "solid/strong arguable case" test instead of the "arguable case" test, the latter being obligatory by virtue of *New Brunswick Human Rights Commission v. Province of New Brunswick (Department of Social Development)*, 2010 NBCA 40, 360 N.B.R. (2d) 283; (2) the dismissal of the complaint flows from this [TRANSLATION] "fundamental" error; (3) in the alternative, the Commission's decision is unreasonable in light of the information in the record showing the appellant could not return to his position and perform the physical tasks it involves, because of his physical disability. In the Notice of Application, the appellant requested the Commission's decision be set aside and the case referred back to it for a resolution of the complaint in accordance with the directions of the reviewing court.

[4] The application judge agreed with the appellant's contention that the Commission erred in applying the "solid/strong arguable case" test. According to the judge, *New Brunswick Human Rights Commission v. Province of New Brunswick (Department of Social Development)* allowed the Commission to dismiss the complaint pursuant to s. 19(2) only if it concluded the record did not reveal an "arguable case". The judge did not explain how the analysis differed if one of these expressions was used rather than the other. At any rate, the judge dismissed the application after finding, following her own review of the Commission's record, that it failed to reveal an "arguable case". It followed that the complaint was without merit and had to be dismissed pursuant to s. 19(2) (see *Laliberté v. Rural Community of Kedgwick*, 2020 NBQB 100, [2020] N.B.J. No. 156 (QL)).

[5] The grounds of appeal, as refined at the hearing, impute an error of law to the judge in first instance: (1) when she substituted the correct legal test (arguable case) for the wrong legal test (solid/strong arguable case) used by the Human Rights Commission, and decided herself whether the complaint was without merit for the purposes of s. 19(2); (2) in her interpretation and application of the reasonableness standard of review by failing to take into account the teachings of the Supreme Court of Canada in the leading case of *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] S.C.J. No. 65 (QL); and (3) in failing to apply the

jurisprudence of the Court, specifically *New Brunswick Human Rights Commission v. Province of New Brunswick (Department of Social Development)*, in her interpretation and application of the "arguable case" test.

[6] In a nutshell, the appellant submits it was not open to the reviewing judge to find the Commission's decision was reasonable once she acknowledged it resulted from the application of an inappropriate test. He also argues the judge lacked jurisdiction to dismiss his complaint pursuant to s. 19(2), such a decision falling within the exclusive jurisdiction of the Commission. On this issue, the appellant relies on the following observations in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*:

> Where, even if the reasons given by an administrative decision maker for a decision are read with sensitivity to the institutional setting and in light of the record, they contain a fundamental gap or reveal that the decision is based on an unreasonable chain of analysis, it is not ordinarily appropriate for the reviewing court to fashion its own reasons in order to buttress the administrative decision. Even if the outcome of the decision could be reasonable under different circumstances, it is not open to a reviewing court to disregard the flawed basis for a decision and substitute its own justification for the outcome: *Delta Air Lines*, at paras. 26-28. To allow a reviewing court to do so would be to allow an administrative decision maker to abdicate its responsibility to justify to the affected party, in a manner that is transparent and intelligible, the basis on which it arrived at a particular conclusion. This would also amount to adopting an approach to reasonableness review focused solely on the outcome of a decision, to the exclusion of the rationale for that decision. To the extent that cases such as *Newfoundland Nurses* and *Alberta Teachers* have been taken as suggesting otherwise, such a view is mistaken. [para. 96]

Moreover, Rule 69.09(2) of the *Rules of Court* might be germane. It provides the reviewing court may not grant any relief except as claimed in the original or amended Notice of Application.

[7] The appellant renews his request that the case be referred back to the Commission with instructions to apply the "arguable case" test and to [TRANSLATION] "issue a reasonable decision".

II. Analysis and decision

[8] This appeal was heard at the same time as the appeal in *Ayotte v. Université de Moncton*, 2021 NBCA 15, since both raised the issue of the applicable test when the Commission makes a preliminary assessment of the merits of a complaint for the purposes of the filtering contemplated by the former s. 19(2) and the successor provision, s. 19(2)(a). As in *Ayotte v. Université de Moncton*, the parties agreed the investigation carried out in the present case is beyond reproach, and that the Commission complied with its duty of procedural fairness. The appeal challenges the reasonableness of the complaint's dismissal as a matter of fact and law.

[9] The reasons for decision in *Ayotte v. Université de Moncton* have application here. In my view, they inexorably lead to the dismissal of the appeal.

[10] The complaint in the present case alleges discrimination that is prohibited by the *Act*. That was not the case in *New Brunswick Human Rights Commission v. Province of New Brunswick (Department of Social Development*. This decision is not determinative of the result here, for the reasons set out in *Ayotte v. Université de Moncton*:

> […] *New Brunswick Human Rights Commission v. Province of New Brunswick (Department of Social Development)* does not prescribe any test for the application of s. 19(2)(a) (or its predecessor, s. 19(2)) to a discrimination complaint that falls under the *Human Rights Code*, as is the case here. The only issue the Court had to decide in that case was a question of law, namely whether the *Code* authorized the Commission to recommend the appointment of a board of inquiry with respect to a complaint alleging an act of "discrimination" that did not fall under the *Code*. The Court answered that question in

> the negative. The test to apply under s. 19(2)(a) (or its predecessor, s. 19(2)) when the complaint alleges discrimination that falls under the *Code* was simply not in issue and, as a result, the Court's observations on this question, assuming they could be interpreted as the appellant submits, are by way of *obiter dicta*. I will not dwell on them given the relevance of the *ratio decidendi* of *Smith v. New Brunswick (Department of Public Safety)*.
>
> Indeed, the applicable test under the former s. 19(2) when the complaint alleges discrimination that is prohibited by the *Code* was at the heart of the debate in *Smith v. New Brunswick (Department of Public Safety)*. In that case, the Court, per Justice Robertson, did not take issue with the view of the reviewing judge that "arguable case" and "reasonable basis" were equivalent expressions of the same test (para. 4). More importantly, the Court held that this test allowed the Commission to dismiss a complaint if, in its judgment, the record did not include sufficient information to support the allegations of discrimination in the complaint (paras. 4 and 14). The objective is to determine whether, having regard to the assessment of the grounds for the complaint on the basis of the information in the record, it is appropriate to pursue the inquiry, which implies in most, if not all, cases a referral of the complaint to the Labour and Employment Board for adjudication. In the case at bar, the investigating staff of the Commission found the record did not include [TRANSLATION] "sufficient information" to warrant pursuing the inquiry, and it recommended the Commission dismiss the complaint, which the Commission did in a detailed decision. In my view, the appellant has not discharged the burden of establishing the unreasonableness of this decision. [paras. 4 and 5]

[11] As we posited in *Ayotte v. Université de Moncton*, there is no significant difference in the application by the Commission of the test labelled "arguable case" and the one labelled "solid/strong arguable case" when it exercises its mandate of filtering complaints. In both instances, the Commission dismisses the complaint only if the record does not contain sufficient information to support the allegations of discrimination in the complaint and to warrant its adjudication by the Labour and Employment Board. The observations on this issue in *Ayotte v. Université de Moncton* bear reproduction:

In the exercise of its mandate under the former s. 19(2), and later under s. 19(2)(a), it appears the Commission has applied a test that it labelled either "arguable case" or "solid/strong arguable case". Although the Commission determined the appellant's complaint in the present case was meritless without identifying explicitly the test it applied, the case analysis report indicates the test used was labelled "arguable case". The appellant submits the Commission did not apply this test, but rather applied a test that was less favourable to her. The test labelled "solid/strong arguable case" was mentioned at the hearing.

In my view, there is no real difference in the application of these labels. I would point out that in *Ayangma v. Université de Moncton*, the Commission labelled the test it had applied as the "solid/strong arguable case", and this did not prevent the Court from accepting the "reasonableness" of the complaint's dismissal. One has to go beyond the label or formula, and focus on the underlying analysis.

Whatever the label or formula used by the Commission, the underlying analysis does not change: according to the Commission, the dismissal of the complaint is appropriate where, following an investigation conducted in accordance with the *Code* and taking the entire record into account, the Commission concludes the record does not contain sufficient information to support the allegations of discrimination and to warrant adjudication of the complaint by the Labour and Employment Board.

Here, the Commission adopted the recommendation of its investigative staff to dismiss the appellant's complaint. This recommendation flowed from the conclusion that the following question had to be answered in the negative: [TRANSLATION] "is there sufficient information to warrant efforts to pursue the inquiry concerning Réanne Ayotte's allegation of discrimination on the basis of age on the part of the Université de Moncton, Edmundston Campus, with regard to her employment under s. 4 of the *Act*?" This question was "critical" for the purposes of the former s. 19(2): *Smith v. New Brunswick (Department of Public Safety)*, at para. 14. It still is with regard to the application of s. 19(2)(a).

[…]

> Section 19(2)(a) of the *Human Rights Code*, like its predecessor s. 19(2), confers upon the Human Rights Commission jurisdiction to dismiss a discrimination complaint if, in its discretion, it determines the complaint is without merit. The Court's jurisprudence confirms these provisions contemplate a preliminary review of the merits of the allegations underlying the complaint, and that this review takes into consideration the information gathered in the record following a thorough investigation. Whatever formula is used, "arguable case" or "solid/strong arguable case", the complaint may be dismissed if, following an analysis based on the result of a thorough investigation, a negative answer to the following "critical" question is appropriate: is the information provided by the parties and obtained by the Human Rights Commission sufficient to support the allegations of discrimination in the complaint and to warrant its referral to the Labour and Employment Board for adjudication? When the answer to this question leads the Human Rights Commission to dismiss the complaint, as happened here, the reviewing court must show deference: *Ayangma v. Université de Moncton*, para. 43. [paras. 30-33 and 40]

[12] The Commission adopted the recommendation of its investigative staff to dismiss the appellant's complaint. This recommendation flowed from a thorough investigation and a negative answer to the following question: [TRANSLATION] "is there sufficient information […] to pursue the inquiry concerning Gilles Laliberté's allegations of discrimination on the basis of physical disability on the part of the Rural Community of Kedgwick pursuant to s. 4 of the *Act*?" This is the "critical" question in the exercise of the filtering mandate that is envisioned under the provision that applies here, the former s. 19(2), and the provision now in force, s. 19(2)(a).

[13] The Commission and its investigative staff asked the critical question and answered it. Their analysis involves no error of law concerning the test to be applied in the course of the complaint filtering process. Accordingly, it is not necessary to determine if the judge erred in deciding herself whether the complaint is without merit pursuant to s. 19(2), instead of referring the case back to the Commission as the appellant requested in his Notice of Application.

[14] Furthermore, the Commission's decision to endorse the answer to the abovementioned critical question, as well as the decision to adopt the recommendation of its investigative staff to dismiss the complaint, is "reasonable" within the meaning ascribed to this standard by the Supreme Court of Canada in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*. In this respect, I adopt the summary of the information in the record that the judge in first instance compiled in her reasons:

> [TRANSLATION]
> […] In fact, when Kedgwick tried to offer him modified duties so he could return to work, Laliberté remained silent as he was actually seeking a pay increase. According to Laliberté, he was on sick leave and was [TRANSLATION] "constantly bothered throughout that leave". However, as the investigator pointed out in his analysis, Laliberté [...] failed to raise any medical reason preventing him from performing the proposed duties. On the contrary, he gave no answer to his employer's request. It should be noted that even a month before his dismissal, his orthopedic surgeon raised no symptoms or limitations that prevented him from doing the offered modified work as a consultant. In the absence of evidence to the contrary, it is hard to find otherwise than that Laliberté declined modified work for Kedgwick without a legitimate reason, which is why he was dismissed for insubordination.
>
> The investigator in this matter begins his analysis by raising the main issue, that being whether there was enough information to continue the investigation into the allegations of discrimination against Kedgwick. The investigator noted that Laliberté had provided [TRANSLATION] "no information and/or documentation indicating that he had informed the respondent that he could not perform the proposed tasks". In fact, Laliberté raised no medical reasons during his discussions with WorkSafeNB [Workers' Compensation Commission] and Kedgwick between July 2015 and his dismissal on October 5, 2015. Laliberté maintains that he was on full medical leave because of his physical disability and that Kedgwick had no medical opinion to the contrary. However, I want to point out that the assessment performed by his orthopedic surgeon in September 2015 makes it look like he is in good health except for the reduced range of motion in his right elbow and the related pain. It should be

> noted in this connection that he was still planning a trip to China in early November 2015. Although an orthopedic surgeon confirmed after his dismissal that Laliberté was unable to return to his former position and tasks that required [TRANSLATION] "the use of both upper limbs", that same surgeon was silent on the modified duties Kedgwick proposed in August and September 2015.
>
> According to the chronology of events, Laliberté often volunteered to return to work as a consultant while he was awaiting surgery. However, his employer's requests fell on deaf ears between July 2015 and October 2015 when he was negotiating for a pay increase.
>
> *Vavilov* reminds us that a reasonable decision is one that is justified in light of the facts, an important element in the analysis of Laliberté's complaint. As the Supreme Court points out:
>
>> [126] That being said, a reasonable decision is one that is justified in light of the facts: *Dunsmuir*, para. 47. The decision maker must take the evidentiary record and the general factual matrix that bears on its decision into account, and its decision must be reasonable in light of them: see *Southam*, at para. 56. [...] [paras. 49-52]

III. Conclusion and disposition

[15] The appellant has not discharged the burden of showing that the decision of the Human Rights Commission to dismiss his complaint is unreasonable as a matter of law and fact. This being so, I must conclude the application for review cannot be allowed. Consequently, it is incumbent upon me to dismiss the appeal. I would wrap up the proceedings by ordering the appellant pay the costs on appeal, which I would set at $2,500.