Date: 20240306

Dossiers: 771-02-42935 et 42950

Référence: 2024 CRTESPF 30

Loi sur la Commission des relations de travail et de l'emploi dans le secteur public fédéral et *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*

Devant une formation de la Commission des relations de travail et de l'emploi dans le secteur public fédéral

ENTRE

LES KRAEKER ET MARLENE ST. ONGE

plaignants

et

ADMINISTRATEUR GÉNÉRAL (Agence des services frontaliers du Canada)

intimé

et

AUTRES PARTIES

Répertorié
Kraeker c. Administrateur général (Agence des services frontaliers du Canada)

Affaire concernant des plaintes d'abus de pouvoir déposées aux termes de l'alinéa 77(1)a) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*

Devant : Bryan R. Gray, une formation de la Commission des relations de travail et de l'emploi dans le secteur public fédéral

Pour les plaignants : Marlene St. Onge, pour elle-même

Pour l'intimé : Alyson Sutton, avocate

Pour la Commission de la fonction publique : Louise Bard, analyste principale

Affaire entendue par vidéoconférence

le 18 décembre 2023.

MOTIFS DE DÉCISION (TRADUCTION DE LA CRTESPF)

I. Résumé

[1] Les Kraeker et Marlene St. Onge (les « plaignants ») ont déposé des plaintes alléguant un abus de pouvoir dans l'application du principe du mérite en vertu de l'alinéa 77(1)a) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* (L.C. 2003, ch. 22, art. 12 et 13; la « *Loi* ») concernant un processus de nomination non annoncé. Ces plaintes contestent l'interprétation du mot [traduction] « normalement », qui a été employé pour qualifier une qualification essentielle qui a été utilisée pour évaluer un candidat en vue d'une nomination à un poste de chef principal FB-07 à l'Agence des services frontaliers du Canada (l'« intimé » ou ASFC). Une personne (la « personne nommée ») a reçu une nomination intérimaire qui a débuté le 1er avril 2021 (processus portant le numéro 2020-ACIN-PRA-SASSD-FB07-4970).

[2] Les plaignants ont allégué que la personne nommée n'avait que 2 ans et 4,5 mois d'expérience dans un rôle de gestion, ce qui aurait dû la disqualifier puisqu'elle ne répondait pas à la qualification essentielle qui stipulait que la personne nommée devait posséder [traduction] « une expérience récente et importante en tant que superviseur d'une unité de travail de l'ASFC », qui était définie comme une expérience [traduction] « […] normalement […] acquise sur une période continue de 3 ans au cours des 5 dernières années ».

[3] La preuve a établi que les qualifications essentielles et le mot contesté ont été interprétés et que la personne nommée a été évaluée de bonne foi, conformément aux pouvoirs délégués en vertu de la *Loi*.

[4] Bien que le mot [traduction] « normalement » ait causé, de façon compréhensible, frustration et déception aux plaignants, il est conforme à la souplesse et au pouvoir discrétionnaire que le législateur a accordés aux gestionnaires subdélégués responsables de l'embauche.

[5] Les plaintes sont rejetées, car le législateur a clairement indiqué que les gestionnaires responsables de l'embauche devraient avoir le plus de souplesse possible pour nommer les candidats qui, selon eux, possèdent les qualifications essentielles et sont la bonne personne pour le poste.

II. La loi

[6] Le paragraphe 77(1) de la *Loi* stipule que lorsque la Commission de la fonction publique (CFP) a fait ou proposé une nomination dans le cadre d'un processus de nomination interne, une personne dans la zone de recours visée au paragraphe 77(2) peut déposer une plainte auprès de la Commission des relations de travail et de l'emploi dans le secteur public fédéral (la « Commission ») au motif qu'elle n'a pas été nommée ou n'a pas reçu une proposition de nomination en raison d'un abus de pouvoir de la CFP ou de l'administrateur général dans l'exercice de ses pouvoirs en vertu du paragraphe 30(2).

[7] Le paragraphe 30(2) de la *Loi* traite de la signification du mérite de la façon suivante : « Une nomination est fondée sur le mérite lorsque les conditions suivantes sont réunies […] selon la [CFP], la personne à nommer possède les qualifications essentielles — notamment la compétence dans les langues officielles — établies par l'administrateur général pour le travail à accomplir […] » Enfin, le paragraphe 30(4) de la *Loi* stipule que la CFP n'est pas tenue de prendre en considération plus d'une personne pour qu'une nomination soit fondée sur le mérite.

[8] L'expression « abus de pouvoir » n'est pas définie dans la *Loi*. Toutefois, le paragraphe 2(4) indique ce qui suit : « Il est entendu que, pour l'application de la présente loi, on entend notamment par abus de pouvoir la mauvaise foi et le favoritisme personnel. » Dans *Tibbs c. Sous-ministre de la Défense nationale*, 2006 TDFP 8, il a conclu qu'un abus de pouvoir pouvait également comprendre une conduite inappropriée, des erreurs graves ou des omissions. Comme il est mentionné dans *Tibbs*, au paragraphe 50, le plaignant porte le fardeau de la preuve dans une plainte d'abus de pouvoir.

[9] Comme l'a fait remarquer la présidente de la Commission de l'époque, Mme Ebbs, dans *Ross c. Commissaire du Service correctionnel du Canada*, 2017 CRTEFP 48, au paragraphe 14, la Commission a établi que le paragraphe 2(4) de la *Loi* doit être interprété de façon large. Cela signifie que l'expression « abus de pouvoir » ne doit pas se limiter à la mauvaise foi et au favoritisme personnel.

III. Preuves et analyse

[10] Mme St. Onge a été la seule plaignante à assister à l'audience et elle a témoigné que l'utilisation par l'intimé de projets en milieu de travail et de l'expérience connexe

pendant la réponse à la pandémie de COVID-19 pour justifier la conclusion que la personne nommée avait une expérience « accélérée », de sorte que les critères essentiels étaient satisfaits, n'était pas étayée par des preuves factuelles.

[11] Mme St. Onge a plutôt témoigné qu'elle avait acquis de vastes connaissances dans le cadre d'autres affaires tout aussi urgentes, comme les attentats terroristes du 11 septembre, l'épidémie de SRAS, l'épidémie d'Ebola et la grippe H1N1, qui, selon elle, avaient toutes posé des défis très similaires à l'ASFC pour ce qui est de réagir rapidement à des risques de santé potentiellement dangereux.

[12] Mme St. Onge a expliqué que ces événements ont également exigé de travailler avec l'Agence de la santé publique du Canada, d'offrir un traitement spécial découlant de règles et de politiques spéciales aux voyageurs de certains pays, et de travailler avec les agents de quarantaine. Elle a déclaré que la réponse à l'attaque terroriste du 11 septembre était sans précédent, car elle a entraîné la fermeture des frontières terrestres et de l'espace aérien. Elle a soutenu que dans ce contexte, la COVID-19 n'était ni unique ni sans précédent. Mme St. Onge a affirmé que cela minait l'affirmation de l'intimé selon laquelle la personne nommée était réputée avoir acquis une expérience accélérée en raison de son travail en tant que chef intérimaire pendant la réponse à la pandémie de COVID-19.

[13] Benjamin Tame était le seul témoin de l'intimé. Aux moments pertinents pour les événements en cause, il était son directeur régional, le sous-délégué du pouvoir d'embauche et le décideur.

[14] M. Tame a témoigné de sa connaissance personnelle de la personne nommée et a parlé de ses nombreuses qualifications et qualités professionnelles de façon très positive et non contredite. Il a donné plusieurs exemples précis de ses travaux fructueux sur des projets qu'elle a menés. Bien qu'il ne fût pas nécessaire de répondre à l'allégation, il a également expliqué que le chef du poste en question, nommé pour une période indéterminée, a dû prendre un congé et qu'il a ensuite dû le prolonger, de telle sorte que l'ASFC a dû mettre en œuvre un processus de dotation non annoncé. Il s'agit là d'une partie de ce qu'il estime être un argument convaincant pour considérer la pandémie de COVID-19 comme un défi sans précédent pour l'ASFC. Il a donné de nombreux exemples de la façon dont la pandémie a entraîné des changements dans

tous les aspects des opérations de l'ASFC en ce qui concerne le passage des frontières terrestres.

[15] Mme St. Onge a judicieusement fait remarquer que M. Tame a tenté de témoigner au sujet de l'évaluation de la personne nommée par rapport à l'énoncé des critères de mérite (ECM), même s'il ne l'avait ni rédigé ni signé. Il a tenté de décrire comment, après son retour de congé, il avait participé à l'élaboration de ce document ou en avait supervisé la révision. Cependant, le fait qu'il ait reconnu que le document avait été rédigé en son absence et qu'il avait été signé par un chef intérimaire agissant à sa place a fait que le document constituait un ouï-dire pour lui.

[16] La Commission a accepté l'ECM comme pièce, mais s'est appuyée sur le témoignage de M. Tame au sujet de sa connaissance directe de la personne nommée et des raisons pour lesquelles elle a été jugée comme la bonne personne pour le poste.

[17] L'intimé a évoqué l'examen de la Cour fédérale dans *Lavigne c. Canada (Justice)*, 2009 CF 684, du préambule de la *Loi* et sa conclusion selon laquelle le législateur avait l'intention de déléguer le pouvoir de dotation à un niveau aussi bas que possible au sein de la fonction publique et que les gestionnaires devraient avoir la souplesse nécessaire pour gérer et diriger leur personnel, afin d'obtenir des résultats pour les Canadiens. Cet examen se lit en partie comme suit :

> […]
>
> *[71] Donc, cette Cour n'a pas la compétence pour répondre aux questions de si l'« expérience considérable » est bien décrite par « environ d'une dizaine d'années d'expérience » et si Me Lavigne a l'expérience considérable selon la qualification essentielle.*
>
> […]
>
> *[76] Me Lavigne a aussi prétendu que le Comité de présélection a agi d'une manière inéquitable envers lui parce qu'il a par ailleurs qualifié deux candidats qui ont chacun huit (8) ans d'expérience en litige fiscal, complexité moyenne. Selon Me Lavigne, huit ans n'est pas « une dizaine d'années » et donc le Comité de présélection a agi d'une façon arbitraire.*
>
> *[77] Le mot « environ » est important dans ce contexte. Même si on peut être d'accord que le mot « environ » manque une certaine précision et peut être considéré comme approximatif, cette marge de manœuvre peut bien servir les besoins du processus de nomination.*
>
> […]
>
> *[86] C'est à noter que la nouvelle LEFP a donné plus de discrétion au gestionnaire de choisir, non seulement la personne la plus*

> *qualifiée comme l'ancienne LEFP a fait, mais la personne qui est la meilleure pour le poste à doter. Dans l'ancienne LEFP, un processus de nomination pouvait être contesté si la ou les personnes les plus qualifiées n'étaient pas choisies. L'ancien système n'existe plus. La législature a reconnu que ce n'est pas nécessairement la personne qui a rempli les exigences d'un poste qui est la meilleure pour le poste à doter, mais plutôt l'alinéa 30(2)*b*) de la LEFP spécifie d'autres bases d'évaluation, soit les qualifications supplémentaires considérées comme un atout pour le travail à accomplir; c'est-à-dire, les besoins actuels ou futurs, et les exigences opérationnelles. Pour donner suite à cette disposition, il faut l'interpréter comme ayant donné une marge de manœuvre plus large au gestionnaire pour choisir le candidat qui aurait la meilleure combinaison de qualités recherchée pour la poste à doter.*
>
> […]

[18] Bien que Mme St. Onge n'ait fait référence à aucune jurisprudence, je prends note du passage suivant de *Tibbs*, qui reconnaît que ce pouvoir discrétionnaire n'est pas illimité :

> […]
>
> ***64*** *Cependant, cela ne signifie pas que la* LEFP *prévoit un pouvoir discrétionnaire absolu. Le préambule clarifie les valeurs et les règles d'éthique qui devraient caractériser l'exercice du pouvoir discrétionnaire au chapitre de la dotation. Il appuie également un autre objectif législatif clé de la* LEFP*, soit d'établir de nouveaux mécanismes de recours sur des questions de nomination auprès d'un organisme neutre et indépendant, le Tribunal. La section pertinente du préambule se lit comme suit : « le gouvernement du Canada souscrit au principe d'une fonction publique (…) qui se distingue par ses pratiques d'emploi équitables et transparentes, le respect de ses employés, sa volonté réelle de dialogue et ses mécanismes de recours destinés à résoudre les questions touchant les nominations ».*
>
> […]

[19] L'intimé a fait remarquer que, récemment, la Commission a examiné et rejeté un argument très semblable au sujet du mot [traduction] « normalement » que l'ASFC avait utilisé dans un autre processus de nomination (voir *Warford c. Administrateur général (Agence des services frontaliers du Canada)*, 2023 CRTESPF 94). Dans ce cas, le plaignant a contesté en vain l'acceptation de l'expérience FB-02 du candidat comme répondant partiellement à la qualification essentielle, qui indiquait que l'expérience requise serait normalement associée à un travail de niveau FB-03 à FB-05. Les paragraphes 61 à 63 se lisent comme suit :

> *[61] Dans le présent cas, l'annonce suggérait que la qualification essentielle de l'expérience récente et appréciable dans l'interprétation ou la mise en application de la législation appliquée par l'Agence des services frontaliers du Canada [traduction] « […] serait normalement associée à la complexité, à la profondeur et à l'étendue des fonctions exercées régulièrement aux niveaux FB-03, FB-04 et FB-05 ». Il n'a pas été suggéré que la qualification essentielle ne pouvait pas être satisfaite autrement.*
>
> *[62] La démarche de l'intimé dans le présent cas montre qu'il a examiné attentivement la qualification essentielle en question. Pour vérifier la continuité des trois années d'expérience au cours des cinq dernières années, les évaluateurs ont examiné les réponses écrites de chaque candidat, en les comparant au besoin au curriculum vitae du candidat. Lorsqu'il était fait référence au Programme de formation de base des agents ou au Programme de perfectionnement des agents stagiaires, il était décidé que la candidature serait soumise à un nouvel examen pour s'assurer que l'expérience était suffisante.*
>
> *[63] J'estime donc que l'intimé a examiné attentivement la qualification essentielle en question.* Jolin *et* Tibbs *autorisent amplement les gestionnaires à exercer leur pouvoir discrétionnaire dans le cadre d'un processus de dotation. Si l'intimé avait voulu limiter strictement le champ des candidats aux employés de niveau FB-03 et de niveaux supérieurs, il lui aurait suffi de l'indiquer explicitement dans l'annonce. Il a choisi de ne pas le faire.*

[20] Les deux parties ont prêté attention aux témoignages et aux arguments sur la question de savoir si la réponse de l'ASFC à la pandémie de COVID-19 justifiait la conclusion que la personne nommée avait suffisamment d'expérience pour satisfaire aux critères essentiels. Mme St. Onge a contesté l'affirmation de l'intimé selon laquelle l'expérience de la personne nommée était « accélérée » et a soutenu qu'une telle chose n'existe pas.

[21] Bien que Mme St. Onge ait raison de dire que l'expression [traduction] « expérience accélérée » ne figure pas dans le cadre des pouvoirs de dotation de la *Loi*, je n'ai pas à me prononcer sur la question de savoir si cette expérience était effectivement sans précédent et constituait une justification valable. Il suffit de conclure que la façon dont le gestionnaire subdélégué responsable de l'embauche a examiné cette question n'était pas arbitraire ni de mauvaise foi, et qu'il ne s'agissait pas non plus d'une erreur importante. La preuve démontre clairement que ce n'était pas le cas.

[22] Bien que Mme St. Onge soutienne sans aucun doute que la valeur requise de la transparence dans le processus de dotation de la fonction publique a été mise en péril, voire affaiblie, par les mesures prises par l'intimé pour qualifier les critères essentiels par ailleurs clairs, je ne peux pas conclure que l'utilisation du mot [traduction] « normalement » pour donner au gestionnaire d'embauche la souplesse nécessaire pour évaluer les critères essentiels et embaucher la bonne personne pour le poste était incompatible avec le pouvoir délégué en vertu de la *Loi*.

[23] Pour les mêmes raisons que celles énoncées par la Commission dans *Warford*, et pour être conforme aux conclusions de la Cour fédérale dans *Lavigne* sur la souplesse que le législateur a déléguée aux gestionnaires, je conclus que Mme St. Onge n'a pas présenté de preuve claire et convaincante à l'appui d'une conclusion selon laquelle, selon la prépondérance des probabilités, un abus de pouvoir s'est produit dans l'application du principe du mérite dans le processus de nomination en question. Les plaintes sont rejetées pour cette raison.

IV. Le défaut de M. Kraeker de se présenter à l'audience

[24] La Commission avait ordonné que les présentes plaintes soient regroupées, car les deux contestaient la même nomination pour les mêmes motifs. M. Kraeker a participé à la conférence de gestion de cas préalable à l'audience présidée par le Commission, afin de se préparer à l'audience. Toutefois, il a écrit au greffe de la Commission le 18 décembre 2023 et a déclaré qu'il n'assisterait pas à l'audience. Il n'a pas demandé de mesure d'adaptation ou de report.

[25] L'intimé a souligné la récente décision de la Commission dans *Silva c. Administrateur général (Agence des services frontaliers du Canada)*, 2023 CRTESPF 39. Dans cette décision, la Commission a conclu que le défaut de M. Silva de se présenter à l'audience ne permettait pas d'étayer ses allégations par des preuves ; par conséquent, il n'a pas pu s'acquitter de son fardeau de la preuve, et les plaintes ont été rejetées pour manque de preuve et pour abandon. De même, dans le présent cas, l'intimé a soutenu que la plainte de M. Kraeker devrait être réputée abandonnée.

[26] Je distingue *Silva* au motif qu'elle n'a pas examiné une audience groupée au cours de laquelle une deuxième plainte a été traitée avec des éléments de preuve et des arguments à l'appui sur essentiellement les mêmes questions que celles de la plainte pour laquelle la partie qui l'a présentée ne s'est pas présentée.

[27] Je refuse de me prononcer sur la demande de l'intimé de considérer la plainte de M. Kraeker comme abandonnée, car elle est sans objet, étant donné ma conclusion qu'un abus de pouvoir dans l'application du principe du mérite n'a pas été établi dans le présent cas.

[28] Pour ces motifs, la Commission rend l'ordonnance qui suit :

(L'ordonnance apparaît à la page suivante)

V. Ordonnance

[29] Les plaintes sont rejetées.

Le 6 mars 2024.

Traduction de la CRTESPF

Bryan R. Gray,
une formation de la Commission des relations de travail et de l'emploi dans le secteur public fédéral