

T-2419-92

T-2419-92

**Betty MacNeill (Applicant)****Betty MacNeill (requérante)**

v.

c.

**Attorney General of Canada (Respondent)**

a

**Procureur général du Canada (intimé)***INDEXED AS: MacNEILL v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: MacNEILL c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Muldoon J.—Ottawa, April 28 and June 3, 1993.

Section de première instance, juge Muldoon—Ottawa, 28 avril et 3 juin 1993.

*Human rights — Application to set aside PSC Appeal Board decision upholding deputy head's recommendation to release applicant — Applicant incapacitated by job-related injury — Board, in adjudicating appeal under Public Service Employment Act, s. 31, bound to apply employment provisions of CHRA — Human rights legislation fundamental law, must govern when in conflict with other specific legislation — Case law on adverse effect discrimination as related to BFOR reviewed — Deputy head bound to attempt bona fide to accommodate applicant in keeping job.*

c

*Droits de la personne — Demande visant l'annulation d'une décision d'un Comité d'appel de la CFP confirmant la recommandation de renvoi formulée par l'administrateur général — La requérante a été frappée d'une incapacité physique dans l'exercice de ses fonctions — Le comité, pour trancher l'appel fondé sur l'art. 31 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique, est tenu d'appliquer les dispositions de la LCDP en matière d'emploi — La législation protégeant les droits de la personne revêt une valeur fondamentale et c'est elle qui doit s'appliquer en cas de conflit avec d'autres dispositions précises — Examen de la jurisprudence touchant la discrimination par suite d'un effet préjudiciable dans le contexte d'une EPJ — L'administrateur général est tenu d'essayer, de bonne foi, de composer avec l'employée et de l'aider à conserver son emploi.*

d

*Public Service — Termination of employment — PSC Appeal Board confirming deputy head's recommendation to release applicant as incapable of performing duties of position — Board, in adjudicating appeal under PSEA, s. 31, bound to apply employment provisions of Canadian Human Rights Act — Employer duty-bound to accommodate employee in maintaining employment in case of work related disability — Board declining to review employee's treatment in light of CHRA.*

f

*Fonction publique — Fin d'emploi — Un comité d'appel de la CFP a confirmé la recommandation formulée par l'administrateur général de renvoyer la requérante pour inaptitude à remplir ses fonctions — Pour trancher l'appel fondé sur l'art. 31 de la LEFP, le Comité est tenu d'appliquer les dispositions de la Loi canadienne sur les droits de la personne en matière d'emploi — L'employeur a l'obligation de composer avec l'employée et de l'aider à conserver son emploi en cas d'incapacité attribuable au travail — Le Comité a refusé d'examiner, au regard de la LCDP, la manière dont l'employée avait été traitée.*

g

This was an application to set aside a decision of a Public Service Commission Appeal Board confirming, under section 31 of the *Public Service Employment Act*, the deputy head's recommendation that the applicant be released for incapacity to perform the duties of her position. The applicant was injured while performing her duties as a CR-03 (payment support clerk). Before the Appeal Board, the applicant's position was that her employer had refused to continue to employ her because of her disability. Her argument upon the hearing of this application was that, in rejecting her submissions based on discrimination, the Board failed to take into account the employment provisions of the *Canadian Human Rights Act* (CHRA) and it was asked that the case be returned to the Board for reconsideration. The issue was whether the Appeal Board was bound to apply these provisions and, if it was, had it done so.

h

Il s'agit d'une demande visant l'annulation de la décision d'un Comité d'appel de la Commission de la fonction publique confirmant, en vertu de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, la recommandation de l'administrateur général tendant au renvoi de la requérante pour inaptitude à remplir ses fonctions. La requérante s'est blessée dans l'exercice de ses fonctions de CR-03 (commis au soutien des paiements). Devant le Comité d'appel, la requérante a fait valoir que son employeur avait refusé de la maintenir dans son emploi à cause de sa déficience. Elle a fait valoir, à l'audition de cette demande, qu'en rejetant ses arguments invoquant la discrimination, le Comité n'avait pas tenu compte des dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP) en matière d'emploi, demandant que l'affaire soit renvoyée au Comité pour nouvel examen. Il s'agissait de savoir si le Comité d'appel était tenu d'appliquer ces dispositions et si, dans l'affirmative, il l'avait effectivement fait en l'espèce.

i

j

*Held*, the application should be allowed.

In section 31 of the *Public Service Employment Act*, Parliament established a process for either confirming or setting aside the deputy head's recommendation to appoint an employee to a subordinate position or to release the employee. These alternatives are predicated upon the deputy head's opinion that the employee is either incompetent in performing the position's duties, or is incapable of performing them. The applicant admitted that she was incapable of performing the duties of her position. But the purpose of the CHRA, as set forth in section 2, is to extend the laws of Canada to give effect to the principle that every individual should have an equal opportunity with other individuals to live his or her own life without being hindered by practices based on certain prohibited grounds of discrimination. The *Public Service Employment Act* is a law of Canada so extended to accommodate the "purpose" enunciated in section 2 of the CHRA. The Supreme Court of Canada has held that human rights legislation is fundamental law, of general application, and that, when in conflict with other specific legislation, it must govern. In light of the case law as well as section 2 of the Act, the entire Public Service, unless exempted in clear statutory words, must operate consistently with the provisions of the human rights legislation. A Public Service appeal board, in adjudicating an appeal under section 31 of the PSEA, is bound to apply the employment provisions of the CHRA.

In applying section 7 of the CHRA, it had to be concluded that it was a discriminatory practice, directly or indirectly to refuse to continue to employ the applicant or, in the course of employment, to differentiate adversely in relation to the applicant on the ground of her disability. However, section 15 of the Act creates an exception whereby it is not unlawful discrimination if any exclusion or expulsion is established by an employer to be based on a *bona fide* occupational requirement (BFOR). The Supreme Court of Canada has accepted the concept of "adverse effect discrimination" (as opposed to direct discrimination) and defined it as existing where an employer, for genuine business reasons, adopts a rule which is on its face neutral but has a discriminatory effect, upon a prohibited ground, on one worker or group of employees. There is a duty to accommodate, notwithstanding the presence of a BFOR, in cases of adverse effect discrimination. In the present case, the physical capacity to perform the work of a CR-03 is a BFOR. Applicant being physically unable to do the work, the deputy head, in view of the CHRA, 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. Before an employee is released as a result of a work related disability, an appeal board must be satisfied that the employer has done everything reasonable in an attempt to accommodate his retention of a job. In the case at bar the Board declined to review the employer's treatment of the applicant in focus with the CHRA.

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

À l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, le législateur a prévu un mécanisme permettant soit de donner suite à la recommandation de l'administrateur général visant la rétrogradation ou le renvoi de l'employé, soit de la rejeter. Ces deux possibilités dépendent de l'avis de l'administrateur général reprochant à un employé soit qu'il est incompetent à l'égard des exigences de son poste soit qu'il est incapable de remplir ses fonctions. La requérante a reconnu qu'elle était incapable de remplir ses fonctions. Mais la LCDP a pour objet, ainsi que le précise son article 2, de compléter la législation canadienne en donnant effet au principe selon lequel tous les individus ont droit à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment de considérations fondées sur certains motifs interdits de discrimination. La *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* est une loi du Canada ainsi complétée afin de donner effet à l'«objet» énoncé à l'article 2 de la LCDP. La Cour suprême du Canada a décidé qu'une loi sur les droits de la personne est une loi fondamentale d'application générale et que, en cas de conflit avec une autre loi particulière, cette législation doit prévaloir. Vu l'état de la jurisprudence et le texte de l'article 2 de la Loi, l'ensemble des services de l'État, sauf dérogation législative expresse, doivent, dans leur fonctionnement, se conformer aux dispositions du texte régissant les droits de la personne. Un comité d'appel de la fonction publique, en tranchant un appel conformément à l'article 31 de la LEFP, est tenu de faire application des dispositions de la LCDP relatives à l'emploi.

En appliquant l'article 7 de la LCDP, il fallait conclure que cela constituait une pratique discriminatoire que de refuser, par des moyens directs et indirects, de continuer à employer la requérante ou, en cours d'emploi, de la défavoriser du fait de son incapacité. Cependant, l'article 15 de la Loi comporte une exception voulant qu'il n'y ait pas discrimination illégale si l'exclusion ou l'expulsion décidée par l'employeur est fondée sur une exigence professionnelle justifiée (EPJ). La Cour suprême du Canada a admis le concept «de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable» (à distinguer de la discrimination directe), qui 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. Il y a obligation d'accommodement, malgré l'existence d'une EPJ, en cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable. En l'espèce, la capacité physique de remplir les fonctions de CR-03 est une EPJ. La requérante n'étant pas physiquement en mesure de faire ce travail, l'administrateur général avait l'obligation, au regard de la LCDP, d'essayer de bonne foi de s'accommoder des besoins de la requérante et de l'aider à conserver un emploi, sous peine de contravention à l'article 7 de la LCDP. Avant qu'un employé soit renvoyé à cause d'une déficience en rapport avec son emploi, un comité d'appel doit s'assurer que l'employeur a fait tous les efforts raisonnables en vue de lui conserver un emploi. En l'espèce, le Comité refusa d'examiner, dans le cadre des dispositions de la LCDP, la manière dont l'employeur avait traité la requérante.

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 82(1)(b), 84(1)(g).  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 1, 2, 3(1), 4, 7, 15(a), 66(1).  
*Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q. 1977, c. C-12.  
*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 25 (as am. by SI-84-102, s. 2).  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 67.  
*Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 31(1), (2), (3), (4), (5).  
*The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## FOLLOWED:

- 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; [1992] I.L.R. 1-1555; 43 N.R. 168; *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; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 8 C.H.R.R. D/4326; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303; *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; 86 CLLC 17,002; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185; *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; *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.

## APPLIED:

- 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.).

## CONSIDERED:

- Canadian National Railway Company v. Canadian Human Rights Commission*, [1983] 2 F.C. 531; (1983), 147 D.L.R. (3d) 312; 4 C.H.R.R. D/1404; 48 N.R. 81 (C.A.); *Central Alberta Dairy Pool v. Human Rights Commission (Alta)* (1986), 73 A.R. 57; 29 D.L.R. (4th)

## LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1977, ch. C-12.  
*Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, art. 82(1)(b), 84(1)(g).  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 1, 2, 3(1), 4, 7, 15(a), 66(1).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 25 (mod. par TR-84-102, art. 2).  
*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 31(1), (2), (3), (4), (5).  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 67.  
*The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, ch. S-24.1.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS SUIVIES:

- 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; [1992] I.L.R. 1-1555; 43 N.R. 168; *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; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 8 C.H.R.R. D/4326; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303; *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; 86 CLLC 17,002; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185; *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; *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.

## DÉCISION APPLIQUÉE:

- 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.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

- Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Commission canadienne des droits de la personne*, [1983] 2 C.F. 531; (1983), 147 D.L.R. (3d) 312; 4 C.H.R.R. D/1404; 48 N.R. 81 (C.A.); *Central Alberta Dairy Pool v. Human Rights Commission (Alta)* (1986), 73 A.R. 57; 29

154; [1986] 5 W.W.R. 35; 45 Alta. L.R. (2d) 325; 8 C.H.R.R. D/3639; 87 CLLC 17,001 (Q.B.); *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)* (1988), 56 D.L.R. (4th) 192; [1989] 1 W.W.R. 78; 62 Alta. L.R. (2d) 207 (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; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297; (1989), 65 D.L.R. (4th) 481; [1990] 1 W.W.R. 481; 81 Sask. R. 263; C.E.B. & P.G.R. 8092; 11 C.H.R.R. D/204; 90 CLLC 17,001; 45 C.R.R. 363.

REFERRED TO:

*Clare v. Canada (Attorney-General)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 400; 93 CLLC 14,025; 149 N.R. 303 (F.C.A.); *Ahmad v. Public Service Commission*, [1974] 2 F.C. 644; (1974), 51 D.L.R. (3d) 470; 6 N.R. 287 (C.A.); *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; *Air Canada v. Carson*, [1985] 1 F.C. 209; (1985), 18 D.L.R. (4th) 72; 6 C.H.R.R. D/2848; 57 N.R. 221 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Beaulieu*, A-687-91, Marceau J.A., judgment dated 25/2/93, F.C.A., not yet reported.

AUTHORS CITED

*Oxford English Dictionary*, vol. VII, 2nd ed., Oxford: Clarendon Press, 1989.  
*Petit Larousse illustré*, Paris: Librairie Larousse, 1984.

APPLICATION to set aside the decision of a Public Service Commission Appeal Board ((1992), 12 ABD 279) confirming a deputy head's recommendation that the applicant be released as being unable to perform the duties of her position. Application allowed.

COUNSEL:

*Andrew J. Raven and David Yazbeck* for applicant.  
*Dogan D. Akman and Hélène Laurendeau* for respondent.

SOLICITORS:

*Raven, Jewitt & Allen*, Ottawa, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

D.L.R. (4th) 154; [1986] 5 W.W.R. 35; 45 Alta. L.R. (2d) 325; 8 C.H.R.R. D/3639; 87 CLLC 17,001 (C.B.R.); *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)* (1988), 56 D.L.R. (4th) 192; [1989] 1 W.W.R. 78; 62 Alta. L.R. (2d) 207 (C.A.); *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; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297; (1989), 65 D.L.R. (4th) 481; [1990] 1 W.W.R. 481; 81 Sask. R. 263; C.E.B. & P.G.R. 8092; 11 C.H.R.R. D/204; 90 CLLC 17,001; 45 C.R.R. 363.

DÉCISIONS CITÉES:

*Clare c. Canada (Procureur général)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 400; 93 CLLC 14,025; 149 N.R. 303 (C.A.F.); *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.); *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; *Air Canada c. Carson*, [1985] 1 C.F. 209; (1985), 18 D.L.R. (4th) 72; 6 C.H.R.R. D/2848; 57 N.R. 221 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Beaulieu*, (A-687-91), juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 25-2-93, C.A.F., encore inédit.

DOCTRINE

*Oxford English Dictionary*, vol. VII, 2nd ed., Oxford: Clarendon Press, 1989.  
*Petit Larousse illustré*, Paris: Librairie Larousse, 1984.

DEMANDE d'annulation d'une décision d'un comité d'appel de la Commission de la fonction publique ((1992), 12 ABD 279) confirmant la recommandation de renvoi formulée par l'administrateur général à l'encontre de la requérante, au motif que celle-ci était incapable de remplir ses fonctions. Demande accueillie.

AVOCATS:

*Andrew J. Raven et David Yazbeck* pour la requérante.  
*Dogan D. Akman et Hélène Laurendeau* pour l'intimé.

PROCUREURS:

*Raven, Jewitt & Allen*, Ottawa, pour la requérante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

*Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par*

MULDOON J.: According to counsel on each side, this is a case of first impression. The issue is whether a Public Service Appeal Board, in adjudicating an appeal pursuant to section 31 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33 (the Act), is bound to apply the employment provisions of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (CHRA) and, if so, did the Board [(1992), 12 ABD 279] do so adequately in this case.

The simple, stark issue thus presented, generates ramifications which are not directly called into issue here, but must surely follow. That is: if such a board be so bound, then surely deputy heads of departments and the Public Service Commission, *inter alia*, must also be bound to apply the CHRA provisions bearing on employment practices in the federal domain, too. The Court will address issues expressed in the first paragraph hereof. The CHRA exacts consideration of the ramifications by its own imperative.

The facts of this case are not atypical, but rather are straightforward and basically agreed to be the facts of this case by the parties. The applicant (appellant before Mr. R. Vaison—who revealed only one initial, thus concealing his gender—being himself the Public Service Appeal Board) (the Board) was injured in the course of performing her duties as a payment support clerk (CR-03), of the Department of Veterans' Affairs, Charlottetown, Prince Edward Island, in April, 1989. In her report of her injury to the provincial Workers' Compensation Board (WCB), (respondent's record, vol. I, tab D, page 00045) the applicant did not specify a date in April, 1989, but did assert a sprain to neck, upper back, shoulder and side. She wrote, on this form completed on September 9, 1989, that her "arm went numb on both occasions". She reported her painful disability to her employer, the form states, in "April & August 89".

LE JUGE MULDOON: Les avocats des deux parties reconnaissent que cette affaire pose la question sous un jour nouveau. Il s'agit de savoir si un Comité d'appel de la fonction publique, en tranchant un appel fondé sur l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33 (la Loi) est tenu d'appliquer les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (LCDP) et si, dans l'affirmative, le Comité les a correctement appliquées en l'espèce [(1992), 12 DCA 279].

Même sous sa forme la plus simple, la question a des ramifications qui, pour ne pas être directement en cause ici, n'en sont pas moins incontournables. Si un comité est effectivement tenu d'appliquer lesdites dispositions, l'administrateur général d'un ministère et la Commission de la fonction publique, notamment, sont, eux aussi, tenus d'appliquer, dans le domaine fédéral, les dispositions de la LCDP touchant les pratiques en matière d'emploi. La Cour examinera les questions évoquées au premier paragraphe de ces motifs. De toute évidence, l'examen des ramifications de la LCDP s'impose également.

Les faits en cause n'ont rien d'exceptionnel. Il s'agit, au contraire, de faits relativement simples et reconnus, pour l'essentiel, par les deux parties. La requérante (qui était l'appelante devant M. R. Vaison—lequel, ne donnant que la première initiale de son nom, ne permet pas de savoir à quel sexe il appartient—constituait à lui seul le Comité d'appel de la fonction publique) (le Comité), s'est blessée, en avril 1989, dans l'exercice de ses fonctions de commis au soutien des paiements (CR-03) au ministère des Anciens combattants à Charlottetown (Île-du-Prince-Édouard). Dans son rapport d'accident à la Commission des accidents du travail (CAT) de cette province (dossier produit par l'intimé, volume 1, cote D, page 00045), la requérante ne précise pas quel jour d'avril 1989, mais déclare s'être fait une entorse au cou, au haut du dos, à l'épaule et au côté. Sur ce formulaire rempli le 9 septembre 1989, elle précise que [TRADUCTION] «les deux fois, mon bras s'est engourdi». D'après ce formulaire, c'est en «avril et août 1989» qu'elle a fait part de cette douloureuse déficience à son employeur.

There is no contention between the parties as to whether or not the applicant was truly incapacitated from performing the duties of her position. So, the applicant does not seek to persuade the Court to allow her appeal. In this respect, the applicant's counsel at the hearing on April 28, 1993, pitches her request for judicial relief at a lesser but included point that was sought in the applicant's originating notice of motion, filed on October 2, 1992. Now, the relief sought by the applicant amounts only to setting aside the decision with a direction to return the applicant's appeal to the Board, Mr. Vaison, for reconsideration on the basis that he is bound to apply to his decision on her appeal the CHRA employment provisions which comprehensively are section 2 (disability), subsection 3(1) (disability), paragraph 7(a) (refuse . . . to continue to employ . . . on a prohibited ground of discrimination) and, of course, paragraph 15(a) (not discriminatory if expulsion from employment based on a *bona fide* occupational requirement) (BFOR). The said relief is more briefly stated on page 284 of volume II of the applicant's record.

#### ORDER SOUGHT

34. The applicant respectfully requests that the within application be allowed, the decision of the Public Service Commission Appeal Board rendered September 1, 1992, be set aside and the matter be remitted back to the Appeal Board with the direction that the Appeal Board was obligated to consider the extent to which the release of the applicant was violative of her rights under the *Canadian Human Rights Act*.

More felicitously, one would add the words "if at all" after the word "rights" in the above recited passage.

It is convenient to recite the pertinent provisions of the respective statutes here. Section 31 of the *Public Service Employment Act* runs 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.

Les parties ne s'opposent pas sur la question de savoir si cette incapacité empêche effectivement la requérante d'accomplir les tâches de son emploi. Aussi, la requérante ne cherche pas à convaincre la Cour de faire droit à son appel. Quant au redressement revendiqué, à l'audience du 28 avril 1993 l'avocat de la requérante a fait porter sa demande sur un point qui, certes, figurait dans l'avis de requête introduit d'instance déposé le 2 octobre 1992, mais à titre accessoire. Maintenant, la requérante demande simplement à la Cour d'annuler la décision et d'ordonner le renvoi de son appel devant le Comité composé de M. Vaison pour nouvel examen, l'appel devant être tranché à la lumière des dispositions de la LCDP en matière d'emploi, c'est-à-dire, essentiellement, l'article 2 (déficience), le paragraphe 3(1) (déficience), l'alinéa 7a) (s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait . . . de refuser . . . de continuer d'employer) et, bien sûr, l'alinéa 15a) (ne constituent pas des actes discriminatoires les expulsions qui découlent d'exigences professionnelles justifiées (EPJ). Le redressement réclamé en l'espèce est plus concisément exposé à la page 284 du volume II du dossier de la requérante.

#### [TRADUCTION] ORDONNANCE DEMANDÉE

34. La requérante demande en toute déférence à la Cour d'accueillir sa requête, d'annuler la décision rendue par le Comité d'appel de la Commission de la fonction publique le 1<sup>er</sup> septembre 1992 et de renvoyer l'affaire devant le Comité d'appel avec l'obligation de préciser dans quelle mesure le renvoi de la requérante n'aurait pas entraîné une violation des droits que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* lui reconnaît.

Il conviendrait peut-être, dans le passage cité, d'ajouter, après le mot «droits», les mots «si violation il y a».

Il semble utile de reproduire ici les dispositions pertinentes des textes législatifs en cause. Voici ce que prévoit l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*:

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) 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.

It will be seen that in this Public Service statute, Parliament is concerned with a process for either confirming or setting aside the deputy head's recommendation to appoint an employee to a subordinate position or to release the employee. These two and only alternatives are set out in subsection 31(1) and paragraphs 31(3)(a) and (b), which are predicated upon the deputy head's opinion, acted-upon, that the employee is either incompetent in performing his or her position's duties, or is incapable of performing those duties. The terms "incompetent" and "incapable" may possibly overlap, as the *Oxford English Dictionary*, 2nd ed., Clarendon Press—Oxford, 1989, and *Petit Larousse Illustré*, 1984, Librairie Larousse, Paris, both indicate, but fundamentally, "incompetent" seems to relate more to deficiencies of skill, knowledge and attitude than to "incapable", which seems to relate rather to physical and/or mental handicap. That appears also to be the view of Mr. Justice Robertson, writing for the Appeal Division in *Clare v. Canada (Attorney-General)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 400 (F.C.A.), at page 409. Here, as noted, the applicant admits that she is physically (one might add "neurologically") incapable of performing the duties of her CR-03 position. From the point of view of the people who administer the Act, and the Attorney General, that admission, or finding, strictly speaking ends the matter. The applicant may be, and has been, released: any help or comfort extended by her employer to assuage her plight is strictly gratuitous,

(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.

On constate que dans cette loi relative à la fonction publique, le législateur a prévu un mécanisme permettant soit de donner suite à la recommandation de l'administrateur général visant la rétrogradation ou le renvoi d'un employé, soit de la rejeter. Seules ces deux possibilités sont prévues au paragraphe 31(1) ainsi qu'aux alinéas 31(3)a) et b), fondés sur l'hypothèse qu'il est donné suite à l'avis de l'administrateur général reprochant à un employé soit qu'il est incompetent eu égard aux exigences de son poste soit qu'il est incapable de remplir ses fonctions. Il existe peut-être, comme l'indiquent le *Oxford English Dictionary*, 2nd ed., Clarendon Press, Oxford, 1989 et le *Petit Larousse Illustré 1984*, Librairie Larousse, Paris, un certain chevauchement du sens des mots «incompétent» et «incapable», mais il semble qu'en substance, le mot «incompétent» s'applique plutôt à un défaut d'aptitude ou de connaissance, le mot «incapable» semblant plutôt s'appliquer à une déficience physique et (ou) mentale. Ce point de vue semble d'ailleurs être partagé par le juge Robertson qui, au nom de la Section d'appel, a rendu le jugement dans l'affaire *Clare c. Canada (Procureur général)* (1993), 100 D.L.R. (4th) 400 (C.A.F.), à la page 409. Rappelons qu'en l'occurrence la requérante admet être physiquement (on pourrait ajouter «neurologiquement») incapable de remplir les fonctions de son poste de CR-03. Dans l'optique des personnes chargées d'administrer la Loi, ainsi que dans celle du procureur général, cette admission, ou conclusion,

according to the respondent's expressed view of the Act. "The public service is not a nanny, and public servants are not ninnyes" quoth counsel for the respondent.

There is no need here to distinguish between job-related injury and incapacity, and extraneous recreational injury and incapacity, apart from the WCB's involvement. Here, the applicant suffered a job-related injury, or injuries, and incapacity. Now she is being discarded.

What then say the pertinent provisions of the CHRA which maybe bear upon the matter at hand? Here they are, with the preamble, as they pertain to this case:

An Act to extend the laws in Canada that proscribe discrimination

#### SHORT TITLE

1. This Act may be cited as the *Canadian Human Rights Act*.

#### PURPOSE OF ACT

2. The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that every individual should have an equal opportunity with other individuals to make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have, consistent with his or her duties and obligations as a member of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on . . .

#### PART 1

#### PROSCRIBED DISCRIMINATION

##### *General*

3. (1) For all purposes of this Act, race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted are prohibited grounds of discrimination.

. . .

devrait, à proprement parler, mettre un terme à l'affaire en justifiant le renvoi de la requérante, renvoi qui a été effectivement décidé. Ainsi, selon l'interprétation de la Loi retenue par l'intimé, toute aide ou tout secours accordé à la requérante par l'employeur afin de la soulager, serait à titre tout à fait bénévole. L'avocat de l'intimé a ainsi fait valoir que [TRADUCTION] «la fonction publique n'est pas une nounou et les fonctionnaires ne sont pas des zounes».

Il n'y a pas lieu ici de distinguer les blessures ou incapacités encourues dans l'exercice des fonctions des incapacités ou blessures subies lors d'activités récréatives, si ce n'est que, pour les premières, la CAT est appelée à intervenir. C'est, en l'espèce, du fait de son travail que la requérante a subi une blessure, ou des blessures entraînant son incapacité. Or, maintenant, on la met à la porte.

Mais, que prévoient les dispositions de la LCDP applicables ici? Les voici, précédées du préambule de la Loi:

Loi visant à compléter la législation canadienne en matière de discrimination

#### TITRE ABRÉGÉ

1. *Loi canadienne sur les droits de la personne.*

#### OBJET

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant: le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur . . .

#### PARTIE 1

#### MOTIFS DE DISTINCTION ILLICITE

##### *Dispositions générales*

3. (1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne gracée ou la déficience.

. . .

4. A discriminatory practice, as described in sections 5 to 14, may be the subject of a complaint under Part III and anyone found to be engaging or to have engaged in a discriminatory practice may be made subject to an order as provided in sections 53 and 54.

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.

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; [Underlining added.]

Section 4 obviously does not restrict the scope of the entire block of sections 5 to 14 of the CHRA, to complaints under Part III, for that would hardly accommodate the CHRA's purpose "to extend the laws in Canada to give effect . . . to the principle" [underlining added] set out in section 2 of the CHRA. Rather section 4 provides one manner of giving effect to those sections in this statute, but not the only manner.

Among the laws of Canada, the *Public Service Employment Act* figures authentically as one. So, therefore do section 31 and its subsections. Why then is it not subject to the CHRA, as Parliament so plainly enacted? In fact it is a law so extended in order to accommodate the "purpose" enunciated in section 2 of the CHRA. The present Chief Justice of Canada with McIntyre J. concurring came to the same conclusion eleven years ago in regard to British Columbia's human rights statute in *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145. He is reported at pages 157-158 as follows:

The Human Rights Code of British Columbia

When the subject matter of a law is said to be the comprehensive statement of the "human rights" of the people living in that jurisdiction, [compare s. 2 of the CHRA] then there is no doubt in my mind that the people of that jurisdiction have

4. Les actes discriminatoires prévus aux articles 5 à 14 peuvent faire l'objet d'une plainte en vertu de la Partie III et toute personne reconnue coupable de ces actes peut faire l'objet des ordonnances prévues aux articles 53 et 54.

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.

15. Ne constituent pas des actes discriminatoires:

a) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontre qu'ils découlent d'exigences professionnelles justifiées; [Soulignement ajouté.]

Il est clair que l'article 4 ne limite pas le champ d'application des mesures prévues aux articles 5 à 14 de la LCDP, aux plaintes formulées en vertu de la Partie III. L'inverse irait d'ailleurs à l'encontre de l'objet même de la LCDP, qui est «de compléter la législation canadienne en donnant effet . . . au principe» [soulignement ajouté] énoncé à l'article 2 de la LCDP. Au contraire, l'article 4 fixe un des moyens, mais ce n'est pas le seul, de donner effet aux dispositions de cette loi.

Il est manifeste que la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* fait partie intégrante de la législation canadienne et il en va de même de son article 31 et des paragraphes qui s'y rattachent. Dans ces conditions, comment cette loi échapperait-elle à l'action de la LCDP et à la claire intention du législateur? Il s'agit, en fait, d'une loi qui justement a été «complétée» afin de donner effet à l'«objet» énoncé à l'article 2 de la LCDP. Il y a onze ans, l'actuel juge en chef du Canada en est arrivé à la même conclusion dans l'arrêt, auquel a souscrit le juge McIntyre, *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145. Voici ses propos, rapportés aux pages 157 et 158 du recueil:

Le Human Rights Code of British Columbia

Lorsque l'objet d'une loi est décrit comme l'énoncé complet des «droits» des gens qui vivent sur un territoire donné, il n'y a pas de doute, selon moi, que ces gens ont, par l'entremise de leur législateur, clairement indiqué qu'ils considèrent que cette

through their legislature clearly indicated that they consider that law, and the values it endeavours to buttress and protect, are, save their constitutional laws, more important than all others. Therefore, short of that legislature speaking to the contrary in express and unequivocal language in the Code or in some other enactment, it is intended that the Code supersede  
a

As a result, the legal proposition *generalia specialibus non derogant* cannot be applied to such a code. Indeed the *Human Rights Code*, when in conflict with "particular and specific legislation", is not to be treated as another ordinary law of general application. It should be recognized for what it is, a fundamental law.  
b

Furthermore, as it is a public and fundamental law, no one, unless clearly authorized by law to do so, may contractually agree to suspend its operation and thereby put oneself beyond  
c

Therefore, whilst agreeing with my brother Ritchie that "the two statutory enactments under review can stand together as there is no direct conflict between them", I should add that were there such a conflict, the Code would govern. I find  
d

So spoke Mr. Justice McIntyre for the unanimous Supreme Court of Canada in *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton et al.*, [1985] 2 S.C.R. 150, at page 156:

In any event, I am in agreement with Monnin C.J.M. where he said:

Human rights legislation is public and fundamental law of general application. If there is a conflict between this fundamental law and other specific legislation, unless an exception is created, the human rights legislation must govern.  
e

This is in accordance with the views expressed by Lamer J. in *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145. Human rights legislation is of a special nature and declares public policy regarding matters of general concern. It is not constitutional in nature in the sense that it may not be altered, amended, or repealed by the Legislature. It is, however, of such nature that it may not be altered, amended, or repealed, nor may exceptions be created to its provisions, save by clear legislative pronouncement. To adopt and apply any theory of implied repeal by later statutory enactment to legislation of this kind would be to rob it of its special nature and give scant protection to the rights it proclaims. In this case it cannot be said that s. 50 of the 1980 consolidation is a sufficiently express indication of a legislative intent to create an  
f

loi et les valeurs qu'elle tend à promouvoir et à protéger, sont, hormis les dispositions constitutionnelles, plus importantes que toutes les autres. En conséquence à moins que le législateur ne se soit exprimé autrement en termes clairs et exprès dans le Code ou dans toute autre loi, il a voulu que le Code ait pré-  
s

En conséquence, la maxime juridique *generalia specialibus non derogant* ne peut s'appliquer à un tel code. En réalité, si le *Human Rights Code* entre en conflit avec des «lois particulières et spécifiques», il ne faut pas le considérer comme n'importe quelle autre loi d'application générale, il faut le reconnaître pour ce qu'il est, c'est-à-dire une loi fondamentale.  
b

De plus, puisqu'il s'agit de droit public et de droit fondamental, personne ne peut, par contrat, à moins que la loi ne l'y autorise expressément, convenir d'en écarter l'application et se soustraire ainsi à son champ de protection.  
c

Donc, tout en étant d'accord avec mon collègue le juge Ritchie que «les deux dispositions législatives en cause peuvent coexister puisqu'il n'y a pas d'incompatibilité directe entre elles», j'ajouterai que, eût-il eu incompatibilité, le Code eût dû prévaloir. Je ne vois nulle part dans les lois de la Colombie-Britannique que l'art. 5 des clauses légales énoncées dans l'article 208 de l'*Insurance Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 197, et modifications, doit recevoir une application spéciale en vertu du *Human Rights Code*.  
d

Et voici ce qu'au nom d'une Cour suprême unanime, le juge McIntyre a déclaré dans l'arrêt *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton et autre*, [1985] 2 R.C.S. 150, à la page 156:

Quoi qu'il en soit, je partage l'avis du juge en chef Monnin lorsqu'il dit:

[TRADUCTION] Une loi sur les droits de la personne est une loi d'application générale d'intérêt public et fondamentale. S'il y a conflit entre cette loi fondamentale et une autre loi particulière, à moins qu'une exception ne soit créée, la loi sur les droits de la personne doit prévaloir.  
e

Cela est conforme au point de vue exprimé par le juge Lamer dans l'arrêt *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145. Une loi sur les droits de la personne est de nature spéciale et énonce une politique générale applicable à des questions d'intérêt général. Elle n'est pas de nature constitutionnelle, en ce sens qu'elle ne peut pas être modifiée, révisée ou abrogée par la législature. Elle est cependant d'une nature telle que seule une déclaration législative claire peut permettre de la modifier, de la réviser ou de l'abroger, ou encore de créer des exceptions à ses dispositions. Adopter et appliquer une théorie quelconque d'abrogation implicite d'une loi de ce genre au moyen d'un texte législatif ultérieur équivaldrait à la dépouiller de sa nature spéciale et à protéger fort inadéquatement les droits qu'elle proclame. En l'espèce, on ne peut pas dire que l'art. 50 de la refonte de 1980 est une indication suffisamment explicite de l'intention du  
f

*Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, is pertinent. La Forest J. wrote for the Supreme Court of Canada which was, in effect, unanimous. He is recorded at pages 89 and 90, citing *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145, at pages 157-158, and *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, and there, in *Robichaud*, imparting the same paramountcy to the CHRA, as was earlier accorded to provincial human rights legislation:

The purpose of the Act is set forth in s. 2 as being to extend the laws of Canada to give effect to the principle that every individual should have an equal opportunity with other individuals to live his or her own life without being hindered by discriminatory practices based on certain prohibited grounds of discrimination, including discrimination on the ground of sex. As McIntyre J., speaking for this Court, recently explained in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, the Act must be so interpreted as to advance the broad policy considerations underlying it. That task should not be approached in a niggardly fashion but in a manner befitting the special nature of the legislation, which he described as "not quite constitutional"; see also *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, per Lamer J., at pp. 157-58. By this expression, it is not suggested, of course, that the Act is somehow entrenched but rather that it incorporates certain basic goals of our society. More recently still, Dickson C.J. in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission) (the Action Travail des Femmes case)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, emphasized that the rights enunciated in the Act must be given full recognition and effect consistent with the dictates of the *Interpretation Act* that statutes must be given such fair, large and liberal interpretation as will best ensure the attainment of their objects.

In the Appeal Division of this Court the same theme was taken up by Mr. Justice Mahoney for the unanimous bench in *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24, as reported at page 31:

The rule appears to be that when human rights legislation and other legislation cannot stand together, a subsequent inconsistent enactment, unless clearly stated to create an exception to it, is not to be construed as repealing the subsisting human rights legislation. On the other hand, when the human rights

législateur de créer une exception aux dispositions du par. 6(1) de *The Human Rights Act*.

On peut également citer, à cet égard, l'arrêt *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, dont le jugement a été rédigé par le juge La Forest au nom d'une Cour suprême pratiquement unanime. Aux pages 89 et 90 du recueil, il cite *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145, aux pages 157 et 158 et *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536 et, dans l'arrêt *Robichaud*, il accorde à la LCDP la même prééminence qu'antérieurement reconnue aux lois provinciales sur les droits de la personne:

Suivant son art. 2, la Loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet au principe selon lequel tous ont droit à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment de motifs de distinction illicites dont ceux fondés sur le sexe. Comme le juge McIntyre l'a expliqué récemment, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, on doit interpréter la Loi de manière à promouvoir les considérations de politique générale qui la sous-tendent. Il s'agit là d'une tâche qui devrait être abordée non pas parcimonieusement mais d'une manière qui tienne compte de la nature spéciale d'une telle loi dont le juge McIntyre a dit qu'elle «n'est pas vraiment de nature constitutionnelle»; voir également *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, le juge Lamer, aux pp. 157 et 158. Bien sûr, ce que laisse entendre cette expression n'est pas que la loi en cause est en quelque sorte enchâssée dans la Constitution, mais plutôt qu'elle exprime certains objectifs fondamentaux de notre société. Plus récemment encore, dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne) (l'arrêt Action Travail des Femmes)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, le juge en chef Dickson a souligné la nécessité de reconnaître et de donner effet pleinement aux droits énoncés dans ladite loi, conformément à la *Loi d'interprétation* qui exige que les lois soient interprétées de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets.

Ce thème a été repris, à la Section d'appel de la Cour, par le juge Mahoney qui, au nom d'une cour unanime, a déclaré dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24, à la page 31:

La règle applicable à l'incompatibilité d'une loi sur les droits de la personne avec une autre loi semble être qu'une mesure législative postérieure à une loi sur les droits de la personne et incompatible avec quelque disposition de cette dernière ne doit s'interpréter comme abrogeant cette disposition que si elle

legislation is the subsequent enactment, it does repeal by implication the other inconsistent legislation.

Notwithstanding, the respondent's counsel argues that just because a human-rights point is raised, it does not mean that the Board willy-nilly has to deal with it. He stated that his point in regard to the section 31 board is that the CHRA is not relevant. With respect, it is indeed relevant, to that comprehensive extent wherein the CHRA "is binding on Her Majesty in right of Canada" (section 66), and wherein it figures in the jurisprudence earlier cited and recited above. The only exception, in fact, resides in section 67 in regard to the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5], no doubt because that statute (with section 25 [as am. by SI-84-102, s. 2] of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]) purports to validate racial distinction and the segregation of people by race. It cannot be correctly asserted that the *Public Service Employment Act*, including the section 31 appeal board, may operate obliviously without regard for the imperatives of the CHRA.

In view of the applicant's admission by counsel that she was, at the material time of the deputy head's recommendation, incapable of performing the duties of her CR-03 position, the respondent's citation of *Ahmad v. Public Service Commission*, [1974] 2 F.C. 644 (C.A.) especially at pages 646-647, is of no consequence in these proceedings. Thus, did the applicant's counsel narrow the scope of the relief which she originally sought herein.

There can be no doubt, in light of the jurisprudential authorities, if not also the statutory authority of the CHRA's section 2, that the whole Public Service apparatus of State, unless somewhere exempted in clear statutory words, must operate consistently with the principle, purpose and precise provisions of the human rights legislation. Deputy heads are not exempt from obedience to the CHRA, any more than anyone else. The root of this matter lies beyond the Board: it proceeds from the deputy head's conduct, as reviewed by the Board. Public servants are entitled to employment treatment and conditions in compliance

déclare clairement y apporter une exception; par contre, la législation sur les droits de la personne postérieure à une autre mesure législative avec laquelle elle est incompatible abroge de façon implicite cette dernière.

<sup>a</sup> L'avocat de l'intimé soutient néanmoins que le simple fait d'invoquer les droits de la personne n'oblige pas le Comité de suivre sur ce terrain. Il estime, en ce qui concerne le comité prévu à l'article 31, que les dispositions de la LCDP ne sont pas pertinentes. Je crois, pour ma part, qu'elles sont entièrement pertinentes dans toute la mesure où la LCDP «lie Sa Majesté du chef du Canada» (article 66), et dans la mesure où cette loi est évoquée dans la jurisprudence à laquelle nous nous référons et que nous citons plus haut. D'ailleurs, la seule exception à cet égard est prévue à l'article 67 par rapport à la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5] et c'est sans doute parce que cette loi (ainsi que l'article 25 [mod. par TR-84-102, art. 2] de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]) vise à entériner une distinction fondée sur la race. On ne saurait donc affirmer que la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, y compris le comité d'appel prévu en son article 31, puisse fonctionner sans tenir compte des prescriptions de la LCDP.

<sup>f</sup> L'avocat de la requérante ayant reconnu qu'à l'époque où l'administrateur général a formulé sa recommandation, sa cliente était incapable de remplir les fonctions de son poste de CR-03, il n'y a pas lieu de s'arrêter à l'arrêt *Ahmad c. La Commission de la Fonction publique*, [1974] 2 C.F. 644 (C.A.) invoqué en l'espèce par l'intimé, et notamment les pages 646 et 647. L'avocat de la requérante a en effet borné ses revendications initiales.

<sup>h</sup> Vu l'état de la jurisprudence, il n'y a aucun doute que, sauf dérogation législative expresse, et les prescriptions de l'article 2 de la LCDP, l'ensemble des services de l'État doivent, dans leur fonctionnement, se conformer au principe, à l'objet et aux dispositions précises du texte régissant les droits de la personne. Comme à tout un chacun, il incombe aux administrateurs généraux de respecter les dispositions de la LCDP. L'affaire qui nous intéresse n'a pas sa source au sein du Comité: son point de départ est l'action de l'administrateur général, action qui a été portée devant le Comité pour examen. Les fonctionnaires

with the clear principle, stated purpose and precise provisions of the CHRA. The respondent's counsel's not inconsiderable line of argument posits *inter alia* that the two statutes operate on different planes, or in "watertight compartments" (the Court's phraseology) <sup>a</sup> but that premise is seen to be untenable.

The resolution of the first issue stated in the first paragraph of these reasons is: yes, a Public Service appeal board, in adjudicating an appeal pursuant to section 31 of the Act is indeed bound to apply the employment provisions of the CHRA. <sup>c</sup>

The next question is, did the Board do so adequately, or at all, in this case? In order to apply the CHRA's provisions, the Board must follow the statute and the jurisprudence generated pursuant to it. <sup>d</sup>

In terms of the statute, it is clear that the applicant's physical/neurological incapacity or handicap from performing the duties of her CR-03 position, constitute a "disability" as that word is meant and understood in section 2 and subsection 3(1) of the CHRA. So, in applying section 7 to this case, it is a discriminatory practice, directly or indirectly to refuse to . . . continue to employ the applicant, or, in the course of employment to differentiate adversely in relation to the applicant on the ground of her disability. There is, of course, the exception in section 15 earlier mentioned, to the effect that it is not unlawful discrimination if any exclusion or expulsion (that is, "release") in relation to the applicant's employment is established by the respondent to be based on a BFOR. <sup>f</sup>

Section 15, itself, has generated some interpretive jurisprudence. A *bona fide* occupational requirement, a BFOR, is a more complex concept than its deceptively simple expression reveals. The case of *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, is mentioned in the earlier above recited passage of Mr. Jus- <sup>g</sup>

ont droit, en cours d'emploi, à un traitement et à des conditions de travail conformes au principe clair, à l'objet énoncé et aux dispositions précises de la LCDP. Par une argumentation qui n'est pas négligeable, l'avocat de l'intimé fait valoir, entre autres, que les deux lois se situent sur des plans différents, chacune étant dans un «compartiment étanche» (selon une expression de la Cour), mais cette thèse ne me paraît guère fondée. <sup>b</sup>

La réponse qu'il convient d'apporter à la première des deux questions évoquées au paragraphe un de ces motifs est la suivante: oui, en tranchant un appel conformément à l'article 31 de la Loi, un comité d'appel de la fonction publique est effectivement tenu de faire application des dispositions de la LCDP relatives à l'emploi. <sup>e</sup>

Il s'agit ensuite de dire si, en l'occurrence, le Comité a correctement appliqué ces dispositions, si tant est, bien sûr, qu'il les ait appliquées. Pour assurer l'application des dispositions de la LCDP, le Comité doit à la fois suivre les dispositions de la loi et se conformer à la jurisprudence à laquelle elles ont donné lieu. <sup>e</sup>

Sur le simple plan de la loi, il est clair que le handicap, l'incapacité physique/neurologique qui empêche la requérante de remplir ses fonctions de CR-03, constitue une «déficience» au sens de l'article 2 et du paragraphe 3(1) de la LCDP. Ainsi, aux termes de l'article 7, cela constitue une pratique discriminatoire que de, par des moyens directs ou indirects, refuser . . . de continuer à employer la requérante, ou, en cours d'emploi, de la défavoriser du fait de sa déficience. Rappelons, comme nous l'avons noté plus haut, que l'article 15 comporte une exception voulant qu'il n'y ait pas discrimination illégale si l'intimé parvient à établir que l'exclusion ou l'expulsion (c'est-à-dire le «renvoi») qui frappe la requérante dans son emploi est fondée sur une exigence professionnelle justifiée. <sup>h</sup>

L'article 15 a lui-même eu l'occasion d'être interprété par les tribunaux. Ainsi, l'exigence professionnelle justifiée, ou EPJ, revêt une réalité plus complexe que ne donnerait à penser la simplicité trompeuse de cette expression. L'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536, <sup>i</sup>

tice La Forest in the *Robichaud* case. In the *O'Malley* case the judgment of the Supreme Court of Canada was written by Mr. Justice McIntyre and he defined "adverse effect discrimination" and related it, at least peripherally, to the BFOR. Noting that in cases of direct and wilful discrimination, motive or intent is or may be shown, McIntyre J. is reported at pages 549-550 thus:

It would be extremely difficult in most circumstances to prove motive, and motive would be easy to cloak in the formation of rules which, though imposing equal standards, could create, as in *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), injustice and discrimination by the equal treatment of those who are unequal (*Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950), at p. 184). Furthermore, as I have endeavoured to show, we are dealing here with consequences of conduct rather than with punishment for misbehaviour. In other words, we are considering what are essentially civil remedies. The proof of intent, a necessary requirement in our approach to criminal and punitive legislation, should not be a governing factor in construing human rights legislation aimed at the elimination of discrimination.

The idea of treating as discriminatory regulations and rules not discriminatory on their face but which have a discriminatory effect, sometimes termed adverse effect discrimination, is of American origin and is usually said to have been introduced in the *Duke Power* case, *supra*, in the Supreme Court of the United States. . . . There was no provision in the relevant statute, the *Civil Rights Act of 1964*, (Title VII, 78 Stat. 255, s. 703(a)(1)) 42 USCS § 2000e-2(a)(1), which directed such an interpretation.

In the *O'Malley v. Simpsons-Sears* case, McIntyre J. noted [at page 550] that although there was "no express statutory support in Ontario, Inquiry Board chairmen have introduced the concept" of the adverse effect principle despite that lack, and he cited a few instances, saying that there are also several others. On page 551 he is reported as crafting this clear explanation of adverse effect discrimination:

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.

est mentionné dans l'extrait que nous avons cité du jugement rendu par le juge La Forest dans l'affaire *Robichaud*. Dans l'arrêt *O'Malley*, le jugement de la Cour suprême du Canada a été rédigé par le juge McIntyre qui, précisant la définition de ce qu'on entend par «discrimination par suite d'un effet préjudiciable», établit un lien, au moins indirect, entre ce concept et l'EPJ. Relevant que le simple exercice d'une discrimination directe et délibérée peut permettre de conclure à l'existence d'un mobile ou d'une intention, le juge McIntyre explique, aux pages 549 et 550 que:

Il serait extrêmement difficile dans la plupart des cas de prouver le mobile et il serait facile de camoufler ce mobile en formulant des règles qui, tout en imposant des normes d'égalité, créeraient, comme dans l'affaire *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), des injustices et de la discrimination en traitant également ceux qui sont inégaux (*Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950), à la p. 184). De plus, comme j'ai tenté de le démontrer, nous avons ici affaire aux conséquences d'une conduite plutôt qu'à la punition d'une mauvaise conduite. En d'autres termes, nous sommes saisis essentiellement de voies de recours civiles. La preuve de l'intention, une exigence nécessaire dans notre façon d'aborder une loi criminelle et punitive, ne devrait pas être un facteur déterminant dans l'interprétation d'une loi sur les droits de la personne qui vise à éliminer la discrimination. Je suis d'avis que les tribunaux d'instance inférieure ont eu tort de conclure que l'intention d'établir une distinction constitue un élément de preuve nécessaire.

L'idée de considérer comme discriminatoires un règlement et des règles qui ne sont pas discriminatoires à première vue, mais qui ont un effet discriminatoire, parfois appelé discrimination par suite d'un effet préjudiciable, est d'origine américaine et, dit-on habituellement, a fait son apparition dans l'affaire *Duke Power*, précitée, de la Cour suprême des États-Unis. . . . Il n'y avait, dans la loi pertinente, la *Civil Rights Act of 1964* (Title VII, 78 Stat. 255, s. 703(a)(1)), 42 USCS, § 2000e-2(a)(1), aucune disposition exigeant une telle interprétation.

Dans l'arrêt *O'Malley c. Simpsons-Sears*, le juge McIntyre a relevé [à la page 550] que, malgré «l'absence d'appui législatif explicite en Ontario que les présidents de commissions d'enquête ont introduit le concept» du principe de l'effet préjudiciable, et il a cité quelques cas, ajoutant qu'il en existait plusieurs autres. À la page 551, il élabore une explication claire de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable:

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

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.

Finally, on page 552, McIntyre J. relates adverse effect discrimination obliquely to "the *bona fide* occupational qualification defence." He is reported there, thus:

Where discrimination in connection with employment on grounds of a person's creed is found, is that person automatically entitled to remedies provided in the *Ontario Human Rights Code*? One of the arguments advanced in this Court and in the courts below was based on the fact that the Code, while prohibiting discrimination on the basis of creed, contains no saving or justifying clause for the protection of the employer. Such a saving provision is found in s. 4(6) for cases concerning discrimination on the basis of age, sex, and marital status—the *bona fide* occupational qualification defence. This omission was said to create a vacuum in the Code and was relied on for the proposition that only intentional discrimination was prohibited because without some such protection the innocent discriminator would be defenceless. While I reject that argument as support for a limitation of the Code to intentional discrimination, I do not on the other hand accept the proposition that on a showing of adverse effect discrimination on the basis of religion the right to a remedy is automatic.

Nevertheless, the Court, through the pen of McIntyre J. found a real employer's duty to accommodate

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.

Puis, à la page 552, le juge McIntyre établit un lien oblique entre la discrimination par suite d'un effet préjudiciable et le «moyen de défense fondé sur l'exigence professionnelle réelle». Voici le raisonnement qu'il tient:

Lorsqu'on conclut qu'il y a discrimination en matière d'emploi, fondée sur la croyance d'une personne, cette personne a-t-elle automatiquement droit aux redressements prévus par le *Code ontarien des droits de la personne*? L'un des arguments soumis à cette Cour et aux tribunaux d'instance inférieure reposait sur le fait que le Code, même s'il interdit la discrimination fondée sur la croyance, ne contient aucune réserve ou clause justificative protégeant l'employeur. On trouve une réserve de ce genre au par. 4(6) relativement aux cas de discrimination fondée sur l'âge, le sexe ou l'état matrimonial—le moyen de défense fondé sur l'exigence professionnelle réelle. Cette omission, a-t-on dit, crée un vide dans le Code et c'est sur elle que l'on s'est appuyé pour prétendre que seule la discrimination volontaire était interdite car, sans une telle protection, celui qui ferait innocemment de la discrimination serait sans défense. Tout en rejetant cet argument dans la mesure où il sert à limiter l'application du Code à la discrimination volontaire, je n'accepte pas d'autre part la thèse selon laquelle, dès qu'on démontre l'existence de discrimination religieuse par suite d'un effet préjudiciable, le droit à un redressement est automatique.

Par la voix du juge McIntyre, la Cour a néanmoins conclu à l'existence, chez l'employeur, d'une obliga-

an employee short of undue hardship for the employer, despite the lack of any express statutory base for it. In the final analysis, reasonable steps by the employer may cease at the point of undue hardship, but then, what? Mr. Justice McIntyre stated for the *O'Malley* case at page 555 and, of course, subsequent similar cases:

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.

The respondent's counsel argues strongly and well that once it is found that an applicant has been unable—incompetent or incapable—to perform the duties of his or her position, that is, unable to perform those duties which constitute a BFOR, that is the end of the matter pursuant to section 15 of the CHRA, for the “exclusion, expulsion, suspension” by paragraph 15(a) is not a discriminatory practice. It is curious that the CHRA does not employ the severance word expressed in subsections 31(1) and (5) of the Act, “release”; but it is certain that the meaning of the three words in paragraph 15(a) of the CHRA do comprehend the meaning of “release” in the sense of “release from employment” in the Public Service.

On the same day as the *O'Malley* judgment was released, December 17, 1985, the Supreme Court of Canada also released its judgment in *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561. This time Mr. Justice McIntyre wrote for what one might term the “layered” majority, with Madam Justice Wilson and Mr. Justice Beetz adopting their own reasons and those of McIntyre J. in disposing of the appeal as suggested by him. There, the appellant, a Sikh employee of the respondent railway company, would not wear a safety helmet to displace his turban, allegedly on religious grounds, as required by the employer for all maintenance electricians in compliance with paragraph 82(1)(b) of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1 and regulations made pursuant to paragraph 84(1)(g) thereof. The

tion de s'accommoder d'un employé, si tant est que cela n'impose pas à l'employeur une contrainte excessive et cela, malgré l'absence de toute disposition législative expresse en ce sens. En dernière analyse, les mesures raisonnables que doit prendre l'employeur peuvent cesser là où commence la contrainte excessive, mais, dans ce cas-là, que faire? Voici, à la page 555 du recueil, la conclusion du juge McIntyre dans l'affaire *O'Malley*, conclusion applicable, bien sûr, aux cas analogues:

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.

L'avocat de l'intimé soutient avec force et cohérence que, dans la mesure où il est établi qu'un requérant n'est pas à même—par incompetence ou incapacité—de remplir ses fonctions, c'est-à-dire qu'il n'est pas à même de remplir les fonctions qui constituent une exigence professionnelle normale, la question est réglée en ce qui concerne l'article 15 de la LCDP puisqu'aux termes de l'alinéa 15a) les «exclusions, expulsions, suspensions» ne constituent pas, dans ce cas, une pratique discriminatoire. Il me semble curieux que la LCDP n'utilise pas, en matière de licenciement, le mot qu'on trouve aux paragraphes 31(1) et (5) de la Loi, c'est-à-dire «renvoi»; mais il est certain que les trois mots utilisés à l'alinéa 15a) de la LCDP comprennent également le sens du mot «renvoi» dans l'expression «renvoyer un fonctionnaire».

Le jour où fut rendu public le jugement *O'Malley*, c'est-à-dire le 17 décembre 1985, la Cour suprême du Canada rendait aussi public son jugement dans l'affaire *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561. Dans ce cas-ci, le juge McIntyre a rédigé le jugement au nom de ce qu'on pourrait appeler une majorité «étagée» et, tout en se rangeant à la décision du juge McIntyre et à ses motifs, Madame le juge Wilson et le juge Beetz ont aussi exposé leurs propres motifs. Dans cette affaire, l'appelant, Un Sikh employé de la Compagnie de chemins de fer intimée, invoquait des motifs religieux pour refuser de porter, à la place de son turban, le casque de sécurité dont l'employeur imposait le port à tous les électriciens d'entretien, conformément à l'alinéa 82(1)b) du *Code*

respondent (sometimes herein: CN) applied the hard hat requirement some four and a half years after Bhinder became an employed maintenance electrician with CN in Toronto. The Human Rights Tribunal concluded that CN had engaged in a discriminatory practice, but this Court's Appeal Division [[1983] 2 F.C. 531] (Le Dain J. dissenting) being of the contrary view referred the matter back to the Tribunal for a disposition on the basis that CN's requirement to wear a security helmet while at work in the coach yard was not a discriminatory practice.

The *Bhinder* case was considered by the Supreme Court and reported at [1985] 2 S.C.R. 561. Writing effectively for the majority (Dickson C.J. and Lamer J. dissenting) Mr. Justice McIntyre is reported at pages 589-590, thus:

The [Human Rights] Tribunal was of the opinion that a liberal interpretation should be applied to the provisions prohibiting discrimination and a narrow interpretation to the exceptions. Accepting this as correct, it is nevertheless to be observed that where s. 14(a) applies, the subsection in the clearest and most precise terms says that where the *bona fide* occupational requirement is established, it is not a discriminatory practice. To conclude then that an otherwise established *bona fide* occupational requirement could have no application to one employee, because of the special characteristics of that employee, is not to give s. 14(a) a narrow interpretation; it is simply to ignore its plain language. To apply a *bona fide* occupational requirement to each individual with varying results, depending on individual differences, is to rob it of its character as an occupational requirement and to render meaningless the clear provisions of s. 14(a). In my view, it was error in law for the Tribunal, having found that the *bona fide* occupational requirement existed, to exempt the appellant from its scope.

It follows from the above that I disagree with the majority of the Court of Appeal in their finding that the *Canadian Human Rights Act* extends only to intentional discrimination. I am of the view for the reasons expressed above that the Act also comprehends unintentional and adverse effect discrimination. I am, however, in agreement with the majority of the Court of Appeal that there was error in law in the Board's determination of the *bona fide* occupational requirement question and the application of s. 14(a). I therefore dismiss the appeal and send

*canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1 et au règlement fondé sur son alinéa 84(1)g). L'intimée (parfois désignée ici sous la forme «CN») avait imposé le port du casque quelque quatre ans et demi après que Bhinder eut été engagé par CN à Toronto en tant qu'électricien chargé de l'entretien des équipements. Le tribunal des droits de la personne a décidé que le CN s'était livré à une pratique discriminatoire, mais la Section d'appel de cette Cour [[1983] 2 C.F. 531] (le juge Le Dain étant dissident) n'étant pas d'accord, la question fut renvoyée au tribunal pour être de nouveau tranchée selon la prémisse que le port obligatoire du casque de sécurité, imposé par CN à ses employés au cours de leur travail dans la gare de triage, ne constituait pas une pratique discriminatoire.

La Cour suprême s'est prononcée dans l'affaire *Bhinder*, son jugement étant publié dans [1985] 2 R.C.S. 561. Le juge McIntyre a rédigé le jugement au nom de la majorité (le juge en chef Dickson et le juge Lamer étant dissidents) et on lit, aux pages 589 et 590 du recueil:

Le tribunal [des droits de la personne] a été d'avis qu'il fallait donner une interprétation libérale aux dispositions interdisant la discrimination et une interprétation étroite aux exceptions. Même si cela est exact, il faut néanmoins noter que, lorsqu'il s'applique, l'al. 14a) dit en des termes on ne peut plus clairs et précis que, lorsqu'il est démontré qu'il s'agit d'une exigence professionnelle normale, il ne s'agit pas d'un acte discriminatoire. Conclure alors que ce qui constituerait par ailleurs une exigence professionnelle normale ne peut s'appliquer à un employé, en raison des caractéristiques spéciales de cet employé, revient non pas à donner une interprétation étroite à l'al. 14a), mais tout simplement à ne tenir aucun compte de ce qu'il dit clairement. Appliquer une exigence professionnelle normale à chaque individu avec des résultats variables, selon les différences personnelles, c'est la dépouiller de sa nature d'exigence professionnelle et faire perdre tout leur sens aux dispositions claires de l'al. 14a). À mon avis, le tribunal a commis une erreur de droit quand, après avoir constaté l'existence d'une exigence professionnelle normale, il a exempté l'appelant de son application.

Il s'ensuit que je ne suis pas d'accord avec la Cour d'appel à la majorité lorsqu'elle conclut que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne vise que la discrimination volontaire. Je suis d'avis, pour les motifs qui précèdent, que la Loi vise également la discrimination involontaire et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Cependant, je suis d'accord avec la Cour d'appel à la majorité pour dire que la commission a commis une erreur de droit en statuant sur la question de l'exigence professionnelle normale et sur l'application de l'al.

the matter back to the Tribunal for resolution in accordance with these reasons.

I cannot, however, leave this case, without further reference to the case of *O'Malley*. On facts for all purposes identical to those at bar, Mrs. O'Malley has received protection from the religious discrimination against which she complained and Bhinder has not. The difference in the two cases results from the difference in the two statutes. The *Ontario Human Rights Code* in force in the *O'Malley* case prohibited religious discrimination but contained no *bona fide* occupational requirement for the employer. The *Canadian Human Rights Act* contains a similar prohibition, but in s. 14(a) is set out in the clearest terms the *bona fide* occupational requirement defence. As I have already said, no exercise in construction can get around the intractable words of s. 14(a) and Bhinder's appeal must accordingly fail. It follows as well from the foregoing that there cannot be any consideration in this case of the duty to accommodate referred to in *O'Malley* and contended for by the appellants. The duty to accommodate will arise in such a case as *O'Malley*, where there is adverse effect discrimination on the basis of religion and where there is no *bona fide* occupational requirement defence. The duty to accommodate is a duty imposed on the employer to take reasonable steps short of undue hardship to accommodate the religious practices of the employee when the employee has suffered or will suffer discrimination from a working rule or condition. The *bona fide* occupational requirement defence set out in s. 14(a) leaves no room for any such duty for, by its clear terms where the *bona fide* occupational requirement exists, no discriminatory practice has occurred. As framed in the *Canadian Human Rights Act*, the *bona fide* occupational requirement defence when established forecloses any duty to accommodate.

The *Bhinder* case seemed to provide a clear and simple, even literal interpretation of the CHRA, but within 5 years thereafter a slim majority (4 to 3) of the Supreme Court of Canada began to have second, more complex thoughts about the subject-matter, including the meaning of BFOR. The case is *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489. The issue is concisely described in the recorded words, at page 494, of Madam Justice Wilson for the majority:

The principal question raised in this appeal is whether a particular attendance rule imposed by the respondent employer on an employee is a *bona fide* occupational qualification

14(a). Je rejette donc le pourvoi et renvoie l'affaire au tribunal pour qu'il statue sur celle-ci conformément aux présents motifs.

Je ne puis cependant terminer sans mentionner l'affaire *O'Malley*. Dans des circonstances à toutes fins identiques à celle de l'espèce, M<sup>me</sup> O'Malley a obtenu protection contre la discrimination religieuse dont elle se plaignait et Bhinder ne l'a pas obtenue. La différence entre ces deux cas résulte de la différence entre les deux lois. Le *Code ontarien des droits de la personne* en vigueur dans l'affaire *O'Malley* interdisait la discrimination fondée sur la religion, mais ne comportait aucune exception d'exigence professionnelle normale au profit de l'employeur. La *Loi canadienne sur les droits de la personne* comporte une interdiction similaire, mais son al. 14(a) énonce de façon on ne peut plus claire le moyen de défense fondé sur l'exigence professionnelle normale. Comme je viens de le dire, aucune méthode d'interprétation ne peut permettre de contourner les termes irréductibles de l'al. 14(a) et le pourvoi de Bhinder doit en conséquence échouer. Il s'ensuit aussi qu'il n'y a pas lieu en l'espèce de prendre en considération l'obligation d'accommodement dont il est question dans l'affaire *O'Malley* et qu'invoquent les appelants. Il y a obligation d'accommodement dans des cas où, comme l'affaire *O'Malley*, il y a discrimination religieuse par suite d'un effet préjudiciable et où il n'y a aucun moyen de défense fondé sur une exigence professionnelle normale. L'obligation d'accommodement est l'obligation, imposée à l'employeur, de prendre des mesures raisonnables, sans que cela ne cause une contrainte excessive, pour composer avec les pratiques religieuses de l'employé qui est victime de discrimination en raison d'une règle ou condition de travail. Le moyen de défense fondé sur l'exigence professionnelle normale, énoncé à l'al. 14(a), ne laisse aucune place à une obligation de ce genre car il ressort clairement de cet alinéa que, lorsqu'il existe une exigence professionnelle normale, il n'y a pas d'acte discriminatoire. Selon sa formulation dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le moyen de défense fondé sur l'exigence professionnelle normale, lorsqu'il est établi, exclut toute obligation d'accommodement.

L'arrêt *Bhinder* semblait donner une interprétation claire et simple, voire littérale, de la LCDP, mais, moins de cinq ans plus tard, une petite majorité (4 à 3) de la Cour suprême du Canada commença à repenser certains des aspects plus complexes de la question, y compris ce qu'il convient d'entendre par EPJ. Il s'agit de l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489. La question est exposée de manière concise par Madame le juge Wilson s'exprimant au nom de la majorité de la Cour. Ainsi, à la page 494 du recueil:

La principale question dans le présent pourvoi est de savoir si une règle particulière concernant la présence au travail imposée par l'employeur intimé à un employé est une exigence

(“FBOQ”) under the Alberta *Individual’s Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2 (“the Act”). In the event that this Court answers the question in the negative, we are further called upon by the parties to consider whether the respondent might defend itself from a charge of religious discrimination by proving that it accommodated the employee up to the point of undue hardship.

The above cited case concerned the complainant’s religious holy days which occurred on very busy working days in the employer’s dairy. Having found that attendance in compliance with the employer’s work schedule was a BFOQ (same as a BFOR), the Queen’s Bench Judge [(1986), 73 A.R. 57] (citing the reasons of McIntyre J., in *Bhinder*) concluded that the employer had no duty to accommodate, and in fact, that the employer had reasonably accommodated the employee’s religious exigencies. The employee, however, had failed, according to the Queen’s Bench Judge, to accommodate the employer’s reasonable needs in that he [at page 60] “did not make diligent and complete inquiries of his Church representative to determine whether satisfactory solutions could be found.” The Judge relied on evidence from another member of the same church who testified that [at page 60] “if the requirement to work on holy days is an ongoing situation, a person has the responsibility to seek over time, other employment which will allow observance of holy days.” Such, he said, was the complainant’s circumstance. The foregoing, taking account of the different disability in the present case, is the Attorney General’s posture in the present case at bar. In the *Dairy Pool* case, the Alberta Court of Appeal [(1988), 56 D.L.R. (4th) 192] virtually adopted and ratified the Queen’s Bench’s decision in the matter.

Noting that [at page 502] “a review of the relevant authorities suggests that they may not be completely compatible”, Madam Justice Wilson, in the *Alberta Dairy Pool* case, went on to analyse *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, *O’Malley* (earlier above cited) and *Bhinder* (also above cited). In the latter case, she closely considered the dissent of Dickson, then C.J., and Lamer, now C.J. She is reported at page 509 thus:

professionnelle normale («EPN») au sens de la *Individual’s Rights Protection Act* de l’Alberta, R.S.A. 1980, ch. I-2 («la Loi»). Dans l’éventualité où notre Cour répondrait par la négative, les parties nous demandent de déterminer si l’intimée pourrait se défendre d’une accusation de discrimination religieuse en démontrant qu’elle a tenu compte de la situation de l’employé dans la mesure où elle n’en subissait pas de contraintes excessives.

Dans cette affaire, les fêtes religieuses observées par le plaignant coïncidaient avec des journées de travail très chargées dans la laiterie de l’employeur. Ayant estimé que la présence au travail, conformément à l’emploi du temps fixé par l’employeur, était une QPJ (ce qui est la même chose qu’une EPJ), le juge du Banc de la Reine [(1986), 73 A.R. 57] (invoquant les motifs du juge McIntyre dans l’arrêt *Bhinder*) a conclu que l’employeur n’était tenu à aucune obligation d’accommodement, ajoutant que l’employeur avait même composé, dans les limites du raisonnable, avec les obligations religieuses de son employé. Selon le juge du Banc de la Reine, l’employé avait, lui, manqué d’accommoder les besoins raisonnables de son employeur, [à la page 60] [TRADUCTION] «n’ayant pas effectué, auprès du représentant de son église, les démarches complètes et actives qui lui auraient permis de voir s’il n’y aurait pas moyen de trouver une solution satisfaisante». Le juge s’est fondé sur les témoignages d’un autre fidèle de cette église, qui avait témoigné [à la page 60] que [TRADUCTION] «si l’obligation de travailler les jours de fête religieuse se prolonge, l’intéressé devra finir par trouver un autre travail qui lui permettra d’observer les fêtes religieuses». D’après lui, cela valait pour le plaignant. C’est ce que, *mutatis mutandis*, le procureur général fait valoir en l’espèce. Dans l’affaire *Dairy Pool*, la Cour d’appel de l’Alberta [(1988), 56 D.L.R. (4th) 192] s’est presque entièrement rangée à l’avis de la Cour du Banc de la Reine.

Notant [à la page 502] «qu’[u]n examen des arrêts pertinents donne toutefois à penser qu’ils pourraient ne pas être totalement compatibles», Madame le juge Wilson procède, dans l’arrêt *Alberta Dairy Pool*, à une analyse des arrêts *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d’Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, *O’Malley* (précité) et *Bhinder* (précité également). Dans *Alberta Dairy Pool*, elle se penche de près sur l’opinion dissidente du juge Dickson, juge en chef à l’époque, et du juge

Dickson C.J., in effect, focussed upon the *bona fide* aspect of the BFOR and found that an occupational requirement could not be imposed *bona fide* unless the employer had exercised its duty to accommodate those on whom the requirement would have an adverse impact. The purpose of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, he stressed, was to prevent discrimination, and discrimination resulting from adverse impact could only be prevented by importing into the BFOR a duty to accommodate. Quoting from his judgment at p. 571:

The words "occupational requirement" mean that the requirement must be manifestly related to the occupation in which the individual complainant is engaged. Once it is established that a requirement is "occupational", however, it must further be established that it is "*bona fide*". A requirement which is *prima facie* discriminatory against an individual, even if it is in fact "occupational", is not *bona fide* for the purpose of s. 14(a) if its application to the individual is not reasonably necessary in the sense that undue hardship on the part of the employer would result if an exception or substitution for the requirement were allowed in the case of the individual. In short, while it is true the words "occupational requirement" refer to a requirement manifest to the occupation as a whole, the qualifying words "*bona fide*" require an employer to justify the imposition of an occupational requirement on a particular individual when such imposition has discriminatory effects on the individual.

Dickson C.J. saw no conflict between his interpretation of a BFOR in this case and the judgment of this Court in *Etobicoke*. He refers to the passage from the Court's judgment in *Etobicoke* (quoted *supra*) in which McIntyre J. describes a BFOQ as being objectively related to and "reasonably necessary" for the performance of the job.

So, Madam Justice Wilson, in the *Dairy Pool* case, went on to observe, at pages 512-513:

It seems to me in retrospect that the majority of this Court may indeed have erred in concluding that the hard hat rule was a BFOR. I say that not because I disagree with the test set out in *Etobicoke* nor because I accept the proposition advanced by those in dissent that accommodation is a necessary component of a BFOR, but for two other reasons.

First, the rule was not, to use the terminology of *Etobicoke*, "reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public". The Tribunal found as a fact that the failure of Mr. Bhinder to wear a hard hat would not affect his ability to work as a maintenance electrician or pose any threat to the safety of his co-workers or to the public at large. The Tribunal did find that not wearing a hard hat would increase the risk to Mr. Bhinder himself, but only marginally. In light of the findings of fact by the Tribunal, I

Lamer, actuellement juge en chef. On trouve ainsi, à la page 509:

Le juge en chef Dickson a mis en fait l'accent sur le caractère «normal»: il a jugé qu'une exigence professionnelle ne pouvait être «normale» que dans la mesure où l'employeur avait rempli son obligation d'accommodement à l'égard des employés sur qui l'exigence pouvait avoir un effet préjudiciable. L'objet de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, a-t-il souligné, est de prévenir la discrimination et la seule façon d'y parvenir dans le cas de la discrimination résultant d'un effet préjudiciable est d'incorporer à l'EPN une obligation d'accommodement. Voici un extrait de ses motifs à la p. 571:

L'expression «exigence professionnelle» signifie que l'exigence doit manifestement être liée à l'activité professionnelle à laquelle le plaignant s'adonne. Cependant, dès qu'il est établi qu'une exigence est «professionnelle», il doit aussi être démontré qu'elle est «normale». Une exigence en apparence discriminatoire à l'égard d'un individu, même si elle est en fait d'ordre «professionnel» n'est pas normale pour les fins de l'al. 14a) si son application à l'individu n'est pas raisonnablement nécessaire, en ce sens qu'il en résulterait une contrainte excessive pour l'employeur si on permettait de faire exception ou de substituer quelque chose à cette exigence dans le cas de cet individu. En bref, s'il est vrai que l'expression «exigence professionnelle» désigne une exigence évidente de l'emploi dans son ensemble, le qualificatif «normale», requiert de l'employeur qu'il justifie l'imposition d'une exigence professionnelle à un individu particulier lorsqu'elle a des effets discriminatoires sur celui-ci.

Le juge en chef Dickson n'a vu aucun conflit entre son interprétation de l'EPN dans cette affaire et le jugement de notre Cour dans *Etobicoke*. Il s'est référé au passage de cet arrêt (cité précédemment) où le juge McIntyre décrit une EPN comme se rapportant objectivement et étant «raisonnablement nécessaire» à l'exécution du travail.

Plus loin, aux pages 512 et 513 de l'arrêt *Dairy Pool*, Madame le juge Wilson déclare:

J'estime, avec le recul, que la majorité de cette Cour s'est peut-être trompée en concluant que la règle du casque de sécurité était une EPN. Ce n'est pas que je sois en désaccord avec le critère énoncé dans l'arrêt *Etobicoke* ou que j'accepte la thèse des dissidents selon laquelle l'accommodement est une composante essentielle de l'EPN. L'opinion que j'exprime se fonde sur deux autres raisons.

En premier lieu, la règle n'était pas, pour reprendre les termes utilisés dans *Etobicoke*, «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». Le tribunal a conclu que, dans les faits, le refus de M. Bhinder de porter un casque de sécurité n'influerait pas sur sa capacité de travailler comme électricien d'entretien, ni ne constituerait une menace pour la sécurité de ses compagnons de travail ou du public en général. Il a certes admis que le fait de ne pas porter le casque de sécurité accrois-

think it is difficult to support the conclusion of the majority of the Court that the hard hat rule was reasonably necessary for the safety of Mr. Bhinder, his fellow employees and the general public.

My second reason for questioning the correctness of *Bhinder* concerns the assumption that underlies both the majority and minority judgments, namely that a BFOR defence applies to cases of adverse effect discrimination. Upon reflection, I think we may have erred in failing to critically examine this assumption. As McIntyre J. notes in *O'Malley*, the BFOQ test in *Etobicoke* was formulated in the context of a case of direct discrimination on the basis of age. 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. The ideal of human rights legislation is that each person be accorded equal treatment as an individual taking into account those attributes. Thus, justification of a rule manifesting a group stereotype depends on the validity of the generalization and/or the impossibility of making individualized assessments.

Then, on pages 516-517, Madam Justice Wilson, is reported, thus:

For these reasons, I am of the view that *Bhinder* is correct in so far as it states that accommodation is not a component of the BFOR test and that once a BFOR is proven the employer has no duty to accommodate. It is incorrect, however, in so far as it applied that principle to a case of adverse effect discrimination. 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.

These criteria seem to be so formulated as to guarantee an unceasing flow of litigation, for, in each case, some adjudication appears to be needed to identify a BFOR, whether the complaint alleges adverse effect discrimination, whether accommodation has been effected and whether it be effected to the always debatable point of "undue" hardship. The Supreme Court has promulgated a much more complex, but

sait le risque que courait M. Bhinder lui-même, mais très légèrement. Vu ces conclusions de fait du tribunal, il est à mon avis difficile d'appuyer la conclusion de la majorité de cette Cour que la règle du casque de sécurité était raisonnablement nécessaire pour assurer la sécurité de M. Bhinder, de ses compagnons de travail et du public en général.

La deuxième raison qui me porte à remettre en question la justesse de l'arrêt *Bhinder* tient au postulat sous-jacent à l'opinion de la majorité comme à celle de la minorité, savoir que le moyen de défense de l'EPN s'applique dans les cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable. À la réflexion, j'estime qu'il est possible que nous ayons commis une erreur en ne procédant pas à un examen critique de ce postulat. Comme le juge McIntyre le fait observer dans l'arrêt *O'Malley*, le critère de l'EPN de l'arrêt *Etobicoke* a été formulé dans le contexte d'un cas de discrimination directe fondée sur l'âge. 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. L'idéal que visent les lois sur les droits de la personne est justement de faire en sorte que chacun reçoive un traitement égal en tant qu'individu, eu égard à ces attributs. Par conséquent, la justification d'une règle révélant un stéréotype de groupe dépend ou bien de la validité de la généralisation ou bien de l'impossibilité d'évaluer chaque cas individuellement, ou des deux.

Plus loin, aux pages 516 et 517, Madame le juge Wilson ajoute:

Pour ces motifs, je suis d'avis que l'arrêt *Bhinder* est bien fondé lorsqu'il énonce que l'accommodement n'est pas un élément du critère de l'EPN et qu'une fois démontrée l'existence d'une EPN, l'employeur n'a pas d'obligation d'accommodement. En revanche, cet arrêt est mal fondé dans la mesure où il applique ce principe à un cas de discrimination indirecte. 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 des droits 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.

La manière dont ont été formulés ces critères assurera un flot ininterrompu de procès tant il semble que, dans chaque cas, le tribunal doit constater l'existence d'une EPJ et vérifier s'il y a eu discrimination par suite d'un effet préjudiciable, s'il y a eu tentative d'accommodement et si cet effort d'accommodement a atteint le point de la contrainte excessive, ce qui est toujours question d'appréciation. La Cour suprême a

perhaps more just, regime than Parliament, as interpreted by McIntyre J. in *Bhinder* promulgated. As if to confirm the verity of the above observation, Madam Justice Wilson in the *Alberta Dairy Pool* case, is further reported, starting at page 517, to have considered the Quebec case of *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279. That case dealt with the municipality's anti-nepotism hiring policy disqualifying spouses and relatives of full-time employees and councillors from employment with the town, as distinct from the Quebec Charter's [*Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q. 1977, c. C-12] prohibition of discrimination on the basis of "civil status". In *Brossard*, Mr. Justice Beetz held that the employer's anti-nepotism rule was cast too broadly, and Madam Justice Wilson agreed that the rule was not a BFOQ because less drastic, more reasonable alternatives to the total ban were logically available to be undertaken. She said that such an approach was endorsed and applied by the Supreme Court in *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297 (called the *Saskatoon Fire Fighters* case).

The *Saskatoon Fire Fighters* case dealt with the mandatory retirement age provided for in the collective agreement between the City and the Union and incorporated into the City's by-law. Chief Craig complained to the provincial Human Rights Commission that his forced retirement at 60 contravened the Code's [*The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1] prohibition against discrimination on the basis of age and that it could not be justified as a "reasonable occupational qualification and requirement (roqr) as mentioned in the Code's subsection 16(7)." There, the question was related to the probability of physical disability to perform a fire fighter's role at an age older than 60, and whether tests could be devised and applied to make such a determination. Here, the applicant's counsel has admitted that Ms. MacNeill does indeed suffer a physical disability—or literally, is incapable—in regard to the performance of her duties. Indeed, she surely has undergone individualized testing which by

élaboré un régime beaucoup plus complexe, mais plus juste aussi peut-être, que celui qui résultait des règles édictées par le législateur telles qu'interprétées par le juge McIntyre dans l'arrêt *Bhinder*. C'est ce qui ressort du passage de l'arrêt *Alberta Dairy Pool* où, aux pages 517 et suivantes du recueil, Madame le juge Wilson se réfère à une affaire québécoise *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279. Cette affaire portait sur les clauses anti-népotisme prévues dans la politique d'emploi de la municipalité. Étaient ainsi inadmissibles aux emplois municipaux le conjoint et autres membres de la famille des employés à plein temps ou des conseillers municipaux. On opposait ces clauses aux dispositions de la Charte [*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1977, ch. C-12] québécoise interdisant toute discrimination fondée sur l'«état civil». Dans l'arrêt *Brossard*, le juge Beetz a décidé que la règle anti-népotisme fixée par l'employeur était formulée de manière trop générale, Madame le juge Wilson convenant que cette règle ne constituait pas une EPJ car, au lieu de cette interdiction générale, la logique aurait dicté une solution moins radicale, plus raisonnable. C'est aussi, selon elle, la solution proposée et retenue par la Cour suprême dans l'arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297 (dit l'arrêt des *Pompiers de Saskatoon*).

En cause dans l'affaire des *Pompiers de Saskatoon* était l'âge de la retraite obligatoire prévu dans la convention collective signée par la ville et le syndicat, et reprise dans le règlement municipal. Le chef Craig avait porté plainte devant la Commission provinciale des droits de la personne, estimant qu'en l'obligeant à prendre sa retraite à 60 ans, on allait à l'encontre des dispositions du Code [*The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, ch. S-24.1] interdisant la discrimination fondée sur l'âge et ajoutant que cette discrimination ne se justifiait pas en tant que [TRADUCTION] «exigence professionnelle raisonnable telle que prévue au paragraphe 16(7) du Code». Dans cette affaire, on se demandait quelles étaient les probabilités qu'après l'âge de 60 ans une déficience physique empêche quelqu'un d'exercer le métier de pompier, et s'il n'y aurait pas un test qui permettrait de trancher cette question. En l'occurrence, l'avocat de la requérante admet que M<sup>me</sup> MacNeill souffre d'une déficience physique—qu'elle est, au sens premier de

contrast was one of the contentious issues in the *Saskatoon Fire Fighters* case, wherein *Air Canada v. Carson*, [1985] 1 F.C. 209 (C.A.) (in which Mr. Justice Mahoney's practical observation about an individual basis, over a blanket refusal), is favourably cited, as pointing "the way to the proper approach".

No doubt "the way" was certainly made more manifest in the Supreme Court's judgment, written by Mr. Justice Sopinka, in *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970. This last cited judgment, like *O'Malley*, *Bhinder* and *Alberta Dairy Pool* featured complaints based on the employee's religion, in *Renaud*, Seventh-day Adventism. In the opening paragraph of *Renaud*, Sopinka J. is reported, at pages 975-976 thus:

The issue raised in this appeal is the scope and content of the duty of an employer to accommodate the religious beliefs of employees and whether and to what extent that duty is shared by a trade union. While this duty has been recognized and discussed as it relates generally to employers (*Ontario Human Rights Commission*) and *O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at pp. 552-56, and *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at pp. 520-29), little judicial consideration has been given to the question raised by the involvement of a collective agreement and a certified trade union. Is a trade union liable for discrimination if it refuses to relax the provisions of a collective agreement and thereby blocks the employer's attempt to accommodate? Must the employer act unilaterally in these circumstances? These are issues that have serious implications for the unionized workplace.

In regard to the present case at bar, the importance of *Renaud* resides in the Supreme Court's confirmed acceptance of a duty to accommodate notwithstanding the presence of a *bona fide* occupational requirement, in cases of adverse effect discrimination. The employer's duty to accommodate the employee's religion's exigencies, exacts of the employer reasonable measures, short of undue hardship. Here the Court held that the notions of "reasonable" and "undue hardship" are simply alternate ways of expressing the same concept.

ce terme, incapable—qui touche à l'exercice de ses fonctions. Sans doute a-t-elle passé des tests, contrairement à ce qui s'était passé dans l'affaire des *Pompiers de Saskatoon* où c'était justement un des points en litige. Cet arrêt cite d'ailleurs l'affaire *Air Canada c. Carson*, [1985] 1 C.F. 209 (C.A.) où la remarque de bon sens du juge Mahoney, estimant qu'une mesure individuelle vaut mieux qu'une interdiction générale, est citée avec approbation comme indiquant «la voie à suivre».

Sans doute la «voie à suivre» est-elle encore plus clairement indiquée dans le jugement de la Cour suprême, rédigé par le juge Sopinka, dans l'arrêt *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970. Dans cette affaire, comme dans les affaires *O'Malley*, *Bhinder* et *Alberta Dairy Pool*, il s'agissait de plaintes ayant trait à la religion de l'employé qui, dans l'affaire *Renaud*, était l'adventisme du septième jour. Au premier paragraphe de l'arrêt *Renaud*, aux pages 975 et 976 du recueil, le juge Sopinka déclare que:

Il s'agit, en l'espèce, de définir l'étendue et la nature de l'obligation qui incombe à un employeur de composer avec les croyances religieuses des employés, et de déterminer si, et dans quelle mesure, cette obligation incombe également à un syndicat. Bien que cette obligation ait été reconnue et analysée dans la mesure où elle concerne généralement les employeurs (*Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, aux pp. 552 à 556, et *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, aux pp. 520 à 529), les tribunaux n'ont guère étudié la question soulevée par l'existence d'une convention collective et d'un syndicat accrédité. Le syndicat est-il coupable de discrimination si, en refusant d'assouplir les dispositions d'une convention collective, il gêne la tentative de l'employeur de s'entendre avec un employé? L'employeur doit-il agir unilatéralement en pareilles circonstances? Ce sont là des questions qui ont de graves répercussions sur le milieu de travail d'employés syndiqués.

Pour l'affaire qui retient ici notre attention, l'arrêt *Renaud* est important parce que la Cour suprême y confirme, dans les affaires de discrimination résultant d'un effet préjudiciable, le principe d'une obligation d'accommodement, et cela malgré l'existence d'une exigence professionnelle normale. Ainsi, tant que cela n'entraîne pas de contraintes excessives, l'employeur est tenu de prendre toute mesure raisonnable en vue de s'accommoder des besoins religieux de l'employé. Dans cet arrêt, la Cour a décidé que les notions de «raisonnable» et de «contrainte excessive»

Mr. Renaud's complaint resulted in an adjudication by "the member designate", appointed by the British Columbia Council of Human Rights to investigate the complaint of being required to work on Friday nights according to the collective agreement then and there in place. For purposes of the case at bar, Mr. Justice Sopinka's more notable passages, reported at pages 981-982, are these:

The respondents [CUPE, Local 523 and others] succeeded in the courts below in proceedings by way of *certiorari* based on alleged errors of law apparent on the face of the record. Accordingly, the appeal must succeed if the courts below were wrong that the member designate erred in law. The first ground upon which leave was granted was the basis for the decisions in the courts below. Both Dohm J. and the Court of Appeal decided that the member designate erred in finding a duty to accommodate in the face of a BFOR, which finding was contrary to *Bhinder*. Those decisions were made without the benefit of the reasons of this Court in *Central Alberta Dairy Pool, supra*, in which both the majority and the minority judgments held that there is a duty to accommodate notwithstanding the presence of a BFOR in cases of adverse effect discrimination. The majority put it this way at p. 517:

... 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.

In my minority judgment I indicated at p. 528 that:

An employer who wishes to avail himself of a general rule having a discriminatory effect on the basis of religion must show that the impact on the religious practices of those subject to the rule was considered, and that there was no reasonable alternative short of causing undue hardship to the employer.

The respondent employer conceded in this Court that notwithstanding the presence of a BFOR the employer had a duty to accommodate.

By reason of the foregoing, only the issues relating to the second ground are before us for determination.

Sopinka J. is further reported at page 989 of *Renaud*, thus:

The duty to accommodate developed as a means of limiting the liability of an employer who was found to have discriminated by the *bona fide* adoption of a work rule without any intention to discriminate. It enabled the employer to justify

sont simplement deux manières différentes d'exprimer un même concept.

La plainte de M. Renaud a été tranchée par un «membre désigné», nommé par la Commission des droits de la personne de la Colombie-Britannique qui entreprit une enquête sur l'obligation de travailler le vendredi soir, comme le prévoyait la convention collective en vigueur à l'époque. Voici les passages qui nous intéressent directement ici, tels qu'ils se trouvent aux pages 981 et 982 du recueil:

Devant les tribunaux d'instance inférieure, les intimés [SCFP, section 523 et autres] ont obtenu gain de cause dans des procédures par voie de *certiorari* fondées sur des allégations d'erreurs de droit apparentes à la lecture du dossier. Par conséquent, le pourvoi doit être accueilli si les tribunaux d'instance inférieure ont eu tort de conclure que le membre désigné avait commis une erreur de droit. Le premier motif pour lequel l'autorisation a été accordée porte sur le fondement des décisions des tribunaux d'instance inférieure. Le juge Dohm et la Cour d'appel ont décidé que le membre désigné a commis une erreur en concluant, contrairement à l'arrêt *Bhinder*, à l'existence d'une obligation d'accommodement, malgré la présence d'une EPN. Ces décisions ont été rendues sans que l'on bénéficie des motifs de notre Cour dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, précité, où tant les juges formant la majorité que ceux formant la minorité ont conclu que, dans les affaires de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, l'obligation d'accommodement existe nonobstant la présence d'une EPN. Les juges formant la majorité se sont exprimés ainsi à la p. 517:

... 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.

Dans mon jugement minoritaire, j'ai indiqué ceci à la p. 528:

L'employeur qui veut se prévaloir d'une règle générale ayant pour effet d'établir une discrimination fondée sur la religion doit démontrer qu'il a considéré les répercussions de cette règle sur les pratiques religieuses de ceux à qui elle s'applique, et qu'il n'existait aucune solution raisonnable qui ne lui aurait imposé des contraintes excessives.

L'employeur intimé a admis devant notre Cour qu'en dépit de l'existence d'une EPN, l'employeur avait une obligation d'accommodement.

En raison de ce qui précède, nous ne sommes saisis que des questions reliées au deuxième motif.

Plus loin, à la page 989 de l'arrêt *Renaud*, le juge Sopinka ajoute:

L'obligation d'accommodement est devenue un moyen de limiter la responsabilité d'un employeur dont on a conclu qu'il a involontairement fait preuve de discrimination en adoptant de bonne foi une règle de travail. Elle a permis à l'employeur

adverse effect discrimination and thus avoid absolute liability for consequences that were not intended. Section 8 of the Act, like many other human rights codes, prohibits discrimination against a person with respect to employment or any term or condition of employment without differentiating between direct and adverse effect discrimination. Both are prohibited. Moreover, any person who discriminates is subject to the sanctions which the Act provides. By definition (s. 1) [of the British Columbia *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22] a union is a person. Accordingly, a union which causes or contributes to the discriminatory effect incurs liability. In order to avoid imposing absolute liability, a union must have the same right as an employer to justify the discrimination. In order to do so it must discharge its duty to accommodate.

Earlier in his reasons (at page 982) Sopinka J. had related the duty to accommodate to employees' religious beliefs and practices, as was the case in *O'Malley* and also there in *Renaud*, but when he recited at page 981 the majority and minority expressions in *Central Alberta Dairy Pool*, above, it can be seen that the majority's judgment does not restrict the duty to accommodate only to matters of the employees' religious beliefs and practices. The majority view of the duty is seen to be broader so as to encompass employees' retirement age, as in *Etoibicoke* for example.

In the case at bar the applicant's difficulty arises from neither age nor religion, but physical incapacity. The respondent's counsel makes rather compelling arguments to the effect that alleged age incapacity can be accommodated by individual testing, and religious holy days can be accommodated by revising work-force duty schedules, but that this applicant has been physically tested and now admits that she cannot do the job of CR-03 at all. Citing *Canada (Attorney General) v. Beaulieu* (A-687-91) February 25, 1993 [not yet reported], a judgment written by Mr. Justice Marceau for a unanimous Appeal Division, the respondent's counsel urges that the applicant has reached the end of her road in the Public Service. The Board, whose decision she seeks herein to set aside, had no jurisdiction, according to earlier jurisprudence, to vary her deputy head's recommendation to release her by substituting a recommendation that she be appointed to a position at a lower maximum rate

de justifier une discrimination par suite d'un effet préjudiciable et d'éviter ainsi une responsabilité absolue pour des conséquences non voulues. L'article 8 de la Loi, à l'instar de bien d'autres codes régissant les droits de la personne, interdit de faire preuve de discrimination envers une personne relativement à son emploi ou aux modalités de son emploi, sans établir de distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Les deux sont interdites. De plus, quiconque fait preuve de discrimination s'expose aux peines que la Loi prévoit. Par définition, le syndicat est une personne (art. 1) [de la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique S.B.C. 1984, ch. 22]. En conséquence, le syndicat qui est à l'origine de l'effet discriminatoire ou qui y contribue encourt une responsabilité. Pour éviter une responsabilité absolue, le syndicat doit posséder le même droit qu'un employeur de justifier la discrimination. Pour ce faire, il doit s'acquitter de son obligation d'accommodement.

Dans un passage précédent de ses motifs (à la page 982), le juge Sopinka établit un lien entre l'obligation d'accommodement et les croyances et pratiques religieuses des employés, ainsi qu'il en était dans l'affaire *O'Malley* et aussi dans l'affaire *Renaud*, mais lorsque, à la page 981, il cite les opinions majoritaires et minoritaires exprimées dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, on constate que le jugement de la majorité de la Cour ne limite pas l'obligation d'accommodement aux seules croyances et pratiques religieuses des employés. D'après l'opinion majoritaire, cette obligation est plus large que cela et comprend, ainsi qu'il en était dans l'arrêt *Etoibicoke*, l'âge de la retraite prévu pour les employés.

En ce qui nous concerne ici, le problème auquel fait face la requérante n'a trait ni à son âge ni à sa religion mais à une incapacité physique. L'avocat de l'intimé a présenté des arguments assez forts pour soutenir que la question de l'incapacité due à l'âge peut être tranchée par des tests individuels, les problèmes liés aux fêtes religieuses peuvent être réglés en modifiant l'emploi du temps des travailleurs, mais qu'en l'espèce, la requérante a subi des tests physiques et elle admet ne pas du tout pouvoir remplir les fonctions de CR-03. Citant l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Beaulieu* (A-687-91) en date du 25 février 1993 [encore inédit], dont le jugement a été rédigé par le juge Marceau au nom d'une Section d'appel unanime, l'avocat de l'intimé fait valoir que la requérante est arrivée à la fin de sa carrière au sein de la fonction publique. Selon une jurisprudence antérieure, le Comité, dont la requérante tente de faire annuler la décision, n'avait pas compétence

of pay, pursuant to subsection 31(1) of the Act. The two kinds of recommendation open to the deputy head certainly suggest the flexibility of accommodation promulgated by the recent judgments, above cited, of the Supreme Court of Canada.

What seems to have been forgotten is that by its own Part IV—in subsection 66(1)—the CHRA “is binding on Her Majesty in right of Canada”. It is therefore binding upon Her Majesty’s servants, employees and deputy heads, in the common realm of employment rights and responsibilities, treated by both the *Public Service Employment Act* and the *Canadian Human Rights Act*.

This Court finds that the physical capacities to do a job—for example, a hydro line maintenance worker’s ability to climb a hydro pole, and to withstand vertigo—constitute a BFOR. That is plain common sense. So also the physical capacity to perform the work of a CR-03 employee is a BFOR, and this applicant cannot physically perform that work. Is her employer duty-bound to accommodate her? According to the Supreme Court’s interpretation of the CHRA, which is binding on the applicant’s employer, the said employer is bound to accommodate Ms. MacNeill. Since this case of human rights does not arise under the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5], since there is no element of racism here, the way is clear for accommodation as suggested by subsection 31(1) of the Act relating to Public Service employment.

Now, since the deputy head is constantly bound to apply the CHRA, it follows that, according to the Supreme Court, the deputy head is 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. Further, because the CHRA is binding upon all those who wield employment powers

pour écarter la recommandation de l’administrateur général tendant à son renvoi, en y substituant sa propre recommandation de rétrogradation qu’autorise le paragraphe 31(1) de la Loi. Les deux formes que pouvait revêtir la recommandation de l’administrateur général semblent tout à fait conformes à la souplesse des mesures d’accommodement prescrites par la Cour suprême du Canada dans les récents arrêts cités plus haut.

On semble avoir oublié, cependant, qu’aux termes de la Partie IV de cette loi même—en son paragraphe 66(1)—la LCDP «lie Sa Majesté du chef du Canada». Cette loi lie donc les préposés, employés et administrateurs généraux de Sa Majesté pour tout ce qui est des droits et responsabilités en matière d’emploi, domaine abordé aussi bien par la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique* que par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

La Cour estime que les capacités physiques qui permettent de remplir certaines fonctions—il s’agira, par exemple, pour l’employé chargé de l’entretien des lignes électriques, de pouvoir grimper à un poteau d’électricité sans avoir le vertige—constituent une EPJ. C’est le bon sens qui le veut. Ainsi, la capacité physique de remplir les fonctions de CR-03 est une EPJ et, en l’espèce, la requérante n’est pas physiquement en mesure de faire ce travail. Son employeur a-t-il l’obligation de s’accommoder de la situation? D’après l’interprétation que la Cour suprême a donnée des dispositions de la LCDP, dispositions qui s’imposent à l’employeur de la requérante, ce dernier est effectivement tenu de composer avec M<sup>me</sup> MacNeill. Puisqu’en l’espèce, la question des droits de la personne n’est pas invoquée dans le cadre de la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5] et que la question du racisme ne se pose pas, rien ne fait obstacle à l’accommodement qu’autorise le paragraphe 31(1) de la Loi touchant l’emploi dans la fonction publique.

Dans la mesure où l’administrateur général est, en toute circonstance, tenu au respect des dispositions de la LCDP, il a, d’après la Cour suprême, l’obligation d’essayer de bonne foi de s’accommoder des besoins de la requérante et de l’aider à conserver un emploi et cela, sous peine de contravention à l’article 7 de la LCDP. D’ailleurs, étant donné que la LCDP lie tous

under the Act—including the power of adjudication conferred on “a board established by the [Public Service] Commission to conduct an inquiry at which the employee and the deputy head, or their representatives, shall be given an opportunity to be heard”,<sup>a</sup> according to subsection 31(2) of the Act, section 7 of the CHRA governs those activities of those Crown servants. They might also be absolved from any duty to accommodate by section 15’s BFOR, had the Supreme Court not developed the law’s interpretation beyond the literal clarity of the *Bhinder* judgment.<sup>b</sup>

Now, because the employment imperatives of section 7 of the CHRA bind the deputy head, and the BFOR of section 15 thereof does not, according to high judicial interpretation, absolve the deputy head from attempting at least the accommodation provided in subsection 31(1) of the Act, here is a ground of “appeal against the recommendation of the deputy head” (subsection 31(2)) to release the employee, unless the deputy head has been found to have complied with duty imposed by the CHRA. The employee’s statutory right to appeal against the deputy head’s recommendation to release the employee, comprehends the right to appeal the deputy head’s breach of the employment provisions of the CHRA as interpreted by the Supreme Court. Those CHRA provisions are officially binding on the deputy head, a servant of Her Majesty. Such a breach would be a valid ground for allowing an appeal.<sup>c</sup>

The Public Service Appeal Board in this instance would not accept any duty to hear the applicant’s appeal on the ground that the deputy head did—nay!—could act unlawfully in avoidance of duty under the CHRA. Although the Board recounted and reviewed the history of the applicant’s case, the Board only came close to, but did not review the employer’s treatment of the applicant in focus with the CHRA. The employer made gestures which resembled accommodation but the Board would not accept any adjudicatory role in regard to the CHRA.<sup>d</sup>

ceux qui exercent, en matière d’emploi, des pouvoirs impartis par la Loi—y compris le pouvoir d’adjudication accordé à «un comité chargé par la Commission [de la fonction publique] de faire une enquête, au cours de laquelle les parties, ou leurs représentants, ont l’occasion de se faire entendre», ainsi que le prévoit le paragraphe 31(2) de la Loi, l’article 7 de la LCDP régit toutes ces activités des préposés de la Couronne. Peut-être que les EPJ de l’article 15 leur auraient permis d’échapper à cette obligation d’accommodement si la Cour suprême n’avait pas donné à cette loi une interprétation qui va au-delà de la clarté littérale de l’arrêt *Bhinder*.<sup>e</sup>

Étant donné que l’administrateur général est lié par les prescriptions de l’article 7 de la LCDP en matière d’emploi et que, d’après l’interprétation de la haute cour, les EPJ prévues à l’article 15 ne soustraient pas l’administrateur général à l’obligation au moins de rechercher l’accommodement qu’autorise le paragraphe 31(1) de la Loi, il y a là motif d’«appel de la recommandation de l’administrateur général» (paragraphe 31(2)) tendant au renvoi de l’employé, à moins que l’on constate que l’administrateur général a respecté l’obligation qui lui incombait en vertu de la LCDP. La Loi confère à l’employé le droit de faire appel de la recommandation de renvoi formulée par l’administrateur général et ce droit comprend le droit de faire appel de la violation, par l’administrateur général, des dispositions de la LCDP en matière d’emploi, telles qu’interprétées par la Cour suprême. Ces dispositions de la LCDP lient officiellement l’administrateur général, préposé de Sa Majesté. Il y aurait donc lieu d’accueillir un appel fondé sur une telle violation.<sup>f</sup>

En l’espèce, le Comité d’appel de la fonction publique ne reconnaissait aucune obligation d’entendre l’appel fondé sur le fait que l’administrateur général avait—refusant même d’en entrevoir la possibilité—agi illégalement en se soustrayant à l’obligation que lui imposait la LCDP. Le Comité a rappelé et examiné les antécédents de la requérante, s’arrêtant toutefois là où aurait commencé l’examen, dans le cadre des dispositions de la LCDP, de la manière dont l’employeur avait traité son employée. L’employeur a fait certains gestes pouvant passer pour des mesures d’accommodement, mais le Comité n’a pas

One Mike MacDonald of the Public Service Alliance of Canada represented the applicant before the Public Service Appeal Board on July 21, 1992 [(1992), 12 ABD 279], and he is mentioned in the following passages in which the Board expressed its purported alienation from the provisions of the CHRA. The Board's 35-page decision [22 in ABD] is reproduced by each side. On page 12, under *case for the appellant* the Board wrote [at pages 287-292]:

On many occasions, the appellant [applicant herein] has requested to be transferred to another position, the duties of which she would be capable of doing and the duties of which would be less physically demanding than the one she currently occupies. Instead of accommodating the appellant, Mr. MacDonald contended that the Department has simply refused to continue to employ her precisely and only because of her physical disability. With this in mind, the appellant's representative put forward two interrelated lines of argument in support of Miss MacNeill's appeal.

Firstly, it was contended that the Department had discriminated against the appellant on the basis of physical disability, a discrimination which was clearly prohibited under the *Canadian Human Rights Act*. Secondly, the recommendation to release the appellant was made in bad faith, and in so doing the Department has failed to properly apply legal direction provided both by the *Canadian Human Rights Act* and numerous tribunal and court decisions issued under the auspices of this statute. The remainder of the case on behalf of the appellant took the form of evidence in support of these two contentions.

. . .

In summation, Mr. MacDonald contended that the only course of action open to this Appeal Board was to hold against sustaining the recommendation for release put forward with respect to Miss MacNeill. [p. 292]

. . .

#### *Reply by the Department*

There was certainly no element of discrimination in the Department's decision to recommend the appellant for release on the grounds of her incapacity to carry out the duties of her position. The decision itself was based directly and solely upon the (undisputed) fact that Miss MacNeill is and continues to remain unable to carry out the full range of duties of her Payment Support Clerk job. [p. 292]

The parties' respective submissions were thoroughly canvassed [at pages 300-301]:

accepté de trancher la question au regard des dispositions de la LCDP.

Un certain Mike MacDonald de l'Alliance de la fonction publique du Canada a représenté la requérante devant le Comité d'appel de la fonction publique, le 21 juillet 1992 [(1992), 12 DCA 279]. Il est mentionné dans les passages qui suivent, passages dans lesquels le Comité tente d'écarter les dispositions de la LCDP. Les deux parties ont reproduit les 48 pages [22 pages dans le recueil DCA] de la décision du Comité. À la page 17, sous la rubrique *Allégations de l'appelante*, le Comité rappelle que [aux pages 287 à 292]:

Madame MacNeill [la requérante] a demandé à plusieurs reprises d'être mutée à un autre poste comportant des fonctions moins exigeantes physiquement, qu'elle serait davantage en mesure de remplir. Selon M. MacDonald, au lieu de répondre à la demande de l'appelante, le ministère a tout simplement refusé de garder l'employée et ce, précisément et uniquement à cause de son incapacité physique. Dans cet ordre d'idées, le représentant de l'appelante a alors présenté deux allégations constituant le fondement de son argumentation à l'appui de l'appel interjeté par M<sup>me</sup> MacNeill.

Il a prétendu, en premier lieu, que le ministère avait exercé contre l'appelante une discrimination fondée sur l'incapacité physique, une forme de discrimination formellement interdite par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Il a soutenu, en second lieu, que le ministère avait agi de mauvaise foi en recommandant le renvoi de l'appelante et, ce faisant, avait omis d'appliquer les directives juridiques énoncées dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et les nombreuses décisions rendues par des tribunaux et des cours dans le cadre de cette *Loi*. Le représentant de l'appelante a ensuite présenté des preuves à l'appui de ces deux allégations.

g

. . .

En résumé, M. MacDonald a soutenu que le comité d'appel n'avait pas d'autre choix que d'intervenir en faveur de M<sup>me</sup> MacNeill en se prononçant contre la recommandation visant son renvoi. [p. 292]

h

. . .

#### *Réponse du Ministère*

Il n'y avait absolument aucun élément de discrimination dans la décision du ministère de recommander le renvoi de l'appelante pour incapacité de remplir les fonctions du poste. Cette décision reposait uniquement sur le fait (non contesté) que M<sup>me</sup> MacNeill était et est toujours incapable de remplir toutes les fonctions de son poste de commis au soutien des paiements. [p. 292]

Les arguments de chacune des parties furent passés au crible [aux pages 300 et 301]:

A cornerstone of the edifice the appellant's representative sought to construct was his assertion that pertinent sections of the *Canadian Human Rights Act* must be construed as either intruding upon or in some sense superseding the provisions of the *Public Service Employment Act* and in particular section 31 of the latter statute. After reflection on the argument, I find myself unable to acquiesce in this contention.

I note, first of all, that none of the judgments cited in this connection addressed section 31 (or any other provision) of the *Public Service Employment Act*. When the courts have had opportunity to pronounce on this section (and most of the relevant judgments have been cited by one party or the other), those judgments contain nothing which would incline me to find sympathy for Mr. MacDonald's line of reasoning. 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 agreement 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. [p. 300]

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

Un des piliers de l'argumentation du représentant de l'appelante est son assertion selon laquelle il faut considérer que certains articles de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* l'emportent ou empiètent en quelque sorte sur les dispositions de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, et en particulier sur l'article 31 de cette *Loi*. Après réflexion, je ne peux me ranger à cette opinion.

Je tiens à faire remarquer, pour commencer, qu'aucun des jugements cités à l'appui de cette assertion ne porte sur l'article 31 (ou sur une autre disposition) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. Dans les causes où une cour a été appelée à se prononcer sur l'article 31 (la plupart des affaires pertinentes ont été citées par l'une ou l'autre des parties), rien de ce qui a été dit dans les jugements ne m'incite à adhérer au raisonnement de M. MacDonald. Il ne 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 connue.

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<sup>me</sup> 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<sup>me</sup> MacNeill elle-même sont d'accord avec le ministère sur le fond de la question: M<sup>me</sup> MacNeill est, de 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.

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<sup>me</sup> 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. [p. 300]

Cela nous amène au second pilier de l'argumentation complexe de M. MacDonald, c'est-à-dire que M<sup>me</sup> 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

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 that 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 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*. [p. 301]

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, water-tight 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*. So, the deputy head's conduct is to be reviewed by the Board in light of the employment provisions and the judicially interpreted

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*, rendue 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.

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 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*. [p. 301]

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.

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. La conduite de l'administrateur général est ainsi

imperatives of the CHRA. There do not need to be two separate enquiries. The law leans against multiplicity of proceedings, for they frequently generate confusion, extra expense and extra time-consuming litigious efforts.

An applicant who received an appropriate deputy head's decision subject to the duties and observances, indeed, subject to simultaneous compliance with the CHRA's employment provisions would have little scope for a successful appeal to a board pursuant to section 31 of the Act. In the first instance, it is the deputy head's compliance with the employment provisions of the CHRA—binding on Her Majesty—binding on the deputy head—which is the salient factor. It is an inescapable and important subject for review by the appeal board. It may well be that this function is one which appeal boards prefer to avoid in order to keep their adjudications simple, convenient and "neat", but they cannot escape the Crown-binding force of subsection 66(1) of the CHRA. So, before an employee is released as a result of a work related disability, an appeal board must be satisfied that her employer did everything reasonable to try to accommodate her retention of a job. The applicant's counsel is content with the Board as constituted.

The conundrum presented in the present case has its roots in *Bhinder* (above) and in *Alberta Dairy Pool* (above). Those of a minority religion and those over 60 years of age are not necessarily thereby incapacitated from doing their jobs. They can comply with their job descriptions when schedules are rearranged, or physical tests prove positive. Here, the applicant Ms. MacNeill cannot do her job. But 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 dis-

soumise à l'examen du Comité qui, en cela, doit tenir compte des dispositions touchant l'emploi et des prescriptions de la LCDP telles qu'elles ont été interprétées par les tribunaux. Il n'est pas nécessaire pour cela de mener deux enquêtes distinctes. Le droit n'est d'ailleurs pas favorable à la multiplication des procédures car cela n'entraîne souvent que confusion, augmentation des frais et allongement excessif des procédures.

Un requérant visé par la décision d'un administrateur général, décision conforme en même temps aux obligations et règles en vigueur et aux dispositions de la LCDP en matière d'emploi, ne pourrait guère espérer obtenir gain de cause en interjetant appel devant un comité aux termes de l'article 31 de la Loi. D'abord, l'élément principal d'une telle affaire serait le respect, par l'administrateur général, des dispositions de la LCDP en matière d'emploi—dispositions qui, liant Sa Majesté, lient aussi l'administrateur général. Voilà un élément important sur lequel un comité d'appel ne pourrait guère éviter de se pencher. C'est peut-être là une fonction que les comités d'appel choisissent d'éviter, préférant s'en tenir à des décisions simples, pratiques et nettes, mais ces comités ne peuvent guère passer outre au fait que le paragraphe 66(1) de la LCDP lie la Couronne. Avant donc qu'un employé soit renvoyé à cause d'une déficience en rapport avec son emploi, un comité d'appel doit s'assurer que l'employeur a fait tous les efforts raisonnables en vue de lui conserver un emploi. L'avocat de la requérante n'a formulé aucune critique à l'égard de la manière dont le Comité était constitué.

Le problème que soulève cette affaire remonte aux arrêts *Bhinder* et *Alberta Dairy Pool* (précités). Les membres d'une religion minoritaire et les personnes âgées de plus de 60 ans ne sont pas nécessairement incapables de remplir les fonctions de leur emploi. Ils seront à même d'exercer les fonctions prévues si l'on modifie l'emploi du temps ou s'ils subissent avec succès les tests physiques qu'on peut leur faire passer. Dans le cas présent, la requérante, M<sup>me</sup> MacNeill, n'est pas en mesure de remplir ses fonctions. Mais 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

crimination 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.

For all the foregoing reasons, and despite this Court's unease at enforcing wholly judge-made imperatives never included in the CHRA by Parliament, the Board's decision herein, rendered September 1, 1992, is set aside and referred back to the same Board for reconsideration and disposition in a manner consistent with these reasons and with the Supreme Court's requirements to assess accommodation efforts by the employer in regard to the employment provisions of the *Canadian Human Rights Act*. The Board is directed to consider the extent, if any, to which the deputy head's recommended release of the applicant was violative, if at all, of her rights under the CHRA, and to adjudicate justly in accordance with the facts found and conclusions drawn thereon.

The Court appreciates the quality of the advocacy evinced by each side's counsel.

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

Pour l'ensemble de ces motifs, et bien que la Cour hésite à appliquer des prescriptions entièrement jurisprudentielles que le législateur n'avait pas inscrites dans la LCDP, la décision du Comité, en date du 1<sup>er</sup> septembre 1992, est annulée et l'affaire est renvoyée au même comité pour nouvel examen afin d'être tranchée dans un sens conforme à ces motifs et à l'obligation, dégagée par la Cour suprême, d'examiner les efforts d'accommodement entrepris par l'employeur au regard des dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en matière d'emploi. Le Comité devra vérifier si, et dans quelle mesure, la recommandation de renvoi formulée par l'administrateur général était contraire aux droits que la LCDP reconnaît à la requérante, et rendre une décision qui soit à la fois juste et conforme aux faits et aux conclusions qui en découlent.

La Cour tient à reconnaître la haute tenue des plaidoiries des avocats des deux parties.