

A-89-13
2014 FCA 110

A-89-13
2014 CAF 110

Attorney General of Canada (*Appellant*)

Procureur général du Canada (*appelant*)

v.

c.

Fiona Ann Johnstone and Canadian Human Rights Commission (*Respondents*)

Fiona Ann Johnstone et Commission canadienne des droits de la personne (*intimées*)

and

et

Women’s Legal Education and Action Fund Inc. (*Intervener*)

Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes inc. (*intervenant*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. JOHNSTONE

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. JOHNSTONE

Federal Court of Appeal, Pelletier, Mainville and Scott J.J.A.—Toronto, March 11; Ottawa, May 2, 2014.

Cour d’appel fédérale, juges Pelletier, Mainville et Scott, J.C.A.—Toronto, 11 mars; Ottawa, 2 mai 2014.

Human Rights — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) decision that Canada Border Services Agency (CBSA) discriminating against respondent Johnstone (respondent) on ground of family status contrary to Canadian Human Rights Act, s. 10 — Work schedule of full-time employees of CBSA occupying positions similar to that of respondent, husband, built around rotating shift plan — CBSA having unwritten policy allowing employee with childcare obligations to work fixed schedules, but only insofar as employee agreeing to be treated as having part-time status — CBSA denying respondent’s request for static shifts on full-time basis in order to accommodate childcare needs — Respondent filing complaint with Canadian Human Rights Commission — Tribunal holding that, inter alia, prohibited ground of discrimination on family status including family, parental obligations such as childcare obligations, respondent making out case of prima facie discrimination — Federal Court dismissing judicial review but remitting matter back to Tribunal as to award of loss wages, benefits for period during which respondent opting for unpaid leave — Respondent also excluded as party to be consulted with respect to development of written remedial policy by CBSA — Principal issues whether Tribunal erring in concluding that family status including childcare obligations; in identifying legal test for finding prima facie case of discrimination on ground of family status; in finding that prima facie case of discrimination on ground of family status made out; with respect to remedial orders — Childcare obligations contemplated under family status in Act those having immutable or constructively immutable characteristics, e.g. those forming integral component of legal relationship between

Droits de la personne — Appel interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire d’une décision du Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal) selon laquelle l’Agence des services frontaliers du Canada (l’ASFC) avait agi de façon discriminatoire envers l’intimée Johnstone (l’intimée) relativement à sa situation de famille en violation de l’art. 10 de la Loi canadienne sur les droits de la personne — L’horaire de travail des employés à temps plein de l’ASFC occupant des postes similaires à celui de l’intimée et de son mari fonctionne selon un quart de travail rotatif — L’ASFC s’est dotée d’une politique non écrite qui permet aux employés ayant des obligations liées à la garde de leurs enfants d’avoir un horaire de travail fixe, mais seulement dans la mesure où l’employé visé accepte d’être traité en tant qu’employé à temps partiel — L’ASFC a rejeté la demande de l’intimée de travailler à temps plein selon un quart de travail fixe pour répondre aux besoins de garde de ses enfants — L’intimée a déposé une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne — Le Tribunal a statué, entre autres, que le motif de distinction illécite fondé sur la situation de famille comprend les obligations familiales et parentales telles que les obligations liées à la garde d’enfants — Il a également statué que l’intimée avait établi une preuve prima facie de discrimination — La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire, mais a renvoyé l’affaire devant le Tribunal quant à la perte de salaire et d’avantages sociaux pour la période durant laquelle l’intimée avait choisi de prendre un congé sans solde — L’intimée a été également exclue à titre de partie devant être consultée quant à l’élaboration d’une politique écrite visant à corriger les actes discriminatoires par l’ASFC — Il s’agissait

parent, child — Individual advancing claim having to show (i) child under his or her care, supervision; (ii) childcare obligation at issue engaging individual's legal responsibility for that child; (iii) reasonable efforts made to meet those childcare obligations but no alternative solution reasonably accessible; (iv) impugned workplace rule interfering in more than trivial or insubstantial manner with fulfillment of childcare obligation — Respondent clearly making out prima facie case of discrimination on ground of family status resulting from childcare obligations; Tribunal committing no reviewable error in so finding — As to remedies, Federal Court judgment varied slightly with respect to award for lost wages, consultation regarding remedial policies — Appeal allowed in part.

Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Federal Court dismissing judicial review of Canadian Human Rights Tribunal decision that Canada Border Services Agency discriminating against respondent Johnstone on ground of family status contrary to Canadian Human Rights Act, s. 10 — Presumption of reasonableness rebutted — Standard of correctness applied with respect to meaning, scope of “family status”, to legal test under which finding of prima facie discrimination may be made under prohibited ground.

This was an appeal from a judgment of the Federal Court dismissing the judicial review application of the appellant challenging a decision of the Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) that the Canada Border Services Agency (CBSA) discriminated against the respondent Johnstone (respondent) on the ground of family status by refusing to accommodate her childcare needs through work scheduling arrangements, contrary to section 10 of the *Canadian Human Rights Act* (Act).

principalement de savoir si le Tribunal a commis une erreur en concluant que la situation de famille comprenait les obligations liées à la garde d'enfants, en déterminant le critère juridique pour conclure à l'existence d'une discrimination prima facie fondée sur la situation de famille, en concluant que la preuve prima facie de discrimination fondée sur la situation de famille avait été établie, et en ce qui concerne les ordonnances réparatrices — Les obligations liées à la garde d'enfants prévues en ce qui a trait à la situation de famille dans la Loi sont celles ayant des caractéristiques immuables ou considérées immuables, c'est-à-dire celles faisant partie intégrante de la relation légale entre un parent et un enfant — La personne qui fait valoir la plainte doit établir i) que l'enfant est sous sa garde et sa surveillance; ii) que l'obligation liée à la garde d'enfants en cause engage sa responsabilité juridique pour cet enfant, par opposition à un choix personnel; iii) qu'elle a fait des efforts raisonnables pour respecter ces obligations liées à la garde d'enfants, mais qu'aucune solution de rechange n'est raisonnablement accessible; et iv) que la règle en milieu de travail contestée nuit d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à l'exécution des obligations liées à la garde d'enfants — L'intimée a clairement établi une preuve prima facie de discrimination fondée sur la situation de famille découlant des obligations liées à la garde d'enfants; le Tribunal n'a commis aucune erreur susceptible de révision en arrivant à cette conclusion — Quant à la réparation, le jugement de la Cour fédérale a été quelque peu modifié en ce qui concerne l'indemnité pour perte de salaire et la consultation relative aux politiques visant à corriger les actes discriminatoires — Appel accueilli en partie.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien des droits de la personne selon laquelle l'ASFC avait agi de façon discriminatoire envers l'intimée Johnstone relativement à sa situation de famille en violation de l'art. 10 de la Loi canadienne sur les droits de la personne — La présomption de raisonabilité a été réfutée — La norme de la décision correcte s'appliquait, à l'égard du sens et de la portée de l'expression « situation de famille », au critère juridique en vertu duquel une conclusion de discrimination prima facie peut être rendue en vertu d'un motif illicite.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appelant contestant une décision du Tribunal des droits de la personne (le Tribunal) selon laquelle l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) avait agi de façon discriminatoire envers l'intimée Johnstone (l'intimée) relativement à sa situation de famille en refusant de tenir compte de ses besoins en matière de garde d'enfants en prenant des dispositions pour organiser son horaire de travail, en violation de l'article 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la Loi).

The work schedule of full-time employees of the Canada Border Services Agency (CBSA) occupying positions similar to that of the respondent and her husband, is built around a rotating shift plan. Any individual who worked less than 37.5 hours a week was considered a part-time employee. Part-time employees had fewer employment benefits than full-time employees, notably with regard to pension entitlements and promotion opportunities. The CBSA refused to provide an accommodation to employees with childcare obligations on the ground that it had no legal duty to do so. Instead, the CBSA had an unwritten policy allowing an employee with childcare obligations to work fixed schedules, but only insofar as the employee agreed to be treated as having a part-time status with a maximum work schedule of 34 hours per week.

Prior to returning from maternity leave, the respondent asked the CBSA to provide her with static shifts on a full-time basis in order to accommodate her childcare needs. In light of its unwritten policy, the CBSA only offered her static shifts for 34 hours per week resulting in her being treated as a part-time employee.

The respondent thus filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission, alleging discrimination on the basis of family status contrary to sections 7 and 10 of the Act. The Tribunal held that the prohibited ground of discrimination on family status includes family and parental obligations such as childcare obligations; the respondent had made out a case of *prima facie* discrimination in that the CBSA engaged in a discriminatory practice by establishing and pursuing an unwritten policy that affected the respondent's employment opportunities; the CBSA had not established a defence based on a *bona fide* occupational requirement that would justify its refusal of the work schedule accommodation sought by the respondent, nor had it developed a sufficient undue hardship argument to discharge it from its duty of accommodation.

The Tribunal, therefore, ordered the CBSA to cease its discriminatory practice against employees who seek accommodation on the basis of family status for purposes of childcare responsibilities, and to consult with the Canadian Human Rights Commission to develop a plan to prevent further incidents of discrimination based on family status in the future. It further ordered the CBSA to establish written policies satisfactory to the respondent and the Canadian Human Rights Commission. Finally, the Tribunal ordered the CBSA to compensate the respondent for her lost wages and benefits, awarded her \$15 000 for pain and suffering pursuant

L'horaire de travail des employés à temps plein de l'ASFC occupant des postes similaires à celui de l'intimée et de son mari fonctionne selon un quart de travail rotatif. Toute personne qui travaillait moins de 37,5 heures par semaine était considérée comme un employé à temps partiel. Les employés à temps partiel avaient moins d'avantages reliés à l'emploi que les employés à temps plein, notamment en ce qui concerne les droits à pension et les possibilités de promotion. L'ASFC a refusé d'accueillir des employés ayant des obligations liées à la garde d'enfants au motif qu'elle n'avait pas l'obligation légale de le faire. L'ASFC s'était plutôt dotée d'une politique non écrite permettant à un employé ayant des obligations liées à la garde de ses enfants d'avoir un horaire de travail fixe, mais seulement dans la mesure où l'employé visé acceptait d'être traité en tant qu'employé à temps partiel avec un horaire comportant un maximum de 34 heures par semaine.

Avant son retour d'un congé de maternité, l'intimée a demandé à l'ASFC de travailler en fonction de quarts de travail fixes à temps plein pour répondre à ses besoins en matière de garde d'enfants. À la lumière de sa politique non écrite, l'ASFC ne lui a offert que des quarts de travail fixes de 34 heures par semaine, ce qui l'a amenée à être traitée comme une employée à temps partiel.

L'intimée a par conséquent déposé auprès de la Commission canadienne des droits de la personne une plainte dans laquelle elle alléguait avoir fait l'objet de discrimination pour un motif fondé sur sa situation de famille, en violation des articles 7 et 10 de la Loi. Le Tribunal a jugé que le motif de distinction illicite fondée sur la situation de famille comprend les obligations familiales et parentales telles que les obligations liées à la garde d'enfants; l'intimée avait établi une preuve *prima facie* de discrimination en ce que l'ASFC avait commis un acte discriminatoire en établissant et en adoptant une politique non écrite qui a nui aux possibilités d'emploi de l'intimée; l'ASFC n'avait pas établi de défense fondée sur une exigence professionnelle justifiée qui lui aurait permis de motiver son refus d'offrir à l'intimée un horaire de travail qui tenait compte de ses besoins, et elle n'avait pas élaboré d'argument suffisant fondé sur la contrainte excessive qui l'aurait dispensée de son obligation d'accommodement.

Le Tribunal a par conséquent ordonné à l'ASFC de cesser sa pratique discriminatoire fondée sur la situation de famille contre les employés qui demandent des mesures d'accommodement fondées sur la situation de famille pour s'acquitter de leurs responsabilités liées à la garde de leurs enfants. Il a ordonné à l'ASFC de consulter la Commission canadienne des droits de la personne afin d'élaborer un plan pour éviter d'autres incidents semblables de discrimination. Il a en outre ordonné à l'ASFC d'établir des politiques écrites que l'intimée et la Commission canadienne des droits de la personne jugent satisfaisantes. Enfin, le Tribunal a ordonné à l'ASFC

to paragraph 53(2)(e) of the Act, and further awarded her \$20 000 for special compensation pursuant to subsection 53(3) of the Act, as a result of its finding that the CBSA had engaged in the discriminatory practice wilfully and recklessly.

The Federal Court dismissed the judicial review application of the Tribunal's decision, holding that the Tribunal had reasonably concluded that family status includes childcare responsibilities; and that the test used by the Tribunal for finding a *prima facie* case of discrimination was reasonable, specifically discarding the "serious interference" test used in *Health Sciences Assoc. of B.C. v. Campbell River and North Island Transition Society*.

With respect to the remedies, the Federal Court could not discern the basis on which the Tribunal awarded full wages to the respondent for her unpaid leave from August 2007 to August 2008. That issue was therefore referred back to the Tribunal for reconsideration. The Federal Court also concluded that the Tribunal exceeded its jurisdiction when it ordered the CBSA to establish written remedial policies satisfactory to the respondent.

The principal issues herein were whether the Tribunal erred in concluding that family status includes childcare obligations; in identifying the legal test for finding a *prima facie* case of discrimination on the ground of family status; in finding that a *prima facie* case of discrimination on the ground of family status had been made out in this case; and with respect to its remedial orders.

Held, the appeal should be allowed in part.

On the issue of the applicable standard of review, the presumption of reasonableness was rebutted and a standard of correctness was to be applied with respect to the two legal issues, namely (a) the meaning and scope of "family status" as a prohibited ground of discrimination, and (b) the applicable legal test under which a finding of *prima facie* discrimination may be made under that prohibited ground.

The appellant proposed a literal interpretation of the expression "family status" that excludes childcare obligations, but cited no judicial authority supporting such a restrictive interpretation. In fact, judges and adjudicators have been almost unanimous in finding that family status incorporates parental obligations such as childcare obligations. A broad, purposive and liberal approach applied in this case.

d'indemniser l'intimée pour sa perte de salaire et d'avantages sociaux, il lui a accordé 15 000 \$ à titre de dommages-intérêts généraux pour préjudice moral en vertu de l'alinéa 53(2)e) de la Loi, et lui a accordé 20 000 \$ à titre d'indemnité spéciale en vertu du paragraphe 53(3) de la Loi, après avoir conclu que l'ASFC avait commis un acte discriminatoire délibéré ou inconsideré.

La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision du Tribunal, estimant que le Tribunal avait raisonnablement conclu que la situation de famille comprend les responsabilités parentales, et que le critère utilisé par le Tribunal pour conclure à une preuve *prima facie* de discrimination était raisonnable, en écartant expressément le critère de l'« atteinte grave » utilisé dans la décision *Health Sciences Association of B.C. v. Campbell River and North Island Transition Society*.

En ce qui concerne les réparations, la Cour fédérale ne pouvait pas discerner le fondement sur lequel le Tribunal a accordé la totalité du salaire à l'intimée pour son congé sans solde du mois d'août 2007 au mois d'août 2008. Cette question a par conséquent été renvoyée au Tribunal pour réexamen. La Cour fédérale a également conclu que le Tribunal a outrepassé sa compétence en ordonnant à l'ASFC d'établir des politiques écrites visant à corriger les actes discriminatoires que l'intimée juge satisfaisantes.

Il s'agissait principalement de savoir si le Tribunal a commis une erreur en concluant que la situation de famille comprend les obligations liées à la garde d'enfants, en déterminant le critère juridique pour conclure à l'existence d'une discrimination *prima facie* fondée sur la situation de famille, en concluant qu'une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille avait été établie en l'espèce, et en ce qui concerne les ordonnances réparatrices.

Arrêt : l'appel doit être accueilli en partie.

Sur la question de la norme de contrôle applicable, la présomption relative à la raisonabilité a été réfutée et la norme de la décision correcte devait être appliquée à l'égard des deux questions de droit, à savoir a) le sens et la portée de l'expression « situation de famille » comme motif de distinction illicite, et b) le critère juridique applicable en vertu duquel une conclusion de discrimination *prima facie* peut être rendue en vertu de ce motif illicite.

L'appellant a proposé une interprétation littérale de l'expression « situation de famille » qui exclut les obligations liées à la garde d'enfants, mais n'a cité aucune autorité judiciaire pour soutenir une telle interprétation restrictive. En fait, les juges et les arbitres sont presque unanimes à conclure que la situation de famille intègre les obligations parentales telles que les obligations liées à la garde d'enfants. Une

Such an approach favours a broad participation and inclusion in employment opportunities for those parents who wish or need to pursue such opportunities. The childcare obligations that are contemplated under family status in the Act are those that have immutable or constructively immutable characteristics, e.g. those that form an integral component of the legal relationship between a parent and a child, as opposed to personal choices (such as family trips, participation in extracurricular sports events, etc.). As a result, the childcare obligations at issue were those that a parent cannot neglect without engaging his or her legal liability for the child.

The specific types of evidence and information that may be applied to establish a *prima facie* case of discrimination largely depend on the nature of the prohibited ground of discrimination at issue. As the Federal Court concluded, “the childcare obligations arising in discrimination claims based on family status must be one of substance and the complainant must have tried to reconcile family obligations with work obligations ... [T]his requirement does not constitute creating a higher threshold test for serious interference.” In order to make out a *prima facie* case where workplace discrimination on the prohibited ground of family status resulting from childcare obligations is alleged, the individual advancing the claim must show (i) that a child is under his or her care and supervision; (ii) that the childcare obligation at issue engages the individual’s legal responsibility for that child, as opposed to a personal choice; (iii) that he or she has made reasonable efforts to meet those childcare obligations through reasonable alternative solutions, and that no such alternative solution is reasonably accessible; and (iv) that the impugned workplace rule interferes in a manner that is more than trivial or insubstantial with the fulfillment of the childcare obligation.

In the case at bar, the respondent clearly made out a *prima facie* case of discrimination on the ground of family status resulting from childcare obligations, and the Tribunal committed no reviewable error in so finding. Since the appellant was not asserting any *bona fide* occupational requirement or an undue burden in providing the respondent fixed shifts on a full-time basis, the Tribunal’s ruling that her complaint under the Act was substantiated was to be upheld.

With respect to remedies, since the respondent did not appeal from the judgment referring back to the Tribunal its award of full-time lost wages for the period of August 2007 to

interprétation large, libérale et fondée sur l’objet s’appliquait en l’espèce. Une telle approche favorise une participation étendue et l’inclusion dans les possibilités d’emploi pour les parents qui souhaitent ou doivent rester à l’affût de ces possibilités. Les obligations liées à la garde d’enfants prévues en ce qui a trait à la situation de famille dans la Loi sont celles ayant des caractéristiques immuables ou considérées immuables, c’est-à-dire celles faisant partie intégrante de la relation légale entre un parent et un enfant, par opposition à des choix personnels (tels que les voyages en famille, la participation à des manifestations sportives parascolaires, etc.). Par conséquent, les obligations liées à la garde d’enfants en cause sont celles qu’un parent ne peut pas négliger sans engager sa responsabilité juridique pour l’enfant.

Les types précis d’éléments de preuve et de renseignements qui permettent d’établir une preuve *prima facie* de discrimination dépendent largement de la nature du motif de distinction illicite en cause. Comme l’a conclu la Cour fédérale, « [b]ien que les obligations liées à la garde des enfants invoquées dans les affaires dans lesquelles l’intéressé se prétend victime de discrimination fondée sur sa situation de famille doivent être des obligations importantes et que le plaignant doit avoir tenté de concilier ses obligations familiales avec ses obligations professionnelles, [...] cette exigence ne saurait créer un critère préliminaire plus exigeant en matière d’atteinte grave ». Pour établir une preuve *prima facie* où la discrimination en milieu de travail fondée sur le motif illicite de la situation de famille résultant des obligations liées à la garde d’enfants est alléguée, la personne qui fait valoir la plainte doit établir i) que l’enfant est sous sa garde et sa surveillance; ii) que l’obligation liée à la garde d’enfants en cause engage sa responsabilité juridique pour cet enfant, par opposition à un choix personnel; iii) qu’elle a fait des efforts raisonnables pour respecter ces obligations liées à la garde d’enfants grâce à des solutions de rechange raisonnables, et qu’une telle solution n’est pas raisonnablement accessible; et iv) que la règle en milieu de travail contestée nuit d’une manière plus que négligeable ou insignifiante à l’exécution des obligations liées à la garde d’enfants.

En l’espèce, l’intimée a clairement établi une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille découlant d’obligations liées à la garde d’enfants, et le Tribunal n’a commis aucune erreur susceptible de révision en arrivant à cette conclusion. Étant donné que l’appelant ne faisait pas valoir une exigence professionnelle justifiée ou une contrainte excessive pour motiver son défaut de fournir à l’intimée des quarts de travail fixes à temps plein, la décision du Tribunal que sa plainte en vertu de la Loi était fondée devait être confirmée.

Quant à la réparation, puisque l’intimée n’a pas interjeté appel de la décision de renvoyer devant le Tribunal l’ordonnance par laquelle ce dernier lui a accordé son plein salaire et

August 2008 when the respondent opted for unpaid leave to accompany her husband to Ottawa, the same conclusion applied to the period of August 2008 to August 2010 during which the respondent continued to remain on leave in Ottawa. The judgment of the Federal Court was thus varied accordingly. Its judgment was also varied so as to require the CBSA to develop the remedial policies, ordered by the Tribunal, in consultation with the Canadian Human Rights Commission. Finally, as to the award of special damages, the Tribunal's conclusion of wilful or reckless practice was largely founded on the CBSA's disregard for the prior decision of the Tribunal in *Brown v. Canada (Department of National Revenue)*. The Tribunal concluded that in *Brown* it had ordered the organization to which the CBSA succeeded to prevent similar events from recurring through recognition and policies that would acknowledge family status. This was a reasonable interpretation of *Brown* by the Tribunal and a reasonable finding as to the CBSA's failure to follow that prior decision. As a result, the Tribunal acted reasonably in concluding that wilful and reckless conduct had occurred in this case.

ses avantages pour la période allant du mois d'août 2007 au mois d'août 2008, lorsque l'intimée a choisi un congé sans solde pour accompagner son mari à Ottawa, la même conclusion s'appliquait à la période du mois d'août 2008 au mois d'août 2010 au cours de laquelle l'intimée a poursuivi son congé à Ottawa. Le jugement de la Cour fédérale a donc été modifié en conséquence. Sa décision a également été modifiée de façon à exiger de l'ASFC qu'elle élabore des politiques visant à corriger les actes discriminatoires, ordonnées par le Tribunal, en consultation avec la Commission canadienne des droits de la personne. Enfin, quant à l'octroi de dommages-intérêts spéciaux, la conclusion du Tribunal selon laquelle l'acte discriminatoire était délibéré ou inconsidéré était largement fondée sur le mépris dont a fait preuve l'ASFC pour la décision antérieure du Tribunal dans l'affaire *Brown c. Canada (Ministère du Revenu national)*. Le Tribunal a conclu que, dans l'affaire *Brown*, il avait ordonné à l'organisation à laquelle l'ASFC a succédé d'éviter que des situations semblables se reproduisent, en établissant des politiques et en reconnaissant la situation de famille. Il s'agissait d'une interprétation raisonnable de l'affaire *Brown* par le Tribunal et une conclusion raisonnable quant au défaut de l'ASFC de suivre cette décision antérieure. En conséquence, le Tribunal a agi raisonnablement en concluant qu'une conduite délibérée et inconsidérée avait eu lieu dans la présente cause.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Alberta Human Rights Act, R.S.A. 2000, c. A-25.5, s. 3(1).
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2, 3, 7, 10, 53(2)(a),(c),(d),(e), (3).
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, Art. 599.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 215(1).
Human Rights Act, R.S.N.S. 1989, c. 214, s. 5(1)(r).
Human Rights Act, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12, s. 13.
Human Rights Act, R.S.Y. 1986 (Supp.), c. 11.
Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22.
Human Rights Act, S.N.L. 2010, c. H-13.1, s. 9(1).
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, ss. 7(1), 13(1).
Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 1.
The Human Rights Code, C.C.S.M., c. H175, s. 9(2).
Saskatchewan Human Rights Code (The), S.S. 1979, c. S-24.1, s. 2(1)(m.01).

LOIS ET RÉGLEMENTS CITÉS

Alberta Human Rights Act, R.S.A. 2000, ch. A-25.5, art. 3(1).
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 599.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 215(1).
Code des droits de la personne, C.P.L.M., ch. H175, art. 9(2).
Code des droits de la personne, L.R.O., ch. H.19, art. 1.
Human Rights Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-12, art. 13.
Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22.
Human Rights Act, S.N.L. 2010, ch. H-13.1, art. 9(1).
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 7(1), 13(1).
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2, 3, 7, 10, 53(2)(a),(c),(d),(e), (3).
Loi sur les droits de la personne, L.R.Y. 1986 (suppl.), ch. 11.
Loi sur les droits de la personne, R.S.N.S. 1989, ch. 214, art. 5(1)(r).
Saskatchewan Human Rights Code (The), S.S. 1979, ch. S-24.1, art. 2(1)(m.01).

CASES CITED

FOLLOWED:

Canada (Attorney General) v. Mossop, [1993] 1 S.C.R. 554, (1993), 100 D.L.R. (4th) 658.

APPLIED:

Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, (1985), 23 D.L.R. (4th) 321; *B v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2002 SCC 66, [2002] 3 S.C.R. 403; *Canada (Attorney General) v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, 2005 FCA 154, 55 C.H.R.R. D/1, *sub nom. Morris v. Canada (Canadian Armed Forces)*.

CONSIDERED:

Johnstone v. Canada (Attorney General), 2007 FC 36, [2007] CLLC 230-030, *aff'd* 2008 FCA 101, [2008] CLLC 230-031; *Health Sciences Assoc. of B.C. v. Campbell River and North Island Transition Society*, 2004 BCCA 260, 240 D.L.R. (4th) 479; *Hoyt v. Canadian National Railway*, 2006 CHRT 33, 57 C.H.R.R. D/437; *Brown v. Canada (Department of National Revenue)*, 1993 CanLII 683 (C.H.R.T.); *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353 (1993), 102 D.L.R. (4th) 665; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571 (1996), 133 D.L.R. (4th) 449; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Alberta (Solicitor General) v. Alberta Union of Provincial Employees*, 2010 CanLII 98263, 192 L.A.C. (4th) 97 (Alta.); *Ontario Public Service Employees Union (Thompson) v. Ontario (Liquor Control Board of Ontario)*, 2012 CanLII 67531 (Ont. G.S.B.); *Alliance Employees Union, Unit 15 v. Customs and Immigration Union*, 2011 CanLII 70608, 205 L.A.C. (4th) 343 (Ont. L.R.B.).

REFERRED TO:

Keith v. Correctional Service of Canada, 2012 FCA 117, 40 Admin. L.R. (5th) 1; *Yu v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 42, 414 N.R. 283; *Telfer v. Canada (Revenue Agency)*, 2009 FCA 23, [2009] 4 C.T.C. 123; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23; *Kandola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 85, [2015] 1 F.C.R. 549; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100; *Dr. Q v. College of Physicians and*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

Canada (Attorney General) v. Mossop, [1993] 1 S.C.R. 554.

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; *B c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2002 CSC 66, [2002] 3 R.C.S. 403; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2005 CAF 154, *sub nom. Morris c. Canada (Forces armées canadiennes)*.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Johnstone c. Canada (Procureur général), 2007 CF 36, *conf. par* 2008 CAF 101; *Health Sciences Assoc. of B.C. v. Campbell River and North Island Transition Society*, 2004 BCCA 260, 240 D.L.R. (4th) 479; *Hoyt c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, 2006 TCDP 33; *Brown c. Canada (Ministère du Revenu national)*, 1993 CanLII 683 (T.C.D.P.); *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *Alberta (Solicitor General) v. Alberta Union of Provincial Employees*, 2010 CanLII 98263, 192 L.A.C. (4th) 97 (Alb.); *Ontario Public Service Employees Union (Thompson) v. Ontario (Liquor Control Board of Ontario)*, 2012 CanLII 67531 (C.G.R. Ont.); *Alliance Employees Union, Unit 15 v. Customs and Immigration Union*, 2011 CanLII 70608, 205 L.A.C. (4th) 343 (C.R.T. de l'Ont.).

DÉCISIONS CITÉES :

Keith c. Service correctionnel du Canada, 2012 CAF 117; *Yu c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 42; *Telfer c. Canada (Agence du revenu)*, 2009 CAF 23; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23; *Kandola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 85, [2015] 1 R.C.F. 549; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC

Surgeons of British Columbia, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226; *Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2006 FCA 31, [2006] 3 F.C.R. 610; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145, (1982), 137 D.L.R. (3d) 219; *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103, (1992), 127 A.R. 241; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Maksteel Québec Inc.*, 2003 SCC 68, [2003] 3 S.C.R. 228; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 SCC 45, [2008] 2 S.C.R. 604; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Woiden v. Lynn*, 2002 CanLII 8171 (C.H.R.T.); *Closs v. Fulton Forwarders Incorporated and Stephen Fulton*, 2012 CHRT 30, 76 C.H.R.R. D/246; *Richards v. Canadian National Railway*, 2010 CHRT 24, [2011] CLLC 230-006; *Whyte v. Canadian National Railway*, 2010 CHRT 22, 71 C.H.R.R. D/316; *Seeley v. Canadian National Railway*, 2010 CHRT 23; *Patterson v. Canada (Revenue Agency)*, 2011 FC 1398, [2012] CLLC 230-006; *Devaney v. ZRV Holdings Limited and Zeidler Partnership Architects*, 2012 HRTO 1590, 75 C.H.R.R. D/142; *Callaghan v. 1059711 Ontario Inc.*, 2012 HRTO 233; *McDonald v. Mid-Huron Roofing*, 2009 HRTO 1306, 68 C.H.R.R. D/1; *C.D. v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 HRTO 801; *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers (Sommerville Grievance, CUPW 790-08-000008, Arb. Lanyon)* (2006), 156 L.A.C. (4th) 109; *Ontario Public Service Employees Union v. Ontario Public Service Staff Union (DeFreitas Grievance)*, [2005] O.L.A.A. No. 396 (QL); *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Canadian Odeon Theatres Ltd. v. Human Rights Commission (Sask.) and Huck*, 1985 CanLII 183, 18 D.L.R. (4th) 93 (Sask. C.A.); *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Boisbriand (City)*, 2000 SCC 27, [2000] 1 S.C.R. 665; *R. v. Peterson*, 2005 CanLII 37972, 201 C.C.C. (3d) 220 (Ont. C.A.); *R. v. Popen* (1981), 60 C.C.C. (2d) 232 (Ont. C.A.); *International Brotherhood of Electrical Workers, Local 636 v. Power Stream Inc. (Bender Grievance)* (2009), 186 L.A.C. (4th) 180 (Ont.); *Wight v. Ontario (Office of the Legislative Assembly)* (1998), 33 C.H.R.R. D/191 (Ont. Bd. of Inq.).

19, [2003] 1 R.C.S. 226; *Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2006 CAF 31, [2006] 3 R.C.F. 610; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec Inc.*, 2003 CSC 68, [2003] 3 R.C.S. 228; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 CSC 45, [2008] 2 R.C.S. 604; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Woiden v. Lynn*, 2002 CanLII 8171 (T.C.D.P.); *Closs c. Fulton Forwarders Incorporated and Stephen Fulton*, 2012 TCDP 30; *Richards c. Canadian National Railway*, 2010 TCDP 24; *Whyte c. Canadian National Railway*, 2010 TCDP 22; *Seeley c. Canadian National Railway*, 2010 TCDP 23; *Patterson c. Canada (Agence du revenu)*, 2011 CF 1398; *Devaney v. ZRV Holdings Limited and Zeidler Partnership Architects*, 2012 HRTO 1590, 75 C.H.R.R. D/142; *Callaghan v. 1059711 Ontario Inc.*, 2012 HRTO 233; *McDonald v. Mid-Huron Roofing*, 2009 HRTO 1306, 68 C.H.R.R. D/1; *C.D. v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 HRTO 801; *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers (Sommerville Grievance, CUPW 790-08-000008, Arb. Lanyon)* (2006), 156 L.A.C. (4th) 109; *Ontario Public Service Employees Union v. Ontario Public Service Staff Union (DeFreitas Grievance)*, [2005] O.L.A.A. N° 396 (QL); *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Canadian Odeon Theatres Ltd. v. Saskatchewan Human Rights Commission (Sask.) and Huck*, 1985 CanLII 183, 18 D.L.R. (4th) 93 (C.A. Sask.); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665; *R. v. Peterson*, 2005 CanLII 37972, 201 C.C.C. (3d) 220 (C.A. Ont.); *R. v. Popen* (1981), 60 C.C.C. (2d) 232 (C.A. Ont.); *International Brotherhood of Electrical Workers, Local 636 v. Power Stream Inc. (Bender Grievance)* (2009), 186 L.A.C. (4th) 180 (Ont.); *Wight v. Ontario (Office of the Legislative Assembly)* (1998), 33 C.H.R.R. D/191 (Comm. d'enq. de l'Ont.).

AUTHORS CITED

Le Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Dictionnaires Le Robert, 2006, “état”, “situation”.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.

APPEAL from a decision of the Federal Court (2013 FC 113, [2014] 3 F.C.R. 170) dismissing the appellant’s judicial review application from a decision of the Canadian Human Rights Tribunal (2010 CHRT 20, [2010] CLLC 230-026) holding that the Canada Border Services Agency discriminated against the respondent Johnstone on the ground of family status contrary to section 10 of the *Canadian Human Rights Act*. Appeal allowed in part.

APPEARANCES

Christine Mohr and *Susan Keenan* for appellant.
Andrew Raven and *Andrew Astritis* for respondent
Fiona Ann Johnstone.
Sheila Osborne-Brown, *Daniel Poulin* and *Erin Collins* for respondent Canadian Human Rights Commission.
Kate A. Hughes, *Danielle Bisnar* and *Kim Stanton* for intervener.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP,
 Ottawa, for respondent *Fiona Ann Johnstone*.
Canadian Human Rights Commission, Ottawa, for
 respondent Canadian Human Rights Commission.
Cavalluzzo Shilton McIntyre & Cornish LLP,
 Toronto, for intervener.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] MAINVILLE J.A.: This is an appeal from a judgment reported as 2013 FC 113, [2014] 3 F.C.R. 170 of Mandamin J. of the Federal Court (Federal Court Judge) dismissing the judicial review application of the

DOCTRINE CITÉE

Le Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Dictionnaires Le Robert, 2006, « état », « situation ».

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008.

APPEL d’une décision de la Cour fédérale (2013 CF 113, [2014] 3 R.C.F. 170) qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l’appelant d’une décision du Tribunal canadien des droits de la personne (2010 TC DP 20, [2010] CLLC 230-026) statuant que l’Agence des services frontaliers du Canada a agi de façon discriminatoire envers l’intimée Johnstone relativement à sa situation de famille, en violation de l’article 10 de la *Loi canadienne des droits de la personne*. Appel accueilli en partie.

ONT COMPARU

Christine Mohr et *Susan Keenan* pour l’appelant.
Andrew Raven et *Andrew Astritis* pour l’intimée,
Fiona Ann Johnstone.
Sheila Osborne-Brown, *Daniel Poulin* et
Erin Collins pour l’intimée, la Commission
 canadienne des droits de la personne.
Kate A. Hughes, *Danielle Bisnar* et *Kim Stanton*
 pour l’intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour
 l’appelant.
Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, s.r.l.,
 Ottawa, pour l’intimée *Fiona Ann Johnstone*.
Commission canadienne des droits de la personne,
 Ottawa, pour l’intimée, la Commission canadienne
 des droits de la personne.
*Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish
 LLP*, Toronto, pour l’intervenant.

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

[1] LE JUGE MAINVILLE, J.C.A. : La Cour est saisie de l’appel d’un jugement, répertorié sous la référence 2013 CF 113, [2014] 3 R.C.F. 170 par lequel le juge Mandamin de la Cour fédérale (le juge de la Cour

Attorney General of Canada challenging a decision of the Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) reported as 2010 CHRT 20, [2010] CLLC 230-026.

[2] The Tribunal held that the Canada Border Services Agency (CBSA) had discriminated within the meaning of section 10 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 against the respondent Fiona Ann Johnstone on the ground of family status by refusing to accommodate her childcare needs through work scheduling arrangements.

[3] For the reasons set out below, I would allow the appeal in part to vary the judgment of the Federal Court Judge on the subject of two remedial measures flowing from the Tribunal's decision, and in all other respects I would dismiss the appeal with costs in favour of Ms. Johnstone.

Background and context

[4] The full background to this litigation is extensively set out in the Tribunal's decision and need not be repeated here. It is sufficient for the purposes of this appeal to simply point out some of the salient facts.

[5] Ms. Johnstone is an employee of the CBSA since 1998. Her husband also works for the CBSA as a supervisor. They have two children. After the eldest was born in January 2003, Ms. Johnstone returned to work from her maternity leave on January 4, 2004. The second child was then born in December 2004, and Ms. Johnstone returned to work on December 26, 2005.

[6] Prior to returning to work from her first maternity leave, Ms. Johnstone asked the CBSA for an accommodation to her work schedule at the Pearson International Airport in Toronto.

[7] The work schedule for full-time CBSA employees occupying positions similar to that of Ms. Johnstone is

fédérale) a rejeté la demande de contrôle judiciaire du procureur général du Canada, qui attaquait la décision du Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal) répertoriée sous la référence 2010 TCDP 20.

[2] Le Tribunal avait conclu que l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) avait agi de façon discriminatoire, au sens de l'article 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, envers l'intimée Fiona Ann Johnstone du fait de sa situation de famille, en refusant de s'entendre avec elle pour adapter son horaire de travail afin qu'il soit tenu compte de ses besoins en ce qui concerne la garde de ses enfants.

[3] Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais l'appel en partie afin de modifier le jugement du juge de la Cour fédérale relativement à deux mesures correctrices découlant de la décision du Tribunal, et à tous autres égards je rejetterais l'appel et adjudgerais les dépens à M^{me} Johnstone.

Faits et procédures

[4] Le Tribunal a exposé en détail les faits et procédures ayant abouti à la présente instance et il n'est donc pas nécessaire de les répéter ici. Il suffit aux fins du présent appel de simplement rappeler certains faits saillants.

[5] M^{me} Johnstone est au service de l'ASFC depuis 1998. Son mari est également au service de l'ASFC à titre de superviseur. Ils ont deux enfants. Après la naissance de leur premier enfant, en janvier 2003, M^{me} Johnstone a repris le travail le 4 janvier 2004 après son congé de maternité. Leur deuxième enfant est né en décembre 2004 et M^{me} Johnstone a repris le travail le 26 décembre 2005.

[6] Avant de reprendre le travail à la suite de son premier congé de maternité, M^{me} Johnstone avait demandé à l'ASFC des mesures d'accommodement relativement à son horaire de travail à l'Aéroport international Pearson de Toronto.

[7] L'horaire de travail des employés à plein temps de l'ASFC qui occupent des postes semblables à ceux de

built around a rotating shift plan referred to as a Variable Shift Scheduling Agreement or VSSA. At the pertinent time, full-time employees rotated through 6 different start times over the course of days, afternoons, and evenings with no predictable pattern, and they worked different days of the week throughout the duration of the schedule. The schedule was based on a 56-day pattern, and employees were given 15 days notice of each new shift schedule, subject to the employer's discretion to change the schedule on 5 days' notice.

[8] Full-time employees such as Ms. Johnstone were required to work 37.5 scheduled hours per week under the VSSA on the basis of an 8-hour day that included a one half hour meal break. Any individual who worked less than 37.5 hours a week was considered a part-time employee. Part-time employees had fewer employment benefits than full-time employees, notably with regard to pension entitlements and promotion opportunities.

[9] It is useful to note that Ms. Johnstone's husband also worked on a variable shift schedule as a customs superintendent. Their work schedules overlapped 60 percent of the time but were not coordinated. The Tribunal concluded that Ms. Johnstone's husband was facing the same work scheduling problems, and that neither could provide the necessary childcare on a reliable basis.

[10] In the past, the CBSA had accommodated some employees who had medical issues by providing them with a fixed work schedule (static shift) on a full-time basis. The CBSA also accommodated employee work schedules with respect to constraints resulting from religious beliefs. However, the CBSA refused to provide an accommodation to employees with childcare obligations on the ground that it had no legal duty to do so. Instead, the CBSA had an unwritten policy allowing an employee with childcare obligations to work fixed schedules, but only insofar as the employee agreed to be treated as having a part-time status with a maximum work schedule of 34 hours per week.

M^{me} Johnstone est établi en fonction d'un système de quarts de travail par rotation également appelé Entente sur les postes à horaire variable (EPHV). À l'époque pertinente, les employés à temps plein étaient en fonction selon des quarts de travail par rotation qui prévoyaient six heures de début différentes le jour, l'après-midi et le soir sans heure de début fixe et ils étaient en fonction divers jours de la semaine pendant toute la durée de leur horaire. L'horaire était calculé en fonction d'un cycle de 56 jours et les employés étaient avisés 15 jours à l'avance de chaque nouveau cycle sous réserve du pouvoir discrétionnaire de l'employeur de modifier l'horaire sur préavis de 5 jours.

[8] Les employés à temps plein comme M^{me} Johnstone devaient travailler 37,5 heures par semaine aux termes de l'EPHV à raison de 8 heures par jour, ce qui comprenait une pause d'une demi-heure pour le repas. Tout employé qui travaillait moins de 37,5 heures était considéré comme employé à temps partiel. Les employés à temps partiel avaient moins d'avantages sociaux que les employés à temps plein notamment en ce qui concerne le régime de retraite et les possibilités d'avancement.

[9] Il est utile de signaler que le mari de M^{me} Johnstone faisait lui aussi des quarts de travail variables en tant que superviseur des douanes. Leurs horaires de travail se chevauchaient généralement 60 p. 100 du temps, mais n'étaient pas coordonnés. Le Tribunal a conclu que le mari de M^{me} Johnstone était exposé aux mêmes problèmes d'horaire que son épouse et que ni l'un ni l'autre ne pouvaient avoir la certitude de pouvoir s'occuper des enfants de manière régulière.

[10] Auparavant, l'ASFC avait pris des mesures d'accommodement pour les employés qui avaient des problèmes de santé en leur autorisant un horaire de travail fixe (quart de travail fixe), et ce, à temps plein. L'ASFC avait également pris des mesures d'accommodement pour modifier l'horaire de travail d'employés afin qu'il soit tenu compte de contraintes attribuables aux convictions religieuses. Toutefois, l'ASFC avait refusé de prendre de telles mesures dans le cas d'employés ayant des obligations relatives à la garde des enfants au motif qu'elle n'avait aucune obligation légale de le faire. L'ASFC appliquait plutôt une politique non-écrite permettant à l'employé ayant des obligations

[11] Prior to returning from her first maternity leave, Ms. Johnstone asked the CBSA to provide her with static shifts on a full-time basis. She wished to work 3 days per week for 13 hours a day (including one half-hour meal break) so that she could remain full-time. She requested this schedule since she only had access to child care arrangements with family members for the 3 days in question, and was unable to make other childcare arrangements on a reasonable basis. In light of its unwritten policy, the CBSA only offered her static shifts for 34 hours per week resulting in her being treated as a part-time employee.

[12] It is useful to note that the CBSA did not refuse to provide static shifts to Ms. Johnstone on a full-time basis on the ground that this would cause it undue hardship. Rather, it refused the proposed schedule on the ground that it had no legal duty to accommodate Ms. Johnstone's childcare responsibilities.

[13] Ms. Johnstone was not satisfied with the CBSA's unwritten policy that required her to accept part-time employment in return for obtaining static shifts. As a result, she filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission on April 24, 2004, alleging discrimination on the basis of family status contrary to sections 7 and 10 of the *Canadian Human Rights Act*.

[14] The provisions of the *Canadian Human Rights Act* that are particularly pertinent for the purposes of

relatives à la garde des enfants d'avoir un horaire de travail fixe, mais uniquement dans la mesure où l'employé en question acceptait d'être considéré comme un employé à temps partiel régi par un horaire de travail ne devant pas dépasser 34 heures par semaine.

[11] Avant de reprendre le travail après son premier congé de maternité, M^{me} Johnstone avait demandé à l'ASFC de lui permettre de travailler à temps plein selon un horaire fixe. M^{me} Johnstone a demandé à l'ASFC de travailler à temps plein selon un horaire de travail fixe de 3 jours par semaine avec des quarts de travail de 13 heures par jour (avec une pause-repas d'une demi-heure) pour pouvoir conserver son statut d'employée à temps plein. Elle avait demandé cet horaire de travail, étant donné qu'elle ne pouvait compter sur l'aide de membres de sa famille pour s'occuper de son enfant que pour les 3 jours en question et qu'elle n'avait pas trouvé d'autres solutions pratiques pour faire garder son enfant. Invoquant sa politique non écrite, l'ASFC lui a alors offert un horaire de travail de seulement 34 heures par semaine, ce qui faisait d'elle une employée à temps partiel.

[12] Il est utile de signaler que l'ASFC n'a pas refusé d'offrir des quarts de travail fixes à M^{me} Johnstone à temps plein en faisant valoir que cette mesure lui causerait des contraintes excessives. L'ASFC a plutôt refusé l'horaire proposé au motif qu'elle n'avait aucune obligation légale de prendre des mesures d'accommodement pour tenir compte des obligations de M^{me} Johnstone en ce qui concerne la garde des enfants.

[13] Insatisfaite de la politique non écrite de l'ASFC qui l'obligeait à accepter un emploi à temps partiel en contrepartie de quarts de travail fixes, M^{me} Johnstone a, le 24 avril 2004, saisi la Commission canadienne des droits de la personne d'une plainte par laquelle elle soutenait qu'elle avait été victime de discrimination sur le fondement de sa situation de famille, en contravention des articles 7 et 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[14] Les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* qui nous intéressent particulièrement dans

Ms. Johnstone's complaint are subsection 3(1), paragraph 7(b) and section 10, which read as follows:

Prohibited grounds of discrimination

3. (1) For all purposes of this Act, the prohibited grounds of discrimination are race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability and conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered. [Emphasis added.]

...

Employment

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

...

(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee,

on a prohibited ground of discrimination.

...

Discriminatory policy or practice

10. It is a discriminatory practice for an employer, employee organization or employer organization

(a) to establish or pursue a policy or practice, or

(b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,

that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.

Procedural history

- (a) *Proceedings before the Canadian Human Rights Commission and related proceedings in the Federal Courts*

le cas de la plainte de M^{me} Johnstone sont le paragraphe 3(1), l'alinéa 7b) et l'article 10, dont voici le texte :

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'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience. [Je souligne.]

[...]

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

[...]

b) de le défavoriser en cours d'emploi.

[...]

10. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite et s'il est susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus, le fait, pour l'employeur, l'association patronale ou l'organisation syndicale :

a) de fixer ou d'appliquer des lignes de conduite;

b) de conclure des ententes touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation, l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel.

Motifs de distinction illicite

Emploi

Lignes de conduite discriminatoire

Historique des procédures

- a) *Instances introduites devant la Commission canadienne des droits de la personne et instances connexes introduites devant les Cours fédérales*

[15] The investigator who examined the complaint recommended that it be referred to the Tribunal. However, the Canadian Human Rights Commission did not follow this recommendation and instead dismissed the complaint. The Commission found that the CBSA had offered Ms. Johnstone accommodation in the form of a 34-hour a week part-time fixed work schedule. The Commission was not convinced that this policy constituted a serious interference with Ms. Johnstone's duties as a parent or that it had a discriminatory impact on the basis of family status.

[16] Ms. Johnstone sought judicial review of this refusal before the Federal Court. In *Johnstone v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 36, [2007] CLLC 230-030, Barnes J. allowed the judicial review application and remitted the matter back to the Commission for a new determination.

[17] Applying a standard of correctness to the legal issue before him, Barnes J. rejected the test for *prima facie* discrimination taken from the British Columbia Court of Appeal's decision in *Health Sciences Assoc. of B.C. v. Campbell River and North Island Transition Society*, 2004 BCCA 260, 240 D.L.R. (4th) 479 (*Campbell River*) that the Commission had adopted for screening out the complaint. Under the *Campbell River* test, "a *prima facie* case of discrimination is made out when a change in a term or condition of employment imposed by an employer results in a serious interference with a substantial parental or other family duty or obligation of the employee": *Campbell River*, at paragraph 39.

[18] On the basis of the discussion of the Tribunal in *Hoyt v. Canadian National Railway*, 2006 CHRT 33, 57 C.H.R.R. D/437 (*Hoyt*), Barnes J. found that (a) the *Campbell River* test conflated the threshold issue of *prima facie* discrimination with the second stage of the analysis relating to discrimination that deals with *bona fide* occupational requirements, and (b) the suggestion in *Campbell River* that *prima facie* discrimination only arises where the employer changes the conditions of

[15] L'enquêteur qui a examiné la plainte a recommandé qu'elle soit renvoyée au Tribunal. Toutefois, la Commission canadienne des droits de la personne n'a pas suivi cette recommandation et a plutôt décidé de rejeter la plainte. La Commission a conclu que l'ASFC avait effectivement pris des mesures d'accommodement en offrant à M^{me} Johnstone un horaire fixe de 34 heures par semaine à temps partiel. Or, la Commission n'était pas convaincue que cette politique entravait sérieusement la capacité de M^{me} Johnstone de s'acquitter de ses obligations parentales ou qu'elle constituait une discrimination fondée sur la situation de famille.

[16] M^{me} Johnstone a saisi la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire dirigée contre ce refus. Par le jugement *Johnstone c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 36, le juge Barnes a fait droit à la demande de contrôle judiciaire et a renvoyé l'affaire à la Commission pour qu'elle rende une nouvelle décision.

[17] Appliquant le critère de la décision correcte à la question de droit dont il était saisi, le juge Barnes a rejeté le critère permettant de conclure à l'existence d'une discrimination à première vue proposé par l'arrêt rendu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à l'occasion de l'affaire *Health Sciences Assoc. of B.C. v. Campbell River and North Island Transition Society*, 2004 BCCA 260, 240 D.L.R. (4th) 479 (*Campbell River*), critère que la Commission avait retenu pour rejeter la plainte à l'étape de l'examen préalable. Suivant le critère consacré par la jurisprudence *Campbell River*, [TRADUCTION] « il y a discrimination à première vue quand un changement dans les conditions d'emploi imposé par l'employeur résulte en une atteinte grave aux obligations ou devoirs importants parentaux ou familiaux de l'employé » (*Campbell River*, au paragraphe 39).

[18] Se fondant sur l'analyse effectuée par le Tribunal à l'occasion de l'affaire *Hoyt c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, 2006 TCDP 33 (*Hoyt*), le juge Barnes a conclu que a) le critère consacré par la jurisprudence *Campbell River* confondait la question préliminaire de l'existence d'une discrimination de prime abord avec la seconde étape de l'analyse de la discrimination portant sur les exigences professionnelles justifiées, b) la thèse avancée par la jurisprudence

employment was wrong in law. Barnes J. rather concluded that the threshold for *prima facie* discrimination on the ground of family status should be the same as for any other prohibited ground of discrimination. As a result, the simple fact that Ms. Johnstone had been adversely affected by the CBSA's unwritten policy was sufficient to establish a *prima facie* ground of discrimination. The matter was, therefore, remitted to the Commission for reconsideration on that basis.

[19] The appeal from Barnes J.'s decision was dismissed by this Court in *Canada (Attorney General) v. Johnstone*, 2008 FCA 101, [2008] CLLC 230-031 with no opinion being expressed as to whether the appropriate legal test for *prima facie* discrimination in this case should be based on *Campbell River* or on *Hoyt*.

[20] The Commission subsequently referred the complaint to the Tribunal.

(b) *The decision of the Tribunal*

[21] Following an extensive review of the case law, the Tribunal held that the prohibited ground of discrimination on family status includes family and parental obligations such as childcare obligations. It consequently rejected the appellant's definition of family status that limited its scope to the status of being in a family relationship. In this regard, the Tribunal noted the following at paragraph 233 of its decision:

This Tribunal finds that the freedom to choose to become a parent is so vital that it should not be constrained by the fear of discriminatory consequences. As a society, Canada should recognize this fundamental freedom and support that choice wherever possible. For the employer, this means assessing situations such as Ms. Johnstone's on an individual basis and working together with her to create a workable solution that balances her parental obligations with her work opportunities, short of undue hardship.

Campbell River suivant laquelle il n'y a discrimination de prime abord que lorsque l'employeur modifie les conditions d'emploi est erronée en droit. Le juge Barnes a plutôt conclu que le critère à respecter pour établir l'existence de prime abord d'une discrimination fondée sur la situation de famille doit être le même que pour tout autre motif de discrimination. Par conséquent, le simple fait que M^{me} Johnstone avait subi des inconvénients en raison de la politique non écrite de l'ASFC suffisait à établir qu'il y avait eu discrimination à première vue. L'affaire a par conséquent été renvoyée à la Commission pour qu'elle rende une nouvelle décision en tenant compte de ces motifs.

[19] Notre Cour a rejeté l'appel interjeté de la décision du juge Barnes par l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Johnstone*, 2008 CAF 101, sans formuler d'opinion pour indiquer si le critère juridique à appliquer en matière de discrimination de prime abord devait, dans cette affaire, être fondé sur la jurisprudence *Campbell River* ou sur la jurisprudence *Hoyt*.

[20] La Commission a par la suite renvoyé la plainte au Tribunal.

b) *Décision du Tribunal*

[21] Après examen approfondi de la jurisprudence, le Tribunal a jugé que le motif de distinction illicite fondé sur la situation de famille englobait les obligations familiales et parentales y compris les obligations découlant de la garde des enfants. Le Tribunal a par conséquent écarté la définition de la famille proposée par l'appelant qui voulait en limiter la portée au fait d'avoir un lien familial avec une autre personne. À cet égard, le Tribunal a fait observer ce qui suit, au paragraphe 233 de sa décision :

Le Tribunal conclut que la liberté de choisir de devenir père ou mère est si vitale qu'elle ne devrait pas être restreinte par la crainte de subir des conséquences discriminatoires. En tant que société, le Canada devrait reconnaître cette liberté fondamentale et appuyer ce choix autant que possible. Pour l'employeur, cela signifie évaluer les situations telles que celles de M^{me} Johnstone de façon individuelle et travailler avec elle pour créer une solution fonctionnelle qui équilibre ses obligations parentales avec ses occasions d'emploi, sauf contrainte excessive.

[22] With respect to the *prima facie* case of discrimination on the ground of family status, the Tribunal rejected the test set out in *Campbell River*. It rather followed the test propounded in *Hoyt* and approved by Barnes J. Under this approach, “an individual should not have to tolerate some amount of discrimination to a certain unknown level before being afforded the protection of the [Canadian Human Rights] Act”: Tribunal’s decision, at paragraph 238.

[23] As a result, the Tribunal held that Ms. Johnstone had made out a case of *prima facie* discrimination in that the “CBSA engaged in a discriminatory practice by establishing and pursuing an unwritten policy communicated to and followed by management that affected Ms. Johnstone’s employment opportunities including, but not limited to promotion, training, transfer, and benefits on the prohibited ground of family status”: Tribunal decision, at paragraph 242.

[24] The Tribunal further held that the CBSA had not established a defence based on a *bona fide* occupational requirement that would justify its refusal of the work schedule accommodation sought by Ms. Johnstone, nor had it developed a sufficient undue hardship argument to discharge it from its duty of accommodation. The Tribunal noted, at paragraphs 359 and 362 of its decision, that the position advanced on behalf of the CBSA throughout the proceedings was that it had no legal duty to accommodate Ms. Johnstone, rather than whether such an accommodation would lead to undue hardship.

[25] The Tribunal, therefore, ordered the CBSA to cease its discriminatory practice against employees who seek accommodation on the basis of family status for purposes of childcare responsibilities, and to consult with the Canadian Human Rights Commission to develop a plan to prevent further incidents of discrimination based on family status in the future: Tribunal’s decision, at paragraph 366. It further ordered the CBSA to establish written policies satisfactory to Ms. Johnstone and the Canadian Human Rights Commission that would

[22] Pour ce qui est du critère applicable en matière de discrimination de prime abord fondée sur la situation de famille, le Tribunal a rejeté le critère consacré par la jurisprudence *Campbell River*. Il a plutôt retenu le critère consacré par la jurisprudence *Hoyt* qui avait été approuvé par le juge Barnes. Suivant cette conception « une personne ne devrait pas avoir à tolérer un certain niveau de discrimination avant de se voir accorder la protection de la LCDP [Loi canadienne sur les droits de la personne] » (décision du Tribunal, au paragraphe 238).

[23] Le Tribunal a par conséquent conclu que M^{me} Johnstone avait démontré qu’il y avait eu discrimination à première vue du fait que « l’ASFC a usé de pratiques discriminatoires en fixant et en appliquant une politique non écrite communiquée à la gestion et appliquée par la gestion qui affectait les occasions d’emploi de M^{me} Johnstone, notamment la promotion, la formation, la mutation et les avantages sociaux, pratiques fondées sur le motif de distinction illicite de la situation de famille » (décision du Tribunal, au paragraphe 242).

[24] Le Tribunal a également jugé que l’ASFC n’avait pas réussi à démontrer l’existence d’une exigence professionnelle justifiée pour motiver son refus d’accorder l’horaire de travail demandé par M^{me} Johnstone à titre de mesure d’accommodement, ajoutant que l’ASFC n’avait pas présenté d’argument suffisant au sujet des contraintes excessives pour être dispensée de son obligation d’accommoder M^{me} Johnstone. Le Tribunal a fait observer, aux paragraphes 359 et 362 de sa décision, que la thèse défendue au nom de l’ASFC pendant toute la durée de l’instance était, non pas que la mesure demandée lui causerait des contraintes excessives, mais plutôt qu’elle n’avait aucune obligation légale d’accommoder M^{me} Johnstone.

[25] Le Tribunal a, par conséquent, ordonné à l’ASFC de cesser ses pratiques discriminatoires fondées sur la situation de famille contre les employés qui demandent des mesures d’accommodement en raison de leurs responsabilités parentales et lui a ordonné de consulter la Commission canadienne des droits de la personne afin d’élaborer un plan pour éviter d’autres incidents semblables de discrimination à l’avenir (décision du Tribunal, au paragraphe 366). Le Tribunal a également ordonné à l’ASFC d’établir des politiques écrites

implement a mechanism where family status accommodation requests would be addressed within 6 months, and include a process for individualized assessments of those making such requests: Tribunal's decision, at paragraph 367.

[26] The Tribunal also ordered the CBSA to compensate Ms. Johnstone for her lost wages and benefits from January 4, 2004, when she first commenced part-time employment, until the date of its decision. It awarded Ms. Johnstone \$15 000 for pain and suffering pursuant to paragraph 53(2)(e) of the *Canadian Human Rights Act*.

[27] The Tribunal further awarded the maximum amount of \$20 000 for special compensation pursuant to subsection 53(3) of the *Canadian Human Rights Act*, as a result of its finding that the CBSA had engaged in the discriminatory practice wilfully and recklessly. This award was largely based on the Tribunal's conclusion that the CBSA had failed to follow *Brown v. Canada (Department of National Revenue)*, 1993 CanLII 683 (C.H.R.T.) (*Brown*), a prior decision of the Tribunal dealing with the issue of discrimination based on sex (pregnancy) and family status.

[28] In *Brown*, the Tribunal had "ordered the Respondent to prevent similar events from recurring through recognition and policies that would acknowledge family status to be interpreted as involving 'a parent's rights and duty to strike a balance [between work obligations and child rearing] coupled with a clear duty on the part of any employer to facilitate and accommodate that balance'": Tribunal's decision, at paragraph 57. In the Tribunal's view, this prior order had been ignored by the CBSA, thus justifying in this case an award of special compensation under subsection 53(3): Tribunal's decision, at paragraphs 381 and 382.

satisfaisantes pour M^{me} Johnstone et la Commission canadienne des droits de la personne qui assureraient que les demandes de mesure d'accommodement fondées sur la situation de famille soient examinées dans un délai de six mois et qui seraient également assorties d'un mécanisme prévoyant l'évaluation individuelle des auteurs de ces demandes (décision du Tribunal, au paragraphe 367).

[26] Le Tribunal a également ordonné à l'ASFC d'indemniser M^{me} Johnstone de sa perte de salaire et d'avantages sociaux à partir du 4 janvier 2004, date à laquelle elle avait commencé à travailler à temps partiel, jusqu'à la date de la décision du Tribunal. Le Tribunal a également accordé à M^{me} Johnstone 15 000 \$ pour préjudice moral en vertu de l'alinéa 53(2)e) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[27] Le Tribunal a également accordé à M^{me} Johnstone le montant maximal de 20 000 \$ prévu par le paragraphe 53(3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* à titre d'indemnité spéciale au motif que l'acte discriminatoire de l'ASFC avait été commis de façon délibérée et inconsiderée. Cette mesure découlait en grande partie de la conclusion du Tribunal suivant laquelle l'ASFC n'avait pas suivi la jurisprudence *Brown c. Canada (Ministre du Revenu national)*, 1993 CanLII 683 (T.C.D.P.) (*Brown*); à l'occasion de cette affaire, le Tribunal s'était penché sur la question de la discrimination fondée sur le sexe (la grossesse) et la situation de famille.

[28] Lors de l'affaire *Brown*, le Tribunal avait ordonné à l'employeur « d'éviter que des situations semblables se reproduisent, en établissant des politiques et en reconnaissant que la situation de famille doit être interprétée comme comprenant "le droit et l'obligation du parent de chercher à atteindre [un] équilibre [entre ses obligations du travail et celles de la famille] ainsi que l'obligation manifeste pour l'employeur d'aider le parent à cet égard" » (décision du Tribunal, au paragraphe 57). Suivant le Tribunal, l'ASFC n'avait pas tenu compte de cette jurisprudence antérieure, ce qui justifiait en l'espèce l'octroi de l'indemnité spéciale prévue au paragraphe 53(3) (décision du Tribunal, aux paragraphes 381 et 382).

(c) *Judicial Review before the Federal Court*

[29] The Attorney General of Canada sought judicial review of the Tribunal's decision. The Federal Court Judge dismissed the application, with the exception of two issues. First, he referred the matter back to the Tribunal so as to allow it to reconsider its award of loss wages and benefits for the period from August 2007 to August 2008 during which Ms. Johnstone opted for unpaid leave so as to accompany her spouse to Ottawa, and (b) he excluded Ms. Johnstone as a party to be consulted with respect to the development of a written remedial policy by the CBSA.

[30] The Federal Court Judge applied the reasonable-ness standard of review to all of the issues raised before him, including the legal definition and scope of the prohibited ground of discrimination on the basis of family status and the legal test for finding a *prima facie* case of discrimination on that ground.

[31] The Federal Court Judge held that the Tribunal had reasonably concluded that family status includes childcare responsibilities, since that interpretation was well within the scope of the ordinary meaning of the words, was consistent with the opinions of numerous human rights and labour relations adjudicative bodies that have considered the matter, and was consistent with the objectives of the *Canadian Human Rights Act*.

[32] The Judge also held that the test used by the Tribunal for finding a *prima facie* case of discrimination was reasonable, as was its application of that test in this case. In so doing, he specifically discarded the "serious interference" test used in *Campbell River*.

[33] However, the Federal Court Judge found fault with the Tribunal's remedies. He noted that the evidence showed that Ms. Johnstone had sought, and obtained, an unpaid leave from August 2007 to August 2008 to

c) *Procédure en contrôle judiciaire devant la Cour fédérale*

[29] Le procureur général du Canada a présenté une demande de contrôle judiciaire dirigée contre la décision du Tribunal. Le juge de la Cour fédérale a rejeté la demande, sauf sur deux aspects. En premier lieu, il a renvoyé l'affaire devant le Tribunal pour qu'il puisse réexaminer le montant qu'il avait accordé pour perte de salaire et d'avantages sociaux pour la période comprise entre août 2007 et août 2008 au cours de laquelle M^{me} Johnstone avait opté pour un congé sans solde pour pouvoir accompagner son conjoint à Ottawa. En deuxième lieu, le juge de la Cour fédérale a déclaré qu'il n'y avait pas lieu de consulter M^{me} Johnstone pour l'élaboration, par l'ASFC, d'une politique écrite réparatrice.

[30] Le juge de la Cour fédérale a appliqué la norme de contrôle de la décision raisonnable à toutes les questions qui lui étaient déférées, y compris la définition et la portée légales du motif de distinction illicite fondée sur la situation de famille et le critère juridique permettant de conclure de prime abord à une discrimination fondée sur ce motif.

[31] Le juge de la Cour fédérale a estimé que le Tribunal avait conclu de façon raisonnable que le concept de « situation de famille » englobait les obligations relatives à la garde des enfants, étant donné que cette interprétation s'accordait parfaitement avec le sens courant des mots employés et avec les décisions déjà rendues en matière de droits de la personne et par les tribunaux du travail et qu'elle respectait les objets de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[32] Le juge a également estimé que le critère employé par le Tribunal pour conclure à l'existence, de prime abord, de discrimination était raisonnable, tout comme son application de ce critère à la présente affaire. Ce faisant, le juge a expressément écarté le critère de l'« atteinte grave » consacré par la jurisprudence *Campbell River*.

[33] Le juge de la Cour fédérale a toutefois critiqué les mesures accordées par le Tribunal. Il a souligné qu'il ressortait des éléments de preuve versés aux débats que M^{me} Johnstone avait demandé et obtenu un congé sans

accompany her husband to Ottawa. Since he could not discern the basis on which the Tribunal awarded full wages to Ms. Johnstone for that period of time, he referred that issue back to the Tribunal for reconsideration.

[34] The Federal Court Judge also concluded that the Tribunal exceeded its jurisdiction when it ordered the CBSA to establish written remedial policies satisfactory to Ms. Johnstone. In the Judge's view, the *Canadian Human Rights Act* "does not provide that a victim may have a role or participate in the development of remedial polic[i]es to redress the discriminatory practices": Federal Court Judge's reasons, at paragraph 168.

Issues raised in this appeal

[35] The issues raised in this appeal may be set out as follows:

1. What is the applicable standard of review?
2. Did the Tribunal commit a reviewable error in concluding that family status includes childcare obligations?
3. Did the Tribunal commit a reviewable error in identifying the legal test for finding a *prima facie* case of discrimination on the ground of family status?
4. Applying the proper meaning and scope to family status, and using the proper legal test, did the Tribunal commit a reviewable error in finding that a *prima facie* case of discrimination on the ground of family status had been made out in this case?
5. Did the Tribunal commit reviewable errors with respect to its remedial orders, notably with respect to: (a) the award of lost wages for the period subsequent to December 2005; (b) the requirement

solde pour la période d'août 2007 à août 2008 pour accompagner son mari à Ottawa. Étant donné qu'il ne pouvait déceler pour quel motif le Tribunal avait accordé son plein salaire à M^{me} Johnstone pour cette période, le juge a renvoyé la question au Tribunal pour nouvelle décision.

[34] Le juge de la Cour fédérale a également conclu que le Tribunal avait outrepassé sa compétence en ordonnant à l'ASFC d'élaborer des politiques écrites satisfaisantes pour M^{me} Johnstone. Suivant le juge, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* « ne prévoit [...] pas que [la victime d'un acte discriminatoire] peut participer à l'élaboration de politiques visant à corriger les actes discriminatoires » (motifs du juge de la Cour fédérale, au paragraphe 168).

Questions soulevées dans le présent appel

[35] Les questions soulevées dans le présent appel peuvent être formulées de la manière suivante :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?
2. Le Tribunal a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle en concluant que le concept de situation de famille englobait les obligations liées à la garde des enfants?
3. Le Tribunal a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle en définissant le critère juridique permettant de conclure à l'existence d'une preuve de prime abord de discrimination fondée sur la situation de famille?
4. Selon le sens et la portée qu'il convient de donner à la notion de situation de famille et selon le bon critère juridique, le Tribunal a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle en concluant qu'en l'espèce une preuve de prime abord de discrimination fondée sur la situation de famille avait été rapportée?
5. Le Tribunal a-t-il commis des erreurs susceptible de contrôle en ce qui concerne les mesures qu'il a accordées et notamment : a) lorsqu'il a accordé l'indemnité pour perte de salaire pour la période

that the CBSA establish a written policy satisfactory to the Canadian Human Rights Commission; and (c) the award of special damages under subsection 53(3) of the *Canadian Human Rights Act*?

postérieure à décembre 2005; b) lorsqu'il a obligé l'ASFC à élaborer une politique écrite satisfaisante pour la Commission canadienne des droits de la personne; c) en accordant des dommages-intérêts spéciaux en vertu du paragraphe 53(3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*?

The standard of review

[36] In an appeal of a judgment concerning a judicial review application, the role of this Court is to determine whether the application Judge identified and applied the correct standard of review, and in the event he or she has not, to assess the decision under review in light of the correct standard: *Keith v. Correctional Service of Canada*, 2012 FCA 117, 40 Admin. L.R. (5th) 1, at paragraph 41; *Yu v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 42, 414 N.R. 283, at paragraph 19; *Telfer v. Canada (Revenue Agency)*, 2009 FCA 23, 386 N.R. 212, at paragraph 18.

[37] This means, in effect, that an appellate court's focus is on the administrative decision; in this case, the decision of the Tribunal: *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraph 46; *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23, at paragraph 247; *Kandola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 85, [2015] 1 F.C.R. 549, at paragraph 29.

[38] The application Judge's selection of the appropriate standard of review is itself a question of law subject to review on the standard of correctness: *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100, at paragraph 35; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 43; *Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2006 FCA 31, [2006] 3 F.C.R. 610, at paragraph 14.

[39] There is no dispute in this appeal that the conclusion of the Tribunal with respect to questions of fact and of mixed fact and law are to be reviewed on a standard of reasonableness. However, there is substantial disagreement as to the standard of review that applies to

Norme de contrôle

[36] Saisie de l'appel d'un jugement portant sur une demande de contrôle judiciaire, notre Cour a pour rôle de rechercher si le juge de première instance a défini et appliqué la bonne norme de contrôle et, dans la négative, d'analyser la décision attaquée par la procédure en contrôle judiciaire en fonction de la bonne norme : *Keith c. Services correctionnels du Canada*, 2012 CAF 117, au paragraphe 41; *Yu c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 42, au paragraphe 19; *Telfer c. Canada (Agence du revenu)*, 2009 CAF 23, au paragraphe 18.

[37] Il s'ensuit que la juridiction d'appel doit en réalité porter son attention sur la décision administrative, en l'occurrence, la décision rendue par le Tribunal : *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 46; *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23, au paragraphe 247; *Kandola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 85, [2015] 1 R.C.F. 549, au paragraphe 29.

[38] Le choix que le juge de première instance fait en arrêtant la norme de contrôle applicable constitue en soi une question de droit assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte : *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100, au paragraphe 35; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 43; *Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2006 CAF 31, [2006] 3 R.C.F. 610, au paragraphe 14.

[39] Il n'est pas controversé entre les parties dans le présent appel que la conclusion tirée par le Tribunal en ce qui concerne les questions de fait et les questions mixtes de fait et de droit sont assujetties à la norme de contrôle de la décision raisonnable. Toutefois, les parties

findings of law made by the Tribunal, particularly with respect to (a) the meaning and scope of family status as a prohibited ground of discrimination and (b) the applicable legal test under which a finding of discrimination may be made with respect to that prohibited ground.

[40] The interpretation by an adjudicative tribunal of its enabling statute or of statutes closely related to its functions are presumed to be subject to deference on judicial review: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraphs 34, 39 and 41; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paragraphs 21, 22 and 33.

[41] That presumption may, however, be rebutted if it can be concluded that Parliament's intent is inconsistent with its application: *Rogers Communication Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283 (*Rogers Communications*), at paragraph 15. Indeed, the determination of the appropriate standard of review is essentially a search for legislative intent: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 30; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, above, at paragraph 21.

[42] Prior to *Dunsmuir*, the Supreme Court of Canada had specifically held that the standard of review pertaining to the meaning and scope of family status as a prohibited ground of discrimination was correctness: *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554 (*Mossop*), at pages 576–578. Our Court had also held that the standard of review for the test for *prima facie* discrimination is correctness: *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392. The question before us here is whether this is still good law in light of *Dunsmuir* and the decisions of the Supreme Court of Canada which have followed it.

sont profondément en désaccord sur la norme de contrôle à appliquer aux conclusions de droit tirées par le Tribunal, en particulier en ce qui concerne a) le sens et la portée de la notion de situation de famille en tant que motif de distinction illicite et b) le critère juridique applicable pour pouvoir conclure à une discrimination fondée sur ce motif de distinction illicite.

[40] L'interprétation que le tribunal administratif fait de sa loi habilitante ou de lois étroitement rattachées à ses attributions est présumée commander la déférence lors d'une procédures en contrôle judiciaire : *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teacher's Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, aux paragraphes 34, 39 et 41; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, aux paragraphes 21, 22 et 33.

[41] Cette présomption peut toutefois être réfutée si l'on peut conclure que la volonté du législateur est incompatible avec l'application de la présomption : *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283 (*Rogers Communications*), au paragraphe 15. D'ailleurs, la détermination de la norme de contrôle applicable est essentiellement axée sur la recherche de la volonté du législateur : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 30; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, précité, au paragraphe 21.

[42] Avant l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême du Canada avait expressément jugé que la norme de contrôle à appliquer pour déterminer le sens et la portée du concept de situation de famille en tant que motif de distinction illicite était celle de la décision correcte : *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554 (*Mossop*), aux pages 576 à 578. Notre Cour a également jugé que la norme de contrôle applicable dans le cas du critère de la discrimination *prima facie* était celle de la décision correcte : *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392. La question qui nous est déferée est donc celle de savoir si ces principes sont toujours d'actualité vu la jurisprudence *Dunsmuir* et la jurisprudence ultérieure de la Cour suprême.

[43] That question was left unanswered by the Supreme Court of Canada in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 (*Mowat*). That case concerned the interpretation by the Tribunal of paragraphs 53(2)(c) and (d) of the *Canadian Human Rights Act* with respect to its authority to award legal costs. In *Mowat*, LeBel and Cromwell JJ. applied a standard of reasonableness to the Tribunal's decision to award legal costs, and they concluded that the Tribunal's decision in that case was unreasonable. In so doing, they emphasized that a standard of correctness may well apply to decisions of the Tribunal dealing with broad human rights principles: *Mowat*, at paragraph 23.

[44] In light of the four factors discussed below, I conclude that, in this case, the presumption of reasonableness is rebutted and a standard of correctness is to be applied with respect to the two legal issues before us, namely (a) the meaning and scope of "family status" as a prohibited ground of discrimination, and (b) the applicable legal test under which a finding of *prima facie* discrimination may be made under that prohibited ground.

[45] First, the Supreme Court of Canada has consistently held that fundamental rights set out in human rights legislation, such as the *Canadian Human Rights Act*, are "quasi-constitutional" rights: see notably *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145, at pages 157 and 158; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at pages 546 and 547; *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103, at page 1154; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Maksteel Québec Inc.*, 2003 SCC 68, [2003] 3 S.C.R. 228, at paragraph 43; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667, at paragraph 81; *New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 SCC 45, [2008] 2 S.C.R. 604, at paragraph 19.

[43] La Cour suprême du Canada n'a pas répondu à cette question à l'occasion de l'affaire *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (*Mowat*). Était alors en jeu l'interprétation par le Tribunal des alinéas 53(2)c) et d) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en ce qui concerne le pouvoir du Tribunal d'adjuger les dépens. À l'occasion de l'affaire *Mowat*, les juges LeBel et Cromwell ont appliqué la norme de la décision raisonnable à la décision du Tribunal d'adjuger les dépens et ils ont conclu que la décision rendue par le Tribunal dans cette affaire n'était pas raisonnable. Pour ce faire, ils ont relevé que la norme de contrôle de la décision correcte pouvait fort bien s'appliquer aux décisions du Tribunal portant sur de grands principes en matière de droits de la personne : *Mowat*, au paragraphe 23.

[44] À la lumière des quatre facteurs que nous discuterons plus loin, je conclus que, en l'espèce, la présomption du caractère raisonnable a été réfutée et que c'est la norme de la décision correcte qui doit s'appliquer aux deux questions de droit qui nous sont déférées, à savoir : a) le sens et la portée de la notion de « situation de famille » en tant que motif de distinction illicite et b) le critère juridique permettant de conclure à l'existence d'une discrimination de prime abord fondée sur ce motif de distinction illicite.

[45] Premièrement, selon la jurisprudence constante de la Cour suprême du Canada, les droits fondamentaux énoncés dans les lois relatives aux droits de la personne, tels que la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, sont des droits « quasi-constitutionnels » : voir, notamment, *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145, aux pages 157 et 158; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536, aux pages 546 et 547; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, à la page 1154; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec Inc.*, 2003 CSC 68, [2003] 3 R.C.S. 228, au paragraphe 43; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667, au paragraphe 81; *Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la*

[46] As noted in *Dunsmuir* at paragraph 58, and for obvious reasons, constitutional issues are necessarily subject to review on a correctness standard. In my view, this approach extends as well to quasi-constitutional issues involving the fundamental human rights set out in *Canadian Human Rights Act* and provincial human rights legislation.

[47] Second, a multiplicity of courts and tribunals are called upon to interpret and apply human rights legislation, including the *Canadian Human Rights Act*. As this appeal illustrates, labour arbitration boards, labour relations boards and superior courts throughout Canada are regularly called upon to adjudicate with respect to the fundamental human rights described in the *Canadian Human Rights Act* and other human rights legislation. As a result, courts have been called upon in the past and will be called upon in the future to examine the same legal issues the Tribunal is required to address in these proceedings.

[48] As aptly noted in *Rogers Communications*, at paragraph 14, it would be inconsistent to review the legal questions at issue here on judicial review of a decision of the Tribunal on a deferential standard, but adopt a correctness standard on an appeal from a decision of a court at first instance on the same legal question. This concurrent jurisdiction of a multiplicity of decisions makers, including the Tribunal and the courts, rebuts the presumption of reasonableness with regard to the two questions of law raised in this appeal: *Rogers Communications*, at paragraph 15.

[49] Third, in *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353, at pages 368 and 369, 372 and 373 and in *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571, at paragraphs 47 and 48, the Supreme Court

personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc., 2008 CSC 45, [2008] 2 R.C.S. 604, au paragraphe 19.

[46] Ainsi que la Cour suprême l'a fait observer par l'arrêt *Dunsmuir*, au paragraphe 58, et pour des raisons évidentes, les questions constitutionnelles sont nécessairement assujetties à la norme de contrôle de la décision correcte. À mon avis, cette approche vaut également pour les questions quasi-constitutionnelles portant sur des droits de la personne fondamentaux énoncés dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et dans les lois provinciales sur les droits de la personne.

[47] Deuxièmement, une foule de tribunaux administratifs et judiciaires sont appelés à interpréter et à appliquer des lois relatives aux droits de la personne, telles que la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Comme il ressort du présent appel, les arbitres en matière de relations du travail, les commissions des relations du travail et les juges des cours supérieures sont, partout au Canada, régulièrement appelés à se prononcer sur les droits de la personne fondamentaux consacrés par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et d'autres lois sur les droits de la personne. Il s'ensuit que les cours de justice ont été appelées par le passé et continueront à être appelées à examiner les mêmes questions de droit que celles sur lesquelles le Tribunal a été invité à se pencher dans la présente affaire.

[48] Ainsi que la Cour suprême l'a fait observer à juste titre, par l'arrêt *Rogers Communications*, au paragraphe 14, il serait illogique d'examiner la décision du Tribunal sur les points de droit en litige en l'espèce selon une norme déférente, mais d'appliquer la norme de la décision correcte à la décision d'une cour de justice en première instance sur le même point de droit. Cette compétence concurrente dévolue à plusieurs organes juridictionnels, y compris le Tribunal et les cours de justice, réfute la présomption du caractère raisonnable en ce qui concerne les deux questions de droit soulevées dans le présent appel : *Rogers Communications*, au paragraphe 15.

[49] Troisièmement, à l'occasion des affaires *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, aux pages 368, 369, 372 et 373, et *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571, aux

of Canada concluded that the interpretation of “service customarily available to the public” for the purposes of the British Columbia *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22 and of “services to the public” in the Yukon *Human Rights Act*, R.S.Y. 1986 (Supp.), c. 11 were general questions of law to be reviewed on a standard of correctness, based on the principle that “in order for the interpretation of human rights legislation to be purposive, differences in wording among the various provinces should not be permitted to frustrate the similar purpose underlying these provisions”: *Gould*, at paragraph 47; *Berg*, at pages 372 and 373.

[50] Most provinces have adopted human rights legislation that prohibits discrimination on the basis of family status: *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, section 1; *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, subsection 7(1); *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, c. 214, paragraph 5(1)(r); *Alberta Human Rights Act*, R.S.A. 2000, c. A-25.5, subsection 3(1); *The Human Rights Code*, C.C.S.M., c. H175, subsection 9(2); *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1, paragraph 2(1)(m.01); *Human Rights Act*, S.N.L. 2010, c. H-13.1, subsection 9(1); *Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12, section 13.

[51] The two principal legal issues raised in this appeal concern questions of fundamental rights and principles in a human rights context. These are not issues about questions of proof or mere procedure, or about the remedial authority of a human rights tribunal or commission. As such, for the sake of consistency between the various human rights statutes in force across the country, the meaning and scope of family status and the legal test to find *prima facie* discrimination on that prohibited ground are issues of central importance to the legal system, and beyond the Tribunal’s expertise, which attracts a standard of correctness on judicial review: *Dunsmuir*, at paragraph 60.

paragraphe 47 et 48, la Cour suprême du Canada a conclu que l’interprétation des mots [TRADUCTION] « services habituellement offerts au public » que l’on trouve dans la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique, S.B.C. 1984, ch. 22, et les mots « services au public » que l’on trouve dans la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon, L.R.Y. 1986 (suppl.), ch. 11, était une question de droit d’ordre général assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte, suivant le principe que « pour interpréter les lois sur les droits de la personne en fonction de l’objet visé, on ne devait pas permettre que les différences de formulation contrecarrent la fin analogue sous-tendant ces dispositions » (*Gould*, au paragraphe 47; *Berg*, aux pages 372 et 373).

[50] La plupart des provinces ont adopté des lois en matière de droits de la personne qui interdisent la discrimination fondée sur la situation de famille : *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19, article 1; *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210, paragraphe 7(1); *Loi sur les droits de la personne*, R.S.N.S. 1989, ch. 214, alinéa 5(1)(r); *Alberta Human Rights Act*, R.S.A. 2000, ch. A-25.5, paragraphe 3(1); *Code des droits de la personne*, C.P.L.M., ch. H175, paragraphe 9(2); *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, ch. S-24.1, alinéa 2(1)(m.01); *Human Rights Act*, S.N.L. 2010, ch. H-13.1, paragraphe 9(1); *Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-12, article 13.

[51] Les deux principales questions de droit soulevées dans le présent appel concernent des questions de droits et de principes fondamentaux en matière de droits de la personne. Il ne s’agit pas de questions portant sur la preuve ou simplement sur la procédure, ni sur le pouvoir d’un tribunal ou d’une commission des droits de la personne d’accorder des mesures. Il s’ensuit, par souci d’uniformité entre les diverses lois sur les droits de la personne en vigueur sur l’ensemble du territoire canadien, que le sens et la portée de la notion de situation de famille ainsi que le critère juridique permettant de conclure à l’existence d’une preuve de prime abord de discrimination fondée sur ce motif de distinction illicite constituent des questions qui revêtent une importance capitale pour le système juridique et qui débordent le champ d’expertise du Tribunal de sorte que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte : *Dunsmuir*, au paragraphe 60.

[52] Fourth, *Dunsmuir* also stands for the proposition that when the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular question, the matter should be deemed settled. As noted above, the Supreme Court of Canada has determined in the past that a correctness standard of review applies to the meaning and scope of family status under the *Canadian Human Rights Act*: *Mossop*, at pages 576–578. Whether the jurisprudence of the Supreme Court of Canada post-*Dunsmuir* has implicitly overruled this prior approach with respect to fundamental human rights is a matter best left for the Supreme Court itself to decide. Until the Supreme Court of Canada decides otherwise, our Court is bound by *Mossop*: *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at paragraph 21.

The meaning and scope of family status

[53] The appellant submits that the ordinary and grammatical meaning of the expression “family status” should prevail, and that this expression should therefore be interpreted as defining a legal status, like the ground of marital status. As a consequence, the prohibited ground of family status would be limited to the personal characteristic of whether or not one is part of a family or has a particular family relationship, but it would not include any substantive parental obligations such as childcare obligations.

[54] The appellant notably submits that by defining family status broadly to include parental obligations, the Tribunal adopted a meaning that does not align with the other prohibited grounds of discrimination that are all based on immutable or constructively immutable personal characteristics. In the appellant’s view, a person’s absolute or relative family status is immutable or constructively immutable, but the same cannot be readily said of childcare obligations.

[52] Quatrièmement, la jurisprudence *Dunsmuir* enseigne également que, lorsque la jurisprudence a déjà arrêté de manière satisfaisante le degré de déférence à accorder à une question déterminée, la question est considérée comme réglée. Comme nous l’avons déjà fait observer, la Cour suprême du Canada enseigne que c’est la norme de contrôle de la décision correcte qui joue en ce qui concerne le sens et la portée de la notion de situation de famille dans le cadre de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* : *Mossop*, aux pages 576 à 578. Il est préférable de laisser à la Cour suprême elle-même le soin de décider si sa jurisprudence postérieure à l’arrêt *Dunsmuir* a implicitement écarté la démarche jusqu’alors suivie pour se prononcer en matière de droits fondamentaux de la personne. Tant que la Cour suprême du Canada n’aura pas rendu un arrêt en sens contraire, notre Cour est liée par la jurisprudence *Mossop* : *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, au paragraphe 21.

Portée et sens de la notion de « situation de famille »

[53] L’appelant soutient que c’est le sens courant et grammatical des mots « situation de famille » qui doit être retenu et que cette expression doit par conséquent être interprétée comme définissant un statut légal, comme c’est le cas pour le motif fondé sur l’état matrimonial. Par conséquent, le motif de distinction interdit fondé sur la situation de famille se limiterait à la caractéristique personnelle consistant à savoir si l’intéressé fait partie d’une famille ou entretient une relation familiale particulière, mais exclurait les obligations parentales importantes telles que les obligations relatives à la garde des enfants.

[54] L’appelant fait notamment valoir qu’en donnant à la notion de situation de famille une définition large de manière à y englober les obligations parentales, le Tribunal a retenu une définition qui ne s’accordait pas avec les autres motifs de distinction illicite, qui sont tous fondés sur des caractéristiques personnelles immuables ou considérées immuables. Suivant l’appelant, la situation de famille absolue ou relative d’une personne est une caractéristique immuable ou considérée comme immuable, mais on ne peut en dire autant des obligations liées à la garde des enfants.

[55] The appellant thus proposes a literal interpretation of the expression “family status” that excludes childcare obligations. According to this interpretation, by defining the ground in terms of status, Parliament did not intend to protect childcare responsibilities. Conflicts between these responsibilities and the terms and conditions of employment would not represent a disadvantage that is arbitrary or based on stereotypes concerning a person’s family status.

[56] The appellant finds comfort for this interpretation in the legislative history of the provision, and relies on a statement from the responsible Minister at the time the ground of family status was incorporated into the *Canadian Human Rights Act* to the effect that Parliament’s intent was primarily to prevent discrimination based on one’s relative family status.

[57] The appellant further submits that by introducing into the *Canadian Human Rights Act* the notion of discrimination on the ground of childcare obligations, the Tribunal modified the Act in a significant way, and that a change of this magnitude raises difficult questions of social policy that Parliament, rather than the courts, is best placed to address.

[58] However, the appellant cites no judicial authority that would directly support this restrictive interpretation of the expression “family status”. On the contrary, all the decisions of the courts, human rights tribunals and labour adjudicators that have been submitted to us in this appeal, and that have directly considered the matter, have decided the contrary.

[59] In fact, judges and adjudicators have been almost unanimous in finding that family status incorporates parental obligations such as childcare obligations. This has been the position consistently held by:

(a) the Tribunal: *Brown, Hoyt, Woiden v. Lynn*, 2002 CanLII 8171 (C.H.R.T.); *Closs v. Fulton Forwarders Incorporated and Stephen Fulton*, 2012 CHRT

[55] L’appelant propose donc une interprétation littérale des mots « situation de famille » qui exclut toute obligation liée à la garde des enfants. Suivant cette interprétation, en définissant le motif en fonction de la situation de l’intéressé, le législateur n’avait pas l’intention de protéger les obligations relatives à la garde des enfants. Les conflits qui peuvent surgir entre d’une part, les obligations parentales et, d’autre part, les obligations professionnelles ne représentent pas un désavantage arbitraire ou fondé sur des stéréotypes portant sur la situation de famille de l’intéressé.

[56] L’appelant est conforté dans cette interprétation par l’historique législatif de la disposition en question et se fonde sur une déclaration faite par le ministre compétent au moment où le motif de la situation de famille avait été incorporé à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* : suivant cette déclaration, l’objectif du législateur était principalement d’empêcher la discrimination fondée sur la situation familiale relative d’une personne.

[57] L’appelant soutient en outre qu’en incorporant à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* le concept de discrimination fondé sur les obligations relatives à la garde des enfants, le Tribunal a modifié la Loi de façon importante et qu’un changement de cette ampleur soulève d’épineuses questions de politique sociale pour lesquelles le législateur est mieux placé que les juges pour proposer une réponse.

[58] L’appelant ne cite toutefois aucune jurisprudence allant directement dans le sens de cette interprétation restrictive des mots « situation de famille ». Au contraire, toute la jurisprudence des cours, des tribunaux des droits de la personne et des arbitres du travail qui nous a été citée dans le cadre du présent appel et qui portait directement sur la question se prononce en sens contraire.

[59] En fait, les juges et les arbitres sont presque unanimes à enseigner que la situation de famille englobe les obligations parentales telles que celles relatives à la garde des enfants. Telle est la jurisprudence constante :

a) du Tribunal : *Brown, Hoyt, Woiden c. Lynn*, 2002 CanLII 8171 (T.C.D.P.); *Closs c. Fulton Forwarders Incorporated and Stephen Fulton*,

- 30, 76 C.H.R.R. D/246; *Richards v. Canadian National Railway*, 2010 CHRT 24, [2011] CLLC 230-006; *Whyte v. Canadian National Railway*, 2010 CHRT 22, 71 C.H.R.R. D/376; *Seeley v. Canadian National Railway*, 2010 CHRT 23;
- (b) the Federal Court: *Johnstone v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 36, [2007] CLLC 230-030 referred to above; *Patterson v. Canada (Revenue Agency)*, 2011 FC 1398, [2012] CLLC 230-006, at paragraphs 34 and 35;
- (c) the British Columbia Court of Appeal: *Campbell River*, at paragraph 39;
- (d) the Human Rights Tribunal of Ontario: *Devaney v. ZRV Holdings Limited and Zeidler Partnership Architects*, 2012 HRTO 1590, 75 C.H.R.R. D/142; *Callaghan v. 1059711 Ontario Inc.*, 2012 HRTO 233; *McDonald v. Mid-Huron Roofing*, 2009 HRTO 1306, 68 C.H.R.R. D/1; *C.D. v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 HRTO 801;
- (e) labour arbitrators: *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers (Sommerville Grievance, CUPW 790-03-00008, Arb. Lanyon)* (2006), 156 L.A.C. (4th) 109; *Ontario Public Service Employees Union v. Ontario Public Service Staff Union (DeFreitas Grievance)*, [2005] O.L.A.A. No. 396 (QL).
- 2012 TCDP 30; *Richards c. Canadian National Railway*, 2010 TCDP 24; *Whyte c. Canadian National Railway*, 2010 TCDP 22; *Seeley c. Canadian National Railway*, 2010 TCDP 23;
- b) de la Cour fédérale : *Johnstone c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 36, citée plus haut; *Patterson c. Canada (Agence du revenu)*, 2011 CF 1398, aux paragraphes 34 et 35;
- c) de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique : *Campbell River*, au paragraphe 39;
- d) du Tribunal des droits de la personne de l’Ontario : *Devaney v. ZRV Holdings Limited and Zeidler Partnership Architects*, 2012 HRTO 1590, 75 C.H.R.R. D/142; *Callaghan v. 1059711 Ontario Inc.*, 2012 HRTO 233; *McDonald v. Mid-Huron Roofing*, 2009 HRTO 1306, 68 C.H.R.R. D/1; *C.D. v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 HRTO 801;
- e) d’arbitres du travail : *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers (Sommerville Grievance), CUPW 790-03-00008, Arb. Lanyon* (2006), 156 L.A.C. (4th) 109; *Ontario Public Service Employees Union v. Ontario Public Service Staff Union (DeFreitas Grievance)*, [2005] O.L.A.A. n° 396 (QL).

[60] Our Court is not bound by these decisions, but they are difficult to ignore since their logic is compelling and better reflects the large and liberal interpretation that is to be given to human rights legislation.

[61] It is generally accepted that human rights legislation must be given a broad interpretation to ensure that the stated objects and purposes of such legislation are fulfilled. As a result, a narrow restrictive interpretation that would defeat the purpose of eliminating discrimination should be avoided: *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, at pages 1137 and 1138 quoting approvingly from *Canadian Odeon Theatres Ltd. v. Human Rights Commission (Sask.) and*

[60] Certes, notre Cour n’est pas liée par ces décisions, mais elle peut difficilement les ignorer, d’autant plus que leur logique est implacable et qu’elles correspondent à l’interprétation large et libérale qu’il convient de donner aux lois portant sur les droits de la personne.

[61] Il est généralement admis que, en matière de droits de la personne, les lois doivent être interprétées de façon large pour s’assurer que leurs objectifs déclarés soient respectés. Par conséquent, il convient d’éviter toute interprétation étroite et restrictive qui irait à l’encontre de l’objectif consistant à éliminer la discrimination (*Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, aux pages 1137 et 1138, citant et approuvant la décision *Canadian*

Huck, 1985 CanLII 183, 18 D.L.R. (4th) 93 (Sask. C.A.), at page 735.

[62] As also noted in numerous decisions of the Supreme Court of Canada, the key provisions of human rights legislation must be interpreted in a flexible manner and with an adaptive approach: *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Boisbriand (City)*, 2000 SCC 27, [2000] 1 S.C.R. 665, at paragraph 76; Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008), at pages 502 and 503.

[63] The proper interpretative rule was set out as follows in *B v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2002 SCC 66, [2002] 3 S.C.R. 403, at paragraph 44:

More generally, this Court has repeatedly reiterated the view that human rights legislation has a unique quasi-constitutional nature and ought to be interpreted in a liberal and purposive manner in order to advance the broad policy considerations underlying it: see, for example, *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571, at para. 120; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353, at p. 370; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, at pp. 89-90; *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, at pp. 157-158.

[64] In that case, the Supreme Court of Canada was called upon to determine whether the expressions “marital status” and “family status” in the Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, were broad enough to encompass a situation where an adverse distinction is drawn on the particular identity of a complainant’s spouse or family member, or whether the ground was restricted to distinctions based on the mere fact that the complainant has a certain type of marital or family status. Iacobucci and Bastarache JJ. noted that the broad goal of anti-discrimination statutes is furthered by embracing a more inclusive interpretation of the expression family status: *B v. Ontario (Human Rights Commission)*, above, at paragraph 4.

Odeon Theatres Ltd. v. Saskatchewan Human Rights Commission (Sask.) and Huck, 1985 CanLII 183, 18 D.L.R. (4th) 93 (C.A. Sask.), à la page 735).

[62] Comme la Cour suprême du Canada l’a fait observer à l’occasion de nombreuses affaires, les dispositions clés des lois sur les droits de la personne doivent être interprétées avec souplesse et de manière adaptée aux circonstances : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665, au paragraphe 76; Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008), aux pages 502 et 503.

[63] La règle d’interprétation qu’il convient d’appliquer a été énoncée dans l’arrêt *B c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2002 CSC 66, [2002] 3 R.C.S. 403, au paragraphe 44 :

Plus généralement, notre Cour a dit à maintes reprises que les lois sur les droits de la personne possèdent un caractère unique et quasi constitutionnel, et qu’il faut leur donner une interprétation libérale et téléologique, propre à favoriser le respect des considérations de politique générale qui les sous-tendent : voir, à titre d’exemple, *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571, par. 120; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, p. 370; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, p. 89-90; *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, p. 157-158.

[64] Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada était appelée à rechercher si les mots « état matrimonial » et « état familial » dans le *Code des droits de la personne* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.19, avaient une portée suffisamment large pour viser les cas de distinction préjudiciable fondée sur l’identité particulière du conjoint du plaignant ou d’un autre membre de sa famille ou si le motif de distinction en question se limitait aux distinctions fondées sur le simple fait que le plaignant avait un état familial ou un état matrimonial donné. Les juges Iacobucci et Bastarache ont fait observer que l’interprétation plus large des mots « état familial » allait dans le sens de la réalisation de l’objectif général des lois anti-discrimination : *B c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, précité, au paragraphe 4.

[65] That broad and purposive approach also applies in this case, particularly where due regard is given to the purpose of the *Canadian Human Rights Act* set out in section 2:

Purpose

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 all individuals should have an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered. [Emphasis added.]

[66] There is no basis for the assertion that requiring accommodation for childcare obligations overshoots the purpose of including family status as a prohibited ground of discrimination. Indeed, without reasonable accommodation for parents' childcare obligations, many parents will be impeded from fully participating in the work force so as to make for themselves the lives they are able and wish to have. The broad and liberal interpretation of human rights legislation requires an approach that favours a broad participation and inclusion in employment opportunities for those parents who wish or need to pursue such opportunities.

[67] It is noteworthy that Parliament chose to use two distinct words for the word "status" in the French version of sections 2 and 3 of the *Canadian Human Rights Act*: "*l'état matrimonial*" for marital status and the much broader "*situation de famille*" for family status. The French word "*situation*" is broadly defined in *Le Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* [Paris: Dictionnaires Le Robert, 2006] as "[e]nsemble des circonstances dans lesquelles une personne se trouve" (the whole of the circumstances in which an individual finds himself). In contrast, that same common dictionary defines "*état*" as

[65] L'interprétation large et téléologique joue également en l'espèce, surtout lorsqu'on tient dûment compte de l'objet de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* énoncée à l'article 2 :

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 et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, la déficience ou l'état de personne graciée. [Non souligné dans l'original.]

[66] Rien ne permet d'affirmer qu'obliger l'employeur à prendre des mesures d'accommodement afin de tenir compte des obligations en matière de garde d'enfants d'un de ses employés dépasse l'objectif visant à inclure la situation de famille dans la liste des motifs de distinction illicite. D'ailleurs, sans mesure raisonnable d'accommodement leur permettant de s'acquitter de leurs obligations liées à la garde des enfants, de nombreux parents ne pourraient s'intégrer véritablement au marché du travail et s'épanouir pleinement. L'interprétation large et libérale des lois relatives aux droits de la personne appelle une méthode favorisant une vaste participation et l'on doit permettre aux parents qui souhaitent s'en prévaloir la possibilité de bénéficier de l'égalité des chances d'épanouissement sur le plan professionnel.

[67] On peut utilement signaler que le législateur a choisi d'employer deux mots différents correspondant au mot anglais « *status* » dans la version française des articles 2 et 3 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* : ainsi, l'expression « *état matrimonial* » correspond à « *marital status* » dans la version anglaise, et le concept beaucoup plus large de « *situation de famille* » correspond, quant à lui, à l'expression anglaise « *family status* ». *Le Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* [Paris: Dictionnaires Le Robert, 2006] propose la définition large suivante pour le mot « *situation* » : « Ensemble des

“[m]anière d’être (d’une personne ou d’une chose) considérée dans ce qu’elle a de durable” (state of being of a person or thing considered in its enduring aspects). The distinction is important, and supports a much broader interpretation of “family status” that includes family circumstances, such as childcare obligations.

[68] That being said, the precise types of childcare activities that are contemplated by the prohibited ground of family status need to be carefully considered. Prohibited grounds of discrimination generally address immutable or constructively immutable personal characteristics, and the types of childcare needs which are contemplated under family status must therefore be those which have an immutable or constructively immutable characteristic.

[69] It is also important not to trivialize human rights legislation by extending human rights protection to personal family choices, such as participation of children in dance classes, sports events like hockey tournaments, and similar voluntary activities. These types of activities would be covered by family status according to one of the counsel who appeared before us, and I disagree with such an interpretation.

[70] The childcare obligations that are contemplated under family status should be those that have immutable or constructively immutable characteristics, such as those that form an integral component of the legal relationship between a parent and a child. As a result, the childcare obligations at issue are those which a parent cannot neglect without engaging his or her legal liability. Thus a parent cannot leave a young child without supervision at home in order to pursue his or her work, since this would constitute a form of neglect, which in extreme examples could even engage subsection 215(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46; *R. v. Peterson*, [2005] CanLII 37972, 201 C.C.C. (3d) 220 (Ont. C.A.), at paragraph 34; *R. v. Popen* (1981), 60 C.C.C. (2d) 232 (Ont. C.A.), at paragraph 18.

circonstances dans lesquelles une personne se trouve. » En revanche, le même dictionnaire de langue générale définit le mot « état » comme suit : « Manière d’être (d’une personne ou d’une chose) considérée dans ce qu’elle a de durable. » Cette distinction est importante et elle appuie une définition beaucoup plus large du concept de « situation de famille » (« *family status* ») qui englobe l’ensemble des circonstances familiales et notamment les obligations liées à la garde des enfants.

[68] Cela dit, le type précis d’activités relatives à la garde des enfants qui sont envisagées par le motif de distinction illicite fondé sur la situation de famille appelle un examen attentif. En principe, les motifs de distinction illicite visent des caractéristiques personnelles immuables ou considérées immuables et les types de besoins en matière de garde d’enfants visés par la situation de famille doivent par conséquent posséder une caractéristique immuable ou considérée immuable.

[69] Il importe par ailleurs de ne pas banaliser la législation sur les droits de la personne en étendant la protection en matière de droits de la personne aux choix familiaux personnels tels que l’inscription des enfants à des cours de danse, les activités sportives telles que les tournois de hockey et d’autres activités semblables relevant d’un choix personnel. Ces types d’activités font partie du concept de situation de famille, suivant l’un des avocats qui a comparu devant la Cour. Or, je ne puis retenir une telle interprétation.

[70] Les obligations en matière de garde des enfants visées par la notion de situation de famille doivent posséder des caractéristiques immuables ou considérées immuables comme celles qui font partie intégrante des relations juridiques entre un parent et son enfant. Par conséquent, les obligations en matière de garde d’enfants en litige sont celles qu’un parent ne peut négliger sans engager sa responsabilité légale. Ainsi, un père ou une mère ne peut laisser un jeune enfant sans surveillance à la maison pour aller travailler, étant donné que cette façon d’agir constituerait une forme de négligence qui, dans certains cas extrêmes, pourraient faire jouer le paragraphe 215(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46; *R. v. Peterson*, 2005 CanLII 37972, 201 C.C.C. (3d) 220 (C.A. Ont.), au paragraphe 34; *R. v. Popen* (1981), 60 C.C.C. (2d) 232 (C.A. Ont.), au paragraphe 18.

[71] Even conduct which meets the criminal standard, minimal as it is, does not necessarily meet other legal standards of childcare, such as those found in the child welfare legislation of the various provinces or in Article 599 of the *Civil Code of Québec* [S.Q. 1991, c. 64]. Put another way, the parental obligations whose fulfillment is protected by the *Canadian Human Rights Act* are those whose non-fulfillment engages the parent's legal responsibility to the child.

[72] Voluntary family activities, such as family trips, participation in extracurricular sports events, etc. do not have this immutable characteristic since they result from parental choices rather than parental obligations. These activities would not normally trigger a claim to discrimination resulting in some obligation to accommodate by an employer: *International Brotherhood of Electrical Workers, Local 636 v. Power Stream Inc. (Bender Grievance)* (2009), 186 L.A.C. (4th) 180 (Ont.) (*Power Stream*), at paragraphs 65 and 66.

[73] I note that there is no fundamental discrepancy between an interpretation of family status as including childcare obligations that engage the parent's legal responsibility for the child and Parliament's intent in including that prohibited ground of discrimination in the *Canadian Human Rights Act*. Protection from discrimination for childcare obligations flows from family status in the same manner that protection against discrimination on the basis of pregnancy flows from the sex of the individual. In both cases, the individual would not require accommodation were it not for the underlying ground (family status or sex) on which they were adversely affected.

[74] In conclusion, the ground of family status in the *Canadian Human Rights Act* includes parental obligations which engage the parent's legal responsibility for the child, such as childcare obligations, as opposed to personal choices. Defining the scope of the prohibited ground in terms of the parent's legal responsibility (i) ensures that the protection offered by the legislation

[71] Même les actes qui répondent à la norme pénale, aussi minimale soit-elle, ne satisfont pas nécessairement aux autres normes légales en matière de garde d'enfants, comme celles que l'on trouve dans les lois des diverses provinces portant sur la protection de l'enfance ou à l'article 599 du *Code civil du Québec* [L.Q. 1991, ch. 64]. Autrement dit, les obligations parentales dont l'exécution est protégée par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sont celles dont l'inobservation engage la responsabilité légale du parent envers l'enfant.

[72] Les activités familiales facultatives, telles que les voyages en famille, la participation à des activités sportives parascolaires, etc., ne possèdent pas cette caractéristique immuable, étant donné qu'elles sont le fruit d'un choix des parents et non d'une obligation des parents. Ces activités ne permettent pas normalement de formuler une allégation de discrimination découlant d'une obligation d'accommodement imposée à l'employeur : *International Brotherhood of Electrical Workers, Local 636 v. Power Stream Inc. (Bender Grievance)* (2009), 186 L.A.C. (4th) 180 (Ont.) (*Power Stream*), aux paragraphes 65 et 66.

[73] Je constate qu'il n'y a pas de contradiction fondamentale entre, d'une part, le fait d'interpréter le concept de situation de famille de manière à englober les obligations en matière de garde d'enfant susceptibles d'engager la responsabilité légale du père ou de la mère envers son enfant et, d'autre part, la volonté du législateur d'inclure ce motif de distinction illicite dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. La protection contre la discrimination fondée sur les obligations en matière de garde d'enfant découle de la situation de famille, de la même façon que la protection contre la discrimination découlant de la grossesse découle du sexe de la personne en cause. Dans les deux cas, l'intéressé n'aura pas besoin de mesure d'accommodement sans le motif sous-jacent (situation de famille ou sexe) en raison duquel il s'estime lésé.

[74] En conclusion, le motif de la situation de famille prévu par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* comprend les obligations parentales qui engagent la responsabilité légale du parent envers son enfant, telle que les obligations en matière de garde d'enfants, par opposition à tout ce qui relève d'un choix personnel. Le fait de définir la portée du motif de distinction illicite en

addresses immutable (or constructively immutable) characteristics of the family relationship captured under the concept of family status, (ii) allows the right to be defined in terms of clearly understandable legal concepts, and (iii) places the ground of family status in the same category as other enumerated prohibited grounds of discrimination such as sex, colour, disability, etc.

The legal test for finding a *prima facie* case of discrimination on the prohibited ground of family status

[75] There is no fundamental dispute between the parties as to many aspects of the legal test that is used to determine whether there is discrimination on the prohibited ground of family status. All parties agree that the test comprises two parts. First, a *prima facie* case of discrimination must be made out by the complainant. Once that *prima facie* case has been made out, the analysis moves to a second stage where the employer must show that the policy or practice is a *bona fide* occupational requirement and that those affected cannot be accommodated without undue hardship.

[76] The parties also agree that the first part of the test that concerns a *prima facie* case requires complainants to show that they have a characteristic protected from discrimination, that they experienced an adverse impact with respect to employment, and that the protected characteristic was a factor in the adverse impact.

[77] Beyond that however, the parties disagree as to how the *prima facie* part of the test should be defined and applied. The appellant submits that an approach similar to the one used by the British Columbia Court of Appeal in *Campbell River* should be used, while the other parties submit that this would result in imposing a higher *prima facie* threshold for cases based on discrimination on the ground of family status.

fonction de la responsabilité légale des parents i) garantit que la protection offerte par la loi tient compte de caractéristiques immuables (ou considérées immuables) des rapports familiaux visés par le concept de situation de famille, ii) permet de définir le droit en fonction de concepts légaux facilement compréhensibles, iii) place le motif de la situation de famille dans la même catégorie que d'autres motifs de distinction illicite énumérés tels que le sexe, la couleur, la déficience, etc.

Critère juridique permettant de conclure à l'existence d'une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur le motif de distinction illicite de la situation de famille

[75] Il n'y a pas foncièrement de controverse entre les parties en ce qui concerne plusieurs des aspects du critère juridique utilisé pour rechercher s'il y a eu discrimination fondée sur le motif de distinction illicite de la situation de famille. Toutes les parties s'entendent pour dire que ce critère comprend deux volets. En premier lieu, le plaignant doit rapporter la preuve de prime abord de discrimination. Dès lors que cette preuve a été rapportée, l'analyse se poursuit à la seconde étape, où l'employeur doit démontrer que la politique ou la pratique appliquée constitue une exigence professionnelle justifiée et qu'il ne peut prendre des mesures d'accommodement à l'égard de la personne visée sans subir de contraintes excessives.

[76] Les parties s'entendent également pour dire que le premier volet du critère concernant la preuve de prime abord oblige les plaignants à démontrer qu'ils possèdent une caractéristique qui les protège de la discrimination, qu'ils ont été lésés dans le cadre de leur emploi et que la caractéristique protégée est l'un des facteurs pour lesquels ils ont été lésés.

[77] Pour le reste cependant, il y a controverse entre les parties sur la manière dont le volet du critère relatif à la preuve de prime abord doit être défini et appliqué. L'appelant préconise une démarche qui s'inspire de celle suivie par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à l'occasion de l'affaire *Campbell River*, tandis que les autres parties affirment que cette démarche aurait pour effet d'imposer un critère préliminaire plus exigeant dans les contentieux où est invoquée la discrimination fondée sur la situation de famille.

[78] *Campbell River* concerned an arbitration award under a collective agreement where the legal issue was the meaning and scope of the expression family status found in subsection 13(1) of the British Columbia *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210. The complainant was the mother of a boy then aged 13 who had severe behavioral problems requiring specific parental and professional attention. Her employer changed her work schedule from an 8 am to 3 pm shift to an 11:30 am to 6 pm shift. This shift change impeded the complainant from attending to the needs of her son after his school hours. The arbitrator denied the grievance brought by the complainant to challenge the work schedule change. The arbitrator found that the circumstances involving childcare arrangements did not raise an issue of discrimination based on the prohibited ground of family status. The British Columbia Court of Appeal overturned the arbitrator and remitted the grievance for a new determination. In so doing, the Court made the following conclusions of law (at paragraph 39):

Whether particular conduct does or does not amount to *prima facie* discrimination on the basis of family status will depend on the circumstances of each case. In the usual case where there is no bad faith on the part of the employer and no governing provision in the applicable collective agreement or employment contract, it seems to me that a *prima facie* case of discrimination is made out when a change in a term or condition of employment imposed by an employer results in a serious interference with a substantial parental or other family duty or obligation of the employee. I think that in the vast majority of situations in which there is a conflict between a work requirement and a family obligation it would be difficult to make out a *prima facie* case. [Emphasis added.]

[79] The requirements of a “serious interference” with a “substantial” duty or obligation are the subjects of the controversy between the parties. The appellant invokes the reasoning in *Campbell River* as a practical approach, and thus proposes to limit *prima facie* cases of discrimination to circumstances where (a) the parental obligation at issue cannot be delegated to a third party, (b) the claimant has tried unsuccessfully to reconcile the non-delegable parental obligation with the employment duties, and (c) the non-delegable parental obligation at issue is substantial.

[78] L'affaire *Campbell River* concernait une sentence arbitrale rendue en rapport avec une convention collective. La question de droit à trancher portait sur le sens et la portée des mots « *family status* » (« situation de famille ») figurant au paragraphe 13(1) du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 210. La plaignante était la mère d'un garçon alors âgé de 13 ans qui avait de graves problèmes de comportement qui exigeaient des soins parentaux et professionnels précis. L'employeur de la mère avait changé l'horaire de travail de celle-ci de 8 h à 15 h pour le remplacer par un quart de travail de 11 h 30 à 18 h. Ce changement de quart de travail empêchait la plaignante de s'occuper de son fils après l'école. L'arbitre a rejeté le grief présenté par la plaignante en vue de contester ce changement apporté à son horaire de travail. L'arbitre a estimé que les situations portant sur les mesures prises pour la garde des enfants ne soulevaient pas de questions de discrimination fondées sur le motif prohibé de la situation de famille. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé la décision de l'arbitre et lui a renvoyé le grief pour nouvelle décision. Pour ce faire, la Cour a tiré la conclusion de droit suivante (au paragraphe 39) :

[TRADUCTION] Un comportement constituera ou non à première vue une discrimination fondée sur la situation de famille selon les circonstances propres à chaque cas. Dans les cas habituels où l'employeur n'est pas de mauvaise foi et où la convention collective ou le contrat d'emploi ne comprend aucune disposition à ce sujet, il me semble qu'il y a discrimination à première vue quand un changement dans les conditions d'emploi imposé par l'employeur résulte en une atteinte grave aux obligations ou devoirs importants parentaux ou familiaux de l'employé. Je crois que dans la vaste majorité des situations où il existe un conflit entre les nécessités du travail et une obligation familiale, il serait difficile d'établir la discrimination à première vue. [Non souligné dans l'original.]

[79] Il y a controverse entre les parties au sujet des exigences à respecter pour que l'on puisse conclure qu'il y a eu « atteinte grave » à une obligation « importante ». L'appelant invoque l'enseignement de l'arrêt *Campbell River* qui constituerait une démarche d'ordre pratique et il propose par conséquent de limiter les cas de discrimination de prime abord aux circonstances dans lesquelles a) l'obligation parentale en cause ne peut être déléguée à un tiers, b) le plaignant a tenté sans succès de concilier avec ses obligations professionnelles une obligation parentale qui ne peut être déléguée à autrui et

[80] The other parties to this appeal submit that adopting this approach would entail a higher threshold for a finding of *prima facie* discrimination on the ground of family status than for the other prohibited grounds set out in the *Canadian Human Rights Act*. In their view, a *prima facie* case requires only that a person be differentiated adversely on a prohibited ground in the course of employment. They thus submit that the standard set out in *Campbell River* is wrong in law and fundamentally flawed in that it conflates the issue of *prima facie* discrimination—which is determined at the first stage of the test—and that of undue hardship—which is determined at the second stage of the test. They notably rely on the following criticism of *Campbell River* made by the Tribunal in its *Hoyt* decision (at paragraphs 119–121):

A different articulation of the evidence necessary to demonstrate a *prima facie* case is articulated by the British Columbia Court of Appeal in [*Campbell River*]. The Court of Appeal found that the parameters of family status as a prohibited ground of discrimination in the Human Rights Code of British Columbia must not be drawn too broadly or it would have the potential to cause ‘disruption and great mischief’ in the workplace. The Court directed that a *prima facie* case is made out “when a change in a term or condition of employment imposed by an employer results in serious interference with a substantial parental or other family duty or obligation of the employee.” Low, J.A. observed that the *prima facie* case would be difficult to make out in cases of conflict between work requirements and family obligations.

With respect, I do not agree with the Court’s analysis. Human rights codes, because of their status as ‘fundamental law,’ must be interpreted liberally so that they may better fulfill their objectives It would, in my view, be inappropriate to select out one prohibited ground of discrimination for a more restrictive definition.

In my respectful opinion, the concerns identified by the Court of Appeal, being serious workplace disruption and great mischief, might be proper matters for consideration in the *Meiorin* analysis and in particular the third branch of the

c) l’obligation parentale qui ne peut être déléguée est importante en l’espèce.

[80] Les autres parties au présent appel soutiennent que retenir cette méthode aurait pour effet d’imposer un critère préliminaire plus exigeant dans le cas de la preuve de discrimination de prime abord fondée sur la situation de famille que dans le cas des autres motifs prévus par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. À leur avis, pour pouvoir rapporter la preuve de discrimination de prime abord, il suffit que l’intéressé ait été défavorisé en cours d’emploi pour un motif de distinction illicite. Elles soutiennent par conséquent que la norme consacrée par la jurisprudence *Campbell River* est erronée en droit et qu’elle est fondamentalement viciée étant donné qu’elle confond la question de la discrimination de prime abord — qui est tranchée à la première étape du critère — avec celle de la contrainte excessive — qui est décidée à la seconde étape du critère. Elles se fondent notamment sur la critique suivante de l’arrêt *Campbell River* formulé par le Tribunal à l’occasion de l’affaire *Hoyt* (aux paragraphes 119 à 121) :

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique, dans l’arrêt [*Campbell River*], a formulé de façon différente la preuve nécessaire pour établir une preuve *prima facie*. La Cour d’appel a statué que les paramètres de la situation de famille en tant que motif de discrimination dans le code en matière de droits de la personne de la Colombie-Britannique ne doivent pas être établis de façon trop large puisque cela pourrait causer [TRADUCTION] « de la perturbation ou des torts sérieux » sur le lieu de travail. La Cour a indiqué qu’une preuve *prima facie* est établie [TRADUCTION] « lorsqu’une modification d’une condition d’emploi imposée par un employeur entraîne une perturbation grave à l’égard d’une importante obligation parentale ou autre obligation familiale de l’employé ». Le juge Low a fait remarquer que la preuve *prima facie* serait difficile à établir dans des cas de conflit entre les exigences de travail et les obligations familiales.

Avec déférence, je ne souscris pas à l’analyse de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique. Les codes en matière de droits de la personne, en raison de leur statut de « loi fondamentale », doivent être interprétés de façon libérale afin qu’ils puissent mieux réaliser leurs objectifs [...] Il serait, à mon avis, inapproprié de choisir un motif de distinction illicite et de lui donner une définition plus restrictive.

À mon humble avis, les préoccupations définies par la Cour d’appel, à savoir la perturbation grave et les torts sérieux sur le lieu de travail, peuvent être des questions appropriées à examiner suivant l’analyse de l’arrêt *Meiorin*, et en particulier

analysis, being reasonable necessity. When evaluating the magnitude of hardship, an accommodation might give rise to matters such as serious disruption in the workplace, and serious impact on employee morale are appropriate considerations ... Undue hardship is to be proven by the employer on a case by case basis. A mere apprehension that undue hardship would result is not a proper reason, in my respectful opinion, to obviate the analysis.

[81] I agree that the test that should apply to a finding of *prima facie* discrimination on the prohibited ground of family status should be substantially the same as that which applies to the other enumerated grounds of discrimination. There should be no hierarchies of human rights. However, though the test should be substantially the same, that test is also necessarily flexible and contextual, as aptly noted by the Canadian Human Rights Commission in its submissions before this Court.

[82] The starting point of the test to establish a *prima facie* case of discrimination is set out in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, above, at page 558, where McIntyre J. noted that the complainant in proceedings before a human rights tribunal must show a *prima facie* case of discrimination, and such a "*prima facie* case in this context is one which covers the allegations made and which, if they are believed, is complete and sufficient to justify a verdict in the complainant's favour in the absence of an answer from the respondent-employer."

[83] The test is necessarily flexible and contextual because it is applied in cases with many different factual situations involving various grounds of discrimination. As noted by Evans J.A. in *Canada (Attorney General) v. Canada (Human Rights Commission)*, 2005 FCA 154, 55 C.H.R.R. D/1, *sub nom. Morris v. Canada (Canadian Armed Forces)*, at paragraph 28, a "flexible legal test of a *prima facie* case is better able than more precise tests to advance the broad purpose underlying the

suivant le troisième volet de l'analyse, à savoir la nécessité raisonnable. Dans le contexte de l'évaluation de l'importance de la contrainte, il se peut qu'une mesure d'accommodement donne lieu à des questions comme la perturbation grave sur le lieu de travail et l'effet grave sur le moral des employés, qui sont des facteurs appropriés [...] Il appartient à l'employeur d'établir au cas par cas l'existence d'une contrainte excessive. Une simple crainte que la mesure d'accommodement entraînerait une contrainte excessive n'est pas un motif approprié, à mon humble avis, pour écarter l'analyse.

[81] Je conviens que le critère qui doit s'appliquer pour pouvoir conclure à une discrimination de prime abord fondée sur le motif interdit de la situation de famille doit être essentiellement le même que celui qui s'applique dans le cas des autres motifs énumérés de discrimination. Il ne doit pas y avoir de hiérarchie en matière de droits de la personne. Toutefois, même s'il devrait être essentiellement le même, le critère doit nécessairement être souple et adapté aux circonstances, comme la Commission canadienne des droits de la personne l'a à juste titre signalé dans les observations qu'elle a présentées devant notre Cour.

[82] Le point de départ du critère préliminaire permettant de conclure à l'existence d'une preuve de discrimination de prime abord a été énoncé dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, précité, à la page 558, dans lequel le juge McIntyre a fait observer que la personne qui dépose une plainte devant un tribunal des droits de la personne doit démontrer qu'il y a à première vue discrimination et « [d]ans ce contexte, la preuve suffisante jusqu'à preuve contraire est celle qui porte sur les allégations qui ont été faites et qui, si on leur ajoute foi, est complète et suffisante pour justifier un verdict en faveur de la plaignante, en l'absence de réplique de l'employeur intimé. »

[83] Ce critère est nécessairement souple et dépend des circonstances parce qu'il est appliqué dans des affaires présentant des variations factuelles diverses et impliquant des motifs de discrimination variés. Ainsi que le juge Evans l'a fait observer à l'occasion de l'affaire *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2005 CAF 154, *sub nom. Morris c. Canada (Forces armées canadiennes)*, au paragraphe 28, « [u]n critère juridique

Canadian Human Rights Act, namely, the elimination in the federal legislative sphere of discrimination from employment”.

[84] As a result, a *prima facie* case must be determined in a flexible and contextual way, and the specific types of evidence and information that may be pertinent or useful to establish a *prima facie* case of discrimination will largely depend on the prohibited ground of discrimination at issue.

[85] As an example, in *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551 (*Amselem*) the Supreme Court of Canada considered the test for establishing a breach of the guarantee of religious freedom under the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q. c. C-12. In that case, the Court rejected the idea that religious belief must be objectively grounded, and instead held that the issue is whether the individual has a sincerely held religious belief. For that purpose, the Court set out certain factors that can assist in assessing whether a *prima facie* case of religious discrimination is established taking into account the particular nature of the prohibited ground at issue. It is useful to review these factors that are set out at paragraphs 56, 57 and 59 to 62 of *Amselem*:

Thus, at the first stage of a religious freedom analysis, an individual advancing an issue premised upon a freedom of religion claim must show the court that (1) he or she has a practice or belief, having a nexus with religion, which calls for a particular line of conduct, either by being objectively or subjectively obligatory or customary, or by, in general, subjectively engendering a personal connection with the divine or with the subject or object of an individual’s spiritual faith, irrespective of whether a particular practice or belief is required by official religious dogma or is in conformity with the position of religious officials; and (2) he or she is sincere in his or her belief. Only then will freedom of religion be triggered.

Once an individual has shown that his or her religious freedom is triggered, as outlined above, a court must then ascertain whether there has been enough of an interference

souple, en ce qui concerne l’établissement de la preuve *prima facie*, permet mieux que d’autres critères plus précis de promouvoir l’objet général sous-tendant la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, à savoir l’élimination, dans la sphère de compétence législative fédérale, de la discrimination en matière d’emploi ».

[84] Par conséquent, il y a lieu d’établir une méthode souple et adaptable aux circonstances pour se prononcer sur l’existence d’une preuve de discrimination de prime abord et le type précis d’éléments de preuve et de renseignements qui peuvent être pertinents ou utiles pour établir l’existence d’une preuve de discrimination de prime abord dépend en grande mesure du motif de distinction illicite en cause.

[85] Par exemple, à l’occasion de l’affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551 (*Amselem*), la Cour suprême du Canada s’est penchée sur la question du critère permettant de conclure à une violation d’une liberté religieuse garantie par la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12. Par cet arrêt, la Cour a écarté l’idée que les convictions religieuses devaient reposer sur un fondement objectif; la Cour s’est plutôt dite d’avis que la question à poser est celle de savoir si l’intéressé a des convictions religieuses sincères. À cette fin, la Cour a recensé certains facteurs qui peuvent être utiles pour rechercher si la preuve de discrimination religieuse de prime abord a été rapportée en tenant compte de la nature particulière du motif de distinction illicite en cause. Il est utile de passer en revue ces facteurs, qui sont énumérés aux paragraphes 56, 57 et 59 à 62 de l’arrêt *Amselem* :

Par conséquent, à la première étape de l’analyse de la liberté de religion, la personne qui présente un argument fondé sur cette liberté doit démontrer (1) qu’elle possède une pratique ou une croyance qui est liée à la religion et requiert une conduite particulière, soit parce qu’elle est objectivement ou subjectivement obligatoire ou coutumière, soit parce que, subjectivement, elle crée de façon générale un lien personnel avec le divin ou avec le sujet ou l’objet de sa foi spirituelle, que cette pratique ou croyance soit ou non requise par un dogme religieux officiel ou conforme à la position de représentants religieux; (2) que sa croyance est sincère. Ce n’est qu’une fois cette démonstration faite que la liberté de religion entre en jeu.

Dès que l’intéressé a démontré, suivant les étapes que je viens de décrire, que sa liberté de religion était en jeu, le tribunal doit déterminer si l’entrave à l’exercice de ce droit est

with the exercise of the implicated right so as to constitute an infringement of freedom of religion under the Quebec (or the Canadian) *Charter*.

...

It consequently suffices that a claimant show that the impugned contractual or legislative provision (or conduct) interferes with his or her ability to act in accordance with his or her religious beliefs in a manner that is more than trivial or insubstantial. The question then becomes: what does this mean?

At this stage, as a general matter, one can do no more than say that the context of each case must be examined to ascertain whether the interference is more than trivial or insubstantial. But it is important to observe what examining that context involves.

In this respect, it should be emphasized that not every action will become summarily unassailable and receive automatic protection under the banner of freedom of religion. No right, including freedom of religion, is absolute

Freedom of religion, as outlined above, quite appropriately reflects a broad and expansive approach to religious freedom under both the Quebec *Charter* and the Canadian *Charter* and should not be prematurely narrowly construed. However, our jurisprudence does not allow individuals to do absolutely anything in the name of that freedom. Even if individuals demonstrate that they sincerely believe in the religious essence of an action, for example, that a particular practice will subjectively engender a genuine connection with the divine or with the subject or object of their faith, and even if they successfully demonstrate non-trivial or non-insubstantial interference with that practice, they will still have to consider how the exercise of their right impacts upon the rights of others in the context of the competing rights of private individuals. Conduct which would potentially cause harm to or interference with the rights of others would not automatically be protected. The ultimate protection of any particular *Charter* right must be measured in relation to other rights and with a view to the underlying context in which the apparent conflict arises. [Emphasis in original.]

[86] As is readily apparent from these passages of *Amsalem*, the specific types of evidence and information that may be applied to establish a *prima facie* case of discrimination largely depend on the nature of the prohibited ground of discrimination at issue.

[87] In this case, the Federal Court Judge concluded, at paragraph 121 of his reasons, that “the childcare obligations arising in discrimination claims based on

suffisante pour constituer une atteinte à la liberté de religion garantie par la *Charte* québécoise (ou la *Charte* canadienne).

[...]

Par conséquent, le demandeur n’a qu’à démontrer que la disposition législative ou contractuelle (ou la conduite) contestée entrave d’une manière plus que négligeable ou insignifiante sa capacité d’agir en conformité avec ses croyances religieuses. Il faut maintenant déterminer ce que cela signifie.

À ce stade-ci, on doit généralement se contenter de dire que chaque cas doit être examiné au regard du contexte qui lui est propre pour déterminer si l’entrave est plus que négligeable ou insignifiante. Il importe toutefois de se demander ce qu’implique l’examen du contexte.

À cet égard, il convient de souligner qu’un acte ne devient pas inattaquable ni protégé d’office du seul fait qu’on invoque la liberté de religion. Aucun droit — y compris la liberté de religion — n’est absolu [...]

La liberté de religion, telle qu’elle a été définie plus haut, correspond bien à l’interprétation large et libérale de cette liberté garantie par la *Charte* québécoise et la *Charte* canadienne et ne devrait pas être prématurément interprétée de façon restrictive. Toutefois, notre jurisprudence n’autorise pas les gens à accomplir n’importe quel acte en son nom. Par exemple, même si une personne démontre qu’elle croit sincèrement au caractère religieux d’un acte ou qu’une pratique donnée crée subjectivement un lien véritable avec le divin ou avec le sujet ou l’objet de sa foi, et même si elle parvient à prouver l’existence d’une entrave non négligeable à cette pratique, elle doit en outre tenir compte de l’incidence de l’exercice de son droit sur ceux d’autrui. Une conduite susceptible de causer préjudice aux droits d’autrui ou d’entraver l’exercice de ces droits n’est pas automatiquement protégée. La protection ultime accordée par un droit garanti par la *Charte* doit être mesurée par rapport aux autres droits et au regard du contexte sous-jacent dans lequel s’inscrit le conflit apparent. [Souligné dans l’original.]

[86] Comme il ressort à l’évidence des passages précités de l’arrêt *Amsalem*, le type précis de preuves et de renseignements dont on peut se servir pour établir l’existence d’une preuve de discrimination de prime abord dépend en grande partie de la nature du motif de distinction illicite en cause.

[87] En l’espèce, le juge de la Cour fédérale a conclu, au paragraphe 121 de ses motifs, que « les obligations liées à la garde des enfants invoquées dans les affaires

family status must be one of substance and the complainant must have tried to reconcile family obligations with work obligations”, adding that “this requirement does not constitute creating a higher threshold test for serious interference.” I agree.

[88] Normally, parents have various options available to meet their parental obligations. Therefore, it cannot be said that a childcare obligation has resulted in an employee being unable to meet his or her work obligations unless no reasonable childcare alternative is reasonably available to the employee. It is only if the employee has sought out reasonable alternative childcare arrangements unsuccessfully, and remains unable to fulfill his or her parental obligations, that a *prima facie* case of discrimination will be made out.

[89] This principle has been recognized in numerous labour arbitration cases dealing with the issue. As noted in *Alberta (Solicitor General) v. Alberta Union of Provincial Employees*, 2010 CanLII 98263, 192 L.A.C. (4th) 97 (Alta.), at paragraph 64, “[i]n order to work, all parents must take some steps on their own to ensure that they can fulfill both their parental obligations and their work commitments. Part of any examination of whether a *prima facie* case has been established for family status discrimination must therefore include an analysis of the steps taken by the employee him or herself to balance their family life and workplace responsibilities.”

[90] The same principle was applied in *Ontario Public Service Employees Union (Thompson) v. Ontario (Liquor Control Board of Ontario)*, 2012 CanLII 67531 (Ont. G.S.B.), at paragraph 40: “This test requires an employee seeking accommodation to demonstrate he or she was not able to meet a family obligation by reasonable means other than accommodation in the workplace.” That same principle was also applied by a Board of Inquiry established under the Ontario *Human Rights Code* in *Wight v. Ontario (Office of the Legislative Assembly)* (1998), 33 C.H.R.R. D/191 (Ont. Bd. of Inq.),

dans lesquelles l’intéressé se prétend victime de discrimination fondée sur sa situation de famille doivent être des obligations importantes et le plaignant doit avoir tenté de concilier ses obligations familiales avec ses obligations professionnelles », ajoutant que « cette exigence ne saurait créer un critère préliminaire plus exigeant en matière d’atteinte grave ». J’abonde dans le même sens.

[88] Normalement, les parents disposent de diverses possibilités pour s’acquitter de leurs obligations parentales. On ne peut donc affirmer qu’une obligation relative à la garde des enfants a empêché un employé de remplir ses obligations professionnelles, à moins que cette personne n’ait pu trouver aucune solution de rechange raisonnable pour faire garder ses enfants. Ce n’est que lorsque l’employé a cherché sans succès une solution de rechange raisonnable pour s’acquitter de ses obligations liées à la garde des enfants et qu’il demeure incapable de remplir ses obligations parentales qu’une preuve de discrimination est établie de prime abord.

[89] Ce principe a été reconnu à l’occasion de nombreuses affaires d’arbitrage en matière du travail portant sur cette même question. Ainsi que noté dans la décision *Alberta (Solicitor General) v. Alberta Union of Provincial Employees*, 2010 CanLII 98263, 192 L.A.C. (4th) 97 (Alb.), au paragraphe 64 : [TRADUCTION] « Pour pouvoir travailler, tous les parents doivent prendre certaines mesures de leur propre initiative pour s’assurer qu’ils peuvent à la fois s’acquitter de leurs obligations parentales et respecter leurs engagements professionnels. Ainsi, lorsqu’il s’agit d’établir l’existence d’une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille, il faut notamment analyser les mesures prises par l’employé pour concilier travail et famille. »

[90] Le même principe a été appliqué à l’occasion de l’affaire *Ontario Public Service Employees Union (Thompson) v. Ontario (Liquor Control Board of Ontario)*, 2012 CanLII 67531 (C.G.R. Ont.), au paragraphe 40 : [TRADUCTION] « Ce critère exige que l’employé qui réclame des mesures d’accommodement démontre qu’il n’a pas été en mesure de remplir une de ses obligations familiales par des moyens raisonnables autres que des mesures d’accommodement de son employeur. » Ce même principe a aussi été appliqué par le comité d’enquête qui avait été mis sur pied sous le régime du

at paragraphs 309 to 311, and in *Power Steam*, at paragraph 62.

[91] This approach is not adding an extra burden on complainants in cases involving family status. As aptly noted in *Alliance Employees Union, Unit 15 v. Customs and Immigrations Union*, 2011 CanLII 70608, 205 L.A.C. (4th) 343 (Ont. L.R.B.), at paragraph 45, complainants in disability cases must first establish that they have a disability and have an ongoing obligation to notify the employer of changes in their restriction; it is not more onerous to require a parent to establish the nature of the restrictions he or she faces in meeting both parental and employment obligations.

[92] The Tribunal's decision in *Hoyt* also implicitly accepted the significance of the claimant's efforts in that case to seek childcare arrangements that would allow compliance with both parental and professional obligations. The Tribunal's finding of discrimination in that case rested on the claimant having made considerable efforts in this regard: *Hoyt*, at paragraphs 123 and 124.

[93] I conclude from this analysis that in order to make out a *prima facie* case where workplace discrimination on the prohibited ground of family status resulting from childcare obligations is alleged, the individual advancing the claim must show (i) that a child is under his or her care and supervision; (ii) that the childcare obligation at issue engages the individual's legal responsibility for that child, as opposed to a personal choice; (iii) that he or she has made reasonable efforts to meet those childcare obligations through reasonable alternative solutions, and that no such alternative solution is reasonably accessible; and (iv) that the impugned workplace rule interferes in a manner that is more than trivial or insubstantial with the fulfillment of the childcare obligation.

Code des droits de la personne de l'Ontario à l'occasion de l'affaire *Wight v. Ontario (Office of the Legislative Assembly)* (1998), 33 C.H.R.R. D/191 (Comm. d'enq. de l'Ont.), aux paragraphes 309 à 311, ainsi qu'à l'occasion de l'affaire *Power Steam*, au paragraphe 62.

[91] Cette démarche n'a pas pour effet d'alourdir la charge qui incombe aux plaignants dans les affaires portant sur la situation de famille. Comme on l'a judicieusement fait observer dans la décision *Alliance Employees Union, Unit 15 v. Customs and Immigrations Union*, 2011 CanLII 70608, 205 L.A.C. (4th) 343 (C.R.T. de l'Ont.), au paragraphe 45, dans les affaires où est en jeu une déficience, les plaignants doivent d'abord établir qu'ils sont atteints d'une déficience, et il leur incombe en tout temps d'aviser leur employeur de tout changement survenu dans leurs contraintes; il n'est pas plus onéreux d'obliger un parent à faire la preuve de la nature des contraintes avec lesquelles il doit composer pour s'acquitter tant de ses obligations parentales que de ses obligations professionnelles.

[92] Lors de l'affaire *Hoyt*, le Tribunal a aussi implicitement pris acte de l'ampleur des efforts déployés par la plaignante dans cette affaire pour prendre les dispositions nécessaires pour faire garder ses enfants de manière à s'acquitter à la fois de ses obligations parentales et de ses obligations professionnelles. La conclusion de discrimination tirée par le Tribunal dans cette affaire reposait sur le fait que la plaignante avait déployé des efforts considérables à cet égard (*Hoyt*, aux paragraphes 123 et 124).

[93] Je conclus de cette analyse que, pour établir la preuve de prime abord de discrimination en milieu de travail fondée sur un motif illicite, en l'occurrence la situation de famille en raison des obligations liées à la garde des enfants, la personne qui soutient être victime de discrimination doit démontrer i) qu'elle assume l'entretien et la surveillance d'un enfant; ii) que l'obligation en cause relative à la garde des enfants fait jouer sa responsabilité légale envers cet enfant et qu'il ne s'agit pas simplement d'un choix personnel; iii) que la personne en question a déployé les efforts raisonnables pour s'acquitter de ses obligations en matière de garde d'enfants en explorant des solutions de rechange raisonnables et qu'aucune de ces solutions n'est raisonnablement

[94] The first factor requires the claimant to demonstrate that a child is actually under his or her care and supervision. This requires the individual claiming *prima facie* discrimination to show that he or she stands in such a relationship to the child at issue and that his or her failure to meet the child's needs will engage the individual's legal responsibility. In the case of parents, this will normally flow from their status as parents. In the case of *de facto* caregivers, there will be an obligation to show that, at the relevant time, their relationship with the child is such that they have assumed the legal obligations which a parent would have found.

[95] The second factor requires demonstrating an obligation which engages the individual's legal responsibility for the child. This notably requires the complainant to show that the child has not reached an age where he or she can reasonably be expected to care for himself or herself during the parent's work hours. It also requires demonstrating that the childcare need at issue is one that flows from a legal obligation, as opposed to resulting from personal choices.

[96] The third factor requires the complainant to demonstrate that reasonable efforts have been expended to meet those childcare obligations through reasonable alternative solutions, and that no such alternative solution is reasonably accessible. A complainant will, therefore, be called upon to show that neither they nor their spouse can meet their enforceable childcare obligations while continuing to work, and that an available childcare service or an alternative arrangement is not reasonably accessible to them so as to meet their work needs. In essence, the complainant must demonstrate that he or she is facing a *bona fide* childcare problem. This is highly fact specific, and each case will be reviewed on an individual basis in regard to all of the circumstances.

réalisable; et iv) que les règles attaquées régissant le milieu de travail entravent d'une manière plus que négligeable ou insignifiante sa capacité de s'acquitter de ses obligations liées à la garde des enfants.

[94] Le premier facteur oblige le plaignant à démontrer qu'il assume effectivement l'entretien et la surveillance de l'enfant. Pour ce faire, le plaignant doit, afin d'établir qu'il est à première vue victime de discrimination, être en mesure de démontrer qu'il entretient ce type de relation avec l'enfant en question et que son défaut de répondre aux besoins de l'enfant entraînera sa responsabilité légale. Dans le cas d'une mère ou d'un père, cette conclusion découle naturellement de leur qualité de parents. Dans le cas des personnes qui s'occupent de fait d'enfants, il leur faut démontrer qu'au moment pertinent, leur relation avec l'enfant en question faisait en sorte qu'ils avaient pris à leur charge les obligations légales qui incombent normalement aux parents.

[95] Le deuxième facteur oblige l'intéressé à démontrer qu'il existe une obligation qui engage sa responsabilité légale envers l'enfant. Pour ce faire, le plaignant doit notamment démontrer que l'enfant en question n'a pas atteint un âge où l'on peut s'attendre raisonnablement à ce qu'il prenne soin de lui-même alors que ses parents sont au travail. Ce facteur exige également que l'on démontre que les besoins en matière de garde d'enfants en cause découlent d'une obligation légale et non d'un choix personnel.

[96] Le troisième facteur oblige le plaignant à démontrer qu'il a déployé des efforts raisonnables pour s'acquitter de ses obligations relatives à la garde des enfants en explorant des solutions de rechange raisonnables et qu'aucune de ces solutions n'est raisonnablement réalisable. Le plaignant est par conséquent appelé à démontrer que ni lui ni son conjoint n'est en mesure de s'acquitter de ses obligations liées à la garde des enfants tout en conservant son emploi et qu'ils n'ont pas raisonnablement accès à des services de garde d'enfants ou à des mesures de substitution qui leur permettraient de respecter leurs obligations professionnelles. Le plaignant doit essentiellement démontrer qu'il est aux prises avec un véritable problème en ce qui concerne la garde d'enfants. Chaque cas est essentiellement un cas d'espèce.

[97] The fourth and final factor is that the impugned workplace rule interferes in a manner that is more than trivial or insubstantial with the fulfillment of the childcare obligation. The underlying context of each case in which the childcare needs conflict with the work schedule must be examined so as to ascertain whether the interference is more than trivial or insubstantial.

[98] It is not necessary to define in more precise terms the test for *prima facie* discrimination on the ground of family status resulting from childcare obligations. The test itself must be sufficiently flexible so as to advance the broad purpose of the *Canadian Human Rights Act* as set out in section 2 of that Act, notably the principle that individuals should have the opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on family status.

[99] Consequently, deciding what specific types of evidence are required to meet all four factors of the above test for a *prima facie* case of discrimination in any given context will vary with the facts of each case, and is better left to be determined on a case-by-case basis.

Application to the circumstances of Ms. Johnstone

[100] Applying the proper legal test, I can find no reviewable error in the Tribunal's conclusion that Ms. Johnstone has made out a *prima facie* case of adverse discrimination by the CBSA on the basis of family status.

[101] First, it is not disputed that Ms. Johnstone had one and then two children under her care and supervision during the times pertinent to her complaint. Though this responsibility was shared with her husband, this does not

[97] Le quatrième et dernier facteur exige que les règles controversées régissant le milieu de travail entravent d'une manière plus que négligeable ou insignifiante sa capacité de s'acquitter de ses obligations relatives à la garde des enfants. Il convient dans chaque cas d'examiner le contexte dans lequel se présente un conflit entre les besoins en matière de garde d'enfants et l'horaire de travail pour déterminer si l'entrave en question est plus que simplement négligeable ou insignifiante.

[98] Il n'est pas nécessaire de définir de façon plus précise le critère de la discrimination de prime abord fondé sur la situation de famille en raison d'obligations liées à la garde des enfants. Le critère lui-même doit être suffisamment souple pour favoriser la réalisation de l'objectif général défini à l'article 2 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et notamment le principe suivant lequel tous les individus ont le droit, dans la mesure compatible avec leurs obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins, indépendamment des considérations fondées sur la situation de famille.

[99] Par conséquent, la décision quant à savoir quel mode de preuve est nécessaire pour pouvoir répondre aux quatre volets du critère susmentionné permettant d'établir l'existence d'une preuve de discrimination de prime abord dans telles ou telles circonstances dépend des faits de l'espèce et il est préférable de trancher cette question au cas par cas.

Application de ces principes à la situation de M^{me} Johnstone

[100] En appliquant le critère juridique approprié, je ne puis déceler aucune erreur justifiant l'infirmité de la conclusion du Tribunal suivant laquelle M^{me} Johnstone a établi la preuve de prime abord de discrimination de la part de l'ASFC sur le fondement de la situation de famille.

[101] Premièrement, il n'est pas controversé entre les parties que M^{me} Johnstone assumait le soin et la surveillance d'un, puis de deux enfants, à l'époque pertinente pour sa plainte. Bien qu'elle ait assumé cette

detract from Ms. Johnstone's shared responsibility for the care and supervision of her two children. As a result, she satisfied the first leg of the test outlined above for establishing a *prima facie* case.

[102] Second, both children were toddlers for whom she and her husband were legally responsible. She and her husband could not leave the children on their own without adult supervision during their working hours without breaching their legal obligations towards them. As a result, they were legally required to provide their children with some form of childcare arrangement while they were away to attend to their work with the CBSA. As a result, Ms. Johnstone's childcare obligations engaged her legal responsibilities as a parent towards her children, as opposed to a personal choice. As such, Ms. Johnstone satisfied the second leg of the test.

[103] Third, the Tribunal found as a matter of fact that Ms. Johnstone had made serious but unsuccessful efforts to secure reasonable alternative childcare arrangements: Tribunal's decision, at paragraphs 187, 188, 193 and 194. The Tribunal outlined the significant efforts of Ms. Johnstone to secure childcare arrangements that would allow her to continue to work the rotating and irregular schedule set out in her VSSA.

[104] In particular, the Tribunal noted that Ms. Johnstone had investigated numerous regulated childcare providers, both near her home and near her work, but that none of these provided services outside standard work hours: Tribunal's decision, at paragraph 79. The Tribunal also noted her efforts with unregulated childcare providers, including family members, as well as the broader inquiries she made to secure flexible childcare arrangements that would meet her work schedule: Tribunal's decision, at paragraphs 80 and 81. The Tribunal found that the work schedules of Ms. Johnstone and of her husband were such that neither could provide the childcare needed on a reliable basis: Tribunal's decision, at paragraph 82. The Tribunal further noted that the alternative of a live-in nanny was

charge avec son mari, cela n'enlève rien à l'obligation conjointe qu'avait M^{me} Johnstone d'assumer le soin et la surveillance de ses deux enfants. Par conséquent, elle a satisfait au premier volet du critère susmentionné pour établir la preuve de prime abord de discrimination.

[102] Deuxièmement, les deux enfants étaient des bambins dont elle et son mari étaient légalement responsables. Elle et son mari ne pouvaient laisser leurs enfants seuls sans la surveillance d'un adulte alors qu'ils étaient au travail sans enfreindre leurs obligations légales qu'ils avaient envers eux. Par conséquent, ils étaient légalement tenus de trouver une solution pour faire garder leurs enfants alors qu'ils se trouvaient à l'extérieur du foyer afin de respecter leurs obligations professionnelles envers l'ASFC. Par conséquent, les obligations de M^{me} Johnstone relatives à la garde des enfants engageaient sa responsabilité légale en tant que parent; il ne s'agissait pas d'un simple choix personnel. Par conséquent, M^{me} Johnstone a satisfait au second volet du critère.

[103] Troisièmement, le Tribunal a constaté que M^{me} Johnstone avait entrepris, en vain, des démarches sérieuses pour trouver une autre solution pour faire garder ses enfants (décision du Tribunal, aux paragraphes 187, 188, 193 et 194). Le Tribunal a relaté les démarches sérieuses qu'avait entreprises M^{me} Johnstone pour faire garder ses enfants et pour continuer à exercer les quarts de travail par rotation irréguliers prévus par son EPHV.

[104] Le Tribunal a notamment fait observer que M^{me} Johnstone s'était informée tant au sujet de la possibilité de se trouver des services de garde enregistrés près de chez elle ou près de son lieu de travail, mais qu'aucun de ces services de garde n'offrait des services en dehors des heures de travail normales : décision du Tribunal, au paragraphe 79. Le Tribunal a également signalé que M^{me} Johnstone avait entrepris des démarches auprès de services de garde non enregistrés, y compris auprès des membres de sa famille, et qu'elle avait également effectué des recherches élargies pour chercher à obtenir des services de garde souples lui permettant de respecter son horaire de travail : décision du Tribunal, aux paragraphes 80 et 81. Le Tribunal a conclu que les horaires de travail de M^{me} Johnstone et de son mari ne

not an appropriate option in the circumstances, since Ms. Johnstone's family would have had to move into a home that could accommodate another adult person: Tribunal's decision, at paragraph 83.

[105] Consequently, Ms. Johnstone clearly satisfied the third leg of the test for a *prima facie* case, in that she made reasonable efforts to meet her childcare obligations through reasonable alternative solutions, but no such alternative solution was reasonably available.

[106] Fourth, the Tribunal found that Ms. Johnstone's regular work schedule based on the VSSA interfered in a manner that was more than trivial or insubstantial with the fulfillment of her childcare obligations.

[107] The Tribunal notably relied on the evidence of Martha Friendly, who was qualified as an expert on childcare policy in Canada, including childcare availability for people who work rotating and fluctuating shifts on an irregular basis: Tribunal's decision, at paragraphs 174 to 195. Ms. Friendly testified that unpredictability in work hours was the most difficult factor in accommodating childcare, and that it made finding a paid third-party provider of childcare, regulated or unregulated, almost impossible: Tribunal's decision, at paragraphs 178 and 179. She also testified that the next most difficult factor was the need for extended work hours outside standard operating hours, which also rendered childcare availability virtually impossible to find: Tribunal's decision, at paragraph 180. She concluded that Ms. Johnstone's situation was "one of the most difficult childcare situations that she could imagine" based on different shifts at different times and different days including weekends, overtime, shifts at all hours of the day or night, and the fact her husband worked a similar type of job schedule: Tribunal's decision, at paragraph 195.

leur permettaient pas de s'occuper de leurs enfants selon un horaire fiable : décision du Tribunal, au paragraphe 82. Le Tribunal a également signalé que la solution de substitution consistant à engager une bonne ne constituait pas une option appropriée dans les circonstances, étant donné que la famille de M^{me} Johnstone aurait alors dû déménager dans une maison où il aurait été possible de loger une personne adulte de plus : décision du Tribunal, au paragraphe 83.

[105] Par conséquent, M^{me} Johnstone a nettement satisfait au troisième volet du critère de la discrimination de prime abord étant donné qu'elle a entrepris des démarches raisonnables pour respecter ses obligations relatives à la garde des enfants en cherchant des solutions de substitution raisonnables dont aucune ne s'est avérée finalement pratique.

[106] Quatrièmement, le Tribunal a conclu que l'horaire de travail régulier de M^{me} Johnstone prévu par son EPHV faisait obstacle d'une manière plus que négligeable ou insignifiante sa capacité de s'acquitter de ses obligations liées à la garde des enfants.

[107] Le Tribunal a notamment retenu le témoignage de Martha Friendly, dont l'expertise en matière de politiques en matière de garde d'enfants au Canada avait été reconnue, notamment au sujet de l'accessibilité des services de garde pour des parents qui travaillent par quarts rotatifs et changeants sur une base irrégulière : décision du Tribunal, aux paragraphes 174 à 195. M^{me} Friendly a expliqué que le fait que les heures de travail n'étaient pas prévisibles constituait le facteur le plus difficile pour prendre des mesures d'accommodement en matière de garde d'enfants, et qu'il était ainsi presque impossible de trouver des services de garde enregistrés ou non : décision du Tribunal, aux paragraphes 178 et 179. Elle a également expliqué que le second facteur le plus difficile était le fait que l'obligation pour des personnes comme M^{me} Johnstone d'effectuer des heures prolongées après les heures normales de travail rendait pratiquement impossible de trouver des services de garde : décision du Tribunal, au paragraphe 180. M^{me} Friendly s'est dite d'avis que la situation de M^{me} Johnstone était [TRADUCTION] « l'une des plus difficiles qu'elle pouvait imaginer en ce qui concerne les services de garde », en raison de la variabilité des quarts de travail qui avaient lieu à des

[108] As a result, Ms. Johnstone clearly made out a *prima facie* case of discrimination on the ground of family status resulting from childcare obligations, and the Tribunal committed no reviewable error in so finding.

[109] Since the appellant is not asserting any *bona fide* occupational requirement or an undue burden in providing Ms. Johnstone fixed shifts on a full-time basis, the Tribunal's ruling that Ms. Johnstone's complaint under the *Canadian Human Rights Act* was substantiated must be upheld.

Remedies

[110] The Attorney General of Canada submits that the Tribunal committed reviewable errors in its remedial orders, notably with respect to the award of lost wages for the period subsequent to December 2005, the requirement that the CBSA establish a written policy satisfactory to the Canadian Human Rights Commission, and the award of special damages under subsection 53(3) of the *Canadian Human Rights Act*.

(a) *Award of lost wages*

[111] The appellant submits that the Tribunal acted unreasonably in ordering lost wages to be paid to Ms. Johnstone for the periods of December 2005 to August 2007 and August 2008 to August 2010.

[112] For the first period (December 2005 to August 2007) the CBSA offered to Ms. Johnstone that she work part-time for 34 hours a week. She elected instead to work 20 hours per week. The appellant submits that

heures et à des jours différents — y compris la fin de semaine —, des heures supplémentaires, du fait que les quarts étaient échelonnés sur toutes les heures du jour et de la nuit et du fait que son mari effectuait un quart de travail semblable : décision du Tribunal, au paragraphe 195.

[108] Par conséquent, M^{me} Johnstone a clairement établi la preuve de prime abord de discrimination fondée sur la situation de famille du fait de ses obligations liées à la garde des enfants, et le Tribunal n'a commis aucune erreur justifiant l'infirmité de sa décision en tirant cette conclusion.

[109] Étant donné que l'appellant n'a pas fait valoir qu'il disposait d'une exigence professionnelle justifiée ou que le fait d'accorder à M^{me} Johnstone un horaire fixe à temps plein lui causerait des contraintes excessives, la décision du Tribunal suivant laquelle la plainte déposée par M^{me} Johnstone en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* était justifiée doit être confirmée.

Mesures

[110] Le Procureur général du Canada soutient que le Tribunal a commis des erreurs justifiant l'infirmité des mesures qu'il a prononcées, notamment en accordant une indemnité pour perte de salaire pour la période subséquente à décembre 2005, en obligeant l'ASFC à établir une politique écrite satisfaisante pour la Commission canadienne des droits de la personne et en accordant des dommages-intérêts spéciaux aux termes du paragraphe 53(3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

a) *Indemnité pour perte de salaire*

[111] L'appellant soutient que le Tribunal a agi de façon déraisonnable en ordonnant qu'une indemnité pour perte de salaire soit versée à M^{me} Johnstone pour la période comprise entre décembre 2005 à août 2007 et pour celle comprise entre août 2008 et août 2010.

[112] Pour la première période (décembre 2005 à août 2007), l'ASFC a offert à M^{me} Johnstone de travailler à temps partiel 34 heures par semaine. Elle a plutôt choisi de travailler 20 heures par semaine. L'appellant

since Ms. Johnstone was only available to work 20 hours per week during this period, she should not be entitled to wages on a full-time basis since there would be no causal connection between the award of full time wages for the period at issue and the alleged discrimination.

[113] The Tribunal's decision to award lost wages on a full-time basis during the period of December 2005 to August 2007 rests on its finding of fact that had Ms. Johnstone been accommodated in her work schedule through static shifts on a full-time basis, as she had initially requested, she would have accepted those hours: Tribunal's decision, at paragraph 372. A causal nexus was, therefore, established. The Tribunal's conclusion on this point was based on an assessment of Ms. Johnstone's testimony and was open to it. Given that this finding of fact is supported by the evidence in the record before us, there is no basis on which this Court could overturn the Tribunal's conclusion on this point. That conclusion is also supported by the fact the CBSA denied Ms. Johnstone's request to work three thirteen-hour shifts per week: Tribunal's decision, at paragraphs 99 and 100.

[114] For the second period (August 2008 to August 2010) the appellant notes that the Federal Court Judge concluded that the Tribunal failed to justify its award of full time lost wages for the period from August 2007 to August 2008 during which Ms. Johnstone had moved to Ottawa to join her husband under a spousal relocation leave. When that leave expired, she then took care and nurturing leave. Since there was no change in Ms. Johnstone's situation during the period of August 2008 to August 2010 as compared with the period of August 2007 to August 2008—she continued to live in Ottawa with her husband under a work leave arrangement—the Federal Court Judge should have returned the matter back to the Tribunal for both periods.

affirme que, comme M^{me} Johnstone n'était disponible pour travailler que 20 heures par semaine pendant cette période, elle ne doit pas avoir droit à un salaire calculé en fonction d'un travail à temps plein, puisqu'il ne peut y avoir de lien de causalité entre l'indemnité pour perte de salaire à temps plein pour la période en cause et la discrimination alléguée.

[113] La décision du Tribunal d'accorder à M^{me} Johnstone une indemnité pour perte de salaire à temps plein pour la période comprise entre décembre 2005 et août 2007 était fondée sur sa conclusion de fait suivant laquelle si des mesures d'accommodement selon un horaire de travail fixe à temps plein avaient été proposées à M^{me} Johnstone, comme elle l'avait d'abord demandé, elle aurait accepté cet horaire : décision du Tribunal, au paragraphe 372. L'existence d'un lien de causalité a, par conséquent, été établi. La conclusion tirée par le Tribunal sur cette question reposait sur son appréciation du témoignage rendu par M^{me} Johnstone et il lui était loisible de tirer cette conclusion. Compte tenu du fait que cette conclusion de fait est appuyée par les éléments de preuve versés aux débats, rien ne permet de penser que notre Cour peut infirmer la conclusion tirée par le Tribunal sur cette question. Cette conclusion s'appuie également sur le fait que l'ASFC a refusé la demande de M^{me} Johnstone d'effectuer trois quarts de travail de 13 heures par semaine : décision du Tribunal, aux paragraphes 99 et 100.

[114] Pour la seconde période (celle d'août 2008 à août 2010), l'appelant signale que le juge de la Cour fédérale a conclu que le Tribunal n'avait pas justifié sa décision d'accorder une indemnité pour le salaire perdu pendant la période comprise entre août 2007 et août 2008 au cours de laquelle M^{me} Johnstone avait déménagé à Ottawa pour rejoindre son mari dans le cadre d'un congé sans solde pour réinstallation du conjoint. Une fois ce congé sans solde expiré, M^{me} Johnstone a pris un congé pour les soins et l'éducation de ses enfants. Comme la situation de M^{me} Johnstone n'a pas évolué au cours de la période d'août 2008 à août 2010, comparativement à celle comprise entre août 2007 et août 2008 — elle a continué à vivre à Ottawa avec son mari dans le cadre d'un congé sans solde convenu avec son employeur —, le juge de la Cour fédérale aurait dû renvoyer l'affaire au Tribunal pour les deux périodes.

[115] Since Ms. Johnstone has not appealed from the judgment referring back to the Tribunal its award of full-time lost wages for the period of August 2007 to August 2008 when Ms. Johnstone opted for unpaid leave to accompany her husband to Ottawa, there is much logic in the appellant's submission that the same conclusion should apply to the period of August 2008 to August 2010 during which Ms. Johnstone continued to remain on leave in Ottawa. As a result, I would vary accordingly the judgment of the Federal Court Judge.

(b) *Establishment of a written policy satisfactory to the Canadian Human Rights Commission*

[116] The appellant also seeks that this Court amend the judgment of the Federal Court Judge to reflect that the CBSA is required to establish a written remedial policy in consultation with the Canadian Human Rights Commission, rather than one that is satisfactory to the Commission.

[117] The appellant relies for this purpose on the language of paragraph 53(2)(a) of the *Canadian Human Rights Act*:

53. ...

Complaint substantiated

(2) If at the conclusion of the inquiry the member or panel finds that the complaint is substantiated, the member or panel may, subject to section 54, make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in the order any of the following terms that the member or panel considers appropriate:

(a) that the person cease the discriminatory practice and take measures, in consultation with the Commission on the general purposes of the measures, to redress the practice or to prevent the same or a similar practice from occurring in future ... [Emphasis added.]

[115] Étant donné que M^{me} Johnstone n'a pas interjeté appel du jugement renvoyant au Tribunal la décision de lui accorder un salaire à temps plein pour la période comprise entre août 2007 et août 2008 au cours de laquelle elle avait choisi de prendre un congé sans solde pour accompagner son mari à Ottawa, la thèse de l'appellant portant que la même solution doit s'appliquer pour la période d'août 2008 à août 2010 au cours de laquelle M^{me} Johnstone avait continué à vivre à Ottawa en raison d'un congé sans solde est tout à fait logique. Par conséquent, je suis d'avis de modifier en conséquence le jugement du juge de la Cour fédérale.

b) *Établissement d'une politique écrite satisfaisante pour la Commission canadienne des droits de la personne*

[116] L'appellant demande également à notre Cour de modifier la partie du jugement dans laquelle le juge de la Cour fédérale ordonnait à l'ASFC d'établir une politique réparatrice écrite satisfaisante pour la Commission pour la remplacer par une ordonnance enjoignant à l'ASFC d'établir une politique réparatrice écrite en consultation avec la Commission canadienne des droits de la personne.

[117] L'appellant invoque, à cette fin, le libellé de l'alinéa 53(2)a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* :

53. [...]

(2) À l'issue de l'instruction, le membre instructeur qui juge la plainte fondée, peut, sous réserve de l'article 54, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire :

Plainte jugée fondée

a) de mettre fin à l'acte et de prendre, en consultation avec la Commission relativement à leurs objectifs généraux, des mesures de redressement ou des mesures destinées à prévenir des actes semblables [...] [Non souligné dans l'original.]

[118] The interpretation of paragraph 53(2)(a) of the *Canadian Human Rights Act* by the Tribunal is to be reviewed on a standard of reasonableness: *Mowat*, at paragraphs 24 to 27.

[119] In this case, at paragraph 366 of its decision, the Tribunal crafted an order with specific reference to paragraph 53(2)(b). It thus ordered the CBSA “to consult with the Canadian Human Rights Commission, in accordance with the provisions of Section 53(2)(a) of the Act, to develop a plan to prevent further incidents of discrimination based on family status in the future” (emphasis added).

[120] However, at paragraph 367 of its decision, the Tribunal went further by specifically ordering that remedial policies be satisfactory to both Ms. Johnstone and the Canadian Human Rights Commission. The specific words used by the Tribunal are revealing: “this Tribunal further orders that CBSA establish written policies satisfactory to Ms. Johnstone and the CHRC to address family status accommodation requests within 6 months, and that these policies include a process for individualized assessments of those making such requests” (emphasis added). The Tribunal offers no explanation as to the statutory basis on which it can make such an order.

[121] There is a substantial difference between, on the one hand, developing a policy in consultation with the Canadian Human Rights Commission, and on the other hand, having that policy subject to its approval. I do not exclude the possibility that the word “consultation” used in paragraph 53(2)(a) reproduced above could include an approval for a proposed measure. However, without a sufficient explanation from the Tribunal as to the statutory basis for making its order in this case, and the reasons why such an order was required in the circumstances of this case, I conclude that the impugned order lacks the justification, transparency and intelligibility required to meet the standard of reasonableness: *Dunsmuir*, at paragraph 47.

[118] L’interprétation que le Tribunal fait de l’alinéa 53(2)a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable : *Mowat*, aux paragraphes 24 à 27.

[119] En l’espèce, au paragraphe 366 de sa décision, le Tribunal formule une ordonnance dans laquelle il fait expressément mention de l’alinéa 53(2)b). Il a ainsi ordonné à l’ASFC « de consulter la Commission canadienne des droits de la personne, conformément aux dispositions de l’alinéa 53(2)a) de la LCDP, afin de mettre en place un plan pour éviter d’autres incidents semblables de discrimination fondés sur la situation de famille » (non souligné dans l’original).

[120] Toutefois, au paragraphe 367 de sa décision, le Tribunal est allé plus loin en ordonnant expressément que l’ASFC établisse des politiques réparatrices satisfaisantes tant pour M^{me} Johnstone que pour la Commission canadienne des droits de la personne. Les mots précis employés par le Tribunal sont révélateurs : « le Tribunal ordonne aussi à l’ASFC d’établir des politiques écrites qui satisferont M^{me} Johnstone et la CCDP, afin de traiter les demandes d’accommodement pour la situation de famille, dans les six mois suivant la décision et que ces politiques devront comprendre un processus pour une évaluation individuelle de chaque employé présentant une telle demande » (non souligné dans l’original). Le Tribunal n’a pas précisé sur quelle disposition législative il se fondait pour rendre une telle ordonnance.

[121] Il existe une différence marquée entre, d’une part, le fait d’élaborer une politique en consultation avec la Commission canadienne des droits de la personne et, d’autre part, le fait d’assujettir cette politique à l’approbation de la Commission. Je n’écarte pas la possibilité que le mot « consultation » employé à l’alinéa 53(2)a) reproduit ci-dessus pourrait inclure l’approbation d’une mesure proposée. Toutefois, à défaut d’explication suffisante du Tribunal quant aux dispositions législatives sur lesquelles il se fondait pour rendre son ordonnance en l’espèce et des raisons pour lesquelles une telle mesure était nécessaire eu égard aux circonstances de la présente affaire, j’estime que l’ordonnance contestée n’a pas la justification, la transparence et l’intelligibilité nécessaires pour répondre à la norme de la décision raisonnable : *Dunsmuir*, au paragraphe 47.

[122] As a result, I would vary the judgment of the Federal Court Judge so as to require the CBSA to develop the policies referred to at paragraph 367 of the Tribunal's decision in consultation with the Canadian Human Rights Commission. The issue of whether the consultation required under paragraph 53(2)(a) of the *Canadian Human Rights Act* includes an implicit power of approval is best left to be decided later in the event the policies actually adopted by the CBSA are not indeed deemed satisfactory by the Commission.

(c) *The award of special damages*

[123] The appellant also challenges the Tribunal's order of special damages made against it pursuant to subsection 53(3) of the *Canadian Human Rights Act*, which reads as follows:

53. ...

Special compensation

(3) In addition to any order under subsection (2), the member or panel may order the person to pay such compensation not exceeding twenty thousand dollars to the victim as the member or panel may determine if the member or panel finds that the person is engaging or has engaged in the discriminatory practice wilfully or recklessly.

[124] The appellant submits that the Tribunal had no reasonable basis to conclude that the CBSA had engaged in the discriminatory practice wilfully or recklessly, particularly when regard is had to the flux in the law relating to family status as illustrated by the conflicting decisions of *Campbell River* and *Hoyt*.

[125] I disagree with the appellant on this point. The Tribunal's conclusion of wilful or reckless practice was largely founded on the CBSA's disregard for the prior decision of the Tribunal in *Brown*. The Tribunal concluded that in *Brown* it had ordered the organization to which the CBSA succeeded to prevent similar events from recurring through recognition and policies that would acknowledge family status. This was a reasonable

[122] Par conséquent, je modifierais le jugement du juge de la Cour fédérale de manière à obliger l'ASFC à élaborer les politiques mentionnées au paragraphe 377 de la décision du Tribunal en consultation avec la Commission canadienne des droits de la personne. Il est préférable de déterminer plus tard la question de savoir si la consultation exigée par l'alinéa 53(2)a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* comprend le pouvoir implicite d'approbation pour le cas où les politiques effectivement adoptées par l'ASFC ne sont pas jugées satisfaisantes par la Commission.

c) *Domages-intérêts spéciaux*

[123] L'appelant attaque également la décision du Tribunal de le condamner à des dommages-intérêts spéciaux en vertu du paragraphe 53(3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, qui dispose :

53. [...]

(3) Outre les pouvoirs que lui confère le paragraphe (2), le membre instructeur peut ordonner à l'auteur d'un acte discriminatoire de payer à la victime une indemnité maximale de 20 000 \$, s'il en vient à la conclusion que l'acte a été délibéré ou inconsidéré.

Indemnité spéciale

[124] L'appelant soutient que le Tribunal n'avait aucun motif raisonnable de conclure que l'ASFC avait agi de façon délibérée ou inconsidérée en se livrant à l'acte discriminatoire reproché, surtout lorsqu'on tient compte du fait que la jurisprudence est fluctuante en ce qui concerne la situation de famille comme l'illustrent les décisions contradictoires rendues à l'occasion des affaires *Campbell River* et *Hoyt*.

[125] Je ne puis retenir la thèse de l'appelant sur ce point. La conclusion du Tribunal sur le caractère délibéré ou inconsidéré de l'acte discriminatoire reproché s'expliquait en grande partie par le fait que l'ASFC n'avait pas tenu compte de la jurisprudence antérieure *Brown* du Tribunal, par laquelle il avait, comme il l'a reconnu en l'espèce, ordonné à l'organisme auquel l'ASFC avait succédé d'empêcher des actes semblables en

interpretation of *Brown* by the Tribunal and a reasonable finding as to the CBSA's failure to follow that prior decision. As a result, the Tribunal acted reasonably in concluding that wilful and reckless conduct had occurred in this case.

Conclusions

[126] I would consequently allow the appeal in part to vary the judgment of the Federal Court Judge with respect to the two remedies described below:

- (a) the second paragraph of the judgment should be varied by replacing therein the date "August 2008" by the date "August 2010";
- (b) the third paragraph of the judgment should be varied by adding at the end the following sentence: "Moreover, the order of the Tribunal at paragraph 367 of its decision is varied by replacing therein the words 'satisfactory to Ms. Johnstone and the CHRC' by 'in consultation with the CHRC'".

[127] In all other aspects, I would dismiss the appeal.

[128] Since Ms. Johnstone has been largely successful in this appeal, I would order the appellant to pay her costs. There should be no order for costs with respect to the respondent the Canadian Human Rights Commission and with respect to the intervener the Women's Legal Education and Action Fund Inc.

PELLETIER J.A.: I agree.

SCOTT J.A.: I agree.

reconnaissant la situation de famille et en élaborant des politiques à cet égard. Il s'agissait d'une interprétation raisonnable de la jurisprudence *Brown* de la part du Tribunal et une conclusion raisonnable quant au défaut de l'ASFC de suivre son enseignement. Par conséquent, le Tribunal a raisonnablement conclu que l'employeur s'était livré à un acte délibéré ou inconsidéré en l'espèce.

Conclusions

[126] Par conséquent, j'accueillerais l'appel en partie de manière à modifier le jugement du juge de la Cour fédérale en ce qui concerne les deux mesures suivantes :

- a) le deuxième paragraphe du jugement doit être modifié et la mention d'« août 2008 » doit être remplacée par celle d'« août 2010 »;
- b) le troisième paragraphe du jugement doit être modifié par l'ajout à la fin du paragraphe, de la phrase suivante : « De plus, l'ordonnance prononcée par le Tribunal au paragraphe 367 de sa décision est modifiée par remplacement des mots "qui satisferont M^{me} Johnstone et la CCDP" par les mots "en consultation avec la CCDP" ».

[127] À tous autres égards, je rejeterais l'appel.

[128] Étant donné que M^{me} Johnstone a largement obtenu gain de cause dans le présent appel, je condamnerais l'appelant aux dépens. Il ne doit pas y avoir d'adjudication des dépens en ce qui concerne la Commission canadienne des droits de la personne intimée et l'intervenant, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes Inc.

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE SCOTT, J.C.A. : Je suis d'accord.