

A-821-91

The Attorney General of Canada (Applicant)

v.

Clarence Levac and Canadian Human Rights Commission (Respondents)*INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. LEVAC (C.A.)*

Court of Appeal, Marceau, Desjardins and Décary J.J.A.—Montréal, April 29 and 30; Ottawa, July 8, 1992.

Human rights — S. 28 application to set aside decision of Canadian Human Rights Tribunal under Canadian Human Rights Act — Respondent released from employment for medical reasons — Tribunal declaring Armed Forces engaged in prohibited discriminatory practice in refusing to continue to employ respondent — Prima facie case of discrimination — Applicant's main allegation based on denial of right to fair hearing rejected — No strict duty on Court to entertain new submissions if decision released by higher Court which may have altered law — Reopening of hearing discretionary matter — S.C.C. judgment in Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission) not creating fundamental change in law — Applicant estopped by own conduct from alleging violation of rules of natural justice — Respondents' medical evidence more convincing — Tribunal correctly finding medical BFOR not justified.

Judges and courts — S.C.C. releasing judgment said to fundamentally change law prior to Human Rights Tribunal deciding employment discrimination case — Whether natural justice breached as Tribunal not granting parties opportunity to present new arguments, evidence — Courts, tribunals never under strict duty to entertain further submissions where higher court decision, rendered after hearing, could influence deliberations — Matter of discretion in absence of request by parties.

This was a section 28 application to set aside a decision rendered by a Canadian Human Rights Tribunal under the *Canadian Human Rights Act*, declaring that the Canadian Armed Forces engaged in a prohibited discriminatory practice in refusing to continue to employ the respondent, Clarence Levac. After nearly 30 years of service with the Forces, the latter was forcibly released from his employment for medical

A-821-91

Procureur général du Canada (requérant)

c.

Clarence Levac et Commission canadienne des droits de la personne (intimés)*RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. LEVAC (C.A.)*

Cour d'appel, juges Marceau, Desjardins et Décary, J.C.A.—Montréal, 29 et 30 avril; Ottawa, 8 juillet 1992.

Droits de la personne — Demande présentée en vertu de l'art. 28 en vue de faire annuler une décision rendue par un tribunal canadien des droits de la personne en vertu de la Loi canadienne sur les droits de la personne — L'intimé a été libéré de son emploi pour des raisons d'ordre médical — Le tribunal a déclaré que les Forces armées ont commis un acte discriminatoire illicite en refusant de continuer à employer l'intimé — Il s'agit, à première vue, d'un cas de discrimination — Rejet du principal moyen qu'invoque le requérant sur le fondement de la négation de son droit à une audience impartiale — La Cour n'est pas strictement tenue de recevoir de nouvelles observations parce qu'une juridiction supérieure a rendu une décision qui a pu modifier le droit — La réouverture de l'audience est une question discrétionnaire — L'arrêt Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission) de la C.S.C. n'a pas modifié fondamentalement le droit — La conduite du requérant l'empêche de prétendre qu'il y a eu violation des règles de justice naturelle — La preuve médicale des intimés est plus convaincante — C'est à bon droit que le tribunal a conclu que l'EPJ d'ordre médical n'était pas justifiée.

Juges et tribunaux — La C.S.C. a rendu un arrêt qui aurait modifié fondamentalement le droit avant que le tribunal des droits de la personne ne tranche la présente affaire de discrimination dans l'emploi — Il échet d'examiner s'il y a eu violation des règles de justice naturelle étant donné que le tribunal n'a pas accordé aux parties l'occasion de présenter de nouvelles observations et de nouveaux éléments de preuve — Les cours de justice et les tribunaux administratifs ne sont jamais strictement tenus de recevoir de nouvelles observations lorsque la décision rendue par une juridiction supérieure après l'audience pourrait influencer leur décision — Il s'agit d'une question discrétionnaire en l'absence d'une demande de la part des parties.

Il s'agit d'une demande présentée en vertu de l'article 28 en vue de faire annuler la décision par laquelle un tribunal canadien des droits de la personne agissant en vertu de la *Loi canadienne des droits de la personne* a déclaré que les Forces armées canadiennes ont commis un acte discriminatoire illicite en refusant de continuer d'employer l'intimé, Clarence Levac. Après près de 30 années de service au sein des Forces armées,

reasons based on a heart deficiency detected during a routine medical examination. He alleged before the Canadian Human Rights Commission that his release had been imposed on the basis of a prohibited ground of discrimination under the Act, namely physical disability, while the Forces' position was that Levac had been released by virtue of a *bona fide* occupational requirement (BFOR) within the meaning of paragraph 15(a) of the Act. The Tribunal did not accept the Forces' response to the complaint, holding that there had been discrimination under the Act. Applicant's main ground of appeal against the Tribunal's decision was that the Forces had been denied the right to a fair hearing. More specifically, it was argued that the Tribunal could not render a decision based, in part, on the judgment of the Supreme Court of Canada in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, rendered after the hearing had been closed, without reopening the hearing. The issue before this Court was whether the Tribunal was correct in not reopening the hearing after the release of the judgment of the Supreme Court and in rejecting the Forces' defence based on a *bona fide* occupational requirement.

Held (Desjardins J.A. dissenting), the application should be dismissed.

Per Marceau J.A.: Applicant's main submission based on natural justice must be rejected. A tribunal or a court can never be under a strict duty to entertain new submissions from parties to litigation because a decision of a higher court handed down after the hearing could influence its deliberation. It is a purely discretionary matter. Moreover, applicant's view that the *Alberta Dairy Pool* decision signifies a fundamental change in the law was untenable. If there is something new in that judgment, it is in the clarification it gives to the meaning and scope of some of the notions around which human rights legislation and case law have evolved. Wilson J. pointed out that the *bona fide* occupational requirement contemplated by the federal and all provincial statutes as a defence against a complaint of discrimination in employment was not meant to refer to any work rule, but only to a rule requiring of employees special personal characteristics related to one of the prohibited grounds of discrimination. There was another way in which the *Alberta Dairy Pool* judgment might be considered somewhat innovative. Until now, to be justified, a *bona fide* occupational requirement had to be, as expressed in another Supreme Court case, *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, "reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public". From now on it must be, not only "reasonably", but absolutely necessary, that is, it must be without any other workable, less stringent, alternative. Members of the Tribunal found that the Forces could not excuse their discriminatory act by placing it under an alleged medical *bona fide* occupational requirement because that requirement, in its inflexibility and generality, was not justified. Their approach in dealing with the case and the principles they followed in reaching their main conclusion

M. Levac a été libéré contre son gré de son emploi pour des raisons d'ordre médical à cause d'une déficience cardiaque détectée au cours d'un examen médical de contrôle. Il a plaidé devant la Commission canadienne des droits de la personne que sa libération avait été imposée sur le fondement d'un des motifs de distinction illicite prévus par la Loi, à savoir la déficience physique. Les Forces armées se sont dites d'avis que Levac avait été libéré en raison d'une exigence professionnelle justifiée (EPJ) au sens de l'alinéa 15a) de la Loi. Le tribunal n'a pas accepté la réponse que les Forces armées ont donnée à la plainte; il a conclu qu'un acte discriminatoire avait été commis au sens de la Loi. Le principal moyen d'appel qu'invoque le requérant pour contester la décision du tribunal est qu'on a nié aux Forces armées le droit à une audience impartiale. Plus précisément, il prétend que le tribunal ne pouvait, sans rouvrir l'audience, rendre une décision fondée, du moins en partie, sur l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, que la Cour suprême a rendu après la clôture de l'audience. La question qui est soumise à la Cour est celle de savoir si le tribunal a eu raison de ne pas rouvrir l'audience après le prononcé de l'arrêt de la Cour suprême et de rejeter le moyen des Forces fondé sur l'exigence professionnelle justifiée.

Arrêt (le juge Desjardins, J.C.A., dissidente): la demande devrait être rejetée.

Le juge Marceau, J.C.A.: Le principal moyen que le requérant tire de la justice naturelle doit être rejeté. Un tribunal administratif ou une cour de justice ne peut jamais être strictement tenu de recevoir de nouvelles observations des parties à un litige parce que la décision rendue par une juridiction supérieure après l'audience pourrait influencer sa décision. Il s'agit d'une question purement discrétionnaire. De plus, l'opinion du requérant suivant laquelle l'arrêt *Alberta Dairy Pool* signifie un changement fondamental du droit est insoutenable. S'il y a quelque chose de nouveau dans cet arrêt, c'est les éclaircissements qui y sont donnés au sujet de la signification et de la portée de quelques-unes des notions à partir desquelles les lois et la jurisprudence sur les droits de la personne se sont développées. Madame le juge Wilson a souligné que l'exigence professionnelle justifiée que la loi fédérale et toutes les lois provinciales permettent d'invoquer comme moyen de défense dans le cas d'une plainte de discrimination dans l'emploi n'était pas conçue pour s'appliquer aux règles concernant l'exécution du travail, mais uniquement aux règles exigeant des employés des caractéristiques personnelles spéciales se rattachant à l'un des motifs de distinction illicite. Il y a une autre angle sous lequel on peut considérer l'arrêt *Alberta Dairy Pool* comme quelque peu innovateur. Jusqu'à maintenant, pour être justifiée, une exigence professionnelle justifiée devait, pour reprendre les termes employés par la Cour suprême dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, être «raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général». Désormais, elle doit être non seulement «raisonnablement» mais absolument nécessaire, c'est-à-dire qu'il ne doit exister aucune solution de rechange réalisable et

were correct and there was no reason for the Tribunal to reopen the hearing.

Per Décary J.A.: With respect to the main argument raised by the applicant, namely denial of a fair hearing, the Attorney General did not, at any time during the relatively long period between the date that the Supreme Court delivered its judgment in *Alberta Dairy Pool* and the time when the Tribunal rendered its decision, seek to reopen the hearing. This was not a case of a party being denied an opportunity to debate a fundamental change in the law, but rather one of a party being so unconvinced that there had been a fundamental change as a result of a recent decision, that it did not bother to seek leave to reopen the hearing. The conduct of the applicant estopped her from alleging violation of the rules of natural justice.

With respect to the secondary argument raised by the applicant, whether the Tribunal was correct in rejecting the Forces' defence, it cannot be said that the Tribunal erred in a reviewable way in its assessment of the evidence or reached a conclusion that it could not reasonably reach. The medical evidence adduced by the applicant as to Levac's heart condition was meager. Her principal medical expert did not at any time examine Levac personally, but the respondents' medical expert did. There being no evidence of a "sufficient risk", the Tribunal was entitled to uphold the complaint.

Per Desjardins J.A. (dissenting): The only question before the Court was whether the Tribunal was correct in rejecting the Forces' defence. Since the parties have recognized that the case at bar is one of direct, as opposed to indirect, discrimination, no duty to accommodate arises in cases where a BFOR is claimed since by definition an occupational requirement is job related, not employee related. As to the objective component of a BFOR, the real question was whether the requirement of a clean bill of health free from a "heart condition" is "reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public".

The respondent enjoyed sea duties so that the risk taking was his. However, in doing so, he would also put at risk the lives of others, since none of the rescue operations described by the Forces' witness could be done without endangering the lives of his fellow companions. Moreover, these operations could only be carried out at considerable public expense. The difficulty of this case is to appreciate what the Tribunal precisely did when it assessed the evidence with regard to the

moins rigoureuse. Les membres du tribunal ont conclu que les Forces armées ne pouvaient excuser leur acte discriminatoire en invoquant une présumée exigence professionnelle justifiée d'ordre médical parce que, dans son inflexibilité et sa généralité, cette exigence n'était pas justifiée. L'approche qu'ils ont adoptée pour examiner l'affaire et les principes qu'ils ont suivis pour tirer leur principale conclusion étaient bien fondés et le tribunal n'avait aucune raison de rouvrir l'audience.

Le juge Décary, J.C.A.: En ce qui concerne le principal moyen soulevé par le requérant, c'est-à-dire qu'on lui a refusé une audience impartiale, le procureur général n'a jamais, au cours de la période relativement longue qui s'est écoulée entre le moment où la Cour suprême a rendu l'arrêt *Alberta Dairy Pool* et le moment où le tribunal a rendu sa décision, tenté d'obtenir la réouverture de l'audience. Il ne s'agissait pas en l'espèce du cas d'une partie à qui l'on refuse la possibilité de débattre une modification fondamentale apportée au droit. Il s'agit plutôt du cas d'une partie qui était si peu convaincue qu'il y avait effectivement eu une modification fondamentale par suite du prononcé d'une décision récente qu'elle ne s'est pas donnée la peine de demander l'autorisation de rouvrir l'audience. La conduite du requérant l'empêche de prétendre qu'il y a eu violation des règles de justice naturelle.

Au sujet du second moyen invoqué par le requérant, c'est-à-dire la question de savoir si le tribunal a eu raison de rejeter le moyen de défense invoqué par les Forces armées, on ne peut pas dire que le tribunal a commis une erreur qui donne lieu à un contrôle dans son appréciation de la preuve ou qu'il a tiré une conclusion qu'il ne pouvait raisonnablement tirer. La preuve médicale présentée par le requérant au sujet de la cardiopathie de Levac était maigre. Son principal expert médical n'a jamais examiné Levac personnellement, alors que l'expert médical des intimés l'a fait. Comme il n'y a pas eu de preuve d'un «risque suffisant», le tribunal avait le droit de confirmer le bien-fondé de la plainte.

Le juge Desjardins, J.C.A. (dissidente): La seule question qui est soumise à la Cour est celle de savoir si le tribunal a eu raison de rejeter le moyen de défense invoqué par les Forces armées. Comme les parties ont reconnu que le présent cas est un cas de discrimination directe, par opposition à un cas de discrimination indirecte, il n'y a pas obligation de composer avec l'employé lorsqu'on invoque une EPJ étant donné que par définition une exigence professionnelle se rapporte à l'emploi et non à l'employé. En ce qui concerne la composante objective de l'EPJ, la véritable question qui se pose est celle de savoir si un bilan de santé impeccable sans «cardiopathie» est «raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général».

L'intimé bénéficiait d'affectations en mer, de sorte que c'est lui qui assumait les risques. Cependant, ce faisant, il ne pouvait que mettre en danger la vie d'autres personnes, étant donné qu'aucune des opérations de sauvetage décrites par les témoins des Forces ne pouvait être effectuée sans mettre en péril la vie de ses compagnons. De plus, ces opérations entraînaient nécessairement des dépenses publiques considérables. La difficulté qui se pose en l'espèce est d'apprécier ce que le tribunal a fait

individual concerned. Once it accepted that there was "an element of risk" in sending the respondent to a sea posting, "as compared to a person in excellent health", it erred in law in assessing the degree of the risk so as to justify the application of the discriminatory rule. The only conclusion available to it was that the Forces were entitled to impose an arbitrary demarcation line. As long as there was an element of risk, the Forces' requirement of good health constituted a BFOR.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3(1), 7(a), 15(a).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission), [1990] 2 S.C.R. 489; (1990), 33 C.C.E.L. 1; *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159.

CONSIDERED:

Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al., [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 86 CLLC 17,002; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 88 N.R. 321; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297; (1989), 90 CLLC 17,001.

APPLICATION under section 28 of the *Federal Court Act* to set aside a decision of a Canadian Human Rights Tribunal declaring that the Canadian Armed Forces engaged in a prohibited discriminatory practice in refusing to continue to employ the respondent. Application dismissed.

COUNSEL:

Alain Préfontaine and *K. Watkin* for applicant.
René Duval for respondents.

précisément lorsqu'il a évalué la preuve en ce qui concerne l'intéressé. Une fois qu'il a accepté que l'affectation en mer de l'intimé comportait un «élément de risque que ne présente pas l'affectation d'une personne en excellente santé», le tribunal a commis une erreur de droit en évaluant le degré de risque de manière à justifier l'application de la règle discriminatoire. La seule conclusion à laquelle il pouvait en venir était que les Forces armées avaient le droit d'imposer une ligne de démarcation arbitraire. Dès lors qu'il y avait un élément de risque, la bonne santé exigée par les Forces armées constituait une EPJ.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3(1), 7a), 15a).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission), [1990] 2 R.C.S. 489; (1990), 33 C.C.E.L. 1; *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres, [1985] 2 R.C.S. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 86 CLLC 17,002; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 88 N.R. 321; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297; (1989), 90 CLLC 17,001.

DEMANDE présentée en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* en vue de faire annuler une décision par laquelle un tribunal canadien des droits de la personne a déclaré que les Forces armées canadiennes ont commis un acte discriminatoire illicite en refusant de continuer d'employer l'intimé. Demande rejetée.

AVOCATS:

Alain Préfontaine et *K. Watkin* pour le requérant.
René Duval pour les intimés.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

Canadian Human Rights Commission, Legal Services, Ottawa, for respondents.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.

Commission canadienne des droits de la personne, Services juridiques, Ottawa, pour les intimés.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

MARCEAU J.A.: The decision under attack here was rendered by a Canadian Human Rights Tribunal acting under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6. It consists of a declaration that the Canadian Armed Forces engaged in a prohibited discriminatory practice in refusing to continue to employ the respondent, Clarence Levac.

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: La décision contestée en l'espèce a été rendue par un tribunal canadien des droits de la personne qui agissait en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6. Il s'agit d'une déclaration portant que les Forces armées canadiennes ont commis un acte discriminatoire illicite en refusant de continuer d'employer l'intimé, Clarence Levac.

The FactsLes faits

The basic facts that led to the decision are simple. Mr. Levac, who had been employed by the Forces since he joined the Royal Canadian Navy in 1955 at the age of 17, was forcibly released from his employment on February 26, 1984, for medical reasons. At the time, Levac had attained the rank of Chief Petty Officer First Class, the highest rank available to him as a non-commissioned officer, and he was a C-1/ER4 Chief Marine Engineer Artificer, his normal responsibility as such being to manage the operation and maintenance of the various power systems and equipment aboard ships. The medical reasons invoked referred to a heart deficiency detected during a routine medical examination.

Les faits essentiels qui ont donné lieu à la décision sont simples. M. Levac, qui travaillait pour les Forces armées depuis qu'il s'était engagé dans la Marine royale canadienne en 1955, à l'âge de 17 ans, a été libéré contre son gré de son emploi le 26 février 1984 pour des raisons d'ordre médical. À l'époque, Levac avait atteint le grade de premier maître de première classe, soit le grade le plus élevé qu'il pouvait obtenir en tant que sous-officier, et il était maître ingénieur (classement C-1/ER4). Les fonctions qu'il exerçait normalement à ce titre consistaient à s'occuper du fonctionnement et de l'entretien des divers appareils électriques et génératrices se trouvant à bord de navires. Les raisons d'ordre médical invoquées concernaient une déficience cardiaque détectée au cours d'un examen médical de contrôle.

As Levac felt he was wrongly treated, he filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission alleging that his release had been imposed on the basis of a prohibited ground of discrimination under the Act, namely, physical disability.

S'estimant lésé, Levac a déposé auprès de la Commission canadienne des droits de la personne une plainte dans laquelle il a plaidé que sa libération avait été imposée sur le fondement d'un des motifs de distinction illicite prévus par la Loi, à savoir la déficience physique.

A three-member Tribunal held a hearing which lasted four days. Levac's case was simple. He himself testified that he had none of the symptoms associated with a heart condition; he had never suffered from pain in the chest; he had never had any diffi-

Un tribunal composé de trois membres a tenu une audience qui a duré quatre jours. Le cas de Levac était simple. Il a lui-même témoigné qu'il n'avait aucun des symptômes liés à une maladie de cœur; il n'avait jamais souffert de douleurs à la poitrine; il

culty in fulfilling his responsibilities; he felt perfectly fit for his duties. And he had with him a renowned cardiologist, Dr. Jean Gratton, who expressed the view, on the basis of his examination and expertise, that the narrowing of Levac's arteries diagnosed in 1979 was "minimal" and, in fact, corresponded to a condition present in the majority of males over 40.

The Forces' response was understandably more involved. Their position was that Levac had been released by virtue of a *bona fide* occupational requirement (a "BFOR") within the meaning of paragraph 15(a) of the Act, thus no illegal discrimination had occurred. They pleaded, in effect, that: because of the narrowing of his coronary artery, Levac was 8 to 12 times more likely to have a heart attack in the next five years; Levac was due to go to sea during those years in accordance with the normal sea to shore roster applicable to those of his rank and duties, a roster that, mainly for reasons of morale, it was essential to leave intact; if Levac had a heart attack while at sea, he had 2 to 3 times the chance of dying than if he was in close proximity to a hospital, given the limited medical facilities available on board some ships, destroyers for example where Levac might serve; and a seaman's death on board a ship adversely affects his fellow crew psychologically, and may cause undesirable interruption of the naval operation then being conducted.

The Decision

The Tribunal did not accept the Forces' response to the complaint; its conclusion was that there had been discrimination under the Act. A detailed review of the lengthy reasons it submitted in support of its decision is not necessary; what must be carefully noted is the approach it adopted in its reasoning and the essential findings to which it came. Here is a quick summary of those reasons.

n'avait jamais eu de difficulté à s'acquitter de ses responsabilités; il s'estimait parfaitement apte à accomplir ses tâches. Il était par ailleurs accompagné d'un cardiologue réputé, le docteur Jean Gratton, qui s'est dit d'avis, sur le fondement de son examen et de ses connaissances techniques, que le rétrécissement des artères de Levac qui avait été diagnostiqué en 1979 était «minime» et qu'en fait, il se manifestait chez la majorité des hommes âgés de plus de 40 ans.

La réponse des Forces armées était, comme on pouvait s'y attendre, plus complexe. Elles se sont dites d'avis que Levac avait été libéré en raison d'une exigence professionnelle justifiée (EPJ) au sens de l'alinéa 15a) de la Loi, et que par conséquent aucun acte discriminatoire illégal n'avait été commis. Elles ont plaidé, en fait que, 1) à cause du rétrécissement des artères coronaires de Levac, les risques que celui-ci subisse une crise cardiaque au cours des cinq prochaines années étaient de huit à douze fois plus élevés; 2) Levac devait être affecté en mer au cours des années en question dans le cadre du système normal des affectations en mer et sur terre applicable aux personnes ayant son grade et exerçant ses fonctions et il était essentiel de laisser intact ce système, principalement pour des raisons de moral; 3) si Levac avait une crise cardiaque en mer, il courait deux à trois fois plus de risques de mourir que s'il se trouvait près d'un hôpital, compte tenu des installations médicales limitées disponibles sur certains navires, les destroyers par exemple, à bord desquels Levac pourrait servir; 4) la mort d'un marin à bord d'un navire affecte ses compagnons d'équipage sur le plan psychologique, et peut causer une interruption non souhaitable de l'opération navale en cours.

La décision

Le tribunal n'a pas accepté la réponse que les Forces armées ont donnée à la plainte; il a conclu qu'un acte discriminatoire avait été commis au sens de la Loi. Il n'est pas nécessaire d'examiner en détail les longs motifs qu'il a soumis à l'appui de sa décision; ce qu'il faut remarquer attentivement, c'est l'approche qu'il a adoptée dans son raisonnement et les conclusions essentielles auxquelles il en est venu. Voici un résumé rapide des motifs en question.

After a complete review of the testimonies, the members define the issues to be decided as follows (at page 20 of the decision):

- 1) Did the Respondent's decision to forcibly release the Complainant on medical grounds constitute a discriminatory practice on a prohibited ground of discrimination, namely, physical disability, in violation of section 7(1) [sic] of the Act? ^a
- 2) If answered in the affirmative, did the Respondent nevertheless exculpate itself by successfully invoking the BFOR Defence available to it under section 15(a) of the Act? ^b
- 3) Was there, in any event, a legal obligation upon the Respondent to reasonably accommodate the Complainant in the face of the alleged adverse discriminatory effects upon him as a result of Respondent's decision to terminate him, without or up to the point of undue hardship? ^c
- 4) Did the Respondent discharge such obligation?

The first issue, of course, does not raise any difficulty; no one could dispute that it was a *prima facie* case of discrimination. The second issue gives rise to a long discussion leading to the following central finding and conclusion (at pages 25 and 26): ^d

The Tribunal finds that the Respondent has not established that Complainant cannot perform or be expected to perform the job of Chief Petty Officer First Class or Marine Engineer Artificer whether at sea or on shore or that being free from any degree of coronary artery disease and projection or prediction of a heart attack associated with this disease constitutes a bona fide occupational requirement. ^f

The Tribunal therefore concludes that the Respondent has failed to discharge its burden of establishing a valid BFOR defense in that it has not satisfied the bona fide occupational requirement to the satisfaction of the Tribunal. We are not persuaded that Complainant could not serve at sea, if that were to occur, without danger or real risk to himself, his co-workers or his employer the Respondent and the general public which it represents. Nor, as we have already made clear, are we persuaded that Complainant could not perform his duties on Shore. ^h

The third issue is introduced by the following comments (at page 27):

Notwithstanding the foregoing, in light of the most recent Supreme Court Decision as it affects this case, *Alberta Human Rights Commission vs Central Alberta Dairy Pool*, (Supra) as yet unreported, there is, in any event, a legal obligation imposed upon Respondent to take appropriate reasonable steps ^j

Après un examen complet des témoignages, les membres définissent dans les termes suivants les questions à trancher (aux pages 30 et 31 de la décision):

- (1) La décision des intimées de libérer de force le plaignant pour des motifs d'ordre médical constitue-t-elle un acte discriminatoire fondé sur un motif de distinction illicite, c'est-à-dire la déficience physique, en contravention de l'alinéa 7a) de la Loi? ^a
- (2) Si la réponse à cette question est affirmative, les intimées ont-elles néanmoins réussi à se disculper en invoquant la défense fondée sur l'exigence professionnelle justifiée prévue à l'alinéa 15a) de la Loi? ^b
- (3) De toute manière, les intimées étaient-elles légalement tenues de composer avec le plaignant, dans la mesure où cela n'entraînait pas une contrainte excessive, en raison de l'effet préjudiciable que leur décision de mettre fin à son emploi pourrait avoir sur lui? ^c
- (4) Les intimées se sont-elles acquittées de cette obligation? ^e

La première question ne soulève évidemment pas de difficulté: personne ne pourrait contester qu'il s'agissait, à première vue, d'un cas de discrimination. La deuxième question a donné lieu à une longue discussion qui a mené à la conclusion centrale suivante (aux pages 38, 39 et 40): ^e

Le tribunal estime que les intimées n'ont pas démontré que le plaignant ne pouvait pas occuper, ni qu'on ne pouvait pas s'attendre qu'il puisse occuper le poste de premier maître de première classe ou de maître mécanicien que ce soit en mer ou à terre; elles n'ont d'ailleurs pas non plus prouvé que l'inexistence d'une maladie des artères coronaires ainsi que de la prévision ou la probabilité d'une crise cardiaque associée à cette maladie constitue une exigence professionnelle justifiée.

Par conséquent, le tribunal conclut que les intimées n'ont pas réussi à s'acquitter de leur fardeau d'établir une défense valide fondée sur une exigence professionnelle justifiée parce qu'elles n'ont pas réussi à prouver cette exigence au tribunal. Nous ne sommes pas convaincus que le plaignant ne pourrait pas, le cas échéant, servir en mer sans danger ou sans représenter un risque véritable pour lui-même, ses compagnons de travail ou son employeur, les intimées, et le public en général qu'elles représentent. Nous ne sommes pas non plus convaincus, comme nous l'avons déjà clairement indiqué, que le plaignant ne pourrait pas s'acquitter de ses fonctions à terre. ^h

La troisième question est introduite par les commentaires suivants (à la page 40): ⁱ

Malgré ce qui précède, compte tenu de l'arrêt le plus récent de la Cour suprême concernant l'espèce, *Alberta Human Rights Commission c. Central Alberta Dairy Pool*, (précité) les intimées sont, de toute manière, légalement tenues de prendre les mesures raisonnables appropriées pour composer avec le

to accommodate the Complainant, who was adversely affected by Respondent's discriminatory practice, up to the point of undue hardship.

The Tribunal considers the Respondent to have failed to discharge either of such legal obligations.

A quick statement settles the fourth issue (at page 28):

The Tribunal is convinced that the Respondent was in a position to accommodate the Complainant vis-à-vis the impact of the adverse discriminatory effects sustained by him in a number of ways without undue hardship but failed to do so.

The Ground of Appeal

This review of the facts and of the content of the decision is decidedly laconic, but I need not go any further to deal with the only legal ground of attack that I intend to address in these reasons. There were other grounds raised. Counsel for the Attorney General tried to question some of the findings of fact made by the Tribunal but it quickly became clear during the hearing that this was to no avail, it being already obvious to the Bench that none of those findings could be said to have been made in disregard of the evidence. Counsel did not pursue these other grounds except to give perspective to the sole ground not merely based on the conclusions of fact.

The issue left to be addressed concerns natural justice. The Attorney General claims that the Forces were denied the right to a fair hearing. She submits that the Tribunal could not render a decision based, at least in part, on the judgment of the Supreme Court in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, a judgment rendered after the hearing had been closed, without reopening the hearing. She puts her argument in this way in her factum:

63. When the law is changed as fundamentally as it was on September 13, 1990 by the release of the landmark decision of the Supreme Court of Canada in *Alberta Human Rights Commission v. Central Alberta Dairy Pool*, an adjudicative body such as the Tribunal is under a duty imposed by natural justice to grant to the parties before it the opportunity to debate whether the landmark decision applies to their particular circumstances and, if they wish to do so, to lead new evidence to meet the new found requirements imposed upon them. Not to

plaignant qui a été lésé par l'acte discriminatoire des intimées, dans la mesure où cela n'entraîne pas une contrainte excessive.

Le tribunal estime que les intimées ne se sont acquittées d'aucune de ces obligations légales.

Une déclaration rapide résout la quatrième question (à la page 42):

Le tribunal est convaincu que les intimées pouvaient, de diverses manières sans que cela n'entraîne une contrainte excessive pour elles, composer avec le plaignant quant aux effets discriminatoires qu'il a subis, mais qu'elles ne l'ont pas fait.

c Le moyen d'appel

Cet examen des faits et du contenu de la décision est décidément laconique, mais je n'ai pas besoin d'aller plus loin pour examiner le seul moyen de droit invoqué pour contester la décision que j'ai l'intention d'aborder dans les présents motifs. D'autres moyens ont été soulevés. L'avocat du procureur général a essayé de mettre en doute certaines des conclusions de fait tirées par le tribunal, mais il est rapidement devenu clair au cours de l'audience que cela ne servait à rien, car il était déjà évident pour la Cour qu'on ne pouvait prétendre qu'aucune de ces conclusions avait été tirée sans tenir compte de la preuve. L'avocat n'a pas insisté sur ces autres moyens, sauf pour faire ressortir le seul moyen qui n'était pas exclusivement fondé sur les conclusions de fait.

La question qu'il nous reste à examiner concerne la justice naturelle. Le procureur général prétend qu'on a nié aux Forces armées le droit à une audience impartiale. Il prétend que le tribunal ne pouvait, sans rouvrir l'audience, rendre une décision fondée, du moins en partie, sur l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, que la Cour suprême a rendu après la clôture de l'audience. Voici comment il formule son raisonnement dans son mémoire:

[TRADUCTION] 63. Lorsque le droit est modifié aussi fondamentalement qu'il l'a été le 13 septembre 1990 à la suite de la publication de l'arrêt de principe *Alberta Human Rights Commission c. Central Alberta Dairy Pool* de la Cour suprême du Canada, un organisme qui a le pouvoir de rendre la justice comme le tribunal est tenu, de par les règles de justice naturelle, d'accorder aux parties qui comparaissent devant lui la possibilité de débattre la question de savoir si la décision de principe s'applique à leur situation particulière et, si elles le

do so constitutes a failure to afford a fair hearing which vitiates the entire proceedings and renders the decision invalid.

64. A fair hearing entails that the parties to it know in advance the issues they will have to address in argument and the evidence that must be led to support these arguments.

65. If the law is changed fundamentally while the decision is under reserve, as is the case here, the only way by which the Tribunal can afford a fair hearing to the parties is by granting them the opportunity to present arguments and evidence.

66. It was specially important for the Tribunal to do so in this case because this fundamental change made to the law has important ramifications on the nature of the evidence needed to address it. What constitutes a reasonable alternative or what meets the Supreme Court's open-ended list of examples of undue hardship is a question of fact for the determination of the Tribunal which the parties must be given an opportunity to address.

The Rejection of the Ground of Appeal

There is a short answer to the applicant's submission. I do not think that a Tribunal or a Court can ever be under a strict duty to entertain new submissions from the parties to a litigation because a decision of a higher Court handed down after the hearing could influence its deliberation. It may be useful and more prudent to do so but it is, I believe, particularly in the absence of any request by the parties, a purely discretionary matter.

There is also a more complete answer. I simply disagree with the applicant's view that the *Alberta Dairy Pool* decision signifies a fundamental change in the law. The basic idea in Madam Justice Wilson's majority judgment, as I read it, is clearly set out in the following passage of her reasons (at pages 514-515):

Where a rule discriminates on its face on a prohibited ground of discrimination, it follows that it must rely for its justification on the validity of its application to all members of the group affected by it. There can be no duty to accommodate individual members of that group within the justificatory test because, as McIntyre J. pointed out, that would undermine the rationale of the defence. Either it is valid to make a rule that

désirent, de présenter de nouveaux éléments de preuve pour répondre aux nouvelles exigences auxquelles elles sont assujetties. Le fait de ne pas leur accorder cette possibilité revient à leur nier une audition impartiale, ce qui vicie toute la procédure et rend la décision invalide.

64. Le principe de l'audition impartiale suppose que les parties connaissent à l'avance les questions qu'elles devront aborder dans leur plaidoirie et qu'elles sachent quelle preuve elles doivent présenter pour appuyer leurs arguments.

65. Si le droit est modifié fondamentalement pendant que l'affaire a été mise en délibéré, comme c'est le cas en l'espèce, la seule façon pour le tribunal d'accorder une audition impartiale aux parties est de leur donner la possibilité de présenter des arguments et des éléments de preuve.

66. Il était spécialement important que le tribunal agisse ainsi dans l'affaire qui nous occupe, parce que cette modification importante apportée au droit a des répercussions importantes sur la nature des éléments de preuve qui doivent être présentés pour aborder la présente affaire. La question de savoir ce qui constitue une solution de rechange acceptable ou ce qui fait partie de la liste non exhaustive d'exemples de contrainte excessive donnés par la Cour suprême est une question de fait qui doit être tranchée par le tribunal et que les parties doivent avoir la possibilité d'aborder.

Le rejet du moyen d'appel

On peut répondre en peu de mots à la prétention du requérant. Je ne crois pas qu'un tribunal administratif ou une cour de justice puisse être strictement tenu de recevoir de nouvelles observations des parties à un litige parce que la décision rendue par une juridiction supérieure après l'audience pourrait influencer sa décision. Il peut être utile et plus prudent de le faire mais j'estime qu'il s'agit d'une question purement discrétionnaire, surtout en l'absence de toute demande de la part des parties.

Il y a aussi une réponse plus complète. Je ne suis tout simplement pas d'accord avec l'opinion du requérant suivant laquelle l'arrêt *Alberta Dairy Pool* signifie un changement fondamental du droit. Le raisonnement fondamental du jugement que Madame le juge Wilson a rédigé au nom de la majorité est clairement exposé dans l'extrait suivant de ses motifs (aux pages 514 et 515):

Lorsque, à première vue, une règle établit une distinction fondée sur un motif de discrimination prohibé, sa justification devra reposer sur la validité de son application à tous les membres du groupe touché. En vertu du critère du motif justifiable, il ne peut en effet y avoir d'obligation d'accommodement à l'égard des membres individuels du groupe puisque, comme l'a fait observer le juge McIntyre, cela saperait le fon-

generalizes about members of a group or it is not. By their very nature rules that discriminate directly impose a burden on all persons who fall within them. If they can be justified at all, they must be justified in their general application. That is why the rule must be struck down if the employer fails to establish the BFOQ. This is distinguishable from a rule that is neutral on its face but has an adverse effect on certain members of the group to whom it applies. In such a case the group of people who are adversely affected by it is always smaller than the group to which the rule applies. On the facts of many cases the "group" adversely affected may comprise a minority of one, namely the complainant. In these situations the rule is upheld so that it will apply to everyone except persons on whom it has a discriminatory impact, provided the employer can accommodate them without undue hardship. In *O'Malley McIntyre J.* clarifies the basis for the different consequences that follow a finding of direct discrimination as opposed to a finding of adverse effect discrimination. He states at p. 555:

The duty in a case of adverse effect discrimination on the basis of religion or creed is to take reasonable steps to accommodate the complainant, short of undue hardship: in other words, to take such steps as may be reasonable to accommodate without undue interference in the operation of the employer's business and without undue expense to the employer. Cases such as this raise a very different issue from those which rest on direct discrimination. Where direct discrimination is shown the employer must justify the rule, if such a step is possible under the enactment in question, or it is struck down. Where there is adverse effect discrimination on account of creed the offending order or rule will not necessarily be struck down. It will survive in most cases because its discriminatory effect is limited to one person or to one group, and it is the effect upon them rather than upon the general work force which must be considered. In such case there is no question of justification raised because the rule, if rationally connected to the employment, needs no justification; what is required is some measure of accommodation. The employer must take reasonable steps towards that end which may or may not result in full accommodation. Where such reasonable steps, however, do not fully reach the desired end, the complainant, in the absence of some accommodating steps on his own part such as an acceptance in this case of part-time work, must either sacrifice his religious principles or his employment. [Emphasis added by Wilson J.]

There was nothing new in taking as a premise that, under the Act, a qualifying rule for employment that openly distinguishes between individuals on a pro-

dement même de ce moyen de défense. Ou bien on peut valablement établir une règle qui généralise à l'égard des membres d'un groupe ou bien on ne le peut pas. Par leur nature même, les règles qui constituent une discrimination directe imposent un fardeau à tous ceux qui y sont assujettis. Si tant est qu'elles puissent être justifiées, c'est dans leur application générale qu'elles doivent l'être. Voilà pourquoi la règle doit être annulée si l'employeur ne réussit pas à démontrer qu'il s'agit d'une EPN. Une telle règle doit être distinguée d'une règle qui, neutre en apparence, a un effet préjudiciable sur certains membres du groupe auquel elle s'applique. En pareil cas, le groupe des personnes qui subissent un effet préjudiciable est toujours plus petit que le groupe auquel la règle s'applique. Dans les faits, fréquemment, le «groupe» lésé se composera d'une seule personne, savoir le plaignant. La règle est alors maintenue en ce sens qu'elle s'appliquera à tous sauf aux personnes sur lesquelles elle a un effet discriminatoire, pourvu que l'employeur puisse procéder aux accommodements nécessaires sans subir de contraintes excessives. Dans l'arrêt *O'Malley*, le juge McIntyre met en lumière les conséquences différentes que comportent une conclusion à la discrimination directe ou une conclusion à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Voici comment il s'exprime à la p. 555:

L'obligation dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la religion ou la croyance, consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive; en d'autres mots, il s'agit de prendre des mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs. Les cas comme celui-ci soulèvent une question très différente de celle que soulèvent les cas de discrimination directe. Lorsqu'on démontre l'existence de discrimination directe, l'employeur doit justifier la règle, si cela est possible, en vertu de la loi en cause, sinon elle est annulée. Lorsqu'il y a discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la croyance, la règle ou la condition répréhensible ne sera pas nécessairement annulée. Elle subsistera dans la plupart des cas parce que son effet discriminatoire est limité à une personne ou à un groupe de personnes et que c'est son effet sur eux plutôt que sur l'ensemble des employés qui doit être examiné. Dans un tel cas, le problème de la justification ne se pose pas, car la condition raisonnablement liée à l'emploi n'a besoin d'aucune justification; ce qui est requis est une certaine mesure d'accommodement. L'employeur doit, à cette fin, prendre des mesures raisonnables qui seront susceptibles ou non de réaliser le plein accommodement. Cependant, lorsque ces mesures ne permettent pas d'atteindre complètement le but souhaité, le plaignant, en l'absence de concessions de sa propre part, comme l'acceptation en l'espèce d'un emploi à temps partiel, doit sacrifier soit ses principes religieux, soit son emploi. [Mots soulignés par Madame le juge Wilson.]

Il n'y avait rien de nouveau à partir du principe que, sous le régime de la Loi, une règle d'admission que doit respecter une personne pour accéder à un

hibited ground of discrimination could not be treated in the same manner as a work rule which is neutral on its face but may become discriminatory when put in practice because of the personal characteristics of some individuals in the group to which it is meant to apply. Since the judgment in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, where the Supreme Court determined that intention to discriminate on the part of the employer was not a requirement of any human rights legislation and found as a result that indirect discrimination or adverse effect discrimination was also prohibited, the distinction has always been seen as a starting proposition.

There was nothing new either in affirming that a general rule, qualifying one for employment, that discriminates on its face had, of course, to be justified to be accepted as a valid defence, but if so justified, then there was no question of examining whether the employer could not have suspended its effects in particular instances. The very nature of the BFOR¹ defence the employer draws from the existence of such general discriminatory rule requires that it be so. (See, more particularly, the comments of McIntyre J. in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; and *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561, and those of Beetz J. in *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279.)

Finally, there was nothing new in reiterating the principle that, in the case of a neutral work rule causing adverse effect discrimination, the employer has a duty to accommodate the discriminated members of the group to which it applies, short of undue hard-

emploi et qui établit ouvertement entre des personnes une distinction fondée sur un motif de distinction illicite ne peut pas être traitée de la même manière qu'une règle concernant l'exécution du travail qui est neutre en apparence mais qui peut devenir discriminatoire lorsqu'on la met en pratique à cause des caractéristiques personnelles de certaines des personnes du groupe auquel elle doit s'appliquer. Depuis l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536, dans lequel la Cour suprême du Canada a établi qu'aucune loi sur les droits de la personne n'exige une intention de la part de l'employeur de commettre un acte discriminatoire et a conclu, par conséquent, que la discrimination indirecte ou discrimination par suite d'un effet préjudiciable était également interdite, la distinction a toujours été considérée comme un point de départ.

Il n'y avait rien de nouveau non plus à affirmer qu'une règle générale, qui prévoit les conditions d'admission que doit respecter quelqu'un pour accéder à un emploi et qui établit en apparence une distinction illicite, doit évidemment être justifiée pour pouvoir être acceptée comme moyen de défense valable, mais que, si elle est justifiée, il n'est pas alors question de vérifier si l'employeur ne pouvait pas en suspendre les effets dans certains cas particuliers. La nature même du moyen de défense fondé sur une EPJ¹ que l'employeur tire de l'existence d'une telle règle discriminatoire générale exige qu'il en soit ainsi. (Voir, plus particulièrement, les commentaires du juge McIntyre dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202 et dans l'arrêt *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561, et ceux du juge Beetz dans l'arrêt *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279.)

Finalement, il n'y avait rien de nouveau à réitérer le principe que, dans le cas d'une règle concernant l'exécution du travail qui est neutre et qui crée une discrimination indirecte, l'employeur est tenu de prendre des mesures pour composer avec les

¹ I take it from the reasons of Wilson J., at pp. 502-503, that BFOR and BFOQ (qualification) are equivalent concepts.

¹ Je conclus, à la lecture des motifs de Madame le juge Wilson, aux p. 502 et 503, que les concepts d'EPJ et de QPJ (qualification) sont équivalents.

ship. Indeed, the extension in *O'Malley* of the statutory prohibition to indirect discrimination was made with a necessary qualification. It was said that the employer could exonerate himself by showing that the impugned work rule had no purpose other than achieving a valid goal connected with the employment and that reasonable steps to accommodate the employees adversely affected because of their special personal characteristics had been taken.

If there is something new in the *Alberta Dairy Pool* judgment, it is, I think, in the clarification it gives to the meaning and scope of some of the notions around which human rights legislation and case law have evolved. The major part of Wilson J.'s comments is aimed at making the point that the *bona fide* occupational requirement or qualification contemplated by the federal and all provincial statutes as a defence against a complaint of discrimination in employment was not meant to refer to any work rule, but only to a rule requiring of employees special personal characteristics related to one of the prohibited grounds of discrimination. Which, in effect, seems to be in strict conformity with the expression "occupational requirement or qualification" and the fact that the defence it provides to the accusation is unqualified. Wilson J. puts in a completely different category those work rules which have nothing to do with the personal characteristics of the employees, such as rules respecting the manner of dress, hours of work, break periods and the like. When the discrimination that could result from their application was found, in *O'Malley*, to be prohibited, not expressly for sure, but by the general provisions and intent of the statute (in that case, the Ontario Act did not at that time even provide for the defence of BFOQ), it was, as we were reminded above, with the qualification that no liability would exist if the employer had made his best effort to accommodate. There, and there only, exists a duty to accommodate. It is on the basis of these conceptual clarifications that Wilson J. expressed her reservations with regard to the *Bhinder* judgment. The "hard hat rule" in *Bhinder* was not a BFOR but a classical work rule with a possible adverse discriminatory effect, similar to the one in *O'Malley*, and

membres du groupe victimes de discrimination à laquelle la règle s'applique, à moins que cela ne cause une contrainte excessive. D'ailleurs, on a apporté une nuance nécessaire à l'élargissement donné dans l'arrêt *O'Malley* à l'interdiction faite par la loi à l'égard de la discrimination indirecte. Le tribunal a déclaré que l'employeur pouvait se disculper en démontrant que la règle concernant l'exécution du travail contestée avait uniquement pour but d'atteindre un objectif valable lié à l'emploi et qu'il avait pris des mesures raisonnables pour composer avec les employés lésés à cause de leurs caractéristiques personnelles spéciales.

S'il y a quelque chose de nouveau dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool*, c'est, je crois, les éclaircissements qui y sont donnés au sujet de la signification et de la portée de quelques-unes des notions à partir desquelles les lois et la jurisprudence sur les droits de la personne se sont développées. La plus grande partie des commentaires de Madame le juge Wilson visent à démontrer que l'exigence ou la qualification professionnelle justifiée que la loi fédérale et toutes les lois provinciales permettent d'invoquer comme moyen de défense dans le cas d'une plainte de discrimination dans l'emploi n'était pas conçue pour s'appliquer aux règles concernant l'exécution du travail, mais uniquement aux règles exigeant des employés des caractéristiques personnelles spéciales se rattachant à l'un des motifs de distinction illicite. Ce qui, en fait, semble être strictement conforme à l'expression «exigence ou qualification professionnelle» et au fait que le moyen de défense qu'elle permet d'invoquer à l'encontre de l'accusation est sans réserve. Madame le juge Wilson met dans une catégorie complètement différente les règles concernant l'exécution du travail qui n'ont rien à voir avec les caractéristiques personnelles des employés, comme les règles relatives à la tenue vestimentaire, à l'horaire de travail, aux pauses et ainsi de suite. Lorsque, dans l'arrêt *O'Malley*, la Cour a conclu que la discrimination qui pouvait découler de leur application était interdite non pas expressément, bien sûr, mais par les dispositions générales et l'esprit de la loi (dans cette affaire, la loi ontarienne ne permettait même pas à l'époque d'invoquer une QPJ comme moyen de défense), elle a, comme on nous l'a rappelé ci-dessus, nuancé sa conclusion en précisant que l'employeur ne serait pas tenu responsable s'il avait pris toutes les mesures

therefore a duty to accommodate should have been automatically imposed on the employer.

These precisions as to the limited scope of the BFOR defence in section 15 of the Act and the criticism addressed to the *Bhinder* decision as a result may clarify some concepts but does not change the law. In any case, they obviously do not directly bear on the case at bar since the Forces' defence here was based directly on section 15, the rule invoked being clearly and unequivocally an occupational requirement that is directly discriminatory on its face.

I am prepared to admit that there is also another aspect on which this *Alberta Dairy Pool* judgment may be considered somewhat innovative, at least indirectly, particularly if the reasons of the minority are read in conjunction with those of the majority. It may have rendered the defence of BFOR even less available than previously. Until now, the prevalent view, I believe, was that, to be justified, a *bona fide* occupational requirement had to be, as expressed in *Etobicoke* (at page 208), "reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public". It seems from now on that it must be, not only "reasonably", but absolutely necessary, that is, it must be without any other workable, less stringent, alternative. However, this step forward, if it must be acknowledged, had been prepared by the judgments in *Brossard* and in *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297. Some may even

possibles pour composer avec les employés lésés. Ce n'est que dans ce cas, et dans ce cas seulement, qu'existe l'obligation de prendre des mesures pour composer avec l'employé. C'est sur le fondement de ces éclaircissements sur les concepts applicables que Madame le juge Wilson a exprimé ses réserves au sujet de l'arrêt *Bhinder*. La «règle relative au port d'un casque de sécurité» dont il était question dans l'arrêt *Bhinder* n'était pas une EPJ mais une règle classique concernant l'exécution du travail qui avait un possible effet discriminatoire indirect semblable à celui dont il était question dans l'arrêt *O'Malley*, et en conséquence une obligation de prendre des mesures pour composer avec l'employé aurait dû automatiquement être imposée à l'employeur.

Ces précisions sur la portée limitée du moyen de défense fondée sur une EPJ que prévoit l'article 15 de la Loi et sur la critique formulée en conséquence au sujet de l'arrêt *Bhinder* peuvent clarifier certains concepts mais ne changent pas le droit. En tout état de cause, elles ne se rapportent manifestement pas directement au cas qui nous occupe, étant donné que le moyen de défense que font valoir les Forces armées en l'espèce est fondé directement sur l'article 15, car la règle invoquée constitue manifestement et sans équivoque une exigence professionnelle qui est directement discriminatoire à sa face même.

Je suis prêt à reconnaître qu'il y a également un autre angle sous lequel on peut considérer l'arrêt *Alberta Dairy Pool* comme quelque peu innovateur, du moins indirectement, surtout si l'on rapproche les motifs de la minorité de ceux de la majorité. Il se peut que cet arrêt limite encore plus qu'auparavant les cas où le moyen de défense tiré d'une EPJ peut être invoqué. Jusqu'à maintenant, l'opinion la plus répandue voulait, je crois, que pour être justifiée, une exigence professionnelle justifiée devait, pour reprendre les termes employés dans l'arrêt *Etobicoke* (à la page 208), être «raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général». Il semble que désormais elle doit être non seulement «raisonnablement» mais absolument nécessaire, c'est-à-dire qu'il n'existe aucune solution de rechange réalisable et moins rigoureuse. Toutefois, ce pas en avant, si tant est qu'il faille reconnaître qu'il a été franchi, avait été

see, in this *Alberta Dairy Pool* judgment, indications that the alternative to the general rule can incorporate possible exceptions or individualized assessments, a view taken by the minority here and certainly not repudiated by the majority.² If so, then the judgment would have introduced, with respect to a BFOR, a notion not completely alien to a duty to accommodate, thereby, ironically, rendering almost meaningless and irrelevant the distinction between a rule of aptitude or qualification discriminating on its face, and a simple work rule having some adverse effect discrimination.

This last observation may explain why the Tribunal, even after having declared unjustified the BFOR alleged by the Forces, extended its review to assert that the Forces had failed to discharge their legal obligation to accommodate the complainant. It is obvious, however, that this last part of their decision was completely superfluous and in no way required by what can perhaps be seen as a novelty in the *Alberta Dairy Pool* decision.

Basically, the Tribunal found that the Forces could not excuse their discriminatory act by placing it under an alleged medical *bona fide* occupational requirement because that requirement, in its inflexibility and generality, was not justified. Their approach in dealing with the case and the principles they followed in reaching their main conclusion were correct and in no way established by the *Alberta Dairy Pool* decision. From the very beginning, the Forces knew the case they had to meet. There was no reason for the Tribunal to reopen the hearing.

The application, in my view, should be dismissed.

² At p. 513, Wilson J. states as follows:

Thus, justification of a rule manifesting a group stereotype depends on the validity of the generalization and/or the impossibility of making individualized assessments.

préparé par l'arrêt *Brossard* et par l'arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297. Certains peuvent même voir, dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool*, des indices démontrant que la solution de rechange à la règle générale peut incorporer des exceptions possibles ou des appréciations individualisées, un point de vue qui a été adopté par la minorité dans cet arrêt et qui n'a certainement pas été répudié par la majorité². S'il en était ainsi, l'arrêt aurait introduit, à l'égard d'une EPJ, une notion non complètement étrangère à l'obligation de composer avec l'employé, enlevant de ce fait ironiquement presque toute signification et toute pertinence à la distinction entre une règle prévoyant des conditions d'aptitude ou d'admission qui crée en apparence une discrimination, et une simple règle concernant l'exécution du travail qui crée une certaine discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

Cette dernière remarque peut expliquer pourquoi le tribunal, même après avoir déclaré injustifiée l'EPJ invoquée par les Forces armées, a poursuivi son analyse en affirmant que les Forces armées ne s'étaient pas acquittées de leur obligation légale de composer avec le plaignant. Il est évident, toutefois, que cette dernière partie de sa décision était complètement superflue et qu'elle n'était nullement exigée par ce qu'on pourrait peut-être considérer comme une nouveauté dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool*.

Essentiellement, le tribunal a conclu que les Forces armées ne pouvaient excuser leur acte discriminatoire en invoquant une présumée exigence professionnelle justifiée d'ordre médical parce que, dans son inflexibilité et sa généralité, cette exigence n'était pas justifiée. L'approche qu'il a adoptée pour examiner l'affaire et les principes qu'il a suivis pour tirer sa principale conclusion étaient bien fondés et n'étaient nullement établis par l'arrêt *Alberta Dairy Pool*. Dès le départ, les Forces armées savaient ce qu'elles devaient établir. Le tribunal n'avait aucune raison de rouvrir l'audience.

La demande devrait, à mon avis, être rejetée.

² À la p. 513, Madame le juge Wilson déclare:

Par conséquent, la justification d'une règle révélant un stéréotype de groupe dépend ou bien de la validité de la généralisation ou bien de l'impossibilité d'évaluer chaque cas individuellement, ou des deux.

* * *

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DESIARDINS J.A. (*dissenting*): A Canadian Human Rights Tribunal appointed under the *Canadian Human Rights Act*³ has maintained a complaint of alleged discriminatory practice contrary to paragraph 7(a) of the *Canadian Human Rights Act* against the Canadian Armed Forces (the "Forces") by Clarence Levac (the "respondent") who was forcibly released from his position with the Forces. This section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application was brought so as to attack the declaration that was issued by the Tribunal.

The facts

The respondent, born on February 27, 1938, joined the Canadian Armed Forces (Navy) in 1955 as an ordinary seaman and began his service as a stoker-mechanic. At the time of his release from employment in 1984, Clarence Levac had attained the rank of Chief Petty Officer First Class, the highest rank available to him as a non-commissioned officer. In term of his trade qualifications, he was a Chief Marine Engineer Artificer which was also the highest qualification attainable in his trade. He had served aboard a C.A.F. destroyer, the HMCS *Margaree*. His duties were primarily supervisory. His occupation is described in the service as a "hard sea trade" because the pattern of scheduling his duties requires that he serve both at sea and on shore. A number of sea and shore duties had already been scheduled for him. In fact, the respondent preferred sea postings to shore postings.⁴

During a routine medical examination carried out in early 1979, the respondent was diagnosed as having a "heart problem" which led to further examinations as a result of which he was declared by the Career Medical Review Board as being unfit to continue his military service with the Forces. He

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

LE JUGE DESIARDINS, J.C.A. (*dissidente*): Un tribunal canadien des droits de la personne constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*³ a confirmé le bien-fondé d'une plainte de présumé acte discriminatoire commis en contravention de l'alinéa 7a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Cette plainte a été portée contre les Forces armées canadiennes (les «Forces armées») par Clarence Levac (l'«intimé») qui a été libéré contre son gré de son poste au sein des Forces armées. La présente demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7] a été présentée pour contester le jugement déclaratoire qui a été rendu par le tribunal.

Les faits

L'intimé, qui est né le 27 février 1938, s'est engagé dans les Forces armées canadiennes (Marine) en 1955 comme matelot et a commencé son service militaire comme chauffeur. Au moment de sa libération en 1984, Clarence Levac avait atteint le grade de premier maître de première classe, soit le grade le plus élevé qu'il pouvait obtenir en tant que sous-officier. Quant à ses compétences professionnelles, il était maître mécanicien, ce qui constituait également le degré de compétence le plus élevé qu'il pouvait obtenir dans son métier. Il avait servi à bord d'un destroyer des F.A.C., le N.C.S.M. *Margaree*. Il s'agissait principalement d'un emploi de supervision. Son métier est qualifié dans le service de «spécialité navale difficile» parce qu'il était nécessaire pour cet emploi qu'il serve en mer et à terre. On avait déjà prévu des affectations en mer et à terre pour lui. En fait, l'intimé préférerait les affectations en mer aux affectations à terre⁴.

Les résultats d'un examen médical de contrôle que l'intimé a subi au début de 1979 ont indiqué que celui-ci souffrait d'un «problème cardiaque», ce qui a donné lieu à d'autres examens à la suite desquels il a été déclaré par le Conseil médical de révision des carrières inapte à poursuivre son service dans les Forces

³ R.S.C., 1985, c. H-6.

⁴ A.B., at p. 68.

³ L.R.C. (1985), ch. H-6.

⁴ Dossier d'appel, à la p. 68.

received official notification of his release on March 18, 1982.⁵ At the time, he was on an on-shore assignment as a quality control inspector and chief of the detachment of technical service, at Vickers in Montréal. Although he was ordered to be released effective August 8, 1983, he was retained at Vickers as a member of the Forces until February 26, 1984.

The decision under attack

The Human Rights Tribunal was satisfied that the respondent had made out a *prima facie* case of discrimination against the Forces under subsection 3(1) and paragraph 7(a) of the *Canadian Human Rights Act*, namely physical disability.⁶ The question was then whether the defence presented by the Canadian Armed Forces, based on paragraph 15(a) of the Act,⁷ was of any substance. The Tribunal stated the issue in the following terms:⁸

... did the Respondent nevertheless exculpate itself by successfully invoking the BFOR Defence available to it under section 15(a) of the Act?

The essence of the Forces' defence was that no discrimination occurred because the respondent was released by virtue of a *bona fide* occupational requirement (BFOR). Mr. Levac, it was said, was no longer fit for service because of a risk of employee failure. His medical condition precluded him not only from being posted to sea, but also to any station or base without adequate medical facilities.

⁵ *Ibid.*, at p. 661.

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

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

(a) to refuse to employ or continue to employ any individual, or

⁷ 15. It is not a discriminatory practice if

(a) any refusal, exclusion, expulsion, suspension, limitation, specification or preference in relation to any employment is established by an employer to be based on a *bona fide* occupational requirement;

⁸ A.B., at p. 1252.

armées. Il a reçu l'avis officiel de sa libération le 18 mars 1982⁵. À l'époque, il était affecté à terre en tant qu'inspecteur du contrôle de la qualité et chef du détachement des services techniques à la Vickers à Montréal. Même s'il devait être libéré le 8 août 1983, l'intimé a conservé son emploi à la Vickers comme membre des Forces armées jusqu'au 26 février 1984.

La décision contestée

Le tribunal des droits de la personne s'est dit convaincu que l'intimé avait établi qu'il était, à première vue, victime d'un acte discriminatoire qui était fondé sur une déficience physique et qui avait été commis par les Forces armées en violation du paragraphe 3(1) et de l'alinéa 7a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁶. Il s'agissait ensuite de savoir si le moyen de défense invoqué par les Forces armées canadiennes en vertu de l'alinéa 15a) de la *Loi*⁷ était bien fondé. Le tribunal a exposé la question dans les termes suivants⁸:

... les intimées ont-elles néanmoins réussi à se disculper en invoquant la défense fondée sur l'exigence professionnelle justifiée prévue à l'alinéa 15a) de la *Loi*?

Les Forces armées soutenaient essentiellement par leur moyen de défense qu'aucun acte discriminatoire n'avait été commis parce que l'intimé avait été libéré en vertu d'une exigence professionnelle justifiée (EPJ). Elles prétendaient que M. Levac n'était plus apte à poursuivre son service à cause d'un risque d'erreur humaine. Son état de santé l'empêchait non seulement d'être affecté en mer, mais aussi à tout

⁵ *Ibid.*, à la p. 661.

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

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

a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu;

⁷ 15. Ne constituent pas des actes discriminatoires:

a) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontrent qu'ils découlent d'exigences professionnelles justifiées;

⁸ Dossier d'appel, à la p. 1252.

The medical evidence before the Tribunal was conflicting. The respondent's physician, Dr. Jean Gratton, a cardiology specialist, offered the opinion that the lesions which appeared to exist on the respondent's cardiogram were only minimal and were reflected in the majority of men over forty years of age. Dr. Gratton was of the opinion that the respondent could fulfill all of the conditions of his employment with the Forces for a long period of time. Lt. Col. Henryk P. Kafka, a cardiologist for the Forces, suggested that the respondent faced a "risk of some sudden unpredictable event". While Lt. Col. Kafka conceded that the respondent had "a good prognosis",⁹ he was of the view that the respondent represented a "significantly higher risk than someone who is completely normal". He took the position that the respondent's overall condition made him an unacceptable risk to serve at sea or at any station or base without adequate medical facilities. Dr. René Maurice Bélanger, Commandant of C.A.F. Medical Services School, was also concerned about the respondent's health condition for a sea posting. His concern did not extend to on-shore duty unless the respondent was placed in an isolated posting.¹⁰

The Board concluded that the respondent was in any event fit and able to perform his duties at a shore posting such as the one he was fulfilling at the date of his release. With regard to a sea posting, it stated:¹¹

The Tribunal accepts that there was an element of risk that would be attached to sending the Complainant with a "heart condition" out to sea, if indeed that were to occur, as compared to a person in excellent health. However, the Tribunal does not consider, on the basis of the medical evidence as a whole, that the prediction of a risk of a heart attack of between 8 to 10% within 5 years (or 6 to 9% within 3 years based upon CASS criteria) when balanced against the substance of the other medical evidence as to Complainant's medical condition and his prognosis, is real or of sufficient weight to legally justify the

poste ou base ne possédant pas d'installations médicales suffisantes.

La preuve médicale soumise au tribunal était contradictoire. Le médecin de l'intimé, le docteur Jean Gratton, un cardiologue, s'est dit d'avis que les lésions qui semblaient exister sur le cardiogramme de l'intimé n'étaient que minimales et qu'elles se manifestaient chez la majorité des hommes âgés de plus de quarante ans. Le docteur Gratton a jugé que l'intimé pouvait satisfaire à toutes les conditions d'emploi dans les Forces armées pendant une longue période. Le lieutenant-colonel Kafka, un cardiologue au service des Forces armées, a laissé entendre que l'intimé devait envisager le «risque d'un accident soudain et imprévisible». Bien que le lieutenant-colonel Kafka ait reconnu que l'intimé avait «un bon pronostic»⁹, il s'est dit d'avis que, dans le cas de l'intimé, «les risques sont considérablement plus élevés que ceux existant pour une personne tout à fait normale». Il a estimé qu'en raison de son état général, l'intimé présentait un risque trop important pour qu'il puisse être affecté en mer ou à une station ou base ne possédant pas d'installations médicales suffisantes. Le docteur René Maurice Bélanger, commandant de l'École du Service de santé des Forces armées canadiennes, était également préoccupé par l'état de santé de l'intimé pour ce qui était d'une affectation en mer. Il n'était pas préoccupé par le service à terre, à moins que l'intimé ne soit affecté à un poste isolé.¹⁰

Le tribunal a conclu que l'intimé était de toute façon apte à remplir ses fonctions dans une affectation à terre comme celle qu'il occupait à la date de sa libération. Au sujet des affectations en mer, il a déclaré¹¹:

Le tribunal reconnaît que l'affectation en mer du plaignant, si cela devait jamais se produire, comportait en raison de ses problèmes cardiaques un élément de risque que ne présente pas l'affectation d'une personne en excellente santé. Néanmoins, se fondant sur l'ensemble de la preuve médicale, le tribunal ne considère pas que des risques de crise cardiaque de 8 à 10 % au cours des cinq prochaines années (ou de 6 à 9 % au cours des trois prochaines années si l'on se fonde sur les critères du CASS) sont réels ou suffisants, lorsqu'on les compare avec les autres preuves médicales concernant l'état de santé du plai-

⁹ A.B., at pp. 1239 and 1256.

¹⁰ *Ibid.*, at p. 1251.

¹¹ *Ibid.*, at p. 1257.

⁹ Dossier d'appel, aux p. 1239 et 1256.

¹⁰ *Ibid.*, à la p. 1251.

¹¹ *Ibid.*, à la p. 1257.

application of a discriminatory rule or practice which is abhorrent and offends against the Act.

The Tribunal is convinced that the projection of a risk of heart attack is still only one of the factors to be taken into account in determining whether the Respondent has established that the Complainant cannot perform or be expected to perform his job either at sea or on shore given such dire prediction. Furthermore, it must be stressed that a risk factor in and by itself is not a disease or disability. Many other factors which have already been noted above mitigate in favour of Complainant and lead the Tribunal to the conclusion that the Respondent has not established that it was reasonably necessary for it to have excluded and released Complainant from its employ and service in order to eliminate or avoid a real risk of serious damage to Complainant, his co-workers or the public at large.

The Tribunal finds that the Respondent has not established that Complainant cannot perform or be expected to perform the job of Chief Petty Officer First Class or Marine Engineer Artificer whether at sea or on shore or that being free from any degree of coronary artery disease and projection or prediction of a heart attack associated with this disease constitutes a bona fide occupational requirement. [My emphasis.]

It concluded thus:¹²

... that the Respondent has failed to discharge its burden of establishing a valid BFOR defense in that it has not satisfied the bona fide occupational requirement to the satisfaction of the Tribunal. We are not persuaded that Complainant could not serve at sea, if that were to occur, without danger or real risk to himself, his co-workers or his employer the Respondent and the general public which it represents. Nor, as we have already made clear, are we persuaded that Complainant could not perform his duties on Shore. [My emphasis.]

The Tribunal further concluded that the Forces had failed in its duty to accommodate.

Analysis

The only question before us is whether the Tribunal was correct in rejecting the Forces' defence. Since the parties have recognized that the case at bar is one of direct discrimination, as opposed to indirect discrimination, as these words have been elaborated particularly by Wilson J., for the majority, in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Com-*

¹² *Ibid.*, at p. 1258.

gnant et ses pronostics, pour justifier légalement l'application d'une règle ou d'un acte discriminatoire qui est inacceptable et contrevient à la Loi.

Le tribunal est convaincu que l'établissement d'un risque de crise cardiaque n'est qu'un des éléments dont il faut tenir compte pour déterminer si les intimées ont démontré que le plaignant ne pouvait s'acquitter ou qu'on ne pouvait s'attendre qu'il s'acquitte de son travail en mer ou à terre compte tenu d'une telle prévision. En outre, il faut souligner qu'un facteur de risque ne constitue pas en soi une maladie ni une déficience. Beaucoup d'autres éléments qui ont déjà été signalés plus haut jouent en faveur du plaignant et amènent le tribunal à conclure que les intimés n'ont pas établi qu'il leur était raisonnablement nécessaire d'écarter le plaignant de son emploi et de le libérer de son service militaire afin d'éliminer ou d'éviter un risque réel de dommages graves pour le plaignant, ses compagnons de travail ou le public en général.

Le tribunal estime que les intimées n'ont pas démontré que le plaignant ne pouvait pas occuper, ni qu'on ne pouvait pas s'attendre qu'il puisse occuper le poste de premier maître de première classe ou de maître mécanicien que ce soit en mer ou à terre; elles n'ont pas d'ailleurs non plus prouvé que l'inexistence d'une maladie des artères coronaires ainsi que de la prévision ou la probabilité d'une crise cardiaque associée à cette maladie constitue une exigence professionnelle justifiée. [C'est moi qui souligne.]

Il a conclu ainsi¹²:

... les intimées n'ont pas réussi à s'acquitter de leur fardeau d'établir une défense valide fondée sur une exigence professionnelle justifiée parce qu'elles n'ont pas réussi à prouver cette exigence au tribunal. Nous ne sommes pas convaincus que le plaignant ne pourrait pas, le cas échéant, servir en mer sans danger ou sans représenter un risque véritable pour lui-même, ses compagnons de travail ou son employeur, les intimées, et le public en général qu'elles représentent. Nous ne sommes pas non plus convaincus, comme nous l'avons déjà clairement indiqué, que le plaignant ne pourrait pas s'acquitter de ses fonctions à terre. [C'est moi qui souligne.]

Le tribunal a également conclu que les Forces armées ne s'étaient pas acquittées de leur obligation de composer avec l'intimé.

Analyse

La seule question qui nous est soumise est celle de savoir si le tribunal a eu raison de rejeter le moyen de défense invoqué par les Forces armées. Comme les parties ont reconnu que le cas qui nous occupe est un cas de discrimination directe, par opposition à un cas de discrimination indirecte, ainsi que ces termes ont été élaborés particulièrement par Madame le juge Wilson, au nom de la majorité, dans l'arrêt *Central*

¹² *Ibid.*, à la p. 1258.

mission),¹³ no duty to accommodate arises in cases where a BFOR is claimed since by definition an occupational requirement is job related, not employee related.¹⁴

In *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*,¹⁵ cited at length by Wilson J. in the *Alberta Dairy Pool* case, McIntyre J. dealt with a BFOR provision in the following terms:¹⁶

Once a complainant has established before a board of inquiry a *prima facie* case of discrimination, in this case proof of a mandatory retirement at age sixty as a condition of employment, he is entitled to relief in the absence of justification by the employer. The only justification which can avail the employer in the case at bar, is the proof, the burden of which lies upon him, that such compulsory retirement is a *bona fide* occupational qualification and requirement for the employment concerned. The proof, in my view, must be made according to the ordinary civil standard of proof, that is upon a balance of probabilities.

He then defined the two components of a BFOR:

... To be a *bona fide* occupational qualification and requirement a limitation ... must be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such limitation is imposed in the interests of the adequate performance of the work involved with all reasonable dispatch, safety and economy, and not for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code. In addition it must be related in an objective sense to the performance of the employment concerned, in that it is reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public.¹⁷

There is no question that the first component, the subjective test is met. The real question is whether the requirement of a clean bill of health free from a "heart condition" is "reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job

*Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*¹³, il n'y a pas obligation de composer avec l'employé lorsqu'on invoque une EPJ étant donné que par définition une exigence professionnelle se rapporte à l'emploi et non à l'employé¹⁴.

Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*¹⁵, que Madame le juge Wilson a cité au long dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool*, le juge McIntyre a traité d'une disposition prévoyant une EPJ dans les termes suivants¹⁶:

Lorsqu'un plaignant établit devant une commission d'enquête qu'il est, de prime abord, victime de discrimination, en l'espèce que la retraite obligatoire à soixante ans est une condition de travail, il a droit à un redressement en l'absence de justification de la part de l'employeur. La seule justification que peut invoquer l'employeur en l'espèce est la preuve, dont le fardeau lui incombe, que la retraite obligatoire est une exigence professionnelle réelle de l'emploi en question. La preuve, à mon avis, doit être faite conformément à la règle normale de la preuve en matière civile, c'est-à-dire suivant la prépondérance des probabilités.

Il a ensuite défini les deux composantes d'une EPJ:

... Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction ... doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code. Elle doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général¹⁷.

Il n'y a pas de doute que la première composante, celle du critère subjectif, est respectée. La véritable question qui se pose est celle de savoir si un bilan de santé impeccable sans «cardiopathie» est «raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace

¹³ [1990] 2 S.C.R. 489, at pp. 505-506.

¹⁴ *Ibid.*, at p. 510-511.

¹⁵ [1982] 1 S.C.R. 202.

¹⁶ *Ibid.*, at p. 208.

¹⁷ *Ibid.*

¹³ [1990] 2 R.C.S. 489, aux p. 505 et 506.

¹⁴ *Ibid.*, aux p. 510 et 511.

¹⁵ [1982] 1 R.C.S. 202.

¹⁶ *Ibid.*, à la p. 208.

¹⁷ *Ibid.*

without endangering the employee, his fellow employees and the general public"?¹⁸

The Forces produced as a witness Dr. John D. Smith, Deputy Command Surgeon for Maritime Command, who served as a medical officer on board Her Majesty's Canadian ships. He first described at length the type of facilities available on board ships in cases of heart problem. He was then asked:¹⁹

What are these facilities aimed at doing in the treatment of heart accidents?

A. The facilities on board the destroyers, is basically meant to stabilize the patient if you can. In the destroyer, a steam driven destroyer, you've only got one Med A. He can do an assessment of the patient, he cannot in fact do a definitive diagnosis.

Q. How about the treatment available on board supply ships?

A. Well, on a supply ship you're a little better off. You've got a Medical Officer who's got more training than a Medical Assistant has and he has available to him an electrocardiogram that might add another piece of information that could assist in making the diagnosis.

Q. So basically, whenever there is a cardiac incident on board a ship, the first thing you want to do is to stabilize.

Q. And then what happens?

A. You would want to think about getting him off there.

Q. How can you do that?

A. The means of getting patients off the ship is . . . well, there are really only three ways. One is to stop what you're doing and take the ship alongside and, you know, transfer the patient ashore via a stretcher.

The second means is to have them transferred by a Jack Stay to . . .

Q. What's a Jack Stay.

¹⁸ This test was applied by Wilson J., for the majority, in the *Alberta Dairy Pool* case. I do not share the view expressed by my colleague Marceau J.A. in *obiter* that this test may be read as having been stiffened by the minority opinion so that it may now read as "absolutely necessary".

¹⁹ A.B., at pp. 325-330.

et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général»¹⁸?

Les Forces armées ont produit un témoin, le docteur John D. Smith, médecin-chef adjoint du commandement maritime, qui servait comme médecin militaire à bord des navires canadiens de Sa Majesté. Il a d'abord décrit dans le détail le type d'installations disponibles à bord des navires en cas de problème cardiaque. On lui a ensuite demandé¹⁹:

[TRADUCTION] À quoi servent ces installations dans le traitement des accidents cardiaques?

R. Les installations qui se trouvent à bord des destroyers servent essentiellement à stabiliser l'état du patient, si cela est possible. À bord des destroyers, des destroyers à vapeur, il n'y a qu'un médecin A. Il peut évaluer le patient, mais il ne peut en fait poser un diagnostic certain.

Q. Qu'en est-il des traitements à bord des navires ravitailleurs?

R. Eh bien, sur les navires ravitailleurs, la situation est un peu meilleure. Il y a un médecin militaire qui a une formation plus poussée que celle d'un adjoint médical et il a à sa disposition un électrocardiogramme qui peut ajouter un autre élément d'information qui peut l'aider à poser un diagnostic.

Q. Ainsi donc, essentiellement, lorsqu'un incident cardiaque se produit à bord d'un navire, la première chose à faire est de stabiliser l'état du patient.

Q. Que se passe-t-il ensuite?

R. On songe alors à le transporter ailleurs.

Q. Comment s'y prend-on?

R. Pour sortir un patient d'un navire . . . Eh bien, il n'y a en réalité que trois façons. Une des façons consiste à interrompre ce qu'on est en train de faire et d'accoster, de descendre le patient à terre avec une civière.

La deuxième façon de procéder consiste à le faire transférer à l'aide d'un va-et-vient pour . . .

Q. Qu'est-ce qu'un va-et-vient?

¹⁸ Ce critère a été appliqué par Madame le juge Wilson, pour la majorité, dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool*. Je ne partage pas l'opinion incidente exprimée par mon collègue le juge Marceau, J.C.A., qui estime que l'on peut considérer que l'opinion minoritaire a renforcé ce critère de sorte qu'on peut maintenant considérer que l'obligation doit être «absolument nécessaire».

¹⁹ Dossier d'appel, aux p. 325 à 330.

A. A Jack Stay is a line that you pass from one ship to another on the Jack Stay, hanging from the line. Very anxiety provoking situation because you're hanging between two ships that are steaming along probably 70 feet apart with the sea below you and, you know, the ships are moving in and out and the rope is going, or the Jack Stay is going up and down and you're . . . anxiety provoking, and I can only describe that as having gone over it being perfectly well. If you were in the midst of having a heart attack I'm sure it would be even more anxiety provoking.

Q. And what would the last means be?

A. The third means would be using a helicopter, if a helicopter were available to you.

Q. And if it is, what are the drawbacks?

A. Well, the helicopters that we use are a Sea King, which are about 25 years old. The first drawback is whether or not it's working, because you know, there's only one on the ship and if they break down and you don't have the part then it doesn't fly. So presuming it's working, or another ship in company has one available, you've got to presume the flying conditions are within limits, that is that the sea state is not excessive so you can take off and that the weather is not so bad that the helicopter can't fly, and of course you've got to have a place to take the patient.

The range of the helicopter is about 240 miles. So you've got to have a place for the helicopter to land within 240 miles and I would probably suggest that greater than 50% of the time that's not possible.

Q. Are there any other drawbacks to transportation by . . .

A. Yes. In a helicopter you're virtually in an unmonitored situation . . .

Now, as I said, the range of the helicopter is about 240 miles and they can travel at 120 miles an hour, so you know, he may be in the helicopter for a period of up to two hours, where you're not even going to get a blood pressure or a pulse or listen to his chest. You can do nothing except look at him and say how are you doing.

You could administer drugs that were appropriate on route, but you could do no monitoring of the patient.

Q. Now you told us a bit about the drawbacks of transferring a patient by . . .

A. Jack Stay. Then the only place you would transfer him to would be a supply ship if there were one available.

Q. And what drawbacks are there to bringing the patient back to port?

R. Un va-et-vient, c'est une corde que l'on lance d'un navire à l'autre et sur laquelle est suspendu le patient. C'est une situation très angoissante parce qu'on est suspendu entre deux navires qui filent à une distance de probablement 70 pieds l'un de l'autre avec la mer en-dessous de vous et, vous savez, les navires se rapprochent et s'éloignent et la corde, ou le va-et-vient, monte et descend. C'est angoissant et c'est le seul mot qui me vient à l'esprit, ayant vécu l'expérience alors que j'étais en parfaite santé. Pour la personne qui est en plein milieu d'une crise cardiaque, je suis certain que c'est encore plus angoissant.

Q. Et quel serait le dernier moyen?

R. Le troisième moyen consisterait à employer un hélicoptère, si l'on en a un à sa disposition.

Q. Et s'il y en a un, quels sont les inconvénients?

R. Eh bien, les hélicoptères que nous utilisons sont des Sea King, qui datent d'à peu près 25 ans. Le premier inconvénient, c'est lorsqu'ils ne fonctionnent pas, parce que, vous savez, il n'y en a qu'un sur le navire et s'il tombe en panne, et que vous n'avez pas la pièce, il ne décolle pas. Si l'on présume donc qu'il fonctionne, ou qu'un autre navire en a un de disponible, il faut présumer que les conditions de vol sont à l'intérieur des limites, c'est-à-dire que l'état de la mer n'est pas excessif, pour qu'on puisse décoller et que le temps n'est pas mauvais au point d'empêcher l'hélicoptère de décoller, et, évidemment, il faut avoir un endroit où amener le patient.

L'hélicoptère a un rayon d'action d'environ 240 milles. Il faut donc un endroit où l'hélicoptère peut atterrir dans un rayon de 240 milles et je serais porté à dire que cela n'est pas possible plus que la moitié du temps.

Q. Y a-t-il d'autres inconvénients au transport par . . .

R. Oui. Avec un hélicoptère, on ne peut pratiquement pas contrôler l'évolution de l'état du patient . . .

Bon, comme je l'ai dit, l'hélicoptère a un rayon d'action d'environ 240 milles et peut se déplacer à 120 milles à l'heure. Le patient peut donc être dans l'hélicoptère pendant une période de jusqu'à deux heures pendant laquelle on ne pourra même pas prendre sa pression ou son pouls ou l'ausculter. On ne peut rien faire sauf le regarder et lui demander comment ça va.

On peut administrer un médicament approprié en route, mais on ne peut pas contrôler l'état du patient.

Q. Vous nous avez parlé un peu des inconvénients que comporte le transfert d'un patient à l'aide d'un . . .

R. D'un va-et-vient. Le seul endroit où on pourrait le transférer serait un navire de ravitaillement s'il y en a un de disponible.

Q. Et quels inconvénients comporte le fait de ramener le patient au port?

A. Well, in that case you're aborting the mission. The ship is sent out there at great expense to do a job, whether that job is a search and rescue role or that it's a Fisheries patrol or whether it's a training role, it's gone out there to do something and you may be asking the Commanding Officer to abort his mission to bring the patient ashore. a

Dr. Smith's testimony was uncontradicted. It can hardly be characterized as "impressionistic".²⁰

The respondent enjoyed sea duties. The risk taking was his. However, in doing so, he could only put at risk the lives of others, since none of the operations described, whether the Jack Stay procedure or rescue by helicopter, could be done without endangering the lives of his fellow companions. Moreover, these operations could only be carried out at considerable public expense. c

In *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*,²¹ McIntyre J. distinguished mandatory retirement for reasons of safety from mandatory retirement for purely economic reasons. He stated:²² e

In cases where concern for the employee's capacity is largely economic, that is where the employer's concern is one of productivity, and the circumstances of employment require no special skills that may diminish significantly with aging, or involve any unusual dangers to employees or the public that may be compounded by aging, it may be difficult, if not impossible, to demonstrate that a mandatory retirement at a fixed age, without regard to individual capacity, may be validly imposed under the Code. In such employment, as capacity fails, and as such failure becomes evident, individuals may be discharged or retired for cause. f

He then continued:²³

Faced with the uncertainty of the aging process an employer has, it seems to me, two alternatives. He may establish a retirement age at sixty-five or over, in which case he would escape the charge of discrimination on the basis of age under the Code. On the other hand, he may, in certain types of employment, particularly in those affecting public safety such as that of airline pilots, train and bus drivers, police and firemen, consider that the risk of unpredictable individual human failure g

R. Eh bien, dans ce cas, on abandonne la mission. Le navire est envoyé à grands frais pour faire un travail, que ce soit pour une recherche, un sauvetage, une patrouille de pêches ou une formation. Le navire est envoyé pour faire quelque chose et vous demandez au commandant d'abandonner la mission pour ramener le patient à terre. b

Le témoignage du docteur Smith n'a pas été contredit. On ne peut guère le qualifier d'«impressionniste»²⁰. b

L'intimé bénéficiait d'affectations en mer. C'est lui qui assumait les risques. Cependant, ce faisant, il ne pouvait que mettre en danger la vie d'autres personnes, étant donné qu'aucune des opérations décrites, qu'il s'agisse de la procédure de va-et-vient ou du sauvetage par hélicoptère, ne pouvait être effectuée sans mettre en péril la vie de ses compagnons. De plus, ces opérations entraînaient nécessairement des dépenses publiques considérables. d

Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*²¹, le juge McIntyre a établi une distinction entre la retraite obligatoire pour des raisons de sécurité et la retraite obligatoire pour des raisons d'ordre purement économique. Il a déclaré:²²

Lorsque le souci de la capacité de l'employé est surtout d'ordre économique, c'est-à-dire lorsque l'employeur s'intéresse à la productivité, et que les conditions de travail ne requièrent aucune qualification particulière susceptible de diminuer sensiblement avec l'âge, ou ne comportent pour les employés ou le public aucun danger exceptionnel qui peut augmenter avec l'âge, il peut être difficile, voire impossible, d'établir que la retraite obligatoire à un âge déterminé, sans égard à la capacité d'une personne en particulier, peut valablement être imposée en vertu du Code. Dans un emploi de ce genre, à mesure que la capacité décline, et que ce déclin devient évident, les employés peuvent être, à juste titre, congédiés ou mis à la retraite. e

h Il a poursuivi en disant:²³

Devant l'incertitude du vieillissement, deux solutions, à mon avis, s'offrent à l'employeur. Il peut fixer l'âge de la retraite à soixante-cinq ans ou plus, et le cas échéant, il ne peut être accusé de discrimination fondée sur l'âge aux termes du Code. D'autre part, il peut, en ce qui concerne certains types d'emplois, en particulier ceux qui ont trait à la sécurité publique comme c'est le cas des pilotes de ligne aérienne, des conducteurs de trains et d'autobus, des policiers et des pompiers, esti-

²⁰ *Ibid.*, at p. 210.

²¹ *Supra*, at p. 202.

²² *Ibid.*, at p. 209.

²³ *Ibid.*, at pp. 209-210.

²⁰ *Ibid.*, à la p. 210.

²¹ *Précité*, à la p. 202.

²² *Ibid.*, à la p. 209.

²³ *Ibid.*, aux p. 209 et 210.

involved in continuing all employees to age sixty-five may be such that an arbitrary retirement age may be justified for application to all employees. In the case at bar it may be said that the employment falls into that category. While it is no doubt true that some below the age of sixty may become unfit for firefighting and many above that age may remain fit, recognition of this proposition affords no assistance in resolving the second question. In an occupation where, as in the case at bar, the employer seeks to justify the retirement in the interests of public safety, to decide whether a *bona fide* occupational qualification and requirement has been shown the board of inquiry and the court must consider whether the evidence adduced justifies the conclusion that there is sufficient risk of employee failure in those over the mandatory retirement age to warrant the early retirement in the interests of safety of the employee, his fellow employees and the public at large.

This last paragraph of McIntyre J. was summarized by Wilson J. in the *Alberta Dairy Pool* case in the following way:²⁴

Where, however, the cost of "unpredictable human failure" is public safety, the Court agreed that an arbitrary retirement age may be imposed. [My emphasis.]

The difficulty of this case, however, is to appreciate what the Tribunal precisely did when it assessed the evidence with regard to the individual concerned. It was within its domain to determine whom it believed and whom it disbelieved among the various experts. In such a case, there would be no reviewable error by this Court unless the conditions for intervention under paragraph 28(1)(c) of the *Federal Court Act* were met. Once, however, it accepted, as it did in my view, that there was "an element of risk" in sending the respondent to a sea posting, "as compared to a person in excellent health",²⁵ it erred in law in assessing the degree of the risk so as to justify the application of the discriminatory rule. The only conclusion available to it was that the Forces were entitled to impose an arbitrary demarcation line. As long as there was an element of risk, the Forces' requirement of good health constituted a BFOR.

mer que le risque d'erreur humaine imprévisible que comporte le maintien de tous les employés à leur poste jusqu'à soixante-cinq ans peut justifier l'application à tous les employés d'un âge de retraite fixé arbitrairement. On peut affirmer que l'emploi dont il est question en l'espèce entre dans cette catégorie. Même s'il ne fait aucun doute que certaines personnes âgées de moins de soixante ans peuvent devenir inaptes au travail de pompier et que maintes personnes plus âgées sont encore aptes à la tâche, la reconnaissance de cette prémisse n'aide aucunement à résoudre la seconde question. Dans un métier où, comme en l'espèce, l'employeur cherche à justifier la retraite par la sécurité publique, le commissaire enquêteur et la cour doivent, pour décider si on a prouvé l'existence d'une exigence professionnelle réelle, se demander si la preuve fournie justifie la conclusion que les personnes qui ont atteint l'âge de la retraite obligatoire présentent un risque d'erreur humaine suffisant pour justifier la mise à la retraite prématurée dans l'intérêt de l'employé, de ses compagnons de travail et du public en général.

Ce dernier paragraphe du juge McIntyre a été résumé dans les termes suivants par Madame le juge Wilson dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool*²⁴:

En revanche, lorsque l'«erreur humaine imprévisible» a pour prix la sécurité publique, la Cour reconnaît que l'âge de la retraite peut être fixé arbitrairement. [C'est moi qui souligne.]

En l'espèce, toutefois, la difficulté qui se pose est d'apprécier ce que le tribunal a fait précisément lorsqu'il a évalué la preuve en ce qui concerne l'intéressé. Il lui était loisible de déterminer qui il croyait et qui il ne croyait pas parmi les divers experts. Dans ces conditions, il n'y aurait pas d'erreur donnant lieu au contrôle de notre Cour à moins que les conditions d'intervention prévues par l'alinéa 28(1)c) de la *Loi sur la Cour fédérale* ne soient respectées. Cependant, une fois qu'il a accepté, comme il l'a fait selon moi, que l'affectation en mer de l'intimé comportait un «élément de risque que ne présente pas l'affectation d'une personne en excellente santé»²⁵, le tribunal a commis une erreur de droit en évaluant le degré de risque de manière à justifier l'application de la règle discriminatoire. La seule conclusion à laquelle il pouvait en venir était que les Forces armées avaient le droit d'imposer une ligne de démarcation arbitraire. Dès lors qu'il y avait un élément de risque, la bonne santé exigée par les Forces armées constituait une EPJ.

²⁴ *Supra*, at p. 504.

²⁵ A.B., at p. 1257.

²⁴ Précité, à la p. 504.

²⁵ Dossier d'appel, à la p. 1257.

Conclusion

I would allow the section 28 application, I would set aside the decision of the Canadian Human Rights Tribunal, rendered on August 2, 1991, and I would affirm the official notification of release issued by the Canadian Armed Forces on March 18, 1982.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DÉCARY J.A.: I agree with my colleague Marceau J.A. that this application should be dismissed.

With respect to the main argument raised by the applicant, i.e. denial of a fair hearing because the hearing was not reopened after the publication of the judgment of the Supreme Court in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, I wish to make the following comment in addition to those already made by my colleague.

The hearing before the Tribunal concluded on June 7, 1990. The judgment of the Supreme Court in *Alberta Dairy Pool* was delivered on September 13, 1990. The decision of the Tribunal was signed by the Tribunal on June 17, 1991 and received by the applicant on August 2, 1991. The applicant did not, at any time during that relatively long period that elapsed between the moment the Supreme Court delivered its judgment and the moment the Tribunal rendered its decision, seek to reopen the hearing. Counsel for the applicant conceded at the hearing that the Attorney General of Canada had taken "the chance" that the Tribunal would not refer in its decision to *Alberta Dairy Pool*. This is not a case of a party being denied an opportunity to debate a fundamental change of the law. This is a case of a party so unconvinced that there was indeed such a fundamental change or that new evidence should be adduced as a result of the judgment of the Supreme Court, that it did not bother to seek leave—which it had ample time to do—to reopen the hearing. The conduct of the applicant estops her, in the particular circumstances of this case, from alleging violation of the rules of natural justice.

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir la demande fondée sur l'article 28, d'annuler la décision rendue le 2 août 1991 par le tribunal canadien des droits de la personne et de confirmer l'avis officiel de libération signé par les Forces armées canadiennes le 18 mars 1982.

* * *

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

Le juge Décary, J.C.A.: Je suis d'accord avec mon collègue le juge Marceau, J.C.A., pour dire que la présente demande devrait être rejetée.

En ce qui concerne le principal moyen soulevé par le requérant, c'est-à-dire qu'on lui a refusé une audience impartiale parce que l'audience n'a pas été rouverte après la publication de l'arrêt de la Cour suprême, *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, je désire ajouter le commentaire suivant à ceux qui ont déjà été formulés par mon collègue.

L'audience qui s'est déroulée devant le tribunal s'est terminée le 7 juin 1990. L'arrêt *Alberta Dairy Pool* de la Cour suprême a été rendu le 13 septembre 1990. La décision du tribunal a été signée le 17 juin 1991 et a été reçue par le requérant le 2 août 1991. Au cours de la période relativement longue qui s'est écoulée entre le moment où la Cour suprême a publié son jugement et le moment où le tribunal a rendu sa décision, le requérant n'a jamais tenté d'obtenir la réouverture de l'audience. L'avocat du requérant a reconnu à l'audience que le procureur général du Canada avait couru le «risque» que le tribunal ne mentionne pas l'arrêt *Alberta Dairy Pool* dans sa décision. Il ne s'agit pas en l'espèce du cas d'une partie à qui l'on refuse la possibilité de débattre une modification fondamentale apportée au droit. Il s'agit du cas d'une partie qui était si peu convaincue qu'il y avait effectivement eu une modification fondamentale ou que de nouveaux éléments de preuve devaient être présentés par suite de l'arrêt de la Cour suprême, qu'elle ne s'est pas donnée la peine de demander l'autorisation—ce qu'elle avait amplement le temps de faire—de rouvrir l'audience. La conduite du requérant l'empêche, eu égard aux circonstances par-

With respect to the secondary argument raised by the applicant, i.e. whether the Tribunal was correct in rejecting the Forces' defence, I cannot agree with the conclusion reached by my colleague Desjardins J.A.

While I might not endorse every paragraph in the Tribunal's decision when taken out of context, I cannot say that the Tribunal erred in a reviewable way in its assessment of the evidence or reached a conclusion that it could not reasonably reach. Basically, as I see it, the Tribunal found that the applicant had not made her case that there was a "sufficient risk of employee failure", to use the words of McIntyre J. in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, at page 210, to warrant the dismissal of Levac. The medical evidence adduced by the applicant with respect to the heart condition of Levac was, to put it mildly, remarkably meager. Her principal medical expert, Lt. Col. Kafka, did not at any time examine Levac personally but rather based his evidence on an examination and review of Levac's medical record from March 7, 1979 to August 9, 1983 (A.B., vol. 7, at page 1077; vol. 7, at pages 1240-1241). The respondents' medical expert, Dr. Jean D. Gratton, had examined Levac personally on November 12, 1986. The Tribunal, while it did not say so in explicit terms, was obviously more impressed with Dr. Gratton's testimony and preferred it to that of Dr. Kafka. There being no evidence of a "sufficient risk", the Tribunal was entitled in this particular instance, to uphold Levac's complaint.

ticulières de la présente affaire, de prétendre qu'il y a eu violation des règles de justice naturelle.

Au sujet du second moyen invoqué par le requérant, c'est-à-dire la question de savoir si le tribunal a eu raison de rejeter le moyen de défense invoqué par les Forces armées, je ne puis me rallier à la conclusion à laquelle ma collègue le juge Desjardins, J.C.A., en est venue.

Même si je ne pourrais pas souscrire à chacun des paragraphes de la décision du tribunal si on les prenait hors contexte, je ne puis dire que le tribunal a commis une erreur qui donne lieu à un contrôle dans son appréciation de la preuve ou qu'il a tiré une conclusion qu'il ne pouvait raisonnablement tirer. Essentiellement, selon moi, le tribunal a conclu que le requérant n'avait pas démontré qu'il existait un «risque d'erreur humaine suffisant», pour reprendre les mots employés par le juge McIntyre dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, à la page 210, pour justifier le renvoi de Levac. La preuve médicale présentée par le requérant au sujet de la cardiopathie de Levac était, pour employer un euphémisme, remarquablement maigre. Son principal expert médical, le lieutenant-colonel Kafka, n'a jamais examiné Levac personnellement mais a fondé son témoignage sur un examen du dossier médical de Levac entre le 7 mars 1979 et le 9 août 1983 (d.a., vol. 7, à la page 1077, vol. 7, aux pages 1240 et 1241). L'expert médical des intimés, le docteur Jean D. Gratton, avait examiné Levac personnellement le 12 novembre 1986. Bien qu'il ne l'ait pas dit en des termes explicites, le tribunal était de toute évidence plus impressionné par le témoignage du docteur Gratton et l'a préféré à celui du docteur Kafka. Comme il n'y a pas eu de preuve d'un «risque suffisant», le tribunal avait le droit dans ce cas particulier de confirmer le bien-fondé de la plainte de Levac.