



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

**Recueil des arrêts  
de la Cour fédérale  
du Canada**

**1994, Vol. 3, Part 2**

**1994, Vol. 3, 2<sup>e</sup> fascicule**

Cited as [1994] 3 F.C., 177-360

Renvoi [1994] 3 C.F., 177-360

---



Published by  
GUY Y. GOULARD, Q.C., B.A., LL.B.  
Commissioner for Federal Judicial Affairs

---

Editorial Board

Executive Editor  
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.

Senior Legal Editor  
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.

Editors  
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.  
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

---

Legal Research Editors  
LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production and Publication Officer  
LAURA VANIER

Editorial Assistant  
PIERRE LANDRIALT

Secretary  
DENISE CÔTÉ

*Inquiries concerning the contents of the Canada Federal Court Reports should be directed to: The Executive Editor, Federal Court Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 110 O'Connor Street, Ottawa, Canada, KIA 1E3.*

*Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Court Reports should be referred to the Canadian Government Publishing Centre, Canada Communication Group, Ottawa, Canada KIA 0S9.*

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1994.

---

## CONTENTS

Digests ..... D-15

Canada (Attorney General) v. Robinson (C.A.) ..... 228

Armed forces — Epileptic soldier, flight engineer, classified as medically unfit to serve in any trade in Canadian Armed Forces because of physical disability — Blanket exclusion of epileptics *bona fide* occupational requirement for all trades in CAF — “Soldier first” policy — Soldiers liable for combat duty pursuant to National Defence Act — Fact soldiers in support positions less likely to be assigned to combat duty irrelevant.

*Continued on next page*

Publié par  
GUY Y. GOULARD, c.r., B.A., LL.B.  
Commissaire à la magistrature fédérale

---

Bureau des arrêtistes

Directeur général  
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.

Arrêtiste principal  
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.

Arrêtistes  
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.  
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

---

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques  
LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Services techniques

Préposée à la production et aux publications  
LAURA VANIER

Adjoint à l'édition  
PIERRE LANDRIALT

Secrétaire  
DENISE CÔTÉ

*Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada doivent être adressées au: Directeur général, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, 110, rue O'Connor, Ottawa (Canada) KIA 1E3.*

*Tout avis de changement d'adresse (veuillez indiquer votre adresse précédente) des abonnés au Recueil des arrêts de la Cour fédérale, de même que les demandes de renseignements au sujet de cet abonnement, doivent être adressés au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe Communication Canada, Ottawa (Canada) KIA 0S9.*

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1994.

---

## SOMMAIRE

Fiches analytiques ..... F-19

Canada (Procureur général) c. Robinson (C.A.) ..... 228

Forces armées — Soldat épileptique, mécanicien de bord, déclaré inapte à exercer tout métier au sein des Forces armées canadiennes en raison d'une déficience — La politique générale excluant tous les épileptiques est une exigence professionnelle justifiée pour tous les métiers au sein des FAC — Politique du «soldat d'abord» — La Loi sur la défense nationale assujettit les soldats à l'obligation d'exercer des fonctions de combat — Le fait que les soldats exerçant un rôle de soutien soient moins susceptibles d'être affectés à des fonctions de combat n'est pas pertinent.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Human Rights — *Bona fide* occupational requirement — Blanket exclusion of epileptics *bona fide* occupational requirement for all trades in Canadian Armed Forces — “Sufficient risk of employee failure” test applicable — Whether individual testing “practical alternative” to adoption of discriminatory rule where rule would extend to those liable to perform combat duty — No duty to accommodate in direct discrimination cases.

### Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Armed Forces) (C.A.) ..... 188

Human rights — Application to set aside CHRT’s dismissal of complainant Canadian Armed Forces (CAF) discriminating against complainant based on physical disability — Application for direct entry position as musician with CAF rejected because eyesight not meeting minimum CAF entry standard — Majority holding eyesight standard constituting discrimination, but *bona fide* occupational requirement (BFOR) — Applying test in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, i.e. minimum standard reasonably necessary to assure efficient, economical performance of job without endangering employee, fellow employees, public — Assessing BFOR issue against primary role as soldier — Application dismissed — Complainant seeking entry to CAF as soldier first, musician second — Test for determining sufficient risk in public safety cases set out in *Etobicoke* — Subsequent cases not establishing new test of “substantial risk” — Basic training not effective method of testing whether particular disability affected ability to perform military occupation without endangering self, fellow employees, public.

Armed forces — Canadian Armed Forces rejecting application for direct entry position as musician for failure to meet minimum visual acuity standard — CHRT correctly assessing complainant as soldier first, musician second — Holding types of activities performed by military carrying reasonable risk of loss, breakage of corrective lenses — Correctly applying test in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke* in finding minimum entry standard discrimination, but *bona fide* occupational requirement — Basic training not effective method of testing whether particular disability affected ability to perform military occupation without endangering self, fellow employees, public.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Droits de la personne — Exigence professionnelle justifiée — L’exclusion générale de tous les épileptiques est une exigence professionnelle justifiée pour tous les métiers au sein des Forces armées canadiennes — Le critère du «risque suffisant d’erreur humaine» s’applique — Analyse de la question de savoir si un examen individuel constituerait une «solution pratique autre» que l’adoption d’une règle discriminatoire compte tenu que cette règle s’appliquerait à des personnes qui peuvent être tenues d’exercer des fonctions de combat — Il n’existe pas d’obligation d’accommodement dans les cas de discrimination directe.

### Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Forces armées) (C.A.) ..... 188

Droits de la personne — Demande d’annulation du rejet par le TCDP de la plainte portant que les Forces armées canadiennes (FAC) ont fait preuve de discrimination fondée sur une déficience à l’égard de la plaignante — Rejet d’une demande d’enrôlement direct en qualité de musicienne dans les FAC au motif que la vue de la plaignante ne répondait pas aux normes minimales d’enrôlement dans les FAC — La majorité a statué que la norme d’acuité visuelle était discriminatoire, mais qu’il s’agissait d’une exigence professionnelle justifiée (EPJ) — Application du critère énoncé dans *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d’Etobicoke*, c.-à-d. celui de savoir si la norme minimale était 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 — Évaluation de l’EPJ en rapport avec le premier rôle d’un membre des FAC, soit celui de soldat — Rejet de la demande — La plaignante a fait une demande d’enrôlement comme soldate d’abord, et comme musicienne ensuite — Le critère d’appréciation d’un risque suffisant pour la sécurité du public a été énoncé dans *Etobicoke* — La jurisprudence ultérieure n’établit pas un nouveau critère du «risque substantiel» — La formation de base ne permettrait pas efficacement de percevoir si sa déficience particulière empêcherait ou non la plaignante d’accomplir ses tâches militaires sans se mettre elle-même en danger et sans mettre en danger ses compagnons de travail ou le public en général.

Forces armées — Les Forces armées canadiennes ont rejeté la demande d’enrôlement direct de la plaignante en qualité de musicienne parce qu’elle ne satisfaisait pas à la norme minimale d’acuité visuelle — Le TCDP a eu raison d’évaluer la plaignante en sa qualité de soldat d’abord, et ensuite en sa qualité de musicienne — Conclusion portant que le genre d’activités auxquelles donne lieu la vie militaire comporte un risque raisonnable de perte ou de bris de verres correcteurs — Application juste du critère établi dans *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d’Etobicoke* pour conclure que la norme minimale d’enrôlement est discriminatoire, mais constitue une exigence professionnelle justifiée — La formation de base ne permettrait pas efficacement de percevoir si sa déficience particulière empêcherait ou non la plaignante d’accomplir ses tâches militaires sans se mettre elle-

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

### **Clark v. Canada (T.D.)..... 323**

RCMP — Action claiming damages by former RCMP member — Alleging wrongful dismissal, harassment, negligence, intentional infliction of nervous shock — Female officer harassed by male constables, undergoing mental crisis — RCMP superiors failing to come to assistance — Harassment major cause of plaintiff's resignation — RCMP members not to be dismissed at pleasure under RCMPA, s. 13(2) — Plaintiff not governed by collective agreement — Ambiguous status of RCMP members bar to action for wrongful dismissal in FCTD — Plaintiff awarded damages for supervisor's negligence.

Crown — Torts — Negligence — Vicarious liability of Crown under Crown Liability Act — Claim of woman who had been RCMP member based on intentional infliction of nervous shock, negligence — Case law, authors reviewed — Conduct toward plaintiff over four-year period extreme, causing actual harm in form of illness — Plaintiff's supervisors acting in course of employment — Condoned, participated in harassment of plaintiff — Duty of care owed to plaintiff, breached consistently — Negligence engaging Crown's vicarious liability — No issue of remoteness or foreseeability — Supervisor's negligence direct cause of damage suffered by plaintiff.

Damages — Limiting principles — Mitigation — Action claiming damages for intentional infliction of nervous shock — Failure to seek psychological or psychiatric help not failure to mitigate analogous to refusal of professional help, but factor to be weighed.

### **MacNeill v. Canada (Attorney General) (C.A.) ..... 261**

Human rights — PSC Appeal Board upholding deputy head's recommendation to release Public Service employee incapable of performing duties due to job-related injury — Whether application of Public Service Employment Act, s. 31 "release" provisions discriminatory within meaning of Canadian Human Rights Act (CHRA) — Whether application of CHRA within Board's jurisdiction.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

même en danger et sans mettre en danger ses compagnons de travail ou le public en général.

### **Clark c. Canada (1<sup>re</sup> inst.) ..... 323**

GRC — Action en dommages-intérêts intentée par un ancien membre de la GRC — Allégation de congédiement injustifié, de harcèlement, de négligence, de délit consistant à causer délibérément un choc nerveux — La demanderesse, qui avait été harcelée par des gendarmes de sexe masculin, a été atteinte d'une crise mentale — Ses supérieurs au sein de la GRC ont omis de lui venir en aide — Le harcèlement constituait la principale cause de la démission de la demanderesse — En vertu de l'art. 13(2) de la LGRC, les agents de la GRC ne peuvent pas être congédiés au bon plaisir — La demanderesse n'était pas régie par une convention collective — Le statut ambigu des membres de la GRC fait obstacle à une action pour congédiement injustifié intentée devant la Section de première instance de la Cour fédérale — Des dommages-intérêts ont été accordés à la demanderesse par suite de la négligence de son superviseur.

Couronne — Responsabilité délictuelle — Négligence — Responsabilité du fait d'autrui de la Couronne fondée sur la Loi sur la responsabilité de la Couronne — Une femme qui avait été membre de la GRC a engagé une poursuite fondée sur le délit qui consiste à infliger délibérément un choc nerveux et sur la négligence — Examen de la jurisprudence et de la doctrine — La conduite dont on a fait preuve envers la demanderesse pendant une période de quatre ans était extrême et causé à celle-ci un préjudice réel qui a pris la forme d'une maladie — Les superviseurs de la demanderesse agissaient dans le cadre de leur emploi — Ils ont pardonné le harcèlement dont la demanderesse a fait l'objet et y ont participé — L'obligation de prudence qui existait envers la demanderesse a été régulièrement violée — La négligence engage la responsabilité du fait d'autrui de la Couronne — Le caractère éloigné ou la prévisibilité n'étaient pas en jeu — La négligence du superviseur a directement causé le préjudice subi par la demanderesse.

Dommages-intérêts — Facteurs limitatifs — Limitation — Action en dommages-intérêts fondée sur le délit qui consiste à causer délibérément un choc nerveux — L'omission de chercher à obtenir l'aide d'un psychologue ou d'un psychiatre ne constitue pas une omission de mitiger les dommages comme le serait le refus d'accepter les offres d'aide professionnelle, mais il s'agit d'un facteur à prendre en considération.

### **MacNeill c. Canada (Procureur général) (C.A.) ..... 261**

Droits de la personne — Un comité d'appel de la CFP avait confirmé la recommandation de l'administrateur général de renvoyer une fonctionnaire qui était incapable d'exercer ses fonctions par suite de blessures qu'elle avait subies au travail — Il s'agissait de savoir si l'application des dispositions relatives au «renvoi» de l'art. 31 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique était discriminatoire au sens de la Loi canadienne sur les droits de la personne (la LCDP) — Il s'agissait

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Public Service — Jurisdiction — Deputy head recommending release of employee incapable of performing duties due to job-related injury — PSC Appeal Board upholding recommendation — Whether application of Canadian Human Rights Act (CHRA) within Board's jurisdiction — Whether application of Public Service Employment Act, s. 31 "release" provisions discriminatory within meaning of CHRA.

### **Oak Bay Marine Group v. Jackson (T.D.)..... 177**

Maritime law — Practice — Motion to strike limitation of liability action commenced after judgment awarded for personal injuries sustained by passenger on defendant ship — Statement of defence not alleging limitation of liability — Although damage action alleging negligence of Master, crew, owner, operator of vessel, Trial Judge finding Master only negligent in navigation — Limitation action abuse of Court's process — Overlapping evidence, argument in two actions — Inefficient use of parties', Court's resources — Current practice to include limitation action as counter-claim or bring separate action before or shortly after commencement of action for damages.

### **Pitawanakwat v. Canada (Attorney General) (T.D.) 298**

Human rights — Applications for judicial review of Human Rights Tribunal's decision — Indian woman employed by Secretary of State fired after unsatisfactory performance appraisals — Tribunal finding *prima facie* case of discrimination based on race under Canadian Human Rights Act, s. 14(1)(c) — While not every explicit finding of harassment on prohibited ground of discrimination in matters related to employment will necessarily imply breach of s. 7, on facts herein and on reading of Tribunal's decision Tribunal implicitly finding Department engaged in discriminatory practice, within s. 7 — Tribunal erred in ordering reinstatement outside Saskatchewan — That "recipe for disaster" to order reinstatement to former place of work Department's problem, neither Tribunal's nor Court's concern — Tribunal erred in law in denying award for hurt feelings based on complainant's conduct as effectively condoning discrimination based on prohibited ground.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

de savoir si l'application de la LCDP relevait de la compétence du comité.

Fonction publique — Compétence — L'administrateur général avait recommandé le renvoi d'une employée qui était incapable d'exercer ses fonctions par suite de blessures qu'elle avait subies au travail — Un comité d'appel de la CFP avait confirmé la recommandation — Il s'agissait de savoir si l'application de la Loi canadienne sur les droits de la personne (la LCDP) relevait de la compétence du comité — Il s'agissait de savoir si l'application des dispositions relatives au «renvoi» de l'art. 31 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique était discriminatoire au sens de la LCDP.

### **Oak Bay Marine Group c. Jackson (1<sup>re</sup> inst.)..... 177**

Droit maritime — Pratique — Requête en radiation de l'action en limitation de responsabilité intentée après le prononcé d'un jugement relatif aux blessures corporelles subies par un passager à bord du navire défendeur — La défense n'a mentionné aucune limitation de responsabilité — Bien que l'action en dommages-intérêts ait allégué la négligence du capitaine, de l'équipage, du propriétaire et de l'exploitant du navire, le juge de première instance a conclu seulement à la négligence du capitaine dans la navigation — L'action en limitation de responsabilité est un emploi abusif des procédures de la Cour — Chevauchement des éléments de preuve et des arguments dans les deux actions — Utilisation inefficace des ressources de la Cour, des parties — La pratique courante consiste à inclure l'action en limitation comme demande reconventionnelle ou à engager une action distincte avant ou peu de temps après l'engagement de l'action en dommages-intérêts.

### **Pitawanakwat c. Canada (Procureur général) (1<sup>re</sup> inst.)..... 298**

Droits de la personne — Demandes de contrôle judiciaire de la décision du tribunal des droits de la personne — Une femme autochtone travaillant pour le Secrétariat d'État a été renvoyée après avoir fait l'objet d'évaluations du rendement insatisfaisantes — Le Tribunal a conclu à l'existence d'une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la race au sens de l'art. 14(1)c) de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Chaque fois que l'on conclut expressément qu'il y a eu harcèlement pour un motif de distinction illicite en matière d'emploi, il n'y a pas nécessairement violation de l'art. 7, mais étant donné les faits de l'espèce et à la lecture de l'ensemble de la décision du Tribunal, il ressort que le Tribunal a conclu implicitement que le Ministère a commis un acte discriminatoire au sens de l'art. 7 — Le Tribunal a commis une erreur en ordonnant la réintégration à l'extérieur de la Saskatchewan — La solution qui «mènerait tout droit à un désastre» consistant à ordonner la réintégration au lieu de travail antérieur est le problème du Ministère, ce n'est pas une préoccupation du Tribunal ni de la cour — Le Tribunal a commis une erreur de droit en refusant d'accorder une indemnité pour préjudice moral en raison de la conduite de la plaignante, cela équivaut en fait à tolérer la discrimination pour un motif de distinction illicite.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Damages — Limiting principles — Human Rights Tribunal finding discrimination under Canadian Human Rights Act — Limiting compensation to 24 months' lost wages less employment income, bursaries received during period — Goal of compensation under human rights legislation same as in tort law: to make victim whole — Common sense requiring some limits on liability from consequences of act — Double recovery violating principles plaintiff should not recover unless loss demonstrated, and only to extent of loss — Retention of bursary monies and recovery of lost wages double benefit — Bursary monies properly deducted provided not recoverable by payer where recipient receiving wage award.

## SOMMAIRE (Fin)

Domages-intérêts — Facteurs limitatifs — Le Tribunal des droits de la personne a conclu à la discrimination en vertu de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Il a limité l'indemnité à la perte de salaire durant 24 mois moins les revenus d'emploi et les bourses reçues — Le principe de l'indemnisation en matière de droits de la personne et en matière de responsabilité délictuelle est le même: remettre la victime dans la position où elle était — Le sens commun exige d'établir des limites à la responsabilité quant aux conséquences de son acte — La double indemnisation viole les principes voulant que le plaignant ne soit indemnisé que s'il peut établir l'existence d'une perte, et seulement dans la mesure de cette perte — Le fait de garder les bourses et de toucher en même temps une indemnité pour ses pertes de salaire équivaut à une double indemnisation — Les bourses sont valablement déduites si elles ne sont pas remboursables à l'organisme qui les a versées lorsque la boursière reçoit une indemnité pour perte de salaire.



**Canada  
Federal Court  
Reports**

**Recueil des arrêts  
de la Cour fédérale  
du Canada**

**1994, Vol. 3, Part 2**

**1994, Vol. 3, 2<sup>e</sup> fascicule**



T-448-94

T-488-94

Oak Bay Marine Group, Oak Bay Marina Ltd. and Sealand of the Pacific Ltd. (*Plaintiffs*)

Oak Bay Marine Group, Oak Bay Marina Ltd. et Sealand of the Pacific Ltd. (*demandereses*)

v.

a c.

Margaret Jackson and Floyd Jackson and All Other Persons Having Claims Against the Plaintiffs, the Ship "Ucluelet Princess" or the Fund hereby to be created (*Defendants*)

Margaret Jackson et Floyd Jackson et toutes les autres personnes ayant des réclamations contre les demandereses, le navire «Ucluelet Princess» ou le Fonds devant être créé (*défendeurs*)

*INDEXED AS: OAK BAY MARINE GROUP v. JACKSON (T.D.)*

*RÉPERTORIÉ: OAK BAY MARINE GROUP c. JACKSON (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Strayer J.—Vancouver, March 7 and 25, 1994.

c Section de première instance, juge Strayer—Vancouver, 7 et 25 mars 1994.

*Maritime law — Practice — Motion to strike limitation of liability action commenced after judgment awarded for personal injuries sustained by passenger on defendant ship — Statement of defence not alleging limitation of liability — Although damage action alleging negligence of Master, crew, owner, operator of vessel, Trial Judge finding Master only negligent in navigation — Limitation action abuse of Court's process — Overlapping evidence, argument in two actions — Inefficient use of parties', Court's resources — Current practice to include limitation action as counter-claim or bring separate action before or shortly after commencement of action for damages.*

*Droit maritime — Pratique — Requête en radiation de l'action en limitation de responsabilité intentée après le prononcé d'un jugement relatif aux blessures corporelles subies par un passager à bord du navire défendeur — La défense n'a mentionné aucune limitation de responsabilité — Bien que l'action en dommages-intérêts ait allégué la négligence du capitaine, de l'équipage, du propriétaire et de l'exploitant du navire, le juge de première instance a conclu seulement à la négligence du capitaine dans la navigation — L'action en limitation de responsabilité est un emploi abusif des procédures de la Cour — Chevauchement des éléments de preuve et des arguments dans les deux actions — Utilisation inefficace des ressources de la Cour, des parties — La pratique courante consiste à inclure l'action en limitation comme demande reconventionnelle ou à engager une action distincte avant ou peu de temps après l'engagement de l'action en dommages-intérêts.*

This was a motion to strike out this limitation of liability action on the ground that it was an abuse of the process of the Court. The plaintiffs were seeking to limit their liability under a judgment obtained by the defendants in the amount of \$160,645.25 for personal injuries sustained by Mrs. Jackson while a passenger on the *Ucluelet Princess*. The statement of claim alleged negligent navigation, negligent organization of the voyage, failure to provide competent crew, failure to supervise the operation of the vessel, and failure to provide proper information to passengers before departure. Neither the statement of defence nor subsequent amendments pleaded limitation of liability. The Trial Judge found that the only negligence was with respect to the manner of navigation. This action to limit liability was commenced after judgment was awarded. The plaintiffs relied upon *Canada Shipping Act*, subsection 575(1) which limits a shipowner's liability for damages where personal injury is caused to any person on the ship without his actual fault or privity. Section 576 deals with the procedure for asserting limitation of liability where "several claims are made or apprehended".

Il s'agit d'une requête en radiation de la présente action en limitation de responsabilité pour le motif que cette action constitue un emploi abusif des procédures de la Cour. Les demandereses cherchent à faire limiter leur responsabilité reconnue par un jugement rendu en faveur des défendeurs et qui accordait la somme de 160 645,25 \$ pour les blessures corporelles subies par M<sup>me</sup> Jackson alors qu'elle voyageait à bord du navire *Ucluelet Princess*. La déclaration alléguait la navigation négligente, l'organisation négligente du voyage, l'omission de fournir un équipage compétent, de contrôler l'exploitation du navire et de fournir les renseignements appropriés aux passagers avant le départ. Ni la défense ni les modifications ultérieures n'ont plaidé la limitation de responsabilité. Le juge de première instance a conclu à l'existence d'une seule négligence, celle qui se rapportait à la manière dont se faisait la navigation. La présente action en limitation de responsabilité a été intentée après le prononcé du jugement. Les demandereses se sont appuyées sur le paragraphe 575(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* qui limite la responsabilité d'un propriétaire de navire en matière de dommages-intérêts lorsque des blessures sont causées à une personne à bord du navire sans qu'il y ait faute ou complicité réelle de sa part. L'article

*Held*, the motion should be allowed.

The limitation action was an abuse of the process of the Court. There would be a substantial overlapping of evidence and argument in the original damages action and the limitation action. The Trial Judge was not called upon to determine specifically whether there was any "fault or privity" on the part of the other defendants, within the meaning of the *Canada Shipping Act*, because the limitation of liability claim was not before him. The way to have such matters addressed with the least expenditure of resources of the parties and the Court would have been to have the limitation matter tried at the same time as the claim for damages. *Prima facie* it would be an abuse of the process of the Court to force the defendants herein and the Court to go through a new trial with respect to essentially the same facts.

The current practice is either for owners and operators of defendant vessels to include with their defence a counter-claim for the purposes of limiting liability, or to bring a separate action before, or shortly after, the commencement of the action for damages and then to have the two tried together. All the evidence is then heard at the same time by the same judge while the necessary witnesses are all present. The plaintiffs have not explained why this action was not commenced before, and there were no special circumstances justifying this manner of proceeding.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9, ss. 572(1), 575, 576, 577. <sup>g</sup>  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 39 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 10).  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 1012 (as am. by SOR/94-41, s. 10). <sup>h</sup>

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

*The Sisters* (1876), 1 P.D. 281.

##### CONSIDERED:

*Jackson v. Ucluelet Princess (The)*, [1994] F.C.J. No. 137 (QL); *Paterson Steamships, Ltd. v. Robin Hood Mills, Ltd.* (1937), 58 Ll. L. Rep. 33 (P.C.). <sup>j</sup>

576 porte sur la procédure permettant de revendiquer la limitation de responsabilité lorsque «plusieurs réclamations sont faites ou appréhendées».

*Jugement*: la requête doit être accueillie.

L'action en limitation est un emploi abusif des procédures de la Cour. Il y aurait, dans une mesure considérable, chevauchement des éléments de preuve et des arguments dans l'action initiale en dommages-intérêts et dans l'action en limitation. Le juge de première instance n'avait pas à trancher expressément la question de savoir s'il y avait eu «faute ou complicité» de la part des autres défendeurs, au sens de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, parce qu'il n'était pas saisi de l'action en limitation de responsabilité. La façon de faire aborder ces questions en économisant le plus les ressources des parties et de la Cour aurait consisté à faire juger la question de la limitation en même temps que l'action en dommages-intérêts. De prime abord, c'est faire un emploi abusif des procédures de la Cour que de forcer la Cour et les défendeurs dans la présente action à connaître un nouveau procès à l'égard essentiellement des mêmes faits.

La procédure courante est la suivante: soit que les propriétaires et exploitants des navires défendeurs incluent dans leur défense une demande reconventionnelle de limitation de responsabilité, soit qu'ils intentent une action distincte avant ou peu de temps après l'engagement de l'action en dommages-intérêts, et ils font ensuite juger les deux ensemble. Tous les témoignages sont alors entendus en même temps par le même juge pendant que les témoins nécessaires sont tous présents. Les demanderessees n'ont pas expliqué pourquoi la présente action n'a pas été intentée avant, et il n'existait aucune circonstance spéciale justifiant cette façon d'agir.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 39 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 10).  
*Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 572(1), 575, 576, 577.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 1012 (mod. par DORS/94-41, art. 10).

#### JURISPRUDENCE

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*The Sisters* (1876), 1 P.D. 281.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Jackson c. Ucluelet Princess (Le)*, [1994] F.C.J. n° 137 (QL); *Paterson Steamships, Ltd. v. Robin Hood Mills, Ltd.* (1937), 58 Ll. L. Rep. 33 (P.C.).



## AUTHORS CITED

Roscoe, Edward Stanley. *The Admiralty Jurisdiction and Practice of the High Court of Justice*, 5th ed. by Geoffrey Hutchinson, London: Stevens & Sons Ltd., 1931.

MOTION to strike out the limitation of liability action commenced after judgment was awarded in the damages action, on the ground that it was an abuse of process of the Court. Motion allowed.

## COUNSEL:

*Thomas S. Hawkins* for plaintiffs.  
*Gerald B. Stanford* for defendants.

## SOLICITORS:

*Campney & Murphy*, Vancouver, for plaintiffs.  
*Gerald B. Stanford*, Victoria, for defendants.

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

STRAYER J: This is a motion by the defendants to strike out this limitation of liability action on the grounds that it is scandalous, frivolous or vexatious, that it constitutes a departure from a previous pleading, or that it is otherwise an abuse of the process of the Court. The motion also calls for the action to be struck out in respect of the plaintiffs, Oak Bay Marine Group and Oak Bay Marina Ltd., because they are not shipowners of the ship "*Ucluelet Princess*". This action was filed in the Court on March 2, 1994. In it, the plaintiffs seek to limit their liability under a judgment obtained by the defendants Mr. and Mrs. Jackson in action T-1865-90 in which, on February 4, 1994 [[1994] F.C.J. No. 137 (QL)], judgment was rendered in their favour against the present plaintiffs and others in the amount of \$160,645.25 plus interest and costs.

The background of these two actions is that while Mr. and Mrs. Jackson were passengers for purposes of fishing on the "*Ucluelet Princess*" on May 16, 1989, Mrs. Jackson suffered a severe fall. The vessel was headed into a large wave and when it cleared the crest of the wave it dropped into the following

## DOCTRINE

Roscoe, Edward Stanley. *The Admiralty Jurisdiction and Practice of the High Court of Justice*, 5th ed. by Geoffrey Hutchinson, London: Stevens & Sons Ltd., 1931.

REQUÊTE en radiation de l'action en limitation de responsabilité intentée après qu'un jugement eut été rendu dans l'action en dommages-intérêts, pour le motif qu'il s'agissait d'un emploi abusif des procédures de la Cour. Requête accueillie.

## AVOCATS:

*Thomas S. Hawkins* pour les demandereses.  
*Gerald B. Stanford* pour les défendeurs.

## PROCUREURS:

*Campney & Murphy*, Vancouver, pour les demandereses.  
*Gerald B. Stanford*, Victoria, pour les défendeurs.

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

LE JUGE STRAYER: Il s'agit d'une requête introduite par les défendeurs pour faire radier la présente action en limitation de responsabilité pour le motif qu'elle est scandaleuse, futile ou vexatoire, qu'elle constitue une déviation d'une plaidoirie antérieure, ou qu'elle constitue par ailleurs un emploi abusif des procédures de la Cour. Il est aussi demandé dans la requête que l'action soit radiée à l'égard des demandereses Oak Bay Marine Group et Oak Bay Marina Ltd., parce qu'elles ne sont pas propriétaires du navire "*Ucluelet Princess*". La Cour a été saisie de la présente action le 2 mars 1994. Dans cette action, les demandereses cherchent à limiter la responsabilité que leur attribue le jugement prononcé en faveur des défendeurs M. et M<sup>me</sup> Jackson dans l'action T-1865-90 le 4 février 1994 [[1994] F.C.J. n° 137 (QL)]. Ce jugement condamne les demandereses à l'instance et d'autres personnes au paiement de 160 645,25 \$, plus l'intérêt et les dépens.

Les faits de ces deux actions sont les suivants. Pendant que M. et M<sup>me</sup> Jackson étaient, le 16 mai 1989, des passagers du navire "*Ucluelet Princess*" pour une excursion de pêche, M<sup>me</sup> Jackson a fait une grave chute. Le navire après avoir franchi la crête d'une grosse vague est ensuite tombé dans son creux, proje-

trough, throwing the Jacksons in the air and then causing them to fall. As a result of her fall, Mrs. Jackson suffered a broken hip and other injuries. On June 28, 1990, the Jacksons commenced an action in this Court against the present plaintiffs plus certain others, including not only the owners and operators of the vessel but also those responsible for organizing and managing the excursion and accommodation package of which the voyage in question was a part. Without going into details, it is fair to say that that statement of claim alleged not only negligent navigation but also negligent organization of the voyage including the decision to set out on the day in question, failure to maintain the vessel in a seaworthy condition, failure to provide competent crew, failure to supervise the operation of the vessel, and failure to provide proper information to passengers before departure.

The statement of defence filed by the defendants in that action, plaintiffs in the present action, while denying liability said nothing concerning limitation of liability. Amendments to the statement of defence were later sought and obtained but none concerned limitation of liability.

That case was tried in June, 1993, the trial occupying six days. The Court did not, of course, have before it any pleadings concerning limitation of liability.

On February 4, 1994, judgment was given for the Jacksons in the amount of \$160,645.25. On March 2, 1994, this limitation action was begun.

The Trial Judge, MacKay J., specifically held that there was no negligence on the part of the defendants with respect to the decision to put out to sea. His only finding of negligence was with respect to the manner in which the Master of the vessel navigated. In brief, he found that the Master should have throttled back his engines much more rapidly when he saw the large wave approaching. There seems to be no other finding of negligence on the part of anyone.

Plaintiffs in the present action, almost five years since the accident and almost four years since the Jacksons sued them, have now commenced an action to limit their liability under section 575 of the

tant les Jackson en l'air et provoquant leur chute. Comme conséquence, M<sup>me</sup> Jackson s'est fracturé la hanche et a subi d'autres blessures. Le 28 juin 1990, les Jackson saisirent cette Cour d'une action contre les demanderessees à l'instance et contre certaines autres personnes, y compris non seulement les propriétaires et exploitants du navire mais aussi les personnes responsables du programme d'excursion et d'hébergement dont le voyage en question faisait partie. Sans entrer dans les détails, il est juste de dire que la déclaration alléguait non seulement la navigation négligente, mais aussi l'organisation négligente du voyage, notamment la décision de partir le jour en question, l'omission de maintenir le navire en bon état de navigabilité, de fournir un équipage compétent, de contrôler l'exploitation du navire et de fournir les renseignements appropriés aux passagers avant le départ.

Dans leur défense dans cette action, les défenderesses, qui sont demanderessees à l'instance, niaient cette responsabilité sans mentionner aucune limite de cette responsabilité. Les modifications postérieures apportées à la défense, avec autorisation, ne se rapportaient pas à la limitation de la responsabilité.

Le procès de cette affaire, en juin 1993, a pris six jours. Bien entendu, la Cour ne disposait d'aucun acte de procédure relatif à la limitation de la responsabilité.

Le 4 février 1994, le jugement rendu accordait aux Jackson 160 645,25 \$. La présente action en limitation a été intentée le 2 mars 1994.

Le juge de première instance, le juge MacKay, a expressément statué qu'il n'y avait pas eu négligence de la part des défenderesses relativement à leur décision d'aller en mer. Sa seule conclusion de négligence se rapportait à la façon dont le capitaine du navire avait navigué. En bref, il a conclu que le capitaine aurait dû mettre le moteur au ralenti beaucoup plus vite lorsqu'il a vu arriver la grosse vague. Il semble qu'il n'y ait eu aucune autre conclusion de négligence de la part de qui que ce soit.

Les demanderessees dans la présente action, presque cinq ans depuis l'accident et presque quatre ans après l'action des Jackson, se fondent maintenant sur l'article 575 de la *Loi sur la marine marchande du*

*Canada Shipping Act*<sup>1</sup> alleging that their liability is limited to \$116,802. They assert the right to bring their limitation action at this time. They rely on subsection 575(1) of the *Canada Shipping Act*, which provides in part as follows:

575. (1) The owner of a ship, whether registered in Canada or not, is not, where any of the following events occur without his actual fault or privity, namely,

(a) where any loss of life or personal injury is caused to any person on board that ship . . .

liable for damages beyond the following amounts: . . . [Emphasis added.]

The limitation of liability is then to be calculated on the basis of the ship's tonnage.

The only provision of the *Canada Shipping Act* dealing with procedure for asserting such limitation of liability is the following:

576. (1) Where any liability is alleged to have been incurred by the owner of a ship in respect of any loss of life or personal injury, any loss of or damage to property or any infringement of any right in respect of which his liability is limited by section 575 and several claims are made or apprehended in respect of that liability, the Admiralty Court may,

(a) on the application of that owner, determine the amount of his liability and distribute that amount rateably among the several claimants;

(b) stay any proceedings pending in any other court in relation to the same matter; and

(c) proceed in such manner and subject to such regulations as to making persons interested parties to the proceedings, excluding any claimants who do not come in within a certain time, requiring security from the owner and the payment of any costs, as the court thinks just. [Emphasis added.]

It will be noted that this appears to apply only where "several claims are made or apprehended" and says nothing as to whether or when a separate action may be taken by the owner for this purpose. It only refers to acting "on the application of that owner." The only rule of Court [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, as am. by SOR/94-41, s. 10] specifically applicable, Rule 1012, says nothing as to when and in what circumstances that "application" may be made.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. S-9.

*Canada*<sup>1</sup> pour intenter une action en limitation de leur responsabilité, qu'ils estiment se limiter à 116 802 \$. Elles font valoir leur droit d'intenter leur action en limitation à ce moment. Elles s'appuient sur le paragraphe 575(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, qui prévoit notamment:

575. (1) Le propriétaire d'un navire, immatriculé ou non au Canada, n'est pas, lorsque l'un quelconque des événements suivants se produit sans qu'il y ait faute ou complicité réelle de sa part, savoir:

a) mort ou blessures occasionnées à une personne à bord de ce navire . . .

responsable des dommages-intérêts au-delà des montants suivants . . . [C'est moi qui souligne.]

La limitation de la responsabilité est alors calculée en fonction du tonneau de jauge du navire.

La seule disposition de *Loi sur la marine marchande du Canada* qui vise la procédure permettant de revendiquer cette limitation de la responsabilité est la suivante:

576. (1) Lorsqu'il est allégué qu'une responsabilité a été encourue par le propriétaire d'un navire relativement à la mort ou à des blessures corporelles, ou à la perte ou l'avarie de biens ou à la violation de tout droit à l'égard desquels sa responsabilité est limitée par l'article 575, et que plusieurs réclamations sont faites ou appréhendées relativement à cette responsabilité, la Cour d'Amirauté peut:

a) à la requête de ce propriétaire, fixer le montant de la responsabilité et répartir ce montant proportionnellement entre les différents réclamants;

b) arrêter toutes procédures pendantes devant un autre tribunal relativement à la même affaire;

c) procéder de la façon et sous réserve des règlements que le tribunal juge convenables, pour rendre les personnes intéressées parties aux procédures, pour exclure tous réclamants qui ne se présentent pas dans un certain délai, pour exiger des garanties du propriétaire et quant au paiement des frais. [C'est moi qui souligne.]

Il convient de noter que cette disposition semble s'appliquer seulement lorsque «plusieurs réclamations sont faites ou appréhendées» et ne dit pas si ou quand le propriétaire peut intenter une action distincte pour cette fin. Elle ne mentionne que les mesures prises «à la requête de ce propriétaire». La seule règle de la Cour expressément applicable, la Règle 1012 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, mod. par DORS/94-41, art. 10], ne parle ni du

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. S-9.

This motion to strike the action to limit liability raises a very difficult question as to when such actions should be commenced. Unfortunately the subject was not exhaustively canvassed in argument. The plaintiffs in the present action assert in effect that such action can be brought at any time and that it is quite proper to wait until after an action against the vessel and its owners has been decided and liability has been established. On the other hand it is argued for the defendants in the present action, the successful plaintiffs in the first action, that the limitation action cannot now be entertained for various reasons. I shall now turn to those reasons.

It is argued that the limitation action is impermissible now because it involves matters which are *res judicata*. Without having an opportunity to examine this exhaustively, I am not able to say at this stage that such is the case. It appears to me that the limitation action essentially focuses on whether the event in question occurred without the "fault or privity" of the owners. This may well be an issue different in some respects from the allegations of liability in the first action. Given the implicit recognition by section 576 of the *Canada Shipping Act* that there can be concurrent proceedings alleging, and seeking limits to, liability, the plea of *res judicata* may not be available. For reasons which will appear below, I do not think it necessary to decide the issue.

The defendants in the present action also argue that the rules of pleading require that the plaintiffs should, as defendants in the first action, have pleaded there the limitation of liability provided by the *Canada Shipping Act* as a defence. Similarly they contend that the plaintiffs' pleadings in this action are inconsistent with their pleadings in the damage action. There is a good deal of force to these arguments, but it appears that as a matter of practice the courts have not regarded limitation of liability as a defence but rather as a cause of action. If it is to be raised in the

moment ni des circonstances dans lesquelles cette «requête» peut être introduite.

La présente requête en radiation de l'action en limitation de responsabilité soulève une question très difficile, celle de savoir quand ces actions devraient être intentées. Il est regrettable que ce sujet n'ait pas été abordé de façon exhaustive au débat. Les demanderessees dans la présente action affirment en fait qu'une telle action peut être intentée à n'importe quel moment, et qu'il convient parfaitement d'attendre jusqu'à ce qu'il ait été statué sur une action contre le navire et ses propriétaires et que leur responsabilité ait été établie. D'autre part, l'avocat des défendeurs dans la présente action, c'est-à-dire les demandeurs ayant gain de cause dans la première action, prétend que l'action en limitation ne saurait maintenant être intentée pour diverses raisons. Je me penche maintenant sur ces raisons.

Il est allégué que l'action en limitation est maintenant interdite parce qu'elle porte sur des questions qui sont chose jugée. Sans avoir la possibilité d'examiner ce point à fond, je ne peux dire à ce stade que tel est le cas. À mon avis, l'action en limitation porte essentiellement sur la question de savoir si l'événement en question est survenu sans qu'il y ait «faute ou complicité» des propriétaires du navire. À certains égards, il s'agit peut-être là d'une question différente des allégations de responsabilité dans la première action. Étant donné que l'article 576 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* reconnaît implicitement qu'il peut y avoir des actions concurrentes en responsabilité et en limitation de responsabilité, l'allégation de chose jugée n'est peut-être pas possible. Pour les motifs invoqués ci-dessous, je ne pense pas qu'il soit nécessaire de trancher la question.

Les défendeurs à l'instance prétendent également que, selon les règles de la plaidoirie, les demanderessees, en tant que défenderesses dans la première action, auraient dû plaider alors la limitation de la responsabilité prévue par la *Loi sur la marine marchande du Canada* en tant que moyen de défense. De même, ils soutiennent que les conclusions des demanderessees dans la présente action sont incompatibles avec celles qu'elles ont tirées dans l'action en dommages-intérêts. Ces arguments ont beaucoup de poids, mais il semble que, dans la pratique, les tribu-

same proceeding as the original action for damages, it is pleaded as a counter-claim. Otherwise it is made the subject of a separate action. The logic or fairness of this is not apparent in a case such as the present. It may however be explicable in situations where there are several real or potential claimants against the owner, some of them perhaps yet unknown. As I am deciding the matter on another basis I need not consider further the pleadings issue.

The defendants in the present action further state that even if the plaintiff, Sealand of the Pacific Ltd., as owner of the "*Ucluelet Princess*", may invoke the protection of subsection 575(1), the other plaintiffs in the limitation action cannot as they are not owners of the ship in question. I think having regard to the provisions of section 577 that the other plaintiffs are equally covered as operators of the vessel. I find it unnecessary to deal further with this issue.

I believe the more telling position of the defendants is that a limitation action in these circumstances is simply an abuse of the process of the Court. It seems clear to me that there would be a substantial area of overlapping of evidence and argument in the original damage action and the limitation action. The damage action itself alleged negligence not only on the part of the Master and crew of the vessel, but also on the part of certain other defendants including the owner and operators of the vessel, as to the way in which the enterprise was organized and managed. The learned Trial Judge was obliged to consider all of these allegations and he concluded that the operative negligence was that of the Master. Because the limitation of liability claim was not before him in the pleadings he was not however called upon to determine specifically whether there was any "fault or privity" on the part of the other defendants, within the meaning of the *Canada Shipping Act*. Yet had a limitation claim been introduced into those proceedings either by way of counter-claim or by way of the

naux ont considéré la limitation de la responsabilité, non pas comme un moyen de défense, mais comme une cause d'action. Si cette question de la limitation doit être soulevée dans la même procédure que l'action initiale en dommages-intérêts, elle est alléguée comme une demande reconventionnelle. Autrement elle fait l'objet d'une action distincte. La logique de cette pratique ou son caractère juste n'est pas évident dans un cas comme l'espèce. Il peut toutefois s'expliquer dans des cas où il existe contre les propriétaires plusieurs réclamations, véritables ou éventuelles, dont les auteurs dans certains cas ne sont peut-être pas encore connus. Puisque je tranche la question en invoquant un autre motif, je n'ai pas à prendre en considération la question des plaidoiries.

Les défendeurs dans la présente action prétendent en outre que même si la demanderesse Sealand of the Pacific Ltd., en tant que propriétaire du navire "*Ucluelet Princess*", peut invoquer la protection du paragraphe 575(1), les autres demanderesses dans l'action en limitation ne le peuvent, puisqu'elles ne sont pas propriétaires du navire en question. Compte tenu des dispositions de l'article 577, j'estime que les autres demanderesses sont également visées en leur qualité d'exploitants du navire. Je trouve qu'il est inutile que je m'étende sur ce sujet.

J'estime que la position la plus révélatrice des défendeurs porte sur le fait qu'une action en limitation dans ces circonstances est simplement un emploi abusif des procédures de la Cour. Il me semble clair qu'il y aurait, dans une mesure considérable, chevauchement des éléments de preuve et des arguments dans l'action initiale en dommages-intérêts et dans l'action en limitation. Dans l'action en dommages-intérêts elle-même, on alléguait qu'il y avait eu négligence non seulement de la part du capitaine et de l'équipage du navire, mais aussi de la part de certains autres défendeurs, dont le propriétaire et les exploitants du navire, relativement à la façon dont l'entreprise avait été organisée et dirigée. Le juge de première instance était tenu d'examiner toutes ces allégations, et il a conclu que la négligence déterminante était celle du capitaine. N'étant pas saisi de l'action en limitation dans les actes de procédures, il n'avait toutefois pas à trancher expressément la question de savoir s'il y avait eu «faute ou complicité» de la part des autres défendeurs, au sens de la *Loi sur la*

joinder of a limitation action with the damages action, then with little or no extra time and effort such findings could have been made. From any common sense point of view, the way to have such matters addressed in respect of this accident with the least expenditure of resources of the parties and the Court would have been to have the limitation matter tried at the same time as the claim for damages. *Prima facie* this suggests to me that it is now an abuse of the process of the Court, at this stage of matters, to force the defendants in the present action and the Court to go through a new trial with respect to essentially the same facts. I am also troubled, although prescription has not yet been pleaded by the defendants herein, with the amount of time which has elapsed since the accident in question. Subsection 572(1) of the *Canada Shipping Act* required that the Jacksons bring their action against the plaintiffs and others in the present case within two years from the date of injury, namely within two years from May 16, 1989. That action was accordingly brought in June, 1990. The present action was commenced some four years and nine months after the incident. I am unable to find any specific limitation period with respect to commencing actions for limitation of liability. Arguably it is the same as for the claim for damages, in which case this action is out of time. It may be that pursuant to section 39 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 10)], either a limitation statute of British Columbia would apply (if this accident happened within the province, which I doubt) or else the residual limitation period of six years would apply. I have heard no argument on this matter. It troubles me, however, to contemplate a system in which the injured party must sue within two years of the incident but the shipowner or operator can sue at any time or perhaps up to six years from the accident. One would assume that the same considerations concerning difficulties of proof after the passage of time would apply equally in both cases. This is another factor in guarding against abuses of the process of the Court.

*marine marchande du Canada*. Toutefois, si une action en limitation avait été intentée dans ces procédures, soit par voie de demande reconventionnelle, soit par voie de jonction d'une action en limitation avec l'action en dommages-intérêts, ces conclusions auraient pu être tirées avec peu ou pas de temps et d'efforts supplémentaires. Du point de vue du bon sens, la façon de faire aborder ces questions relativement à cet accident en économisant le plus les ressources des parties et de la Cour aurait consisté à faire juger la question de la limitation en même temps que l'action en dommages-intérêts. De prime abord, j'estime que c'est faire un emploi abusif des procédures de la Cour que de forcer, à ce stade-ci, la Cour et les défendeurs dans la présente action à connaître un nouveau procès à l'égard essentiellement des mêmes faits. Je me soucie également, bien que les défendeurs à l'instance n'aient pas encore invoqué la prescription, du temps qui s'est écoulé depuis l'accident en question. Le paragraphe 572(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* imposait aux Jackson d'intenter leur action contre les demandereses et d'autres personnes en l'espèce dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle ils ont subi des blessures, c'est-à-dire dans un délai de deux ans à compter du 16 mai 1989. Cette action a en conséquence été intentée en juin 1990. La présente action a été intentée quelque quatre ans et neuf mois après l'incident. Il m'est impossible de trouver un délai de prescription applicable à l'engagement des actions en limitation de responsabilité. On peut croire que c'est le même que celui qui s'applique à l'action en dommages-intérêts, auquel cas la présente action est prescrite. Il se peut que, en application de l'article 39 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 10)], ou bien une loi sur la prescription de la Colombie-Britannique s'applique (si cet accident est survenu à l'intérieur de la province, ce dont je doute), ou bien le délai de prescription résiduel de six ans s'applique. Je n'ai entendu aucun argument à ce sujet. Il me répugne toutefois de songer à un système obligeant la partie lésée à intenter une poursuite dans les deux ans suivant l'incident, alors que le propriétaire du navire ou l'exploitant peut intenter un procès à n'importe quel moment, peut-être dans un délai allant jusqu'à six ans à partir de l'accident. On présumerait que les mêmes considérations applicables à l'écoulement du temps qui rend la preuve plus difficile vaudraient dans les

Counsel for the plaintiffs herein argued, confidently, that this procedure is quite congenial to courts of admiralty. I have examined the authorities he cited and I am unable to find in them any specific rationalization of a system which involves duplication of litigation and possible discrimination in the operation of rules of prescription. The most recent treatise referred to was Roscoe's, *The Admiralty Jurisdiction and Practice of the High Court of Justice*<sup>2</sup> published in 1931. The author at page 243 says that if an action is instituted against a shipowner he may, if the damage suit is decided against him, "then institute and proceed with a suit for limitation of liability." The sole authority cited for this proposition is the 1876 English case of *The Sisters*.<sup>3</sup> I have examined this case and its facts are somewhat different from the present. In that case the accident in question happened on October 15, 1874. An action was brought against the vessel on February 2, 1875. The limitation action was commenced less than three weeks later, on February 22, 1875, although it was not determined until after liability had been established in the first action. I can find no discussion in the case as to why the two actions were not tried together. Given the respective dates there was obviously no problem concerning prescription and the existence of the second action was known to the parties and presumably to the Court during the trial of the first action. The most pertinent case concerning Canadian law and practice submitted on behalf of the plaintiffs was that of *Paterson Steamships, Ltd. v. Robin Hood Mills, Ltd.*<sup>4</sup> a decision of the Privy Council on appeal from Canada. In that case the accident occurred in November, 1929, and an action for damages was successfully brought. Apparently after judgment in that action the limitation action was brought in January, 1934. I can find nothing in the case to suggest that any objection was taken to this way of proceeding nor was any consideration given to this aspect in the decision of the Privy Council. At the same time I have reviewed current practice in this Court and the common procedure

deux cas. C'est là un autre facteur dont il faut tenir compte pour éviter les emplois abusifs des procédures de la Cour.

L'avocat des demandresses à l'instance soutient avec assurance que cette procédure convient tout à fait aux cours d'amirauté. J'ai examiné la jurisprudence qu'il a citée, et il m'est impossible d'y voir la rationalisation expresse d'un système qui comporte un chevauchement de litiges et une discrimination possible dans l'application des règles de prescription. Le traité le plus récent dont on a fait état s'intitule Roscoe's, *The Admiralty Jurisdiction and Practice of the High Court of Justice*<sup>2</sup> publié en 1931. À la page 243, l'auteur dit que si une action est intentée contre un propriétaire de navire, ce dernier peut, au cas où l'action en dommages-intérêts serait tranchée à son encontre, [TRADUCTION] «intenter alors une action en limitation de responsabilité». La seule autorité citée à l'appui de cette idée est la décision anglaise de 1876 *The Sisters*.<sup>3</sup> J'ai examiné cette affaire, dont les faits sont quelque peu différents de ceux de l'espèce. L'accident en question avait eu lieu le 15 octobre 1874. Une action avait été intentée contre le navire le 2 février 1875. L'action en limitation avait été engagée moins de trois semaines plus tard, soit le 22 février 1875, bien qu'elle ne fût tranchée qu'après l'établissement de la responsabilité dans la première action. Je n'y vois aucune discussion sur la question de savoir pourquoi les deux actions n'ont pas été jugées ensemble. Étant donné les dates respectives, il n'existait évidemment aucun problème concernant la prescription, et l'existence de la seconde action était connue des parties et probablement de la Cour au cours de l'instruction de la première action. L'affaire la plus pertinente portant sur le droit et la pratique au Canada citée pour le compte des demandresses était l'affaire *Paterson Steamships, Ltd. v. Robin Hood Mills, Ltd.*<sup>4</sup>, une décision du Conseil privé en appel du Canada. Dans cette affaire, l'accident était survenu en novembre 1929, et une action en dommages-intérêts avait été intentée avec succès. Apparemment, après le jugement rendu dans cette action, l'action en limitation avait été intentée en janvier 1934. Je n'y vois rien qui laisse entendre qu'on s'est opposé à

<sup>2</sup> 5th ed. by Geoffrey Hutchinson, London: Stevens & Sons Ltd., 1931.

<sup>3</sup> (1876), 1 P. D. 281.

<sup>4</sup> (1937), 58 L.I. L. Rep. 33 (P.C.).

<sup>2</sup> 5<sup>e</sup> éd. par Geoffrey Hutchinson, Londres: Stevens & Sons Ltd., 1931.

<sup>3</sup> (1876), 1 P. D. 281.

<sup>4</sup> (1937), 58 L.I. L. Rep. 33 (P.C.).

appears to be either for owners and operators of defendant vessels to include with their defence a counter-claim for the purposes of limiting liability, or to bring a separate action before or shortly after the commencement of the action for damages and then to have the two tried together. In both cases there is the great advantage of having all the evidence heard at the same time by the same judge while the necessary witnesses are all present.

For present purposes, I cannot and need not decide whether it is permissible in a proper case to await the decision in the damages action and then commence an action to limit liability. There may well be cases where this is sensible and proper, particularly where there may be claimants other than the plaintiff in the first damage action. But any right which a party seeks to assert in this Court under the *Canada Shipping Act* must be asserted in accordance with the rules of procedure of this Court. Those rules of procedure empower me to strike out an action which is an abuse of the process of the Court. On its face, this action will involve many of the same facts and some of the same issues before the Court in the original action for damages, T-1865-90. Almost five years has elapsed since the incident in question. The plaintiffs herein have not explained to me why this action was not commenced before. While I understand in some admiralty cases a limitation action may be commenced independently and sometimes even before any action for damages—for example where the owner or operator does not know how many claims may be brought or by whom they may be brought—in the present case no special circumstances to justify this manner of proceeding have been brought to my attention. There has been no doubt here from the beginning that the only plaintiffs were Mr. and Mrs. Jackson and the nature of their claim has been perfectly obvious, at least since June, 1990 when their action was commenced in respect of Mrs. Jackson's personal injuries.

cette façon de procéder, et la décision du Conseil privé n'a nullement pris en considération cet aspect. En même temps, j'ai examiné la pratique actuelle de cette Cour, et la procédure courante semble être la suivante: soit que les propriétaires et exploitants des navires défendeurs incluent dans leur défense une demande reconventionnelle de limitation de la responsabilité, soit qu'ils intentent une action distincte avant ou peu de temps après l'engagement de l'action en dommages-intérêts, et ils font ensuite juger les deux ensemble. Dans les deux cas, il y a le grand avantage de faire entendre les témoignages en même temps par le même juge pendant que les témoins nécessaires sont tous présents.

Aux fins de l'espèce, il ne m'est ni possible ni nécessaire de trancher la question de savoir s'il est permis, dans un cas donné, d'attendre la décision dans l'action en dommages-intérêts pour intenter ensuite une action en limitation de responsabilité. Il existe peut-être des cas où cette façon d'agir est sensée et appropriée, particulièrement lorsqu'il y a des réclamants autres que le demandeur dans l'action en dommages-intérêts. Mais tout droit qu'une partie cherche à faire valoir devant cette Cour sous le régime de la *Loi sur la marine marchande du Canada* doit être revendiqué selon les règles de procédure de cette Cour. Je tiens de ces règles le pouvoir de radier une action qui constitue un emploi abusif des procédures de la Cour. Apparemment, la présente action portera sur beaucoup des mêmes faits et sur certaines des mêmes questions dont était saisie la Cour dans l'action initiale en dommages-intérêts, T-1865-90. Presque cinq ans se sont écoulés depuis l'incident en question. Les demandresses à l'instance ne m'ont pas expliqué pourquoi la présente action n'a pas été intentée avant. Certes, je comprends que, dans certaines affaires maritimes, une action en limitation peut être intentée indépendamment et parfois même avant toute action en dommages-intérêts—par exemple lorsque le propriétaire ou exploitant ne connaît pas le nombre de réclamations ni le nom des réclamants—mais en l'espèce, on n'a porté à mon attention aucune circonstance spéciale qui justifie cette façon d'agir. Dès le départ, il n'a fait aucun doute que les seuls demandeurs étaient M. et M<sup>me</sup> Jackson, et la nature de leur action s'est révélée parfaitement évidente, du moins depuis juin 1990, date à



This action is therefore struck out as being an abuse of the process of the Court.

At the time when I heard this motion I also heard a motion by the plaintiffs herein to stay the execution of the judgment for damages in T-1865-90. I understand that the purpose of seeking a stay was to enable the plaintiffs in the limitation action to obtain directions as to how to proceed in it. As I am striking out that action the purpose of the stay no longer exists. I am therefore refusing that stay as well as ordering payment out of Court, as requested by the plaintiffs in T-1865-90, of \$75,000 paid into Court by the defendants in that action. I note that the appeal period in that action has now expired.

laquelle leur action a été intentée relativement aux blessures corporelles de M<sup>me</sup> Jackson.

a La présente action est donc radiée parce qu'elle constitue un emploi abusif des procédures de la Cour.

b Au moment de l'audition de la présente requête, j'ai également été saisi d'une requête, introduite par les demanderesse, en sursis d'exécution du jugement accordant des dommages-intérêts dans l'action T-1865-90. Je comprends que la demande de sursis d'exécution visait à permettre aux demanderesse dans l'action en limitation de responsabilité d'obtenir des directives sur la façon d'y agir. Puisque je radie c l'action en question, le sursis d'exécution n'a plus sa raison d'être. Je refuse donc ce sursis d'exécution et j'ordonne aussi le versement, comme l'avaient demandé les demandeurs dans l'action T-1865-90, de d la somme de 75 000 \$ consignée à la Cour par les défendeurs dans cette action. Je fais remarquer que le délai d'appel dans cette action est maintenant expiré.

A-799-91	A-799-91
<b>Canadian Human Rights Commission</b> ( <i>Applicant</i> )	<b>Commission canadienne des droits de la personne</b> ( <i>requérante</i> )
v.	a c.
<b>Canadian Armed Forces</b> ( <i>Respondent</i> )	<b>Forces armées canadiennes</b> ( <i>intimée</i> )
and	et
<b>Julia Husband</b> ( <i>Mise en cause</i> )	<b>Julia Husband</b> ( <i>mise en cause</i> )
<i>INDEXED AS: CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. CANADA (ARMED FORCES) (C.A.)</i>	<i>RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) c. CANADA (FORCES ARMÉES) (C.A.)</i>
Court of Appeal, Isaac C.J., Robertson and McDonald J.J.A.—Winnipeg, October 15, 1993; Ottawa, April 14, 1994.	Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Robertson et McDonald, J.C.A.—Winnipeg, 15 octobre 1993; Ottawa, 14 avril 1994.
<p><i>Human rights — Application to set aside CHRT's dismissal of complaint Canadian Armed Forces (CAF) discriminating against complainant based on physical disability — Application for direct entry position as musician with CAF rejected because eyesight not meeting minimum CAF entry standard — Majority holding eyesight standard constituting discrimination, but bona fide occupational requirement (BFOR) — Applying test in Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke, i.e. minimum standard reasonably necessary to assure efficient, economical performance of job without endangering employee, fellow employees, public — Assessing BFOR issue against primary role as soldier — Application dismissed — Complainant seeking entry to CAF as soldier first, musician second — Test for determining sufficient risk in public safety cases set out in Etobicoke — Subsequent cases not establishing new test of "substantial risk" — Basic training not effective method of testing whether particular disability affected ability to perform military occupation without endangering self, fellow employees, public.</i></p>	<p><i>Droits de la personne — Demande d'annulation du rejet par le TCDP de la plainte portant que les Forces armées canadiennes (FAC) ont fait preuve de discrimination fondée sur une déficience à l'égard de la plaignante — Rejet d'une demande d'enrôlement direct en qualité de musicienne dans les FAC au motif que la vue de la plaignante ne répondait pas aux normes minimales d'enrôlement dans les FAC — La majorité a statué que la norme d'acuité visuelle était discriminatoire, mais qu'il s'agissait d'une exigence professionnelle justifiée (EPJ) — Application du critère énoncé dans Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke, c.-à-d. celui de savoir si la norme minimale était 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 — Évaluation de l'EPJ en rapport avec le premier rôle d'un membre des FAC, soit celui de soldat — Rejet de la demande — La plaignante a fait une demande d'enrôlement comme soldate d'abord, et comme musicienne ensuite — Le critère d'appréciation d'un risque suffisant pour la sécurité du public a été énoncé dans Etobicoke — La jurisprudence ultérieure n'établit pas un nouveau critère du «risque substantiel» — La formation de base ne permettrait pas efficacement de percevoir si sa déficience particulière empêcherait ou non la plaignante d'accomplir ses tâches militaires sans se mettre elle-même en danger et sans mettre en danger ses compagnons de travail ou le public en général.</i></p>
<p><i>Armed forces — Canadian Armed Forces rejecting application for direct entry position as musician for failure to meet minimum visual acuity standard — CHRT correctly assessing complainant as soldier first, musician second — Holding types of activities performed by military carrying reasonable risk of loss, breakage of corrective lenses — Correctly applying test in Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke in finding minimum entry standard discrimination, but bona fide occupational requirement — Basic training not effective method of testing whether particular disability</i></p>	<p><i>Forces armées — Les Forces armées canadiennes ont rejeté la demande d'enrôlement direct de la plaignante en qualité de musicienne parce qu'elle ne satisfaisait pas à la norme minimale d'acuité visuelle — Le TCDP a eu raison d'évaluer la plaignante en sa qualité de soldat d'abord, et ensuite en sa qualité de musicienne — Conclusion portant que le genre d'activités auxquelles donne lieu la vie militaire comporte un risque raisonnable de perte ou de bris de verres correcteurs — Application juste du critère établi dans Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke</i></p>

*affected ability to perform military occupation without endangering self, fellow employees, public.*

This was an application to set aside the Canadian Human Rights Tribunal's dismissal of Julia Husband's complaint that the Canadian Armed Forces (CAF) had discriminated against her by reason of her visual disability. The complainant had applied for a direct entry position as a musician with the CAF. A direct entry position is one in which the candidate fills a designated position. Candidates are judged initially on their musical abilities and then, on recommendation, they are made a recruitment offer. Once recruited, they must, like all other recruits, pass basic training. Although the complainant's musical skills qualified her for the position, her eyesight did not meet the minimum entry standard for the CAF. The complainant, who usually wore corrective lenses except when sleeping, sitting and listening to music, was categorized as "legally blind". Her application for entry as a regular member was rejected. The majority of the Tribunal concluded that the types of activities which must be performed by members of the military carry with them a reasonable risk of the loss, breakage or other problems associated with the use of corrective lenses. It held that the entry level standard for visual acuity, while constituting discrimination based on disability, was a *bona fide* occupational requirement and was therefore not a discriminatory practice. It expressly found that the minimum standard for visual acuity for entry into the CAF had met the objective test laid down in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, i.e. that the minimum standard was reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, her fellow employees and the general public. The majority concluded that the issue whether the visual acuity standard amounted to a BFOR had to be assessed against the primary role that the complainant would be required to play as a regular member of the CAF (i.e. as a soldier). Regular members of the CAF are liable to go anywhere and to perform any lawful duties required of the CAF, although one might spend an entire career without involvement in a military crisis. The dissenting member concluded that the entry standard should be assessed against the complainant's role as a musician. The issue was whether the visual acuity standard was a BFOR. The applicant argued that the Tribunal had applied the wrong test to determine the risk of employee failure, contending that the proper test was that propounded in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, which it argued had overruled the earlier Supreme Court of Canada decision in *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.* and this Court's decision in *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Canadian Human Rights Commission) (Mahon)*. It submitted that a marginal risk was not enough to satisfy the test for determining the "sufficient risk of employee failure" as propounded in *Etobicoke* and that *Dairy Pool* laid down a new test of "substantial" risk. The applicant also submitted that the Tribunal

*pour conclure que la norme minimale d'enrôlement est discriminatoire, mais constitue une exigence professionnelle justifiée — La formation de base ne permettrait pas efficacement de percevoir si sa déficience particulière empêcherait ou non la plaignante d'accomplir ses tâches militaires sans se mettre elle-même en danger et sans mettre en danger ses compagnons de travail ou le public en général.*

Il s'agit d'une demande d'annulation du rejet, par le tribunal canadien des droits de la personne, de la plainte formulée par Julia Husband portant que les Forces armées canadiennes (FAC) ont fait preuve, à son égard, de discrimination fondée sur sa déficience visuelle. La plaignante avait postulé un poste à pourvoir par enrôlement direct en qualité de musicienne dans les FAC. On parle de poste à pourvoir par enrôlement direct lorsque le candidat est affecté à un poste désigné. Les candidats sont d'abord évalués en fonction de leurs habiletés musicales puis, sur recommandation, on leur fait une offre de recrutement. Une fois recrutés, ils doivent réussir le même programme de formation de base que toutes les autres recrues. Les habiletés musicales de la plaignante la qualifiaient pour le poste, mais sa vue ne répondait pas aux normes minimales d'enrôlement dans les FAC. La plaignante, qui portait habituellement des verres correcteurs, sauf pour dormir ou pour s'asseoir et écouter de la musique, a été jugée «aveugle du point de vue du droit». Sa demande d'enrôlement en qualité de membre régulier a été rejetée. La majorité des membres du tribunal a conclu que le genre d'activités auxquelles donne lieu la vie militaire comporte un risque raisonnable de perte ou de bris de verres correcteurs et d'autres problèmes liés au port de ceux-ci. Elle a conclu que la norme d'acuité visuelle fixée pour l'enrôlement dans les FAC constituait de la discrimination fondée sur une déficience, mais qu'elle était une exigence professionnelle justifiée et qu'elle ne constituait donc pas un acte discriminatoire. Elle a conclu expressément que la norme minimale d'acuité visuelle fixée pour l'enrôlement dans les FAC satisfaisait au critère objectif établi dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, savoir que cette norme minimale était 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. La majorité a conclu que la question de savoir si la norme d'acuité visuelle constituait une EPJ devait être évaluée en tenant compte du rôle principal que la plaignante serait appelée à jouer en qualité de membre régulière des FAC (soit, en qualité de soldate). Les membres réguliers des FAC peuvent être envoyés n'importe où et sont soumis en permanence à l'obligation de service légitime, conformément aux exigences des FAC, bien qu'une personne puisse passer toute sa carrière sans avoir à affronter des crises militaires. Le membre dissident du tribunal a conclu que la norme d'enrôlement devait être évaluée en rapport avec la fonction de musicienne de la plaignante. La question à trancher était celle de savoir si la norme d'acuité visuelle était une EPJ. La requérante a soutenu que le tribunal avait appliqué un critère inapproprié pour apprécier le risque d'erreur humaine et que le critère applicable était celui proposé dans *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)* qui a eu pour effet, selon elle, d'écarter la décision antérieure de la

had erred in denying the complainant the opportunity to undergo basic training. It argued that the complainant should be allowed to become a member of the CAF if she successfully completed its basic training programme. The CAF objected on the ground that the complainant was entitled to "individual testing" only in respect of her visual acuity and that her visual disability would expose her and other CAF members to risk of injury during basic training.

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

*Per* Isaac C.J. (McDonald J.A. concurring): The occupation into which the complainant was seeking entry and to which the standard applied was that of a soldier first and musician second. The conclusion that the occupation to which the standard applied was primarily that of a soldier was one of fact. This conclusion was based on the preponderance of evidence and one which the majority was entitled to make. The dissenting member's conclusion that the entry standard should be assessed against the occupation of musician, was reached in the face of overwhelming evidence to the contrary.

The applicant's complaint concerning the majority's conclusion as to "sufficiency of risk" of employee failure was an attack on findings of fact, not normally reviewable under *Federal Court Act*, section 28.

Neither *Bhinder* nor *Mahon* propounded any new test for determining "sufficient risk" in public safety cases. The test applied in each case was that propounded in *Etobicoke*, which remains unchallenged and unimpaired. *Dairy Pool* had not effectively overruled either *Bhinder* or *Mahon* in so far as they can be said to have propounded a test for sufficient risk. *Dairy Pool* had not laid down any new test of "substantial risk" in substitution for the test of "sufficient risk" propounded in *Etobicoke*. The majority did not err in failing to apply the test of "substantial risk" said to have been laid down in *Dairy Pool*.

As to the complaint concerning the denial of an opportunity to undertake basic training in order to determine whether the complainant was fit to become a regular member, since this was a case of direct discrimination, the question of individual characteristics were irrelevant as justification for the standard. Nevertheless, the Tribunal majority did consider the issue, finding that the complainant needed corrective lenses to function in a military or musical environment. There was no

Cour suprême du Canada dans *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres* et la décision de la présente Cour dans *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne) (Mahon)*. Elle a prétendu qu'un risque léger ne suffisait pas pour répondre au critère d'appréciation du «risque d'erreur humaine suffisant» établi dans l'arrêt *Etobicoke* et que l'arrêt *Dairy Pool* posait un nouveau critère du «risque substantiel». La requérante a aussi fait valoir que le tribunal avait commis une erreur en privant la plaignante de l'occasion de suivre le programme de formation de base. Elle a soutenu que la plaignante devrait être autorisée à s'enrôler dans les FAC si elle réussissait le programme de formation de base. Les FAC s'y sont opposées au motif que la plaignante n'avait droit à un «examen individuel» qu'en ce qui avait trait à son acuité visuelle et que sa déficience visuelle exposerait la plaignante et les autres membres des FAC à des risques au cours du programme de formation de base.

*Arrêt* (le juge Robertson, J.C.A., dissident), la demande doit être rejetée.

Le juge en chef Isaac (le juge McDonald, J.C.A., a souscrit à ces motifs): La profession visée par la demande d'enrôlement de la plaignante et à laquelle le critère s'appliquait était d'abord celle de soldate et ensuite celle de musicienne. La conclusion portant que la profession première à laquelle s'appliquait le critère était celle de soldate constituait une conclusion de fait. Cette conclusion était fondée sur la prépondérance de la preuve et la majorité était autorisée à la formuler. Le membre dissident a conclu que la profession en fonction de laquelle la norme d'enrôlement devait être évaluée était celle de musicienne alors que la preuve contraire produite était écrasante.

En attaquant la conclusion de la majorité relativement au «risque d'erreur humaine suffisant», la requérante conteste ses conclusions de fait et, normalement, une telle conclusion ne peut faire l'objet de l'examen visé à l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Ni l'arrêt *Bhinder* ni l'arrêt *Mahon* n'ont établi un nouveau critère d'appréciation du «risque suffisant» dans les situations touchant la sécurité publique. Le critère appliqué dans chaque cas était celui établi dans l'arrêt *Etobicoke*, qui demeure incontesté et entièrement valable. L'arrêt *Dairy Pool* n'a pas eu pour effet d'écarter les arrêts *Bhinder* ni *Mahon* en ce qui a trait au critère du risque suffisant qu'ils auraient établi. L'arrêt *Dairy Pool* n'a pas posé un nouveau critère, soit celui du «risque substantiel», en remplacement du critère du «risque suffisant» énoncé dans l'arrêt *Etobicoke*. La majorité n'a pas commis d'erreur en n'appliquant pas le critère du «risque substantiel» prétendument énoncé dans l'arrêt *Dairy Pool*.

Quant à la plainte concernant le refus de donner à la plaignante l'occasion de suivre le programme de formation de base afin de déterminer si elle était apte à devenir membre des forces régulières, comme il s'agit d'un cas de discrimination directe, la question des caractéristiques personnelles n'était pas pertinente pour déterminer si la norme était justifiée. La majorité a néanmoins examiné cette question et elle a conclu que la plaignante avait besoin de verres correcteurs pour fonctionner

reviewable error in its conclusion that having the complainant complete basic training would not be an effective method of testing to see whether her particular disability affected her ability to perform the military occupation efficiently and economically without endangering herself, her fellow employees and the general public.

*Per* Robertson J.A. (*dissenting*): A BFOR will be established if there is a "sufficient risk of employee failure" to warrant retention of an otherwise discriminatory employment qualification. Whether or not an occupational requirement is "reasonably necessary" is dependent on whether members of the group alleging discrimination pose sufficient risk of harm to themselves or others in the event of employee failure. The problematic determination was the degree of risk which presents a "sufficient risk of employee failure" to justify upholding an otherwise discriminatory rule. This Court and the Supreme Court have agreed that at least some increase in risk of harm is necessary to establish a BFOR, but there have been divergent approaches to the quantification of the risk. Prior to *Bhinder* this Court was not prepared to accept that a minimal or marginal increase in risk of harm justified a BFOR. The validity of the "minimal" standard articulated in *Bhinder* was expressly doubted in *obiter dictum* by Wilson J. in *Dairy Pool*. The *Dairy Pool* approach has been embraced by this Court, albeit in *obiter dictum*. The so-called "minimal" standard represents a serious threat to the attainment of objectives underlying human rights legislation. It could easily circumvent the purpose of the Act and deprive persons of the right to equal opportunity. Ultimately, it must be accepted that persons with a disability will always pose a greater risk of harm than other members of society. The proper standard, outlined in *Dairy Pool*, embraces a "substantial" increase in safety risk within tolerable limits. The express doubt cast by the Supreme Court on the *Bhinder* standard provided a legal basis upon which to depart from the earlier jurisprudence without offending the doctrine of *stare decisis*. Nothing would be gained by reverting to or insisting on a standard of risk assessment which fails to reflect society's evolving appreciation of human rights. The Tribunal erred in applying the "minimal" standard. Once the proper standard is recognized and applied, it is a question of fact or of mixed fact and law whether in any one case the threshold standard has been satisfied. The factors impacting on risk assessment for BFORs are: what is the nature of the employment; what is the empirical, rather than speculative, likelihood of employee failure; is the risk of employee failure restricted to health and safety considerations; how serious is the potential harm arising from employee failure?

Application of the "soldier first" policy in the recruitment context was correct. Those who seek entrance into the CAF

dans un contexte militaire ou musical. Elle n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire en concluant que la méthode d'évaluation consistant à faire passer à la plaignante l'épreuve de la formation de base ne permettrait pas efficacement de percevoir si sa déficience particulière l'empêcherait ou non d'accomplir ses tâches militaires de façon efficace et économique, sans se mettre elle-même en danger et sans mettre en danger ses compagnons de travail ou le public en général.

Le juge Robertson, J.C.A. (*dissident*): L'existence d'une EPJ sera démontrée s'il existe un «risque d'erreur humaine suffisant» pour justifier le maintien d'une exigence professionnelle qui serait autrement discriminatoire. La question de savoir si l'exigence professionnelle est «raisonnablement nécessaire» dépend de celle de savoir si le groupe qui se plaint de discrimination crée un risque suffisant de préjudice pour ses membres et pour les autres en cas d'erreur humaine. La question qui posait un problème était celle du degré du risque qui constitue un «risque d'erreur humaine suffisant» pour justifier le maintien d'une règle qui serait autrement discriminatoire. Tant la présente Cour que la Cour suprême ont reconnu qu'il faut à tout le moins démontrer un accroissement du risque du préjudice pour établir l'existence d'une EPJ, mais il existe des divergences quant à la façon d'évaluer ce risque. Avant l'arrêt *Bhinder*, la Cour n'était pas disposée à reconnaître qu'une augmentation minime ou insignifiante du risque justifiait une EPJ. La validité du critère «minimal» formulé dans *Bhinder* a été expressément mise en doute par le juge Wilson, en *obiter*, dans la décision *Dairy Pool*. Le raisonnement énoncé dans l'affaire *Dairy Pool* a été adopté par la présente Cour, quoique sous forme de remarque incidente. Le prétendu critère «minimal» menace gravement l'atteinte des objectifs qui sous-tendent les lois en matière de droits de la personne. Ce critère pourrait facilement faire échec à l'objet de la Loi et priver des personnes du droit à l'égalité des chances. En définitive, il faut accepter que les personnes qui ont une déficience représenteront toujours un risque additionnel par rapport aux autres membres de la société. Le critère approprié, formulé dans *Dairy Pool*, comprend une augmentation «substantielle» du risque pour la sécurité, dans des limites qui soient tolérables. Le fait que la Cour suprême ait expressément mis en doute le critère formulé dans *Bhinder* fournit un fondement juridique permettant de déroger à la jurisprudence antérieure sans enfreindre la doctrine du *stare decisis*. Il n'y aurait aucun avantage à revenir ou à s'accrocher à un critère d'évaluation du risque qui ne reflète pas notre conception évolutive des droits de la personne. Le tribunal a commis une erreur en appliquant le critère «minimal». Une fois reconnu et appliqué le critère approprié, la question de savoir si une situation y correspond est une question de fait ou une question mixte de fait et de droit. Les facteurs qui ont une incidence sur l'évaluation du risque relativement aux exigences professionnelles justifiées sont: quelle est la nature de l'emploi; quelle est la probabilité empirique, et non conjecturale, d'erreur humaine; le risque d'erreur humaine se limite-t-il à des questions de santé et de sécurité; quelle est la gravité du préjudice susceptible de découler de l'erreur humaine?

Il convenait d'appliquer la politique du «soldat d'abord» dans le contexte du recrutement. Les personnes qui essaient de

must do so on the premise that they will be called upon to perform military duties. While it is unlikely that a musician would be placed in a combat-type situation, that is irrelevant when evaluating the risk of employee failure. Nor does the fact that the CAF has established a special classification for serving members who do not meet the minimal entry visual acuity standard detract from that. Stringent minimum entry standards are necessary as the physical capabilities of most CAF members will deteriorate with the natural aging process. The differential treatment accorded to recruits under the CAF's minimum entry standards has a rational basis compatible with the objectives of the Act.

There was no basis on which to interfere with the Tribunal's conclusion that basic training was an ineffective method for evaluating the risk of employee failure. The Tribunal correctly observed that basic training was probably not a very good testing procedure to measure how an individual will perform in a real emergency or in a wartime situation. It held that individual assessments would be inappropriate because of the difficulty, if not the impossibility, of replicating field conditions. Nothing would be gained by allowing the complainant to undertake basic training if it does not replicate wartime conditions. Even if basic training did duplicate wartime conditions sufficiently to evaluate the complainant's ability to function effectively, the Court was not willing to risk the personal safety of the complainant and other CAF members.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7, 10, 15(a).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8).  
*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2.  
*National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 14, 31 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60, Sch. I, s. 14), 33 (as am. *idem*, s. 15), 34 (as am. *idem*).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*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:

*Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161; *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et*

s'enrôler dans les FAC doivent tenir pour acquis qu'elles seront appelées à s'acquitter de tâches militaires. Bien que les musiciens aient très peu de chances de se retrouver dans une situation de combat, il ne faut attribuer aucune pertinence à cet élément pour évaluer le risque d'erreur humaine. Le fait que les FAC aient établi une catégorie spéciale pour les membres en service dont l'acuité visuelle ne satisfait pas aux normes applicables à l'enrôlement n'y change rien. Il est nécessaire de fixer des normes minimales sévères pour l'enrôlement dans les FAC car les aptitudes physiques de la plupart des membres des FAC iront en se détériorant en raison du processus naturel de vieillissement. Le traitement différentiel des recrues qui doivent satisfaire à des normes minimales pour être admises dans les FAC repose sur un fondement rationnel compatible avec l'objet de la loi.

Il n'existait aucune raison de modifier la conclusion du tribunal portant que la formation de base ne permettrait pas d'évaluer efficacement le risque d'erreur humaine. Le tribunal a eu raison de déclarer que la valeur de la formation de base en tant qu'instrument d'évaluation du rendement d'une personne dans une situation réelle d'urgence ou de guerre n'est probablement pas très élevée. Il a statué que les évaluations individuelles seraient inappropriées en raison de la difficulté, voire de l'impossibilité, de reproduire les conditions qui existent sur le terrain. Il ne sert à rien de permettre à la plaignante de suivre la formation de base si elle ne reproduit pas une situation de guerre. Même si la formation de base reproduisait assez bien les conditions de guerre pour permettre d'évaluer la capacité de la plaignante de fonctionner efficacement, la Cour n'était pas disposée à accepter de mettre en péril sa sécurité et celle des autres membres des FAC.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2.  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 10, 15a).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8).  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 14, 31 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 60, ann. I, art. 14), 33 (mod., *idem*, art. 15), 34 (mod., *idem*).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*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:

*Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161; *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer*

*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; *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1988] 1 F.C. 209; (1987), 40 D.L.R. (4th) 586 (C.A.); *Air Canada v. Carson*, [1985] 1 F.C. 209; (1985), 18 D.L.R. (4th) 72; 6 C.H.R.R. D/2848; 57 N.R. 221 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391; (1990), 34 C.C.E.L. 179; 91 CLLC 17,011 (C.A.); *Little v. Saint John Shipbuilding and Dry Dock Co. Ltd. (No.2)* (1980), 41 N.B.R. (2d) 315; 1 C.H.R.R. D/1; 107 A.P.R. 315 (Bd. of Inq.); *Galbraith v. Canada (Canadian Armed Forces)* (1989), 10 C.H.R.R. D/6501; 89 CLLC 17,021 (Can. Trib.).

## REFERRED TO:

*Hodgson v. Greyhound Lines, Inc.*, 499 F. 2d 859 (7th Circ. 1974); *Mahon v. Canadian Pacific Ltd.* (1985), 7 C.H.R.R. D/3278 (Can. Trib.); *Canada (Attorney General) v. Saint Thomas and Canadian Human Rights Commission* (1993), 162 N.R. 228 (F.C.A.); *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 10 C.H.R.R. D/5515; 88 CLLC 17,031; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297; (1989), 65 D.L.R. (4th) 481; [1990] 1 W.W.R. 481; 81 Sask. R. 263; 11 C.H.R.R. D/204; 90 CLLC 17,001; 45 C.R.R. 363.

APPLICATION to set aside a Canadian Human Rights Tribunal's dismissal of a complaint (*Husband v. Canada (Armed Forces)* (1991), 15 C.H.R.R. D/197; 91 CLLC 17,030 (Can. Trib.)) that the Canadian Armed Forces had discriminated against the *mise en cause* herein based on a visual disability. Application dismissed.

## COUNSEL:

*Peter C. Engelmann* for applicant.  
*Joseph C. de Pencier* and *Major R. Smith* for respondent.

## APPEARANCE:

Julia Husband on her own behalf.

## SOLICITORS:

*Lynk, Engelmann, Gottheil*, Ottawa, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*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; *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1988] 1 C.F. 209; (1987), 40 D.L.R. (4th) 586 (C.A.); *Air Canada c. Carson*, [1985] 1 C.F. 209; (1985), 18 D.L.R. (4th) 72; 6 C.H.R.R. D/2848; 57 N.R. 221 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391; (1990), 34 C.C.E.L. 179; 91 CLLC 17,011 (C.A.); *Little v. Saint John Shipbuilding and Dry Dock Co. Ltd. (No.2)* (1980), 41 N.B.R. (2d) 315; 1 C.H.R.R. D/1; 107 A.P.R. 315 (comm. d'enq.); *Galbraith c. Canada (Forces armées canadiennes)* (1989), 10 C.H.R.R. D/6501; 89 CLLC 17,021 (Trib. can.).

## DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Hodgson v. Greyhound Lines, Inc.*, 499 F. 2d 859 (7th Circ. 1974); *Mahon c. Canadien Pacifique Ltée* (1985), 7 C.H.R.R. D/3278 (Trib. can.); *Canada (Procureur général) c. Saint Thomas et la Commission canadienne des droits de la personne* (1993), 162 N.R. 228 (C.A.F.); *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 10 C.H.R.R. D/5515; 88 CLLC 17,031; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297; (1989), 65 D.L.R. (4th) 481; [1990] 1 W.W.R. 481; 81 Sask. R. 263; 11 C.H.R.R. D/204; 90 CLLC 17,001; 45 C.R.R. 363.

DEMANDE d'annulation du rejet, par un tribunal canadien des droits de la personne, d'une plainte (*Husband c. Canada (Forces armées)* (1991), 15 C.H.R.R. D/197; 91 CLLC 17,030 (Trib. can.)) portant que les Forces armées canadiennes ont fait preuve de discrimination fondée sur sa déficience visuelle à l'égard de la mise en cause. La demande est rejetée.

## AVOCATS:

*Peter C. Engelmann* pour la requérante.  
*Joseph C. de Pencier* et *Major R. Smith* pour l'intimée.

## A COMPARU:

Julia Husband en son propre nom.

## PROCUREURS:

*Lynk, Engelmann, Gottheil*, Ottawa, pour la requérante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

*MISE EN CAUSE ON HER OWN BEHALF:*

Julia Husband, Winnipeg.

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

ISAAC C.J.: I have had the privilege of reading in draft form the reasons for judgment which Mr. Justice Robertson has prepared in this section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8)] application. Because I disagree both with the disposition he proposes and, for the most part, with his analytical approach, I find it necessary to deliver separate reasons.

On this application, the applicant asks this Court to review and set aside the decision of a Canadian Human Rights Tribunal panel (the Tribunal) [(1991), 15 C.H.R.R. D/197]. By a (2:1) majority, the Tribunal dismissed a complaint by Julia Husband (the complainant) who had alleged that the Canadian Armed Forces (CAF) had discriminated against her by reason of her visual disability, contrary to sections 7 and 10 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, as amended (the Act).

The majority concluded that the CAF had established on a balance of probabilities that the visual acuity standard fixed for entry into the CAF did amount to discrimination based on disability; but that it was a *bona fide* occupational requirement (BFOR) within the meaning of paragraph 15(a) of the Act and was therefore not a discriminatory practice. The dissenting member reached the opposite conclusion.

The complainant appeared before us without counsel. When asked for submissions, she made none and said that she was content to adopt and rely on the submissions made by counsel for the applicant.

### BACKGROUND

The complainant graduated with a degree of Bachelor of Music from the University of Brandon, Manitoba in 1981. Between the date of her graduation and the spring of 1986, she was variously employed as a music teacher, both privately and in the public school

*MISE EN CAUSE EN SON PROPRE NOM:*

Julia Husband, Winnipeg.

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

LE JUGE EN CHEF ISAAC: J'ai eu le privilège de lire l'ébauche des motifs de jugement préparée par le juge Robertson relativement à la demande présentée en vertu de l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8)]. Comme je ne suis d'accord ni avec le dispositif qu'il propose ni, pour l'essentiel, avec sa méthode d'analyse, j'estime nécessaire de rédiger des motifs distincts.

La requérante demande à la Cour le contrôle et l'annulation de la décision d'un tribunal canadien des droits de la personne (le tribunal) [(1991), 15 C.H.R.R. D/197]. Par une majorité de deux contre un, les membres du tribunal ont rejeté une plainte formulée par Julia Husband (la plaignante) portant que les Forces armées canadiennes (FAC) avaient fait preuve, à son égard, de discrimination fondée sur sa déficience visuelle, contrevenant ainsi aux articles 7 et 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, modifiée (la Loi).

La majorité a conclu que les FAC avaient établi, selon la prépondérance des probabilités, que la norme d'acuité visuelle fixée pour l'enrôlement dans les FAC constituait de la discrimination fondée sur une déficience, mais qu'elle était une exigence professionnelle justifiée (EPJ) au sens de l'alinéa 15a) de la Loi et qu'elle ne constituait donc pas un acte discriminatoire. Le membre dissident du tribunal est arrivé à la conclusion inverse.

La plaignante a comparu devant nous sans l'aide d'un avocat. Invitée à faire valoir ses prétentions, elle n'a présenté aucun argument et elle a déclaré s'appuyer simplement sur la plaidoirie de l'avocat de la requérante, à laquelle elle souscrivait.

### LE CONTEXTE

La plaignante a obtenu un baccalauréat en musique de l'université de Brandon au Manitoba en 1981. Entre le moment où elle a obtenu son diplôme et le printemps 1986, elle a occupé divers emplois en qualité de professeur de musique, tant dans le secteur



system, as a performing musician and in giving clinics in the public schools on a free-lance basis.

The complainant made initial contact with a recruiting officer of the CAF in 1981 and, thereafter, she sought, with moderate diligence, a position as a musician with the CAF. In the spring of 1986 she was advised that a direct entry position for a clarinet player would soon be available. A direct entry position is one in which the candidate fills a designated position. For such a position, candidates must possess an acknowledged skill and, if successful, are enrolled directly in a three-year music programme. Candidates are judged initially on their musical abilities and then, on recommendation, they are made a recruitment offer. Once recruited, they must, like all other recruits into the CAF, pass basic training. The majority noted that [at page D/199] "From her responses in cross-examination, it became clear that Ms. Husband had done very little research into the 'military' aspects of being a musician in the CAF, but rather had focussed on her musical aptitude."

In the spring of 1986, the CAF tested the complainant to determine whether her musical skills were adequate for the position and found her qualified. The complainant was then referred to the Recruiting Centre to apply for entry into the CAF as a non-commissioned member. There, she was required to submit to medical examinations, including examinations for visual acuity, to determine her fitness for entry into the CAF as a regular member. These examinations determined that the complainant's eyesight was too poor to meet the minimum entry standard for the CAF. The CAF therefore rejected her application for entry as a regular member. As a result, the complainant filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission alleging that the CAF had discriminated against her because of her disability. That complaint in turn led to the establishment of the Tribunal whose decision is now the subject of review by this Court.

privé que dans le système d'écoles publiques, elle a travaillé comme musicienne de concert et elle a donné des ateliers dans des écoles publiques en qualité de pigiste.

<sup>a</sup> La plaignante est entrée en contact pour la première fois avec un agent de recrutement des FAC en 1981. Par la suite, elle s'est appliquée de façon modérément diligente à obtenir un poste de musicienne au sein des FAC. Au printemps 1986, on l'a informée qu'un poste de clarinettiste à pourvoir par enrôlement direct se libérerait bientôt. On parle de poste à pourvoir par enrôlement direct lorsque le candidat est affecté à un poste désigné. Pour obtenir un tel poste, les candidats doivent posséder des habiletés reconnues et, le cas échéant, ils sont engagés directement dans un programme musical d'une durée de trois ans. Les candidats sont d'abord évalués en fonction de leurs habiletés musicales puis, sur recommandation, on leur fait une offre de recrutement. Une fois recrutés, ils doivent réussir le même programme de formation de base que toutes les autres recrues des FAC. La majorité a souligné [à la page D/199] qu'<sup>c</sup> «[il] ressort des réponses qu'elle a données en contre-interrogatoire que M<sup>me</sup> Husband n'a pas poussé très loin son examen de l'aspect "militaire" que comportait la fonction de musicien au sein des FAC et qu'elle a davantage mis l'accent sur ses aptitudes musicales».

<sup>g</sup> Au printemps 1986, les FAC ont fait subir un examen à la plaignante pour déterminer si ses habiletés musicales la qualifiaient pour le poste et elle a réussi cet examen. La plaignante a alors été dirigée vers un centre de recrutement pour qu'elle y présente une demande d'enrôlement dans les FAC en qualité de militaire du rang. Là, on lui a fait subir des examens médicaux, y compris des tests d'acuité visuelle, afin de déterminer si sa condition physique lui permettait d'être admise dans les FAC en qualité de membre régulier. Ces examens ont révélé que la vue de la plaignante ne répondait pas aux normes minimales d'enrôlement dans les FAC. Les FAC ont donc rejeté sa demande d'enrôlement en qualité de membre régulier. À la suite de ce rejet, la plaignante a déposé une plainte à la Commission canadienne des droits de la personne, dans laquelle elle prétendait que les FAC avaient fait preuve, à son égard, de discrimination fondée sur sa déficience. Cette plainte a mené à la

### DECISION OF THE TRIBUNAL

The issue before the Tribunal, as stated in the majority reasons (at page D/198), was “whether certain provisions of the medical standards for entry into the Canadian Armed Forces . . . constitute[d] a *bona fide* occupational requirement within” the meaning of paragraph 15(a) of the Act. As I have already stated, the majority concluded that the entry level standard for visual acuity for prospective members to the CAF while constituting discrimination based on disability, is a *bona fide* occupational requirement and is therefore not a discriminatory practice within the Act. It found expressly that the minimum standard for visual acuity for entry into the CAF had met the objective test laid down in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, i.e., that the minimum standard was reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, her fellow employees and the general public. There was no dispute either before the Tribunal or before us that the CAF had met the subjective test propounded in *Etobicoke*.

The majority concluded, based on uncontroverted evidence, that the issue whether the visual acuity standard amounted to a BFOR fell to be assessed against the primary role that the complainant would be required to play as a regular member of the CAF (i.e. as a soldier). This is clear from the following passage of its reasons [at page D/209]:

Based on all the evidence, I am satisfied that the primary role of all regular members of the CAF is to protect the interests of Canada, Canadians and Canadian allies with physical force, if necessary. While other roles may be assumed by various members of the CAF when our country is not at war, the primary obligation and purpose of the CAF is to maintain that wartime preparedness. It is therefore my opinion that the defence of BFOR as it relates to the occupation which is the subject matter of this complaint, must be related to the military aspects of being a regular member of the Armed Forces as well as the occupation of being a musician in the CAF.

constitution du tribunal dont la décision fait maintenant l’objet d’une demande de contrôle judiciaire.

### LA DÉCISION DU TRIBUNAL

La question que le tribunal devait trancher, énoncée dans les motifs de la majorité (à la page D/198), était celle de savoir «si certaines dispositions des normes médicales applicables à l’enrôlement dans les Forces armées canadiennes . . . constituent des exigences professionnelles justifiées» au sens de l’alinéa 15a) de la Loi. Comme je l’ai déjà mentionné, la majorité a conclu que, bien que la norme d’acuité visuelle applicable aux personnes qui veulent s’enrôler dans les FAC constitue de la discrimination fondée sur une déficience, elle est une exigence professionnelle justifiée et elle ne constitue donc pas un acte discriminatoire au sens de la Loi. Le tribunal a conclu expressément que la norme minimale d’acuité visuelle fixée pour l’enrôlement dans les FAC satisfaisait au critère objectif établi dans l’affaire *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d’Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, savoir, que cette norme minimale était raisonnablement nécessaire pour assurer l’exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l’employé, ses compagnons de travail et le public en général. Le fait que les FAC ont satisfait au critère subjectif établi dans l’affaire *Etobicoke* n’a été contesté ni devant le tribunal ni devant la Cour.

En se fondant sur la preuve non controversée, la majorité a conclu que la question de savoir si la norme d’acuité visuelle constituait une EPJ devait être évaluée en tenant compte du rôle principal que la plaignante serait appelée à jouer en qualité de membre régulière des FAC (soit, en qualité de soldate). Cette conclusion ressort clairement du passage suivant de ses motifs [à la page D/209]:

L’ensemble de la preuve me convainc que le rôle premier des membres réguliers des FAC est de protéger les intérêts du Canada, de sa population et de ses alliés en employant la force si nécessaire. Il se peut que des militaires aient d’autres fonctions en temps de paix, mais le devoir et l’objectif primordiaux des FAC est de se tenir prêts pour la guerre. Par conséquent, j’estime que l’exigence professionnelle justifiée invoquée en défense doit se rapporter aux aspects militaires de l’appartenance à la force régulière de l’armée autant qu’à l’occupation de musicien des FAC.

For his part, the dissenting member was of the view that the standard fell to be assessed against the complainant's role as a musician. He articulated his position as follows [at page D/227]:

In my opinion, the BFOR in question here is based on historical attitudes and traditions embedded deeply in military thinking. It is not *bona fide* within the meaning of s. 15(a) of the Act because it bears no relationship to the true qualifications needed by musicians in the modern Canadian Armed Forces. In my view, the CAF does not realistically intend to require its musicians to perform the duties which are used to justify the occupational requirements in issue. There is simply no rational basis for requiring musicians to meet the occupational requirements upon which the CAF is relying to deny Ms. Husband employment in the CAF band.

In all, it is therefore my view that the imposition of the V4 standard to Ms. Husband, in the circumstances of the present case, is not reasonably necessary to ensure the efficient and economic performance of her duties as a musician.

## ISSUES

The applicant raised the following two issues on the hearing of the application:

1. Did the Tribunal fail to observe a principle of natural justice or otherwise act beyond or refuse to exercise its jurisdiction when it relied on facts not before it at the hearing into this matter and failed to provide an opportunity to the applicant to respond to such findings?

2. Did the Tribunal err in law when it found that the CAF had met their onus and established that their minimum standard for uncorrected visual acuity was a *bona fide* occupational requirement?

## ANALYSIS

A. Did the Tribunal fail to observe a principle of natural justice or otherwise act beyond or refuse to exercise its jurisdiction when it relied on facts not before it at the hearing into this matter and failed to provide an opportunity to the applicants to respond to such findings?

On this issue I am in complete agreement with the conclusion of Mr. Justice Robertson and with the rea-

Pour sa part, le membre dissident du tribunal était d'avis que cette norme devait être évaluée en regard de la fonction de musicienne de la plaignante. Voici comment il a exprimé sa position [à la page D/227]:

a Je suis d'avis que l'EPJ incriminée découle d'attitudes de longue date et de traditions bien enracinées dans la mentalité militaire. Elle n'est pas justifiée au sens de l'al. 15a) de la Loi parce qu'elle n'a aucun lien avec les compétences véritables requises de nos jours de la part des musiciens œuvrant au sein des FAC. Selon moi, les FAC ne comptent pas sérieusement b exiger de leurs musiciens qu'ils s'acquittent des fonctions qui servent en l'espèce à justifier l'exigence professionnelle en cause. Il n'existe aucun fondement rationnel au fait d'exiger d'un musicien qu'il remplisse les exigences professionnelles que les FAC invoquent pour refuser à la plaignante un emploi c de musicienne.

Pour conclure, je suis d'avis que l'application de la norme V4 à l'endroit de la plaignante n'est pas, dans les circonstances de la présente espèce, raisonnablement nécessaire pour assurer d l'exécution efficace et économique de ses fonctions de musicienne.

## LES QUESTIONS EN LITIGE

e La requérante a soulevé les deux questions qui suivent lors de l'audience:

1. Le tribunal a-t-il omis d'observer un principe de justice naturelle ou autrement outrepassé ou refusé f d'exercer sa compétence en se fondant sur des faits qui ne lui ont pas été soumis à l'audience et en ne donnant pas à la requérante l'occasion de répondre à ces conclusions?

g 2. Le tribunal a-t-il commis une erreur de droit en concluant que les FAC s'étaient acquittées du fardeau qui leur incombait et avaient établi que leur norme minimale d'acuité visuelle sans correction constituait h une exigence professionnelle justifiée?

## ANALYSE

A. Le tribunal a-t-il omis d'observer un principe de justice naturelle ou autrement outrepassé ou refusé d'exercer sa compétence en se fondant sur des faits qui ne lui ont pas été soumis à l'audience et en ne donnant pas à la requérante l'occasion de répondre à ces conclusions?

j En ce qui a trait à cette question, je souscris entièrement à la conclusion du juge Robertson et aux

sons which he gave. I would, therefore, answer this question in the negative.

B. Did the Tribunal err in law when it found that the CAF had met their onus and established that their minimum standard for uncorrected visual acuity was a *bona fide* occupational requirement?

(i) Soldier First

Before proceeding to consider the second issue, it would be useful to discuss the occupation against which the determination of that issue must be assessed. After considering the preponderance of uncontroverted evidence on the point, the majority concluded that the primary role or occupation was that of a soldier. It therefore assessed the entry standard in light of the evidence concerning the unique role assigned to that occupational group by the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, sections 14, 31 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60, Sch. I, s. 14], 33 [as am. *idem*, s. 15] and 34 [as am. *idem*] which provide, in substance, that any member of the CAF may be placed on active service by reason of emergency, for the defence of Canada and is at all times liable to perform any lawful duty.

The dissenting member concluded that the occupation against which the entry standard should be assessed was that of a musician. However, in my view, this conclusion was reached in the face of overwhelming evidence to the contrary.

The occupation to which the standard applied fell to be determined on the evidence given at the hearing before the Tribunal. The conclusion that the occupation was primarily that of a soldier was therefore one of fact. This conclusion was, as I have said, based on the preponderance of evidence and one which the majority was entitled to make. Barring legal error (and none was alleged or found), I find no warrant to approach the analysis of the second issue on any basis other than that the occupation into which the complainant was seeking entry and to which the standard applied was that of a soldier first and musician second.

motifs qu'il a rédigés. Je répondrais donc à cette question par la négative.

B. Le tribunal a-t-il commis une erreur de droit en concluant que les FAC s'étaient acquittées du fardeau qui leur incombait et avaient établi que leur norme minimale d'acuité visuelle sans correction constituait une exigence professionnelle justifiée?

i) Un soldat d'abord

Avant d'examiner la deuxième question, il convient de déterminer quelle est la profession en fonction de laquelle cette question doit être évaluée. En se fondant sur la prépondérance de la preuve non controversée sur ce point, la majorité a conclu que la profession ou le rôle premier visé était celui de soldat. Elle a donc évalué la norme d'enrôlement en regard de la preuve relative au rôle unique assigné à ce groupe professionnel par les articles 14, 31 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 60, ann. I, art. 14], 33 [mod., *idem*, art. 15] et 34 [mod., *idem*] de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, qui prévoient essentiellement que tout membre des FAC peut être mis en service actif pour la défense du Canada, en raison d'un état d'urgence, et est soumis en permanence à l'obligation de service légitime.

Le membre dissident a conclu que la profession en fonction de laquelle la norme d'enrôlement devait être évaluée était celle de musicienne. Toutefois, j'estime qu'il a tiré cette conclusion alors que la preuve contraire produite était écrasante.

La profession à laquelle la norme s'appliquait devait être déterminée en fonction de la preuve produite à l'audience devant le tribunal. La conclusion du tribunal portant que la profession première visée était celle de soldate constituait donc une conclusion de fait. Comme je l'ai déjà affirmé, cette conclusion était fondée sur la prépondérance de la preuve et la majorité était autorisée à la formuler. En l'absence d'une erreur de droit (on n'en invoque ni n'en constate aucune), rien ne me justifierait d'analyser cette deuxième question autrement qu'en tenant pour acquis que la profession visée par la demande d'enrôlement de la plaignante et à laquelle la norme s'appli-

quait était d'abord celle de soldate et ensuite celle de musicienne.

(ii) The Standard

The medical standard of visual acuity for entry into the CAF is V-1 to V-4 (Exhibit R-10, Case, Vol. VII, pages 1268-1285). A recruit will be rated V-4 if, on testing, refractive error does not exceed + or - 7.00 dioptres measured for each eye without the use of corrective lenses.

Major John Kearns, an ophthalmologist in the CAF, gave the following expert evidence in explaining the standard (Case, Vol. III, pages 413-415):

In order to determine an individual's correct visual category, we need two sets of information. We need to know what their vision is in each eye without their glasses on or without correction and what their vision is in each eye with their optimal correction.

They have been divided into six categories. I explain them to people in fairly common terms in that a person with a V-1 vision, has perfectly normal vision as far as being able to read the chart is concerned and doesn't require correction under normal circumstances to enhance his vision. They have normal vision.

V-2 is a[n] individual who has reasonable vision without their correction, such that they could probably meet the minimum driving standards should they not have their glasses with them, [b]ut with correction achieves normal vision.

The V-3 category, which is a rather broad category, actually are those individuals who don't meet either V-1 or V-2 standards and who have rather poor unaided vision—uncorrected vision, but good corrected vision. But their unaided vision is to such a level that they are going to be restricted in carrying out many of the common military duties without their glasses on. They will not be able to drive a vehicle[,] they will not be able to accurately handle weapons without their glasses on.

Some (*sic*), it is a broad category. If we had a category for every level of vision, it would be too complicated a system. So at least these categories have had to be simplified. But it is a person who cannot function in the everyday sense without their glasses on, a V-3.

V-4 are those individuals who had—it actually encompasses two groups and that leads to some confusion. But for our purposes here, the aspect of V-4 that we are talking about are individuals whose uncorrected acuity does not meet the 20-400 standard so that we cannot accurately measure their level of

ii) La norme

La norme médicale d'acuité visuelle applicable à l'enrôlement dans les FAC correspond aux catégories V-1 à V-4 (Pièce R-10, dossier, vol. VII, pages 1268 à 1285). Une recrue reçoit la cote V-4 si, lors d'un examen, son erreur de réfraction mesurée pour chaque œil, sans correction, ne dépasse pas + ou - 7,00 dioptries.

La major John Kearns, ophtalmologiste membre des FAC qui a témoigné comme expert, a expliqué cette norme de la façon suivante (dossiers, vol. III, pages 413 à 415):

[TRADUCTION] Afin de déterminer exactement à quelle catégorie visuelle appartient une personne, nous avons besoin de deux séries de renseignements. Il nous faut connaître la vision de chaque œil sans verres correcteurs et sans correction de même qu'avec correction optique.

Nous avons établi six catégories. Je les explique ainsi aux gens, en employant un langage relativement courant: les personnes qui obtiennent la cote V-1 ont une vue parfaitement normale, pour ce qui est de la lecture du tableau, et n'ont pas besoin, en temps normal, de correction optique pour l'améliorer. Leur vision est normale.

La cote V-2 est donnée aux personnes qui ont une vision raisonnable sans porter leurs verres correcteurs et qui pourraient probablement satisfaire aux normes minimales de conduite s'ils n'avaient pas leurs lunettes avec eux, mais qui ont une vision normale avec correction.

La catégorie V-3 est relativement vaste. Il s'agit en fait des personnes qui ne répondent pas aux normes de la catégorie V-1 ou V-2, qui ont une vue non corrigée plutôt faible, mais dont la vision corrigée est bonne. Sans correction, toutefois, la faiblesse de leur vision est telle que ne pourront pas exécuter nombre de tâches militaires habituelles sans porter de lunettes. Elles seront incapables de conduire et ne pourront pas manipuler correctement des armes sans leurs lunettes.

Certains (*sic*), c'est une catégorie très vaste. Si nous avions une catégorie pour chaque niveau de vision, nous aurions un système trop compliqué. Ces catégories ont donc dû, à tout le moins, être simplifiées. Toutefois, les personnes de la catégorie V-3 sont celles qui ne peuvent fonctionner, dans la vie quotidienne, sans porter de lunettes.

La catégorie V-4 comprend les personnes qui ont—en fait elle s'applique à deux groupes, et cela entraîne une certaine confusion. Mais pour les fins qui nous occupent ici, l'aspect de cette catégorie qui nous intéresse a trait aux personnes dont l'acuité visuelle, sans correction, ne satisfait pas à la norme 20/400, de

vision and whose refractive error does not exceed plus or minus seven dioptres.

Now, the second group which is sort of caught in this V-4 trap is on a corrected side. You will notice that for the first time there is a difference between the better eye and the other eye with respect to corrected vision. So V-4 also traps people—or catches people who have good vision only in one eye for whatever reason, even with their correction. So they have one eye that has less than good vision, even when corrected.

Now, that is an either/or situation, you know, that there are people who have normal refractive errors, but because of their crossed eyes, a child had a lazy eye, their potential vision in one eye doesn't meet this 6/120 vision, and they will be a V-4. But on the other hand, there are those who function, who cannot function without their glasses on who also because of the inability to read the 20/400 letter and the refractive error are also classified as V-4. So there are two groups within that, and they may or may not be related.

The V-5 category is reserved for certain Members who cannot qualify for one of the higher categories, but who in the opinion of an ophthalmologist can still perform their duties satisfactorily with the vision that they have.

V-6 is category that is assigned to applicants to the Armed Forces who do not meet the V-4 standard or to serving Members whose level of vision has fallen below a level that we think is—with their ability to perform their military tasks. Neither V-5 nor V-6 can be assigned without the individual having been seen by an ophthalmologist.

This evidence was not controverted.

When she was examined by an ophthalmologist, the complainant was rated as V-6 and found “unfit”. (Exhibit R-13, Case, Vol. VIII, at pages 1293-1294.)

In cross-examination, the complainant admitted that in order to read music she wore contact lenses or glasses, that it was a condition of her driver's licence that she wear corrective lenses and that except for sleeping and sitting and listening to music, she usually wore corrective lenses.

telle sorte que nous ne pouvons pas mesurer avec précision leur degré de vision, et qui ne présentent pas d'erreur de réfraction de + ou - 7,00 dioptries.

<sup>a</sup> Pour ce qui est du deuxième groupe qui se retrouve en quelque sorte coincé dans la catégorie V-4, on tient compte de la vision corrigée. Vous remarquerez que, pour la première fois, il y a une différence entre le meilleur œil et l'autre œil, une fois la vision corrigée. Ainsi, la catégorie V-4 englobe ou coince les personnes qui ont une bonne vision uniquement d'un œil, pour quelque raison que ce soit, même avec correction. Elles ont donc un œil qui a une vision inférieure à une bonne vision, même avec une correction.

<sup>c</sup> Vous savez, vous pouvez appartenir à cette catégorie pour l'une ou l'autre de ces raisons; il y a des personnes qui ont une erreur de réfraction normale, mais dont la vision potentielle d'un œil ne satisfait pas à la norme 6/120 à cause de leur strabisme, un enfant qui avait un œil paresseux, et elles appartiennent à la catégorie V-4. Par ailleurs, il y a les personnes qui fonctionnent, qui ne peuvent fonctionner sans leurs verres correcteurs et qui, à cause de leur incapacité de lire la lettre 20/400 et de leur erreur de réfraction, se trouvent dans la catégorie V-4. Il y a donc deux groupes dans cette catégorie et il peut s'agir ou non des mêmes personnes.

<sup>e</sup> La catégorie V-5 est réservée à certains membres que leurs résultats ne permettent pas de classer dans les catégories supérieures mais qui, selon l'opinion d'un ophthalmologiste, peuvent encore accomplir leurs tâches de façon satisfaisante avec le degré de vision qu'ils ont.

<sup>f</sup> La catégorie V-6 est attribuée aux candidats qui ne satisfont pas aux normes de la catégorie V-4 ou aux membres en service dont le degré de vision est devenu inférieur à celui qui, à notre avis, est nécessaire à l'accomplissement de leurs tâches militaires.

<sup>g</sup>

Cette preuve n'est pas controversée.

<sup>h</sup> L'ophthalmologiste qui a examiné la plaignante l'a classée dans la catégorie V-6 et l'a jugée «inapte». (Pièce R-13, dossier, vol. VIII, aux pages 1293 et 1294.)

<sup>i</sup> En contre-interrogatoire, la plaignante a admis qu'elle portait des lunettes ou des lentilles cornéennes pour lire la musique, que son permis de conduire l'obligeait à porter des verres correcteurs pour conduire et qu'elle portait habituellement des verres correcteurs, sauf pour dormir ou pour s'asseoir et écouter de la musique.

(iii) The Test for Determining Whether the Standard was a BFOR

The applicant's complaint on the second issue is twofold. First, it complains that the majority of the Tribunal erred in law by applying the wrong test to determine the risk of employee failure. In support of this complaint it was said that the Tribunal erred when it failed to apply the test propounded in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489 (*Dairy Pool*) which it was said had effectively overruled the earlier decision of the Supreme Court of Canada in *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561 (*Bhinder*) and the decision of this Court in *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1988] 1 F.C. 209 (C.A.) (*Mahon*). Secondly, it was contended that the Tribunal erred in denying the complainant the opportunity to undergo basic training.

In deciding the validity of these complaints it would be useful to recall the clues given by McIntyre J. as to the manner in which a justifiable BFOR should be ascertained and how sufficiency of risk of employee failure should be decided. In *Etobicoke*, after defining a BFOR and saying what an employer must show in order to come within the definition, he stated at page 209:

The answer to the second question will depend in this, as in all cases, upon a consideration of the evidence and of the nature of the employment concerned.

At page 212, he also stated:

It would be unwise to attempt to lay down any fixed rule covering the nature and sufficiency of the evidence required to justify a mandatory retirement below the age of sixty-five under the provisions of s. 4(6) of the Code. In the final analysis the board of inquiry [Tribunal], subject always to the rights of appeal . . . must be the judge of such matters. [Emphasis added.]

Based on these passages, I conclude that, subject to what I will say later concerning whether *Dairy Pool* has effectively overruled *Bhinder* and *Mahon*, the applicant's complaint about the conclusion of the

iii) Le critère applicable à la question de savoir si cette norme est une EPJ

La plainte de la requérante concernant la deuxième question comporte deux volets. Premièrement, elle reproche à la majorité des membres du tribunal d'avoir commis une erreur de droit en appliquant un critère inapproprié pour évaluer le risque d'erreur humaine. À l'appui de cette plainte, la requérante affirme que le tribunal a commis une erreur en n'appliquant pas le critère énoncé dans la décision *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489 (*Dairy Pool*) qui a eu pour effet, selon elle, d'écarter la décision antérieure de la Cour suprême du Canada dans *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561 (*Bhinder*) et la décision de la présente Cour dans *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1988] 1 C.F. 209 (C.A.) (ci-après *Mahon*). Deuxièmement, la requérante soutient que le tribunal a commis une erreur en ne donnant pas à la plaignante l'occasion de suivre le programme de formation de base.

Pour décider du bien-fondé de ces prétentions, il serait utile de rappeler les indications données par le juge McIntyre quant à la façon dont une EPJ doit être évaluée et dont il faut trancher la question du caractère suffisant du risque d'erreur humaine. Dans l'affaire *Etobicoke*, après avoir défini l'expression « exigence professionnelle justifiée » et précisé les éléments que l'employeur doit prouver pour répondre à cette définition, il a déclaré, à la page 209:

La réponse à la seconde question dépend en l'espèce, comme dans tous les cas, de l'examen de la preuve et de la nature de l'emploi concerné.

À la page 212, il ajoute:

Il serait imprudent de tenter de formuler une règle fixe concernant la nature et le caractère suffisant de la preuve requise pour justifier la retraite obligatoire avant l'âge de soixante-cinq ans en vertu des dispositions du par. 4(6) du Code. En dernière analyse et toujours sous réserve du droit d'appel . . . , le commissaire enquêteur doit être le juge en cette matière. [Non souligné dans le texte original.]

Ces extraits me mènent à conclure, sous réserve des remarques qui suivront concernant la question de savoir si la décision *Dairy Pool* a effectivement écarté les arrêts *Bhinder* et *Mahon*, qu'en attaquant la

majority as to “sufficiency of risk” of employee failure amounts to an attack on its findings of fact. On this point, I am in respectful agreement with Pratte J.A. (for himself and Hugessen J.A.) when he said in *Mahon*, at page 217:

In the present case, as in the *Etobicoke* case, the subjective element of the requirement in question did not raise any difficulty. The only question to be resolved was whether the evidence adduced justified the conclusion that there was “a sufficient risk of employee failure” among insulin dependent trackmen to warrant the refusal of Canadian Pacific Limited to hire them. That question was a question of fact. The applicant is, therefore, attacking what is in essence a finding of fact. Such a finding is not normally reviewable under section 28 of the *Federal Court Act*. In order to succeed, the applicant must, therefore, either show that the Tribunal erred in law or that it based its decision on an erroneous finding of fact made in the manner described in paragraph 28(1)(c) of the *Federal Court Act*. The applicant cannot ask the Court to review the evidence and substitute its opinion for that of the Tribunal on the question it determined. For that reason, the last attack made by the applicant against the decision of the Tribunal need not be considered. Whether or not the evidence disclosed that there was a substantial risk involved in employing insulin dependent diabetics as trackmen was a question of fact that the Tribunal had to determine and that this Court does not have the power to decide. [Emphasis added.]

I will deal with each complaint in turn; but it would be helpful to examine the reasons of the majority to ascertain how it approached each of them and the conclusions which it reached.

In its reasons, the majority stated the issue; reviewed the evidence; canvassed the “relevant” law, including the provisions of the Act which bear on the issue; discussed the application of the law to the case and concluded that the CAF had demonstrated on a balance of probabilities that the visual acuity standard in issue was a BFOR.

The majority commenced its review of the “case law” by quoting from *Etobicoke* [at pages 208-210], passages which deal with the definition of *bona fide* occupational requirement and with the evidence that an employer must lead in order to justify a BFOR in the interest of public safety. I reproduce both passages [at pages D/202-D/203]:

To be a *bona fide* occupational qualification and requirement a limitation, such as a mandatory retirement at a fixed age, must

conclusion de la majorité relativement au «risque d’erreur humaine suffisant», la requérante conteste ses conclusions de fait. Sur ce point, je suis tout à fait d’accord avec la déclaration faite par le juge Pratte, J.C.A. (en son nom et au nom du juge Hugessen, J.C.A.) dans *Mahon*, à la page 217:

En l’espèce tout comme dans l’affaire *Etobicoke*, l’élément subjectif de l’exigence en question n’a soulevé aucune difficulté. La seule question à résoudre était de savoir si la preuve permettait de conclure que les agents de la voie insulino-dépendants présentaient «un risque d’erreur humaine suffisant» pour justifier le refus du Canadien Pacifique Limitée de les employer. C’était là une question de fait. Par conséquent, la requérante attaque ce qui est essentiellement une conclusion de fait. Normalement, une telle conclusion ne peut faire l’objet de l’examen visé à l’article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Pour avoir gain de cause, la requérante doit donc démontrer soit que le tribunal a rendu une décision entachée d’une erreur de droit, soit qu’il a fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée, tirée de la façon décrite à l’alinéa 28(1)c) de la *Loi sur la Cour fédérale*. La requérante ne peut demander à la Cour d’étudier la preuve et de substituer son opinion à celle du tribunal sur la question qu’il a décidée. Pour cette raison, la dernière attaque de la requérante contre la décision du tribunal n’a pas à être examinée. La question de savoir si la preuve révélait ou non qu’il y avait un danger considérable à employer des diabétiques insulino-dépendants en qualité d’agents de la voie était une question de fait que le tribunal devait décider et dont cette Cour ne peut être saisie. [Non souligné dans le texte original.]

J’étudierai une plainte à la fois; il serait toutefois utile d’examiner les motifs de la majorité pour déterminer la façon dont elle les a abordées et les conclusions auxquelles elle en est venue.

Dans ses motifs, la majorité a énoncé la question à trancher, passé la preuve en revue, étudié les règles de droit «pertinentes», y compris les dispositions législatives applicables, traité de l’application de ces règles à l’espèce et conclu que les FAC avaient établi, selon la prépondérance des probabilités, que la norme d’acuité visuelle contestée constituait une EPJ.

La majorité a commencé son examen de la jurisprudence en citant des extraits de la décision *Etobicoke* [aux pages 208 à 210] concernant la définition de l’exigence professionnelle justifiée et la preuve que doit apporter l’employeur pour établir l’existence d’une EPJ fondée sur la sécurité publique. Voici ces deux extraits [aux pages D/202 et D/203]:

Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction comme la retraite obligatoire à un âge déterminé doit



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.

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 a 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.

It then referred to the following passages from the reasons in *Mahon* where Marceau J.A. [at page 224] and Pratte J.A. [at page 221] stated their understanding of the phrase "sufficient risk of employee failure" as found in the second passage from *Etobicoke* that I have just quoted:

When I read the phrase in context, however, I understand it as being related to the evidence which must be sufficient to show that the risk is real and not based on mere speculation. In other words, the "sufficiency" contemplated refers to the reality of the risk and not its degree.

... a job-related requirement that, according to the evidence, is reasonably necessary to eliminate a real risk of a serious damage to the public at large must be said to be a *bona fide* occupational requirement.

After summarizing the applicable legal principles, the majority proceeded to apply them to the facts of the case.

It reviewed the evidence that bore on the issue whether the occupation was that of soldier or musician and, as I have said, it concluded that it was soldier first.

It then reviewed the evidence concerning the functional limitations placed on a person in the military who, like the complainant, had a refractive error exceeding - 7.00 dioptres. The majority accepted the evidence of Major Kearns and Dr. Ben Wilkinson who, although not a member of the CAF, was quali-

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 général.

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.

Elle s'est ensuite référée aux passages suivants des motifs prononcés dans l'affaire *Mahon*, dans lesquels les juges de la Cour d'appel Marceau [à la page 224] et Pratte [à la page 221] exposent leur conception de l'expression «risque d'erreur humaine suffisant» tirée du deuxième extrait de la décision *Etobicoke* cité ci-dessus:

Toutefois, lorsque j'interprète cette phrase compte tenu du contexte, elle me semble viser la preuve qui doit démontrer suffisamment que le risque est réel et ne repose pas sur de simples conjectures. En d'autres termes, l'adjectif «suffisant» en question se rapporte au caractère réel du risque et non à son degré.

... l'exigence reliée au travail qui, selon la preuve, est raisonnablement nécessaire pour éliminer le danger réel de préjudice grave au grand public doit être considérée comme une exigence professionnelle normale.

Après avoir résumé les principes de droit applicables, la majorité les a appliqués aux faits de l'espèce.

Elle a examiné la preuve concernant la question de savoir si la profession visée était celle de soldate ou de musicienne et, comme je l'ai déjà mentionné, elle a conclu que la fonction première de la plaignante serait celle de soldate.

La majorité a ensuite examiné la preuve concernant les limites fonctionnelles auxquelles doit faire face une personne appartenant à l'armée qui, comme la plaignante, a une erreur de réfraction dépassant - 7,00 dioptries. La majorité a accepté le témoignage du major Kearns et le témoignage du Dr Ben Wilkin-

fied as an expert in the field of occupational ophthalmology, that such a person would be classified as V-6 and be refused entry into the CAF. It noted particularly the following portions of the evidence of Dr. Wilkinson [at pages D/211-D/212]:

Now, this vision is worse than the legally blind 20/200, 6/60 line. In my opinion it—the kinds of level of vision that she would certainly be able to make out significant changes in colour, light and dark such as the direction of windows, movement would be easier to detect than detail. This is something that we are not terribly aware of. But, for instance, if somebody stood very still twenty feet away, she could well not realize that somebody is there. If they move, she would immediately know that there was somebody there.

Identifying who somebody is would probably be possible at about two or three feet. And for those reasons, I would say that she would certainly be unable to use a weapon. (Evidence, Vol. 4., p. 527, 528)

She would probably have trouble finding the glasses even if she dropped them, not on the floor, but if she was in the bush or in the water or something, it would be hard to find. Finding a contact lens would be quite difficult. So my conclusion was that looking at the information that I was given about the kinds of activities that she would be expected to carry out, that with her glasses on she would be able to carry these out. If on the other hand she lost her glasses, it would be disastrous. (Evidence, Vol. 4, p. 529)

And I came to the conclusion that there were basically three levels of ability with someone who loses their glasses.

The first is the ability to carry out most activities, despite the fact that you have lost your glasses, though there may be some restrictions of a few. Then there is an area where the individual is left with a vision somewhere between 20/40 and 20/200, where gradually they are less able to carry on their job, but are still able to look after themselves.

I would say that if somebody was left with 20/200, they would not really want to be able to continue with that job, but they could get themselves out of it. Whereas if the vision is poorer than 20/200, they're getting into a level where they can't tell which direction they are going in. So another officer has to be taken out of the group to get them back out of the way. So that is more costly to the unit because it has occupied two people rather than one person.

So you have got three stages. There is a stage where the individual is able to continue being productive. Then you have the stage where the person is not productive, but is able to look after themselves. And finally you have the stage where they are not only not productive and unable to look after them-

son qui, bien que n'appartenant pas aux FAC, se qualifiait comme expert dans le domaine de l'ophtalmologie du travail, selon lesquels une personne qui aurait une pareille erreur de réfraction appartiendrait à la catégorie V-6 et ne pourrait pas être admise dans les FAC. La majorité a souligné plus particulièrement les extraits suivants du témoignage du Dr Wilkinson [aux pages D/211 et D/212]:

[TRADUCTION] Cette vision est pire que celle des personnes légalement réputées aveugles, à 20/200 ou 6/60. À mon avis, il — ce niveau de vision fait qu'elle serait certainement capable de discerner des changements significatifs de couleurs, de clarté, d'obscurité, comme la direction des fenêtres, le mouvement serait plus facile à percevoir que le détail. Il s'agit de quelque chose dont nous n'avons pas terriblement conscience. Mais, par exemple, si quelqu'un se tenait parfaitement immobile, à vingt pieds, il se pourrait fort bien qu'elle ne s'aperçoive pas de sa présence. Si la personne bougeait, elle saurait immédiatement qu'il y a quelqu'un.

Il lui serait probablement possible d'identifier une personne à environ deux ou trois pieds. Et c'est pour cela qu'à mon avis, elle serait certainement incapable d'utiliser une arme (Preuve, vol. 4, pp. 527 et 528).

Elle aurait probablement du mal à trouver ses lunettes si elle les échappait; pas sur le plancher, mais en terrain boisé ou dans l'eau ou quelque chose, il lui serait difficile de les retrouver. Retrouver une lentille cornéenne serait très difficile. C'est pourquoi j'estime, compte tenu des renseignements qui m'ont été donnés sur le genre de tâches qu'elle aurait à accomplir, qu'elle serait en mesure de les remplir avec ses lunettes. Par contre, la perte de celles-ci aurait des conséquences désastreuses (Preuve, vol. 4, p. 529).

Et j'en suis venu à la conclusion qu'il existait, à la base, trois niveaux d'aptitude en cas de perte de lunettes.

Le premier permet de remplir la plupart de ses tâches, malgré la perte, bien qu'il puisse y avoir certaines restrictions à l'égard de quelques-unes. Ensuite, pour les personnes dont la vision se situe encore entre 20/40 et 20/200, il existe une zone de perte graduelle d'aptitude à accomplir son travail, mais ces personnes sont encore capables de prendre soin d'elles-mêmes.

Selon moi, quelqu'un à qui il ne reste qu'une vision de 20/200 ne serait pas vraiment capable de continuer à faire ce travail, mais cette personne pourrait se sortir de cette situation. Tandis que ceux dont la vision est inférieure à 20/200 arrivent à un niveau où ils ne savent plus dans quelle direction ils vont. Un autre officier doit être désigné pour laisser le groupe et ramener ces personnes. L'unité perd donc davantage, parce qu'elle perd les services de deux personnes au lieu d'une.

Donc, nous avons trois niveaux: un où la personne est capable de poursuivre ses activités de façon productive, un autre où elle cesse d'être productive mais où elle peut prendre soin d'elle-même et un troisième où, non seulement la personne cesse d'être productive et de pouvoir prendre soin d'elle-même, mais

selves, but become a liability. Somebody has got to get them out of the situation. (Evidence, Vol. 4, p. 532-533)

People with bad vision are often quite unaware of the clues they are missing.—in a situation of danger, in a fire or entering an enemy occupied territory or anything like that, you will need to use all sorts of little clues, movement, subtle differences and colour. In those situations are impossible to quantify, but obviously the better your vision, the more effectively you can carry those out and the more safely. (Evidence, Vol. 4, p. 574)

Based on this and other evidence, the majority concluded, first, that it is necessary for the CAF to have a minimum standard for visual acuity for entry as a regular member and secondly, that such standard was reasonable and necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, her fellow employees and the general public. In other words, it concluded that the standard had met the objective test propounded in *Etoibicoke*.

The majority acknowledged that with corrective lenses the complainants' vision was good—20/30(R) and 20/25(L). It considered whether there was a risk of the complainant losing her corrective lenses or being required to remove or take off her corrective lenses or to stop her activities to clear or otherwise adjust the lenses and whether that risk was significant enough to require the CAF to set the enrolment standard for visual acuity in relation to the uncorrected standard of visual acuity rather than the corrected standard. After reviewing the evidence of Major Kearns and Dr. Wilkinson concerning the risks associated with corrective lenses, if used in the military (see, pages D/213-D/215) and the evidence of Captain Veilleux concerning the rigours of basic training camp, the possibility that some of the activities could cause risk of loss of corrective lenses and how reasonable eyesight is required in order to function in the military environment, the majority concluded [at pages D/215-D/216]:

I am satisfied that the types of activities which must be performed by members of the military carry with them a reasonable risk of the loss, breakage or other problems associated with the use of corrective lenses such that it is reasonable and necessary to set an enrolment standard for visual acuity related to uncorrected vision.

où elle devient un fardeau. Quelqu'un doit la sortir de là. (Preuve, vol. 4, pp. 532-533)

Souvent, les gens qui n'ont pas une bonne vision n'ont pas vraiment conscience qu'ils ne perçoivent pas certains indices. En situation de danger, lorsqu'il y a un incendie ou lorsqu'on pénètre dans un territoire occupé par l'ennemi ou dans n'importe quelle situation semblable, il faut se servir de toutes sortes de petits indices, des mouvements, des différences subtiles, des couleurs. Dans ces situations, il est difficile de quantifier, mais, de toute évidence, meilleure est votre vision, mieux vous pourrez accomplir vos tâches et avec le moins de danger. (Preuve, vol. 4, p. 574)

En se fondant sur la preuve, et notamment sur ce témoignage, la majorité a conclu, premièrement, que les FAC devaient avoir une norme minimale d'acuité visuelle applicable à l'enrôlement d'une personne en qualité de membre régulier et, deuxièmement, que cette norme était raisonnable et 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. En d'autres termes, elle a conclu que cette norme satisfaisait au critère objectif proposé dans l'arrêt *Etoibicoke*.

La majorité a reconnu que la vision corrigée de la plaignante était bonne—20/30(D) et 20/25(G). Elle a alors examiné la question de savoir s'il existait un risque que la plaignante perde ses verres correcteurs ou soit forcée de les enlever ou d'interrompre ses activités pour les nettoyer ou les ajuster et si ce risque était suffisant pour obliger les FAC à fixer la norme visuelle d'enrôlement en fonction de l'acuité visuelle sans correction plutôt qu'en fonction de l'acuité visuelle avec correction. Après avoir passé en revue les témoignages du major Kearns et du Dr. Wilkinson concernant les risques associés aux verres correcteurs, dans un contexte militaire (aux pages D/213 à D/215) ainsi que celui du capitaine Veilleux concernant les rigueurs du camp de formation de base, la possibilité que certaines activités comportent un risque de perte de verres correcteurs et la raison pour laquelle il est nécessaire de voir raisonnablement bien pour être fonctionnel au sein des forces armées, la majorité a conclu [aux pages D/215 et D/216]:

Je suis convaincu que le genre d'activités auxquelles donne lieu la vie militaire comporte un risque suffisant de perte ou de bris de verres correcteurs et d'autres problèmes liés au port de ceux-ci, pour qu'il soit raisonnable et nécessaire d'établir une norme visuelle d'enrôlement qui soit liée à la vision non corrigée.

The majority then concluded that the CAF had met both the subjective (at page D/219) and objective (at page D/220) tests in *Etobicoke*.

With respect to the objective test the majority stated [at pages D/219-D/220]:

The major issue in this case related to whether the existing medical standards related to visual acuity for entry to the CAF also met the "objective test" set out in *Etobicoke, supra*. In considering all of the evidence, I have spent many hours reading and rereading the four volumes of evidence, the several volumes of exhibits and the precedent cases to understand the role and purpose of the Armed Forces, the expectations of recruits, the occupational and military duties of a musician and how they fit into the CAF. After careful consideration, I have come to the following conclusions:

1. An uncorrected visual acuity standard for entry to the CAF is necessary.
2. There would be increased risk to the individual member and his/her co-workers and the public without that standard.
3. There is a clear connection between the standard of uncorrected visual acuity imposed by the CAF and the ability of the recruit to look after himself in the performance of his/her job without undue risk to himself, his/her co-workers and the public.
4. The standard of uncorrected visual acuity selected for entry to the CAF is reasonable.

I therefore also find the minimum standard for visual acuity for entry to the CAF is reasonably necessary to ensure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees or the general public—i.e. they have also met the "objective test" set out in *Etobicoke, supra*.

These were conclusions of fact based upon the evidence and, to use the language of McIntyre J. in *Etobicoke*, they were conclusions of fact the majority was entitled to make, "in the final analysis". It is abundantly plain to me that in concluding that the standard was a BFOR, the majority had applied the test propounded in *Etobicoke*. In my view, unless it could be said that *Dairy Pool* has overruled *Bhinder* and *Mahon*, and that the majority has failed to apply the "new" standard said to be propounded in *Dairy Pool*, the applicant's first complaint must fail.

La majorité a ensuite conclu que les FAC avaient satisfait à la fois au critère subjectif (à la page D/219) et au critère objectif (à la page D/220) établis dans l'arrêt *Etobicoke*.

En ce qui a trait au critère objectif, la majorité a déclaré [aux pages D/219 et D/220]:

Ce qu'il convient principalement de déterminer en l'espèce, c'est si les normes médicales relatives à l'acuité visuelle applicables à l'enrôlement dans les FAC satisfont au «critère objectif» énoncé dans *Etobicoke, supra*. Dans mon examen de la preuve, j'ai passé de nombreuses heures à lire et à relire les quatre volumes rassemblant les éléments de preuve, les volumes réunissant les pièces de même que la jurisprudence afin de comprendre le rôle et l'objectif de l'armée, ce qu'on attend des recrues, les tâches professionnelles et militaires des musiciens et comment celles-ci s'insèrent dans les opérations de l'armée. Après une analyse minutieuse, j'en suis venue aux conclusions suivantes.

1. Il est nécessaire de prévoir une norme visuelle d'enrôlement dans les FAC fondée sur la vision non corrigée.
2. L'absence d'une telle norme augmenterait les risques courus par les membres individuellement, par leurs collègues et par le public.
3. Il existe un lien évident entre la norme visuelle fondée sur la vision non corrigée appliquée par les FAC et la capacité de la recrue de prendre soin d'elle-même dans l'accomplissement de ses fonctions sans se mettre indûment en danger ou sans mettre indûment ses collègues ou le public en danger.
4. La norme visuelle fondée sur la vision non corrigée retenue pour l'enrôlement dans les FAC est raisonnable.

En conséquence, je conclus également que la norme visuelle minimale d'enrôlement est raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mise en danger de l'employée, de ses compagnons de travail et du public en général. Autrement dit, je suis d'avis que les FAC ont également satisfait au «critère objectif» énoncé dans *Etobicoke, supra*.

Il s'agit là de conclusions de fait fondées sur la preuve et, pour reprendre les propos du juge McIntyre dans l'affaire *Etobicoke*, ce sont des conclusions de fait que la majorité était autorisée à tirer, «en dernière analyse». Il me semble on ne peut plus évident que la majorité, en concluant que la norme contestée constituait une EPJ, a appliqué le critère établi dans l'affaire *Etobicoke*. À mon avis, à moins qu'on ne puisse affirmer que l'arrêt *Dairy Pool* a écarté les arrêts *Bhinder* et *Mahon*, et que la majorité a omis d'appliquer la «nouvelle» norme prétendument établie dans l'affaire *Dairy Pool*, la première prétention de la requérante doit être rejetée.

As a starting point for analysis of the issue whether *Dairy Pool* has overruled *Bhinder* and *Mahon*, I recall the objective test propounded by McIntyre J. in *Etobicoke*. For ease of reference, I repeat here what he said at page 208, after stating the subjective test:

In addition it [BFOR] 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. [Emphasis added.]

Later, at pages 209-210, he outlined the nature of the evidence that an employer must lead and a tribunal or a court must find where justification of a BFOR is based on public safety:

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 [Emphasis added.]

At issue in *Bhinder* was whether a rule which required all employees of the Canadian National Railway Company to wear a hard hat at a particular work site was a BFOR. Writing for the majority, McIntyre J. stated that the *Etobicoke* test was applicable and had been met. At pages 587-588 he stated:

The appellant has established a *prima facie* case of discrimination. The onus therefore has passed to the respondent to show that the hard hat rule is a *bona fide* occupational requirement. From a reading of the reasons for decision of the Tribunal it appears that the test was met. Specifically, the Tribunal found that the hard hat rule was not a *bona fide* occupational requirement as far as it related to *Bhinder* and, in consequence, to other Sikhs. In this, they were accepting the appellant's individual case approach. It is, however, clear from the reasons and the references made by the Tribunal to the evidence that it was of the view that, as far as the rule applied to non-Sikhs, it was a *bona fide* occupational requirement. It was agreed that CN adopted the rule for genuine business reasons with no intent to offend the principles of the Act. The Tribunal found that the rule was useful, that it was reasonable in that it promoted safety by reducing the risk of injury and, specifically, that the risk faced by *Bhinder* in wearing a turban rather than a hard hat was increased, though by a very small amount. The only

Pour analyser la question de savoir si l'arrêt *Dairy Pool* a écarté les arrêts *Bhinder* et *Mahon*, il faut d'abord rappeler le critère objectif énoncé par le juge McIntyre dans l'arrêt *Etobicoke*. Pour plus de commodité, je reproduis à nouveau les propos qu'il a tenus à la page 208 après avoir énoncé le critère subjectif applicable:

Elle [l'EPJ] 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 général. [Non souligné dans le texte original.]

Plus loin, à la page 210, il souligne la nature de la preuve qu'un employeur doit apporter et sur laquelle un tribunal ou une cour doit s'appuyer lorsqu'une EPJ est fondée sur la sécurité publique:

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. [Non souligné dans le texte original.]

L'affaire *Bhinder* soulevait la question de savoir si un règlement qui obligeait tous les employés de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada à porter un casque dans un lieu de travail donné, constituait une exigence professionnelle normale. Le juge McIntyre a déclaré, au nom de la majorité, que le critère établi dans l'arrêt *Etobicoke* s'appliquait et qu'on y avait satisfait. Aux pages 587 et 588, il a déclaré:

L'appelant a prouvé de façon suffisante jusqu'à preuve contraire l'existence de discrimination. Le fardeau de la preuve passe donc à l'intimée qui doit démontrer que la règle du casque de sécurité constitue une exigence professionnelle normale. À la lecture des motifs de la décision du tribunal, il semble qu'on a satisfait au critère. Plus particulièrement, le tribunal a conclu que la règle du casque de sécurité n'était pas une exigence professionnelle normale dans la mesure où elle visait *Bhinder* et, en conséquence, les autres Sikhs. Ce faisant, il acceptait la façon de procéder en fonction de chaque cas particulier proposée par l'appelant. Toutefois, il ressort clairement de ses motifs et des références que fait le tribunal à la preuve administrée qu'il était d'avis que la règle était une exigence professionnelle normale dans la mesure où elle s'appliquait à d'autres personnes que des Sikhs. Il a été reconnu que le CN avait adopté la règle pour des raisons d'affaires véritables, sans intention de porter atteinte aux principes de la Loi. Le tribunal a jugé que la règle était utile, qu'elle était raisonnable en ce

conclusion that can be drawn from the reasons for decision is that, but for its special application to Bhinder, the hard hat rule was found to be a *bona fide* occupational requirement. Indeed, it would be difficult on the facts to reach any other conclusion.

In that case, the Tribunal had found as a fact that (at page 584) “Bhinder, if exempted from the rule, would face a greater likelihood of injury—though only slightly greater—than if he complied.”

In *Mahon*, the issue before the Canadian Human Rights Commission was whether a requirement that a railway trackman should not be an insulin dependent diabetic was a *bona fide* occupational requirement within the meaning of paragraph 14(a) [*Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, s. 14(a) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 143, s. 7)] (now paragraph 15(a)) of the Act. Based on *Etobicoke*, the Tribunal concluded that the requirement was not a BFOR on the ground that, although the refusal to employ unstable diabetics might be justified, nevertheless the risks involved in employing a stable diabetic like Mr. Mahon were not sufficiently great to warrant the refusal of Canadian Pacific Limited to employ him.

On a section 28 application to this Court, Canadian Pacific Limited alleged that the Tribunal had applied the wrong standard when it held or assumed that a *bona fide* occupational requirement relating to safety had to increase safety by a substantial amount.

The dispositive reasons of Pratte J.A. at pages 221-222 are as follows:

Once it had been found that the applicant’s policy not to employ insulin dependent diabetics as trackmen was reasonably necessary to eliminate a real risk of serious damage for the applicant, its employees and the public, there was only one decision that the Tribunal could legally make, namely, that the applicant’s refusal to engage the respondent Wayne Mahon was based on a *bona fide* occupational requirement and, as a consequence, was not a discriminatory practice.

qu’elle permettait d’accroître la sécurité en réduisant le risque de blessures et, plus particulièrement, que le risque que courait Bhinder en portant un turban plutôt qu’un casque de sécurité était accru, quoique très légèrement. La seule conclusion que l’on peut tirer des motifs de la décision, est que, sauf en ce qui concerne son application particulière à Bhinder, la règle du casque de sécurité est une exigence professionnelle normale. D’ailleurs il serait difficile, étant donné les faits, d’arriver à une autre conclusion.

Dans cette affaire, le tribunal a conclu quant aux faits (à la page 584) que «si Bhinder n’avait pas à se conformer à la règle, celui-ci courrait un risque plus grand de subir des blessures—quoique seulement légèrement plus grand—que s’il s’y conformait».

Dans l’affaire *Mahon*, la Commission canadienne des droits de la personne devait décider si l’exigence portant que les agents de la voie ne doivent pas être des diabétiques insulino-dépendants constituait une exigence professionnelle normale au sens de l’alinéa 14a) [*Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, art. 14a) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 143, art. 7)] (devenu l’alinéa 15a)) de la Loi. En se fondant sur l’arrêt *Etobicoke*, le tribunal a conclu que cette exigence n’était pas une exigence professionnelle justifiée au motif que, bien que le refus d’employer des diabétiques instables puisse être justifié, les risques que comportait l’embauche d’un diabétique stable comme M. Mahon n’étaient pas suffisamment grands pour autoriser la société Canadien Pacifique Limitée à refuser de l’engager.

À l’appui de sa demande fondée sur l’article 28, la société Canadien Pacifique Limitée a soutenu que le tribunal n’avait pas appliqué la norme appropriée en statuant ou en tenant pour acquis qu’une exigence professionnelle normale liée à la sécurité devait augmenter la sécurité de façon substantielle.

Le dispositif du jugement du juge Pratte, J.C.A., se trouve aux pages 221 et 222:

Dès lors que le tribunal avait conclu que la politique de la requérante de ne pas employer des diabétiques insulino-dépendants en qualité d’agents de la voie était raisonnablement nécessaire pour éliminer un risque réel de blessures graves pour la requérante, ses employés et le public, une seule décision s’imposait au regard de la loi, à savoir que le refus de la requérante d’employer Wayne Mahon était fondé sur une exigence professionnelle normale, et qu’en conséquence il ne constituait pas un acte discriminatoire.

This conclusion, he observed, followed from the conjoint effect of *Etobicoke* and *Bhinder*.

Marceau J.A. wrote separate concurring reasons. He stated why he found the decision objectionable, in these terms [at pages 222-223]:

The Tribunal had found, on the evidence, that "C.P.R.'s railway operation is more likely to be safer if insulin dependent diabetics are not hired as track men"; The Tribunal, however, saw this as only the starting point and went on to try to evaluate how much safer the operation would actually be, so as to ascertain whether the risk to safety was "sufficiently" increased to justify the policy of refusing to hire diabetics like Mr. Mahon for trackman positions.

This, he found, to be an attempt to balance the greater risk to the public against the advantages diabetics could derive from being given the same opportunity as non-diabetics. In his view, the Tribunal was attributing to [then] paragraph 14(a) of the Act a scope and intent that it did not have. He reached this conclusion after reviewing the reasons of McIntyre J. in *Etobicoke* and in *Bhinder*.

His dispositive reasons, found at page 226, are as follows:

The *Bhinder* decision, as I read it, makes it clear that the proper approach to verify whether an occupational requirement, adopted in good faith for the sake of safety, meets the objective test of paragraph 14(a) as it was set out in the *Etobicoke* decision is to look into the duties to be performed and the conditions demanded for their proper performance (in the present case that of a trackman) and then compare those requirements against the capabilities and limitations of the class of persons affected (here insulin dependent diabetics as a group). The Tribunal here, on the basis of the evidence, found, in a first step, that the trackman position required "certain physical attributes" the diminution of which, in the work environment, might "put an employee, co-workers, and the general public at greater risk in terms of safety". It found, in a second step, that insulin dependent diabetics, even stable diabetics like Mr. Mahon, could suffer such a diminution of their physical (and mental) capacities, a possibility which was "real . . . and not farfetched or fanciful" (pages 103-104 of the decision). These two findings were, it seems to me, decisive: it was then an unavoidable conclusion that the policy not to hire insulin dependent diabetics was based on a *bona fide* occupational requirement. In going further and assessing Mr. Mahon's own personal physical attributes to determine that notwithstanding his being an insulin dependent diabetic his limitations,

Il souligne que cette conclusion découle de l'effet conjoint des arrêts *Etobicoke* et *Bhinder*.

Le juge Marceau, J.C.A., a rédigé des motifs concordants distincts. Il a précisé pourquoi il désapprouvait la décision du tribunal [aux pages 222 et 223]:

Le tribunal a conclu, en se fondant sur la preuve, que «les opérations de chemin de fer du C.P.R. sont plus susceptibles d'être sécuritaires si on n'embauche pas de diabétiques insulino-dépendants comme agents de la voie». Le tribunal n'a toutefois vu dans cette conclusion qu'un point de départ, et il s'est ensuite employé à apprécier à quel point les opérations seraient réellement plus sûres, dans le but d'établir si le danger pour la sécurité était «suffisamment» accru pour justifier une politique de refus d'embaucher des diabétiques comme M. Mahon en qualité d'agents de la voie.

Il a conclu que le tribunal a ainsi tenté de mettre dans la balance, d'une part, le risque accru que courrait le public et, d'autre part, les avantages qu'il y aurait pour les diabétiques à avoir les mêmes possibilités d'emploi que les non-diabétiques. À son avis, le tribunal a ainsi attribué à l'alinéa 14a) de la Loi [à cette époque] une portée et un objet qu'il n'avait pas. Il en est venu à cette conclusion après avoir examiné les motifs du juge McIntyre dans les arrêts *Etobicoke* et *Bhinder*.

C'est à la page 226 qu'on trouve le dispositif de son jugement:

L'arrêt *Bhinder*, tel que je le comprends, dit clairement que la bonne façon de s'assurer qu'une exigence professionnelle, adoptée de bonne foi pour des raisons de sécurité, respecte le critère objectif de l'alinéa 14a) comme l'a énoncé l'arrêt *Etobicoke* est d'examiner les fonctions qui doivent être exercées et les conditions nécessaires à leur bon exercice (ici, les fonctions d'agent de la voie) et de considérer ces exigences en regard des capacités et des limites propres à la catégorie de personnes touchées (en l'occurrence, les diabétiques insulino-dépendants en tant que groupe). Le tribunal en l'espèce, se fondant sur la preuve, a conclu, en premier lieu, que les fonctions d'agent de la voie exigeaient «certaines qualités physiques» dont la diminution, en milieu de travail «peut faire augmenter les risques, en matière de sécurité, pour l'employé, ses collègues de travail et le grand public». Le tribunal a conclu en second lieu, que les diabétiques insulino-dépendants, même ceux qui sont stables comme M. Mahon, pouvaient subir une telle diminution de leurs capacités physiques (et mentales), possibilité qui est «réelle . . . ni outrée ni fantaisiste» (aux pages 96 et 97 de la décision). Ces deux conclusions sont, à mon sens, décisives: elles mènent à la conclusion inéluctable que la politique de non-embauchage des diabétiques insulino-dépendants se fonde sur une exigence professionnelle normale. En allant plus loin et en appréciant les capacités physiques de M. Mahon pour en

although real, were under sufficient control, the Tribunal, in my view, misapplied paragraph 14(a) of the Act.

Like Pratte J.A., he set aside the decision and remitted the case to the Tribunal for reconsideration in light of its findings.

I do not read *Mahon* as propounding any new test for determining whether the policy at issue in that case was a BFOR. On the contrary, in my respectful view *Mahon* accepts the test propounded in *Etobicoke* (and applied in *Bhinder*) and applied it to the facts of that case.

It is true that, in the course of his reasons Marceau J.A. stated [at page 224]:

When I read the phrase in context, however, I understand it as being related to the evidence which must be sufficient to show that the risk is real and not based on mere speculation. In other words, the "sufficiency" contemplated refers to the reality of the risk not its degree.

The last sentence in this quotation is infelicitous, since "sufficiency" does connote degree. However, in my view, that sentence does not have the effect of nullifying the decision in *Mahon* for two reasons. First, the majority of the panel in that case did not share the view of Marceau J.A. and, secondly, the sentence does not appear to have had any influence on his dispositive reasons.

I come now to *Dairy Pool* for which so much has been claimed. At issue in that case was whether a particular employment rule imposed by an employer on an employee was a *bona fide* occupational qualification (BFOQ) under the *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A., 1980, c. I-2, and if not, whether the employer could defend itself against a charge of religious discrimination by proving that it had accommodated the employee up to the point of undue hardship.

The Court concluded that the rule was not a BFOQ and that the employer had not discharged the burden of showing that it had accommodated the employee up to the point of undue hardship.

arriver à la conclusion qu'en dépit de sa dépendance de l'insuline, ses limites, bien que réelles, étaient suffisamment contrôlées, le tribunal, à mon avis, a mal appliqué l'alinéa 14a) de la Loi.

Tout comme le juge Pratte, J.C.A., il a annulé la décision du tribunal et renvoyé l'affaire au tribunal pour qu'il la réexamine en tenant compte de ses conclusions.

Selon moi, l'arrêt *Mahon* n'établit pas un nouveau critère applicable à la question de savoir si la politique visée constitue une exigence professionnelle justifiée. Au contraire, j'estime que l'arrêt *Mahon* reconnaît le critère énoncé dans l'affaire *Etobicoke* (et appliqué dans l'affaire *Bhinder*) et l'a appliqué aux faits de l'espèce.

Certes, le juge Marceau, J.C.A., a fait l'affirmation suivante dans ses motifs [à la page 224]:

Toutefois, lorsque j'interprète cette phrase compte tenu du contexte, elle me semble viser la preuve qui doit démontrer suffisamment que le risque est réel et ne repose pas sur de simples conjectures. En d'autres termes, l'adjectif «suffisant» en question se rapporte au caractère réel du risque et non à son degré.

La formulation de la dernière phrase de cette citation n'est pas très heureuse car le terme «suffisant» renvoie à la notion de degré. Toutefois, j'estime que cette phrase n'a pas pour effet d'annuler la décision rendue dans *Mahon* pour deux raisons. Premièrement, la majorité des membres du tribunal ne partageaient pas l'opinion du juge Marceau, J.C.A., et, deuxièmement, cette phrase ne semble pas avoir eu quelque incidence que ce soit sur le dispositif.

Je porterai maintenant mon attention sur l'arrêt *Dairy Pool* dont on a essayé de tirer bien des arguments. Dans cette affaire, il s'agissait de décider si une règle particulière imposée par un employeur à un employé constituait une qualification professionnelle normale en vertu de la *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2, et, sinon, si l'employeur pouvait opposer en défense à une accusation de discrimination religieuse qu'il avait composé avec les croyances religieuses du plaignant tant qu'il n'en avait pas résulté pour lui une contrainte excessive.

La Cour a conclu que la règle de l'employeur ne constituait pas une qualification professionnelle normale et que l'employeur ne s'était pas acquitté du fardeau de démontrer qu'il avait composé avec les



Wilson J. delivered the reasons of the majority. In the course of her reasons, she examined earlier decisions of the Court dealing with the concept of BFOR and BFOQ (which she said were “equivalent and co-extensive terms”), including *Bhinder* because, in her view “they may not be completely compatible.” She stated that in order to appreciate fully the implications of *Bhinder*, it was necessary to review in some detail the ruling of the Tribunal as well as the majority and dissenting judgments in that case.

At page 508, she listed the salient facts found by the Tribunal in *Bhinder*:

The salient facts found by the Tribunal in *Bhinder* were as follows:

- (1) The hard hat rule was useful and reasonable in that it promoted safety by reducing the risk of injury to the employee.
- (2) The rule was adopted by the employer for genuine business reasons and with no intent to offend the principles of the *Canadian Human Rights Act*.
- (3) Mr. Bhinder was able to perform his job effectively and efficiently without wearing a hard hat.
- (4) The risk of injury to Mr. Bhinder if he did not wear a hard hat was negligible.
- (5) The risk of injury to co-workers and the general public if Mr. Bhinder did not wear a hard hat was nil.
- (6) The employer's safety policy would not be jeopardized by giving Mr. Bhinder an exemption.
- (7) The financial hardship that would be caused the employer in exempting Mr. Bhinder from the hard hat rule was *de minimis*.

At pages 512-513, she stated:

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

First, the rule was not, to use the terminology of *Etobicoke*, “reasonably necessary to assure the efficient and economical

croyances de l'employé tant qu'il n'en avait pas résulté une contrainte excessive.

Le juge Wilson a rédigé les motifs de la majorité. Dans ses motifs, elle examine les arrêts antérieurs de la Cour relativement aux concepts d'exigence professionnelle normale et de qualification professionnelle normale (qui sont, selon elle, «équivalents et de même portée»), y compris l'arrêt *Bhinder* parce que, à son avis, «ils pourraient ne pas être totalement compatibles». Elle a déclaré que, pour apprécier pleinement la portée de l'arrêt *Bhinder*, il est nécessaire d'examiner en détail la décision du tribunal ainsi que les opinions majoritaires et dissidentes dans cette affaire.

À la page 508, elle énumère les principales conclusions de fait tirées par le tribunal dans l'affaire *Bhinder*:

Voici les principales conclusions de fait tirées par le tribunal dans l'affaire *Bhinder*:

- (1) La règle du casque de sécurité était utile et raisonnable en ce qu'elle permettait d'accroître la sécurité en réduisant le risque de blessures pour l'employé.
- (2) L'employeur avait adopté cette règle pour des raisons d'affaires véritables et sans intention de porter atteinte aux principes de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.
- (3) M. Bhinder était en mesure d'effectuer son travail de manière efficace et efficiente sans casque de sécurité.
- (4) Le danger que M. Bhinder soit blessé s'il ne portait pas de casque de sécurité était négligeable.
- (5) Le danger que des collègues de travail ou le public en général soient blessés si M. Bhinder ne portait pas de casque de sécurité était nul.
- (6) La politique de l'employeur en matière de sécurité ne serait pas mise en péril si l'on accordait une exemption à M. Bhinder.
- (7) La contrainte financière qu'aurait à subir l'employeur en exemptant M. Bhinder de l'application de la règle du casque de sécurité était minime.

Aux pages 512 et 513, elle affirme:

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

En premier lieu, la règle n'était pas, pour reprendre les termes utilisés dans *Etobicoke*, «raisonnablement nécessaire

performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public". The Tribunal found as a fact that the failure of Mr. Bhinder to wear a hard hat would not affect his ability to work as a maintenance electrician or pose any threat to the safety of his co-workers or to the public at large. The Tribunal did find that not wearing a hard hat would increase the risk to Mr. Bhinder himself, but only marginally. In light of the findings of fact by the Tribunal, I think it is difficult to support the conclusion of the majority of the Court that the hard hat rule was reasonably necessary for the safety of Mr. Bhinder, his fellow employees and the general public. [Emphasis added.]

Based on the latter passage, the applicant contends that *Bhinder* has effectively been overruled in its conclusion that a marginal risk was enough to satisfy the test for determining the "sufficient risk of employee failure" as propounded in *Etobicoke* and that *Dairy Pool* lays down a new test of "substantial risk". For the reasons that follow, I disagree.

First, the passage upon which the applicant relies was not necessary for the decision in *Dairy Pool*. In any case, the most that can be claimed for it, in my view, is that the majority in *Bhinder* has misapplied the *Etobicoke* test, given the findings by the Tribunal that Bhinder's failure to wear a hard hat posed no risk of injury to his co-workers and the public; posed only a negligible risk of injury to himself and, Bhinder's exemption from the hard hat policy would not jeopardize the employer's safety policy. Secondly, at pages 516-517, Wilson J. summarizes the results of her examination of *Bhinder* as follows:

For these reasons, I am of the view that *Bhinder* is correct in so far as it states that accommodation is not a component of the BFOR test and that once a BFOR is proven the employer has no duty to accommodate. It is incorrect, however, in so far as it applied that principle to a case of adverse effect discrimination. The end result is that where a rule discriminates directly it can only be justified by a statutory equivalent of a BFOQ, i.e., a defence that considers the rule in its totality. (I note in passing that all human rights codes in Canada contain some form of BFOQ provision.) However, where a rule has an adverse discriminatory effect, the appropriate response is to uphold the rule in its general application and consider whether the

pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général». Le tribunal a conclu que, dans les faits, le refus de M. Bhinder de porter un casque de sécurité n'influait pas sur sa capacité de travailler comme électricien d'entretien ni ne constituerait une menace pour la sécurité de ses compagnons de travail ou du public en général. Il a certes admis que le fait de ne pas porter le casque de sécurité accroissait le risque que courait M. Bhinder lui-même, mais très légèrement. Vu ces conclusions de fait du tribunal, il est à mon avis difficile d'appuyer la conclusion de la majorité de cette Cour que la règle du casque de sécurité était raisonnablement nécessaire pour assurer la sécurité de M. Bhinder, de ses compagnons de travail et du public en général. [Non souligné dans le texte original.]

En se fondant sur cet extrait, la requérante prétend que l'arrêt *Bhinder* a effectivement été écarté pour ce qui est de sa conclusion selon laquelle un risque léger suffisait pour répondre au critère d'appréciation du «risque d'erreur humaine suffisant» établi dans l'arrêt *Etobicoke* et que l'arrêt *Dairy Pool* pose un nouveau critère, soit celui du «risque substantiel». Je rejette cette prétention pour les motifs exposés ci-dessous.

Premièrement, l'extrait sur lequel s'appuie la requérante n'était pas nécessaire au prononcé de la décision dans l'affaire *Dairy Pool*. Quoi qu'il en soit, ce qu'on peut en tirer, dans le meilleur des cas, c'est que la majorité de la Cour a mal appliqué, dans l'arrêt *Bhinder*, le critère établi dans l'arrêt *Etobicoke*, étant donné les conclusions du tribunal portant que le défaut de M. Bhinder de porter un casque ne créait aucun risque de blessure pour ses compagnons de travail ou pour le public, qu'il comportait un risque négligeable de blessure pour lui-même et, que le fait d'exempter M. Bhinder de la politique de port du casque ne compromettrait pas la politique de sécurité de l'employeur. Deuxièmement, aux pages 516 et 517, le juge Wilson résume les résultats de son analyse de l'affaire *Bhinder* de la façon suivante:

Pour ces motifs, je suis d'avis que l'arrêt *Bhinder* est bien fondé lorsqu'il énonce que l'accommodement n'est pas un élément du critère de l'EPN et qu'une fois démontrée l'existence d'une EPN, l'employeur n'a pas d'obligation d'accommodement. En revanche, cet arrêt est mal fondé dans la mesure où il applique ce principe à un cas de discrimination indirecte. Il en résulte finalement que, lorsqu'une règle crée une discrimination directe, elle ne peut être justifiée que par une exception légale équivalente à une EPN, c'est-à-dire un moyen de défense qui envisage la règle dans sa totalité. (Je souligne au passage que les codes de droits de la personne au Canada contiennent tous une disposition d'exception fondée sur l'EPN.)

employer could have accommodated the employee adversely affected without undue hardship.

If the applicant's claim had any validity, one would have expected to find in this summary some reference to the fact that *Bhinder* was also in error in adopting the test for "sufficient risk" that it did. Indeed, in the passage that I quoted earlier, Wilson J. stated expressly that she did not disagree with the test set out in *Etobicoke*. Her disagreement on this point, as I apprehend it, is limited only to its application by the majority in that case.

Finally, the impact of a rule requiring a showing of "substantial risk" on the standard of proof laid down in *Etobicoke* should not be overlooked. In my respectful view, the substitution of "substantial" for "sufficient" might well have the effect of requiring an employer to justify a BFOR in the interest of public safety by a higher degree of probability than is implied in the test laid down in *Etobicoke*.

I conclude by summarizing:

1. Neither *Bhinder* nor *Mahon* propounded any new test for determining "sufficient risk" in public safety cases;
2. The test applied in each case was that propounded in *Etobicoke*, which remains unchallenged and unimpaird;
3. *Dairy Pool* has not effectively overruled either *Bhinder* or *Mahon* in so far as they can be said to have propounded a test for sufficient risk;
4. *Dairy Pool* has not laid down any new test of "substantial risk" in substitution for the test of "sufficient risk" propounded in *Etobicoke*.

For the foregoing reasons I am of the view that the majority did not err in failing to apply the test of "substantial risk", said to be laid down in *Dairy Pool*.

Par contre, lorsqu'une règle crée une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, il convient de confirmer la validité de cette règle dans son application générale et de se demander si l'employeur aurait pu composer avec l'employé lésé sans subir des contraintes excessives.

a.

Si la prétention de la requérante était valable, on s'attendrait à ce que ce résumé fasse état du fait que l'arrêt *Bhinder* est aussi erroné du fait qu'il a appliqué le critère du «risque suffisant». En fait, dans l'extrait que j'ai déjà cité, le juge Wilson affirme expressément qu'elle n'est pas en désaccord avec le critère établi dans l'arrêt *Etobicoke*. Son désaccord se limite, selon moi, uniquement à la façon dont la majorité a appliqué ce critère dans l'affaire *Bhinder*.

c.

Enfin, il ne faut pas oublier de tenir compte des conséquences de l'obligation de démontrer l'existence d'un «risque substantiel» sur la norme de preuve établie dans l'arrêt *Etobicoke*. À mon avis, la substitution du terme «substantiel» au terme «suffisant» pourrait bien avoir pour effet d'assujettir la preuve de l'employeur, quant à l'existence d'une exigence professionnelle justifiée dans l'intérêt de la sécurité du public, à une probabilité plus élevée que par application du critère posé dans l'affaire *Etobicoke*.

e.

Pour conclure, je résume:

f.

1. Ni l'arrêt *Bhinder* ni l'arrêt *Mahon* n'ont établi un nouveau critère d'appréciation du «risque suffisant» dans les situations touchant la sécurité publique.
2. Le critère appliqué dans chaque cas était celui établi dans l'arrêt *Etobicoke*, qui demeure incontesté et entièrement valable.
3. L'arrêt *Dairy Pool* n'a pas eu pour effet d'écarter les arrêts *Bhinder* ni *Mahon* en ce qui a trait au critère du risque suffisant qu'ils auraient établi.
4. L'arrêt *Dairy Pool* n'a pas posé un nouveau critère, soit celui du «risque substantiel», en remplacement du critère du «risque suffisant» énoncé dans l'arrêt *Etobicoke*.

Pour les motifs qui précèdent, j'estime que la majorité n'a pas commis d'erreur en n'appliquant pas le critère du «risque substantiel», prétendument énoncé dans l'arrêt *Dairy Pool*.

j.

I should not wish to leave this discussion without saying a brief word about *Air Canada v. Carson*, [1985] 1 F.C. 209 (C.A.) and *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391 (C.A.), to which Mr. Justice Robertson has referred in his reasons.

As regards *Carson*, I am in respectful agreement with MacGuigan J.A. that [at page 232]:

An examination of the cases cited by McIntyre J. thus makes it clear that he did not intend by his reference [to two cases cited at the end of his judgment] to give approval to a particular measure of risk.

I am, however, unable to agree that [at page 232]:

... his own posing of the issue in terms of whether there is "sufficient risk of employee failure" indicates a recognition of a certain degree of risk that sits better with the notion of "acceptable" than with that of "minimal".

First, in my respectful view, the substitution of the adjective "acceptable" for "sufficient" does nothing to render the test more precise. Secondly, it is equally arguable, in my respectful view, that in calling attention to *Hodgson v. Greyhound Lines, Inc.*, 499 F. 2d 859 (7th Cir. 1974); and *Little v. Saint John Shipbuilding and Dry Dock Co. Ltd. (No.2)* (1980), 41 N.B.R. (2d) 315 (Bd. of Inq.), McIntyre J. might simply have been stating that he had considered and rejected the test laid down in each and had developed a different test, namely that of "sufficient risk".

As regards *Rosin*, it is sufficient to say that I find nothing in the *obiter dictum* of Linden J.A., at page 411, to warrant a conclusion that this Court had "embrace[d]" a test of sufficiency that is in any way different from that laid down in *Etobicoke*. The statement was not necessary for the decision and there was no detailed examination of either *Bhinder* or *Dairy Pool*.

I come, finally, to the applicant's second complaint, namely, that the CAF failed to give the complainant an opportunity to undertake basic training in order to determine whether she was fit to become a regular member.

Avant de terminer, je tiens à traiter brièvement des décisions *Air Canada c. Carson*, [1985] 1 C.F. 209 (C.A.) et *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391 (C.A.), auxquelles s'est référé le juge Robertson dans ses motifs.

En ce qui a trait à l'affaire *Carson*, je suis d'accord avec le juge MacGuigan, J.C.A., pour affirmer [à la page 232]:

Il ressort donc clairement des décisions citées par le juge McIntyre qu'il n'avait pas l'intention en les invoquant [il s'agit de deux décisions citées à la fin de ses motifs] d'approuver une manière particulière de mesurer le risque.

Je ne peux toutefois souscrire à sa conclusion selon laquelle [à la page 232]:

... le fait qu'il ait lui-même présenté le litige en affirmant qu'il s'agissait de déterminer s'il existait «un risque d'erreur humaine suffisant», indique la reconnaissance d'un certain degré de risque qui correspond davantage à la notion de risque «acceptable» qu'à celle de risque «minime».

Premièrement, je ne pense pas que la substitution de l'adjectif «acceptable» à l'adjectif «suffisant» ait pour effet de rendre ce critère plus précis. Deuxièmement, je pense qu'on peut tout aussi bien soutenir que le juge McIntyre a peut-être mentionné les décisions *Hodgson v. Greyhound Lines, Inc.*, 499 F. 2d 859 (7th Cir. 1974); et *Little v. Saint John Shipbuilding and Dry Dock Co. Ltd. (No.2)* (1980), 41 N.B.R. (2d) 315 (comm. d'enq.), simplement pour préciser qu'il avait examiné et rejeté le critère établi dans chacune et formulé un critère différent, soit celui du «risque suffisant».

En ce qui a trait à l'affaire *Rosin*, il suffit de dire que, selon moi, les remarques incidentes formulées par le juge Linden, J.C.A., à la page 411, ne justifient en rien une conclusion selon laquelle la Cour aurait «adopté» un critère d'appréciation du caractère suffisant qui diffère de quelque façon que ce soit de celui établi dans l'arrêt *Etobicoke*. Cette affirmation n'était pas nécessaire au prononcé de la décision et aucune des décisions *Bhinder* ou *Dairy Pool* n'a été examinée en détail.

J'examinerai enfin la deuxième plainte de la requérante, savoir que les FAC n'ont pas donné à la plaignante l'occasion de suivre le programme de formation de base afin de déterminer si elle était apte à devenir membre des forces régulières.

Since this is a case of direct discrimination, the question of individual characteristics were irrelevant as justification for the standard: *Dairy Pool*, at page 517; *Rosin*, at page 411. Nevertheless, the majority did consider the issue (at pages D/217-D/219). The majority noted that the complainant had been individually tested for her disability and that her uncorrected eyesight was determined to be below the acceptable standard. Indeed, the majority found that, as a result of the testing, the complainant had been placed in the category of the "legally blind". It then considered the issue of her ability to function in a military or music environment without corrective lenses and concluded that she needed corrective lenses to function in both. It observed that the question whether or not the complainant loses her corrective lense in a particular situation was more a matter of chance than ability and therefore not a matter that could be tested effectively.

The majority also considered whether basic training of recruits could be a substitute for emergency or wartime situations and concluded that it could not.

As a result, it concluded its examination of this issue as follows [at page D/217]:

I am therefore satisfied that having the complainant complete basic training as a "testing procedure" would not be an effective method of testing to see whether her particular disability affects her ability to perform the military occupation efficiently and economically without endangering herself, her fellow employees and the general public.

Like Mr. Justice Robertson, I find no reviewable error in the conclusion of the majority which was based on the evidence before it.

For the foregoing reasons, I would answer the second question in the negative and would dismiss the application.

MCDONALD J.A.: I agree.

\* \* \*

Comme il s'agit d'un cas de discrimination directe, la question des caractéristiques personnelles n'était pas pertinente pour déterminer si la norme était justifiée: *Dairy Pool*, à la page 517; *Rosin*, à la page 411. La majorité a néanmoins examiné cette question (aux pages D/217 à D/219). La majorité a souligné que la plaignante avait subi un examen personnel quant à sa déficience et que sa vue non corrigée ne satisfaisait pas à la norme acceptable. En fait, la majorité a conclu que la plaignante, à la suite de cet examen, avait été placée dans la catégorie des personnes «aveugles du point de vue du droit». Elle s'est ensuite penchée sur la question de sa capacité de fonctionner sans verres correcteurs dans un contexte militaire ou musical et a conclu qu'elle avait besoin de verres correcteurs pour fonctionner dans ces deux contextes. Elle a souligné que la question de savoir si la plaignante perdrait ses verres correcteurs dans une situation donnée était une question de hasard plutôt que d'aptitude et qu'aucun examen ne permettrait en conséquence de la trancher efficacement.

La majorité s'est aussi penchée sur la question de savoir si la formation de base des recrues pourrait reproduire les situations d'urgence ou de guerre pour l'évaluation de la plaignante et a conclu que tel n'était pas le cas.

En conséquence, elle a conclu l'examen de cette question par l'affirmation suivante [à la page D/217]:

Cela me persuade que la méthode d'évaluation consistant à faire passer à la plaignante l'épreuve de la formation de base ne permettrait pas efficacement de percevoir si sa déficience particulière l'empêcherait ou non d'accomplir ses tâches militaires de façon efficace et économique, sans se mettre elle-même en danger et sans mettre en danger ses compagnons de travail ou le public en général.

Comme le juge Robertson, je ne constate aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire dans la conclusion qu'a tirée la majorité en se fondant sur la preuve qui lui a été soumise.

Pour les motifs qui précèdent, je répondrais à la deuxième question par la négative et je rejetterais la demande.

LE JUGE MCDONALD, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

\* \* \*

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

ROBERTSON J.A. (*dissenting*): This application for judicial review seeks to set aside a decision of the Canadian Human Rights Tribunal (the Tribunal), convened under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, as amended (the Act). A majority of the Tribunal concluded that the Canadian Armed Forces (the CAF) had not discriminated against the complainant, Julia Husband, when it declined her application for membership on the basis of a visual disability. The complainant, who was unrepresented by counsel, expressly adopted the submissions of the applicant, the Canadian Human Rights Commission (the Commission).

### I

The complainant is an experienced and talented musician who in 1981 became interested in pursuing a musical career within the CAF. In April of 1986, a direct entry position for a clarinet player became available. Although the complainant satisfied the position's professional requirements, her eyesight does not meet the minimum uncorrected standard prescribed for regular non-commissioned CAF recruits. With corrective lenses, the complainant's vision approaches the 20/20 norm. Without correction, she is legally blind.

The CAF classifies uncorrected visual acuity on a declining scale from V-1 to V-6. Persons in the V-1 category approximate "normal" vision while persons in the V-6 category test at levels below legal blindness. Only persons who are classified at levels between V-1 and V-4 are admitted into the CAF. The V-5 category is reserved for CAF members whose vision has deteriorated below the V-4 standard since enlistment. The purpose of this category is to accommodate serving military personnel whose uncorrected eyesight is no better than that of the complainant. The CAF's Career Medical Review Board retains these CAF members on the basis of "merit." Serving members are understood to have acquired sufficient expertise and experience to continue performing their military duties satisfactorily. The complainant was placed

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

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A. (*dissident*): La demande de contrôle judiciaire vise l'annulation d'une décision du tribunal canadien des droits de la personne (le tribunal), constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, modifiée (la Loi). La majorité des membres du tribunal ont conclu que les Forces armées canadiennes (les FAC) n'avaient pas fait preuve de discrimination à l'égard de la plaignante, Julia Husband, en rejetant sa demande d'enrôlement en raison de sa déficience visuelle. La plaignante, qui n'était pas représentée par avocat, a expressément souscrit aux prétentions de la requérante, la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission).

### I

La plaignante, musicienne d'expérience et de talent, a commencé en 1981 à manifester de l'intérêt pour une carrière musicale au sein des FAC. En avril 1986, un poste de clarinettiste à combler par enrôlement direct s'est libéré. Bien que la plaignante ait satisfait aux exigences professionnelles du poste, sa vue ne répondait pas à la norme minimale d'acuité visuelle sans correction applicable aux recrues du rang des FAC. Avec des verres correcteurs, la vue de la plaignante correspondait à peu près à la norme 20/20. Sans correction, elle est juridiquement aveugle.

Les FAC attribuent une cote à l'acuité visuelle sans correction selon une échelle descendante allant de V-1 à V-6. Les personnes appartenant à la catégorie V-1 ont une vue à peu près «normale», alors que les personnes de la catégorie V-6, soumises à des examens, obtiennent des résultats qui les classent parmi les personnes juridiquement aveugles. Seules les personnes appartenant aux catégories V-1 à V-4 sont admises dans les Forces armées. La catégorie V-5 est réservée aux membres des FAC dont la vue s'est détériorée en deçà de la norme V-4 depuis leur enrôlement. Cette catégorie s'adresse au personnel militaire en service dont la vue non corrigée n'est pas meilleure que celle de la plaignante. Le Conseil médical de révision des carrières des FAC permet à ces personnes de demeurer membres des FAC en rai-

in the V-6 category and denied admission into the CAF on that basis.

The complainant filed a complaint with the Commission on September 1, 1987, alleging that the CAF had discriminated against her on the basis of a disability in violation of sections 7 and 10 of the Act. The CAF conceded that its visual acuity standard is *prima facie* discriminatory but sought refuge in section 15 of the Act. That provision enables the CAF to demonstrate that its entry level visual acuity standard is a *bona fide* occupational requirement (BFOR) and therefore not discriminatory. In a decision rendered August 2, 1991, a majority of the Tribunal agreed that the CAF's uncorrected visual acuity standard is a BFOR and dismissed the complaint.

The Tribunal referred to the test set out by the Supreme Court in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, and concluded that persons in the V-6 category pose a sufficient risk of employee failure to warrant their exclusion from the CAF. Tracking the language of this Court's decision in *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1988] 1 F.C. 209 (C.A.) [hereinafter referred to as *Mahon*], it defined "sufficient risk of failure" as follows [at page D/204]:

[T]he risk of failure is real and not based on mere speculation. "Sufficiency" relates to the reality of the risk and not its degree.

In deciding that the CAF's entry level visual acuity standard is a BFOR, the Tribunal discussed the nature of the occupation sought by the complainant. In this regard, it referred to the doctrine of unlimited liability, which is more commonly referred to as the "soldier first" policy. That policy provides that regular members of the CAF are liable to go anywhere and to perform any lawful duties required by the CAF. The

son de leur «mérite». On tient pour acquis que les membres en service ont acquis une expertise et une expérience suffisantes pour continuer à remplir leurs fonctions militaires de façon satisfaisante. La plaignante a été placée dans la catégorie V-6 et on a refusé de l'admettre dans les FAC pour cette raison.

La plaignante a déposé une plainte à la Commission le 1<sup>er</sup> septembre 1987. Elle prétendait que les FAC avaient fait preuve, à son égard, de discrimination fondée sur une déficience en contravention des articles 7 et 10 de la Loi. Les FAC ont admis que la norme d'acuité visuelle était de prime abord discriminatoire, mais se sont prévalues de l'article 15 de la Loi. Cette disposition permet aux FAC de démontrer que la norme d'acuité visuelle applicable en cas d'enrôlement est une exigence professionnelle justifiée (EPJ) et ne constitue donc pas un acte discriminatoire. Dans une décision rendue le 2 août 1991, la majorité des membres du tribunal ont reconnu que la norme d'acuité visuelle sans correction, des FAC, est une exigence professionnelle justifiée et ont rejeté la plainte.

Le tribunal s'est référé au critère énoncé par la Cour suprême dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, et a conclu que les personnes appartenant à la catégorie V-6 posent un risque d'erreur humaine suffisant pour justifier leur exclusion des FAC. Après avoir examiné les termes utilisés par la Cour dans la décision *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1988] 1 C.F. 209 (C.A.) [ci-après appelée *Mahon*], le tribunal a défini l'expression «risque suffisant d'erreur humaine» de la façon suivante [à la page D/204]:

Le risque suffisant d'erreur humaine s'entend d'un risque réel qui ne repose pas sur des simples conjectures. La «suffisance» se rapporte au caractère réel du risque et non à son degré.

Pour décider que la norme d'acuité visuelle d'enrôlement dans les FAC constitue une EPJ, le tribunal a traité de la nature du poste que voulait obtenir la plaignante. À cet égard, il a fait mention de la doctrine de la responsabilité illimitée, plus communément appelée la politique du «soldat d'abord». Cette politique prévoit que les membres réguliers des FAC peuvent être envoyés n'importe où et sont soumis en

statutory basis of this doctrine is found in subsections 33(1) and 34(1) of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5:

33. (1) The regular force, all units and other elements thereof and all officers and non-commissioned members thereof are at all times liable to perform any lawful duty.

34. (1) Where the Governor in Council has declared that a disaster exists or is imminent that is, or is likely to be, so serious as to be of national concern, the regular force or any unit or other element thereof or any officer or non-commissioned member thereof is liable to perform those services in respect of the disaster, existing or imminent, as the Minister may authorize, and the performance of those services shall be deemed to be military duty.

The Tribunal recognized that employment in the CAF is normally bifurcated in nature. There is always a military aspect to regular membership but most members pursue civilian occupations (musician, cook, lawyer) as well. Thus "the functions of the musician trade" specifically include military defence duties. Although it was acknowledged that a member of the CAF might spend an entire career without involvement in a military crisis (Tribunal's reasons, at pages D/204-D/209), the Tribunal concluded that the CAF's military role is a critical one (at page D/209):

Based on all of the evidence, I am satisfied that the primary role of all regular members of the CAF is to protect the interests of Canada, Canadians and Canadian allies with physical force, if necessary. While other roles may be assumed by various members of the CAF when our country is not at war, the primary obligation and purpose of the CAF is to maintain that wartime preparedness. It is therefore my opinion that the defence of BFOR as it relates to the occupation which is the subject matter of this complaint, must be related to the military aspects of being a regular member of the Armed Forces as well as the occupation of being a musician in the CAF.

On this point, the opinion of the dissenting member of the Tribunal was expressed in unequivocal terms. He reasoned that the majority's position applied to the CAF as it was meant to exist rather than as it exists (dissenting reasons, at page D/227):

In my opinion, the BFOR in question here is based on historical attitudes and traditions embedded deeply in military thinking. It is not *bona fide* within the meaning of s. 15(a) of

permanence à l'obligation de service légitime, conformément aux exigences des FAC. Le fondement législatif de cette doctrine se trouve aux paragraphes 33(1) et 34(1) de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5:

33. (1) La force régulière, ses unités et autres éléments, ainsi que tous ses officiers et militaires du rang, sont en permanence soumis à l'obligation de service légitime.

34. (1) Lorsque, dans une déclaration, le gouverneur en conseil a conclu à l'existence ou l'imminence d'une catastrophe présentant un caractère de gravité lui conférant un intérêt national, la force régulière, en tout ou en partie, ou tout officier ou militaire du rang de cette force peuvent être obligés de rendre, relativement à une telle situation, les services autorisés par le ministre; leur action est alors assimilée au service militaire.

Le tribunal a reconnu que l'emploi dans les FAC comprend normalement deux volets. Le travail des membres réguliers comporte toujours un aspect militaire, mais la plupart d'entre eux exercent aussi un métier civil (musicien, cuisinier, avocat). Par conséquent, «les fonctions du métier de musicien» comprennent expressément des tâches militaires reliées à la défense. Bien qu'il soit admis qu'un membre des FAC puisse passer toute sa carrière sans avoir à affronter des crises militaires (motifs du tribunal, aux pages D/204 à D/209), le tribunal a conclu que les fonctions militaires des FAC sont capitales (motifs du tribunal, à la page D/209):

L'ensemble de la preuve me convainc que le rôle premier des membres réguliers des FAC est de protéger les intérêts du Canada, de sa population et de ses alliés en employant la force si nécessaire. Il se peut que des militaires aient d'autres fonctions en temps de paix, mais le devoir et l'objectif primordiaux des FAC est de se tenir prêts pour la guerre. Par conséquent, j'estime que l'exigence professionnelle justifiée invoquée en défense doit se rapporter aux aspects militaires de l'appartenance à la force régulière de l'armée autant qu'à l'occupation de musicien des FAC.

Sur ce point, le membre dissident du tribunal a exprimé son opinion en termes non équivoques. Selon lui, la position de la majorité s'applique aux FAC selon le rôle qu'elles sont destinées à jouer plutôt que selon le rôle qu'elles jouent réellement (motifs de dissidence, à la page D/227):

Je suis d'avis que l'EPJ incriminée découle d'attitudes de longue date et de traditions bien enracinées dans la mentalité militaire. Elle n'est pas justifiée au sens de l'al. 15a) de la *Loi*



the Act because it bears no relationship to the true qualifications needed by musicians in the modern Canadian Armed Forces. In my view, the CAF does not realistically intend to require its musicians to perform the duties which are used to justify the occupational requirements in issue. There is simply no rational basis for requiring musicians to meet the occupational requirements upon which the CAF is relying to deny Ms. Husband employment in the CAF band.

It is apparent that the majority's characterization of the job sought by the complainant directed its legal analysis. In other words, it applied the BFOR test to the complainant *qua* soldier who happened to be seeking employment as a musician. The majority's adoption of the "soldier first" policy is particularly evident in its assessment of the reasonableness of the CAF's visual acuity requirements.

The substance of the evidence before the Tribunal was that CAF members risk being placed in situations where corrective lenses may become dislodged or be unavailable. It also reflected on the risk of contact lenses proving to be an inadequate substitute for conventional eyewear. The Tribunal concluded that persons in the V-6 category pose an unacceptable risk to themselves and others in wartime or emergency situations. It also determined that the CAF was under no obligation to allow the complainant to be individually tested by permitting her to undergo basic training. Finally, it rejected the argument that, because the CAF permits waiver of common enrollment standards, all such standards should be abolished. No evidence was adduced as to the circumstances in which waivers have been granted to recruits in the past. The parties did not pursue this legal avenue before us.

## II

The Commission's first objection is that the Tribunal breached the rules of natural justice. Its second and principal argument is that the CAF's uncorrected visual acuity standard is not a BFOR. On this point two substantive arguments are advanced. First, the Commission maintains that the Tribunal erred in law

parce qu'elle n'a aucun lien avec les compétences véritables requises de nos jours de la part des musiciens œuvrant au sein des FAC. Selon moi, les FAC ne comptent pas sérieusement exiger de leurs musiciens qu'ils s'acquittent des fonctions qui servent en l'espèce à justifier l'exigence professionnelle en cause. Il n'existe aucun fondement rationnel au fait d'exiger d'un musicien qu'il remplisse les exigences professionnelles que les FAC invoquent pour refuser à la plaignante un emploi de musicienne.

On constate que la façon dont la majorité a qualifié le travail que la plaignante voulait obtenir a orienté son analyse juridique. En d'autres termes, elle a appliqué le critère de l'exigence professionnelle justifiée à la plaignante en sa qualité de soldate qui voulait obtenir un poste de musicienne. L'adoption, par la majorité, de la politique du «soldat d'abord» ressort plus particulièrement de son évaluation du caractère raisonnable des normes d'acuité visuelle des FAC.

La preuve soumise au tribunal démontre essentiellement que les membres des FAC sont susceptibles d'être placés dans des situations où ils risquent soit de perdre leurs verres correcteurs soit de ne pas être en mesure de les utiliser. Elle a aussi fait ressortir le risque que les lentilles cornéennes ne remplacent pas adéquatement les verres conventionnels. Le tribunal a conclu que les personnes appartenant à la catégorie V-6 posent un risque inacceptable pour elles-mêmes et pour les autres dans les situations de guerre ou d'urgence. Il a aussi décidé que les FAC n'avaient pas l'obligation de permettre à la plaignante de subir un examen individuel en l'autorisant à suivre le programme de formation de base. Enfin, il a rejeté l'argument selon lequel les normes courantes d'enrôlement devraient être abolies parce que les FAC sont autorisées à renoncer à leur application. Aucun élément de preuve n'a été produit quant aux circonstances dans lesquelles on a déjà renoncé à les appliquer à des recrues. Les parties n'ont pas fait valoir cet argument juridique devant nous.

## II

La première prétention de la Commission porte que le tribunal a enfreint les règles de justice naturelle. Sa deuxième et principale prétention veut que la norme d'acuité visuelle sans correction des FAC ne soit pas une exigence professionnelle justifiée. Sur ce point, elle fait valoir deux arguments de fond.

by applying the wrong standard for determining the legally acceptable risk of employee failure. This issue brings into question the validity of the “soldier first” policy and its impact on risk assessment. Second, the Commission argues that the Tribunal erred in denying the complainant the opportunity to undergo basic training. It submits that this form of “individual testing” would allay the CAF’s concern that the complainant’s vision would impair her military performance.

(a) Natural Justice

The Commission raised a preliminary objection that the Tribunal breached the rules of natural justice by taking judicial notice of post-hearing events without giving it the opportunity to respond. For example, the Tribunal discussed the CAF’s modern role with reference to the Persian Gulf war and the civil events at Kahnawake and Kahnisatake. I agree with counsel for the CAF that there was ample uncontroverted evidence before the Tribunal to support the majority’s findings even without the impugned references.

(b) Sufficiency of Risk—Proper Standard

A two-part test for evaluating the validity of BFORs was established in the Supreme Court decision of *Etobicoke*, *supra*, by McIntyre J. We are concerned only with the objective component of the *Etobicoke* test which requires that the BFOR be “reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public” (*Etobicoke*, at page 208). A BFOR will be established if there is a “sufficient risk of employee failure” to warrant the retention of an otherwise discriminatory employment qualification (*Etobicoke*, at page 210). Thus, whether or not an occupational requirement is “reasonably necessary” is dependent, at least in part, on whether members of the group alleging discrimination pose a sufficient risk of harm to themselves or others in the event of employee fail-

D’abord, la Commission soutient que le tribunal a commis une erreur de droit en appliquant un critère inapproprié pour apprécier le risque d’erreur humaine acceptable en droit. Cette question soulève celle de la validité de la politique du «soldat d’abord» et de ses répercussions sur l’évaluation du risque. Ensuite, la Commission affirme que le tribunal a commis une erreur en refusant à la plaignante l’occasion de suivre le programme de formation de base. Elle prétend que cette forme d’«examen individuel» dissiperait les inquiétudes des FAC quant à la possibilité que la vue de la plaignante nuise à l’accomplissement de ses tâches militaires.

a) La justice naturelle

La Commission a soulevé une objection préliminaire selon laquelle le tribunal aurait enfreint les règles de justice naturelle en prenant connaissance d’office d’événements postérieurs à l’audience sans lui donner l’occasion d’y répondre. Par exemple, le tribunal a traité du rôle moderne des FAC en faisant allusion à la guerre du Golfe persique et aux événements civils de Kahnawake et de Kahnisatake. J’estime, comme l’avocat des FAC, que la preuve abondante soumise au tribunal, sans faire les allusions contestées à ces renseignements, appuyait les conclusions de la majorité.

b) Le caractère suffisant du risque—Le critère approprié

Dans la décision *Etobicoke* de la Cour suprême, citée plus haut, le juge McIntyre a établi un critère à deux volets pour l’appréciation de la validité des exigences professionnelles justifiées. En l’espèce, seul est en cause le volet objectif du critère énoncé dans l’arrêt *Etobicoke*, soit celui selon lequel l’exigence professionnelle justifiée doit 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» (*Etobicoke*, à la page 208). L’existence d’une exigence professionnelle justifiée sera démontrée s’il existe un «risque d’erreur humaine suffisant» pour justifier le maintien d’une exigence professionnelle qui serait autrement discriminatoire (*Etobicoke*, à la page 210). Par conséquent, la question de savoir si l’exigence professionnelle est «raisonnablement nécessaire»

ure. The obviously problematic determination is the degree of risk which presents a “sufficient risk of employee failure” to justify upholding an otherwise discriminatory rule.

This Court and the Supreme Court have always been in agreement that at least some increase in risk of harm is necessary to establish a BFOR. Nonetheless, there have been divergent approaches to the quantification of the risk: see *Air Canada v. Carson*, [1985] 1 F.C. 209 (C.A.); *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Mahon, supra*; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; and *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391 (C.A.). The Commission argues that the Tribunal erred in applying *Mahon* as that decision was effectively overruled by the Supreme Court in *Dairy Pool*.

The early jurisprudence indicated that “a greater likelihood of injury—though only slightly greater” was sufficient to constitute a BFOR (*Bhinder*, at page 584). In *Mahon* [at pages 221 and 224], this Court interpreted the combined effect of *Bhinder* and *Etobicoke* as follows:

The effect of those decisions, in my view, is that, *a fortiori*, a job-related requirement that, according to the evidence, is reasonably necessary to eliminate a real risk of a serious damage to the public at large must be said to be a *bona fide* occupational requirement.

When I read the phrase [sufficient risk of employee failure] in context, however, I understand it as being related to the evidence which must be sufficient to show that the risk is real and not based on mere speculation. In other words, the “sufficiency” contemplated refers to the reality of the risk not its degree.

It has always been arguable that *Etobicoke* did not establish a “minimal” standard with respect to the increase of risk necessary to found a BFOR. In *Carson, supra*, MacGuigan J.A. interpreted the *Etobicoke* test with reference to the New Brunswick Board of

dépend, du moins en partie, de celle de savoir si le groupe qui se plaint de discrimination crée un risque suffisant de préjudice pour ses membres et pour les autres en cas d’erreur humaine. La question qui pose manifestement un problème est celle du degré du risque qui constitue un «risque d’erreur humaine suffisant» pour justifier le maintien d’une règle qui serait autrement discriminatoire.

Tant la présente Cour que la Cour suprême ont toujours reconnu qu’il faut à tout le moins démontrer un accroissement du risque du préjudice pour établir l’existence d’une exigence professionnelle justifiée. Toutefois, il existe des divergences quant à la façon d’évaluer ce risque: voir *Air Canada c. Carson*, [1985] 1 C.F. 209 (C.A.); *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Mahon, supra*; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; et *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391 (C.A.). La Commission soutient que le tribunal a commis une erreur en appliquant l’arrêt *Mahon* car cette décision a en fait été écartée par l’arrêt *Dairy Pool* de la Cour suprême.

La jurisprudence révélait auparavant qu’ «un risque plus grand de subir des blessures—quoique seulement légèrement plus grand» suffisait pour qu’une exigence professionnelle justifiée existe (*Bhinder*, à la page 584). Dans l’arrêt *Mahon*, la Cour a interprété l’effet combiné des décisions *Bhinder* et *Etobicoke* de la façon suivante [aux pages 221 et 224]:

Il ressort donc de ces décisions, à mon sens, qu’à plus forte raison, l’exigence reliée au travail qui, selon la preuve, est raisonnablement nécessaire pour éliminer le danger réel de préjudice grave au grand public doit être considérée comme une exigence professionnelle normale.

Toutefois, lorsque j’interprète cette phrase [risque d’erreur humaine suffisant] compte tenu du contexte, elle me semble viser la preuve qui doit démontrer suffisamment que le risque est réel et ne repose pas sur de simples conjectures. En d’autres termes, l’adjectif «suffisant» en question se rapporte au caractère réel du risque et non à son degré.

On a toujours pu soutenir que l’arrêt *Etobicoke* n’avait pas établi un critère «minimal» quant à l’accroissement du risque nécessaire pour qu’une exigence professionnelle justifiée existe. Dans l’arrêt *Carson, supra*, le juge MacGuigan, J.C.A., a inter-

Inquiry's ruling in *Little v. Saint John Shipbuilding and Dry Dock Co. Ltd. (No.2)* (1980), 41 N.B.R. (2d) 315. In *Little*, which was cited by the Supreme Court in *Etobicoke*, the Board considered the mandatory retirement age of a bridge crane operator. In deciding to reinstate the complainant subject to medical testing, it stated, at page 337:

It would appear that, even in the most ideal situations, it is often necessary to accept less than the optimal performance possible given some of the practical realities that exist. As long as these risks to public safety do not exceed a minimally acceptable standard the abolition of mandatory retirement age would not appear to create undue problems.

In *Carson*, MacGuigan J.A. seized upon the difference between "a minimal increase in risk of harm" and "a minimally acceptable risk of harm" on the ground that "the latter implies a measure of acceptability of risk that the former does not" (at page 231). At page 232, he continued:

An examination of the cases cited by McIntyre J. thus makes it clear that he did not intend by his reference to give approval to a particular measure of risk. Nevertheless his own posing of the issue in terms of whether there is "sufficient risk of employee failure" indicates a recognition of a certain degree of risk that sits better with the notion of "acceptable" than with that of "minimal".

It seems that, prior to *Bhinder*, this Court was not prepared to accept that a minimal or marginal increase in risk of harm justified a BFOR. The validity of the "minimal" standard articulated in *Bhinder* was expressly doubted by Wilson J., albeit in *obiter dictum*, in *Dairy Pool*, *supra*, at pages 512-513:

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

prété le critère énoncé dans l'arrêt *Etobicoke* en se référant à la décision rendue par le commissaire enquêteur du Nouveau-Brunswick dans l'affaire *Little v. Saint John Shipbuilding and Dry Dock Co. Ltd. (No.2)* (1980), 41 N.B.R. (2d) 315. Dans le jugement *Little*, cité par la Cour suprême dans l'affaire *Etobicoke*, le commissaire enquêteur s'est prononcé sur l'âge de la retraite obligatoire pour un grutier. Le commissaire a décidé de réintégrer le plaignant sous réserve d'un examen médical et a déclaré, à la page 337:

[TRADUCTION] Il semblerait qu'il soit nécessaire, même dans les situations les plus propices, d'accepter que l'exécution du travail ne soit pas optimale étant donné certaines données pratiques bien réelles. Tant que les risques créés pour la sécurité du public n'outrepassent pas une norme minimale acceptable, l'abolition de l'âge de la retraite obligatoire ne semblerait pas causer de problèmes démesurés.

Dans l'affaire *Carson*, le juge MacGuigan, J.C.A., a distingué l'expression «une augmentation minime des risques» de l'expression «un risque minime acceptable» au motif que «cette dernière expression laisse entendre contrairement à la première qu'il est possible de mesurer l'acceptabilité d'un risque» (à la page 231). À la page 232, il ajoute:

Il ressort donc clairement des décisions citées par le juge McIntyre qu'il n'avait pas l'intention en les invoquant d'approuver une manière particulière de mesurer le risque. Néanmoins, le fait qu'il ait lui-même présenté le litige en affirmant qu'il s'agissait de déterminer s'il existait «un risque d'erreur humaine suffisant», indique la reconnaissance d'un certain degré de risque qui correspond davantage à la notion de risque «acceptable» qu'à celle de risque «minime».

Il semble que, avant l'arrêt *Bhinder*, la Cour n'était pas disposée à reconnaître qu'une augmentation minime ou insignifiante du risque justifiait une exigence professionnelle normale. La validité du critère «minimal» formulé dans *Bhinder* a été expressément mise en doute par le juge Wilson, quoique en *obiter dictum*, dans la décision *Dairy Pool*, *supra*, aux pages 512 et 513:

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

marginally. In light of the findings of fact by the Tribunal, I think it is difficult to support the conclusion of the majority of the Court [in *Bhinder*] that the hard hat rule was reasonably necessary for the safety of Mr. Bhinder, his fellow employees and the general public.

The *Dairy Pool* approach has been embraced by this Court, albeit in *obiter dictum*. In *Rosin, supra*, Linden J.A. remarked, at page 411:

A second complaint of the applicant is, that if any degree of risk is proven, however small, a BFOR is established. I have already indicated that the tribunal was not satisfied by the evidence that there was any increased risk. Hence, it is not necessary to deal with this issue. If it were, one would have to take into account the *Central Alberta Dairy Pool* case, where Madame Justice Wilson indicated that the *Bhinder* case may have been incorrectly decided on the basis that the increased risk there was only marginal, and, hence, may not have been sufficient to support the BFOR defence.

I do not think it can be seriously questioned that the so-called “minimal” standard represents a serious threat to the attainment of objectives underlying human rights legislation. It could circumvent easily the purpose of the Act and deprive persons of the right to equal opportunity. For example, the application of the “minimal” standard would justify an employer’s refusal to hire persons in wheelchairs because they present an additional risk in case of fire, or the government’s refusal to issue driver’s licences to persons with controlled disabilities: see *Mahon v. Canadian Pacific Ltd.* (1985), 7 C.H.R.R. D/3278 (Can. Trib.).

Ultimately, it must be accepted that persons with a disability will always pose a greater risk of harm than other members of society. What disabled persons can or cannot do competently, or the risk which they pose because of their disabilities, is too easily informed by ignorance. Human rights legislation is enacted to confront and ameliorate the reality that prejudice and stereotyping will conspire to deny persons employment opportunities with respect to jobs they can competently perform. The “minimal” standard of risk assessment represents a substantial threat to the realization of that objective.

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

Le raisonnement énoncé dans l’affaire *Dairy Pool* a été adopté par la présente Cour, quoique sous forme de remarque incidente. Dans la décision *Rosin, supra*, le juge Linden, J.C.A., a déclaré, à la page 411:

La deuxième plainte du requérant est que, si quelque degré de risque est prouvé, quelque minime soit-il, une EPJ est établie. J’ai déjà indiqué que la preuve n’avait pas convaincu le tribunal de l’existence d’un risque accru. Par conséquent, il n’est pas nécessaire d’aborder cette question. Le cas échéant, il faudrait tenir compte de l’arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, dans lequel le juge Wilson a indiqué que l’arrêt *Bhinder* était peut-être mal fondé pour le motif que le risque accru dans les circonstances n’était que très léger et, ainsi, n’aurait pas pu fonder la défense d’EPJ.

Je ne pense pas qu’on puisse sérieusement mettre en doute le fait que le prétendu critère «minimal» menace gravement l’atteinte des objectifs qui sous-tendent les lois en matière de droits de la personne. Ce critère pourrait facilement faire échec à l’objet de la Loi et priver des personnes du droit à l’égalité des chances. Par exemple, l’application du critère «minimal» fournirait une justification à l’employeur qui refuserait d’embaucher des personnes qui se déplacent en fauteuil roulant sous prétexte qu’elles représentent un risque additionnel en cas d’incendie, ou au gouvernement qui refuserait de délivrer un permis de conduire à des personnes dont les déficiences sont bien contrôlées: voir *Mahon c. Canadien Pacifique Ltée* (1985), 7 C.H.R.R. D/3278 (Trib. can.).

En définitive, il faut accepter le fait que les personnes qui ont une déficience représenteront toujours un risque additionnel par rapport aux autres membres de la société. L’appréciation de ce que les personnes déficientes peuvent ou ne peuvent pas faire de façon compétente, ou du risque qu’elles représentent en raison de leur déficience, peut trop facilement être guidée par l’ignorance. L’objectif des lois en matière de droits de la personne est de changer le fait bien réel que les préjugés et les stéréotypes contribuent à priver des personnes de leurs chances d’emploi dans des postes qu’elles peuvent remplir de façon compétente. L’évaluation du risque en fonction d’un critère

In my opinion, the proper standard, outlined in *Dairy Pool*, embraces a “substantial” increase in safety risk within tolerable limits. The express doubt cast by the Supreme Court on the *Bhinder* standard provides a legal basis upon which to depart from the earlier jurisprudence without offending the doctrine of *stare decisis*. Nothing is to be gained by reverting to or insisting on a standard of risk assessment which fails to reflect our evolving appreciation of human rights. It follows that the “minimal” standard invoked by the Tribunal constitutes a sufficient ground on which to set aside its decision. It is an error of law to apply a threshold risk standard which is at odds with that established at law. Once the proper standard is recognized and applied, then it becomes a question of fact, or mixed fact and law, whether in anyone case the threshold standard has been satisfied.

The ascendancy of the *Dairy Pool* reasoning does not elucidate the threshold of “tolerable” or “substantial” risk. The nature of this problem is illustrated by the hypothetical example of an airline’s attempt to bar from employment commercial pilots with heart conditions. The decision-maker’s assessment of whether coronary fitness constitutes a BFOR will require an evaluation of the risk of employee failure against its potentially devastating consequences and, more generally, the balancing of human rights objectives against the legitimate interests and expectations of the public. In my view, this process demands an explicit recognition of the factors impacting upon risk assessment for BFORs. The following considerations are self-evident.

First, what is the nature of the employment? Second, what is the empirical, rather than speculative, likelihood of employee failure? (See *Etobicoke*, at pages 211-213.) Third, is the risk of employee failure restricted to health and safety considerations? If the only risk is to a private employer’s economic gain, should the BFOR defence be permitted to prevail?

«minimal» menace de façon importante la réalisation de cet objectif.

Selon moi, le critère approprié, formulé dans *Dairy Pool*, comprend une augmentation «substantielle» du risque pour la sécurité, dans des limites qui soient tolérables. Le fait que la Cour suprême ait expressément mis en doute le critère formulé dans *Bhinder* fournit un fondement juridique permettant de déroger à la jurisprudence antérieure sans enfreindre la doctrine du *stare decisis*. Il n’y aurait aucun avantage à revenir ou à s’accrocher à un critère d’évaluation du risque qui ne reflète pas notre conception évolutive des droits de la personne. Par conséquent, le critère «minimal» auquel le tribunal a eu recours constitue un motif suffisant pour justifier l’annulation de sa décision. C’est une erreur de droit que d’appliquer un critère minimal d’appréciation du risque qui ne correspond pas au droit établi. Une fois reconnu et appliqué le critère approprié, la question de savoir si une situation y correspond est une question de fait ou une question mixte de fait et de droit.

La portée du raisonnement adopté dans l’affaire *Dairy Pool* ne clarifie pas la question du seuil du risque «tolérable» ou «substantiel». L’exemple hypothétique de la société aérienne qui voudrait refuser d’embaucher les personnes souffrant de problèmes cardiaques comme pilotes commerciaux illustre bien la nature de ce problème. La personne à qui il reviendrait de décider si l’absence de problèmes coronariens constitue une exigence professionnelle justifiée devrait évaluer le risque d’erreur humaine en regard de ses conséquences potentiellement catastrophiques et, d’une façon plus générale, soupeser les objectifs des droits de la personne par rapport aux intérêts et aux attentes légitimes du public. À mon avis, ce processus exige qu’on reconnaisse explicitement les facteurs qui ont une incidence sur l’évaluation du risque relativement aux exigences professionnelles justifiées. Les éléments qui suivent vont de soi.

Premièrement, quelle est la nature de l’emploi? Deuxièmement, quelle est la probabilité empirique, et non conjecturale, d’erreur humaine? (Voir *Etobicoke*, aux pages 211 à 213.) Troisièmement, le risque d’erreur humaine se limite-t-il à des questions de santé et de sécurité? Si le seul risque encouru touche les gains financiers d’un employeur privé, doit-on lui permet-

Finally, how serious is the potential harm arising from employee failure? There is a substantial difference between serious risk of harm (a broken arm) and a risk of serious harm (death). In my view, it would be irresponsible to sweep aside briskly the impact of employee failure on its potential victims. Tribunals and human rights commissions should not, as a matter of conscience or law, be permitted to shelter behind immunity from judicial review for results which in another context might well attract civil liability. The laudable pursuit of human rights cannot be exercised responsibly in a vacuum.

With respect to the foregoing, I wish to comment briefly on the first question—the true nature of the employment being sought by the complainant. I have no difficulty in applying the “soldier first” policy in the recruitment context. Those who seek entrance in the CAF must do so on the premise that they will be called upon to perform military duties. Thus, even though it might be argued convincingly that the likelihood of musicians being placed in combat-type situations is remote that consideration must remain irrelevant when evaluating the risk of employee failure. The fact that the CAF has established a special classification (V-5), for serving members who do not meet the minimal entry visual acuity standard, does not detract from my opinion.

There is an obvious practical consideration which attests to the need for stringent minimum entry standards in the CAF. The physical capabilities of most CAF members will deteriorate as a result of the natural aging process. Because of the CAF’s particular overarching mandate, high medical standards are necessarily demanded of recruits. That is the very premise underlying the V-5 visual acuity standard discussed earlier. This category allows the CAF to accommodate those who may have devoted the better part of their life to military service. Against this backdrop, I am of the opinion that the differential treatment accorded to recruits, under the CAF’s mini-

tre d’invoquer en défense l’exigence professionnelle justifiée? Enfin, quelle est la gravité du préjudice susceptible de découler d’une erreur humaine? Il existe une différence de taille entre un risque sérieux de préjudice (une fracture au bras) et un risque de préjudice sérieux (la mort). Selon moi, il serait irresponsable d’écarter du revers de la main les conséquences de l’erreur humaine sur ses victimes éventuelles. Les tribunaux et les commissions des droits de la personne ne doivent pas être autorisés, ni moralement ni en droit, à se réfugier derrière leur immunité face au contrôle judiciaire pour prendre des décisions dont les résultats pourraient bien, dans un autre contexte, engager leur responsabilité civile. On ne peut poursuivre, de façon responsable, l’objectif louable de la promotion des droits de la personne sans tenir compte de la réalité.

En ce qui a trait aux éléments qui précèdent, je voudrais traiter brièvement de la première question, soit de celle de la véritable nature de l’emploi que veut obtenir la plaignante. Je ne vois aucune objection à adopter la politique du «soldat d’abord» dans le contexte du recrutement. Les personnes qui essaient de s’enrôler dans les FAC doivent tenir pour acquis qu’elles seront appelées à s’acquitter de tâches militaires. Par conséquent, bien qu’on puisse prétendre de façon persuasive que les musiciens ont très peu de chances de se retrouver dans une situation de combat, il ne faut attribuer aucune pertinence à cet élément pour évaluer le risque d’erreur humaine. Le fait que les FAC aient établi une catégorie spéciale (V-5) pour les membres en service dont l’acuité visuelle ne satisfait pas aux normes applicables à l’enrôlement n’y change rien.

Une considération évidente d’ordre pratique confirme la nécessité de fixer des normes minimales sévères pour l’enrôlement dans les FAC. Les aptitudes physiques de la plupart des membres des FAC iront en se détériorant en raison du processus naturel de vieillissement. Compte tenu du mandat particulier primordial des FAC, il faut nécessairement appliquer des normes médicales élevées aux recrues. C’est la prémisse même qui est à l’origine de la norme d’acuité visuelle V-5. Cette catégorie permet aux FAC de composer avec les personnes qui ont peut-être consacré les meilleures années de leur vie à l’armée. Dans ce contexte, j’estime que le traitement dif-

mum entry standards, has a rational basis compatible with the objectives of the Act.

(c) A Reasonable Alternative—Individual Testing

The Commission's final argument is that the complainant should be allowed to become a member of the CAF if she successfully completes its basic training programme. The CAF objects on the grounds that the complainant is only entitled to "individual testing" in respect of her visual acuity and that her visual disability would expose her and other CAF members to risk of injury during basic training.

Should the "substantial" standard for risk assessment lead to the conclusion that the CAF's uncorrected visual acuity standard is a BFOR, this would leave unanswered whether there is an alternative and more reliable method of ascertaining the risk presented by the complainant. In my view, the Commission's position finds no support in the jurisprudence: *Canada (Attorney General) v. Saint Thomas and Canadian Human Rights Commission* (1993), 162 N.R. 228 (F.C.A.); *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; and *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297.

To accept the Commission's argument, it is necessary to assume that basic training is intended to and does in fact replicate wartime conditions. If that assumption is invalid, then nothing is to be gained by allowing the complainant to undertake basic training. On this point, the Tribunal observed that "[basic training] is probably not a very good testing procedure to measure how an individual will perform in a real emergency, or in a wartime situation" (Tribunal's reasons, at page D/216). The Tribunal also invoked the reasoning in *Galbraith v. Canada (Canadian Armed Forces)* (1989), 10 C.H.R.R. D/6501 (Can. Trib.). Therein, the tribunal held that "the hazards and stresses of military life cannot be replicated" and went on to conclude that "[individual] assessments would be inappropriate because of the difficulty, if not the impossibility, of replicating field

férentiel des recrues qui doivent satisfaire à des normes minimales pour être admises dans les FAC repose sur un fondement rationnel compatible avec l'objet de la Loi.

c) Une mesure de rechange raisonnable—L'examen individuel

Le dernier argument de la Commission porte que la plaignante devrait être autorisée à s'enrôler dans les FAC si elle réussit le programme de formation de base. Les FAC s'y opposent au motif que la plaignante n'a droit à un «examen individuel» qu'en ce qui a trait à son acuité visuelle et que sa déficience visuelle exposerait la plaignante et les autres membres des FAC à des risques au cours du programme de formation de base.

Si, par application du critère du risque «substantiel», la norme d'acuité visuelle sans correction des FAC était considérée comme une exigence professionnelle justifiée, il faudrait néanmoins trancher la question de savoir s'il existe une autre façon, plus fiable, d'évaluer le risque que représente la plaignante. Selon moi, la jurisprudence n'appuie pas la position de la Commission: *Canada (Procureur général) c. Saint Thomas et la Commission canadienne des droits de la personne* (1993), 162 N.R. 228 (C.A.F.); *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; et *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297.

Pour accueillir l'argument de la Commission, il faut tenir pour acquis que la formation de base a pour objet et pour résultat de reproduire une situation de guerre. Si tel n'est pas le cas, il ne sert à rien de permettre à la plaignante de suivre ce programme de formation. Sur ce point, le tribunal a déclaré que la «valeur [de la formation de base] en tant qu'instrument d'évaluation du rendement d'une personne dans une situation réelle d'urgence ou de guerre n'est probablement pas très élevée» (motifs du tribunal, aux pages D/216 et D/217). Le tribunal s'est aussi référé à la décision *Galbraith c. Canada (Forces armées canadiennes)* (1989), 10 C.H.R.R. D/6501 (Trib. can.). Dans cette affaire, le tribunal a statué que «les risques et les tensions de la vie militaire ne peuvent être reproduits» et a conclu que les «évaluations [individuelles] seraient inappropriées en raison de la



conditions” (*Galbraith*, at pages D/6524-D/6525). In the present case, the Tribunal agreed with these observations. In my view, they are persuasive.

Even if basic training did duplicate wartime conditions sufficiently to evaluate the complainant’s ability to function effectively, I would be unwilling to risk the personal safety of her and other CAF members. As the tribunal in *Galbraith* adroitly observed, “one need not experiment with the likelihood of failure in order to gather statistical data in jobs which endanger public safety” (*Galbraith*, at page D/6514). In the circumstances, I see no basis on which to interfere with the Tribunal’s conclusion that basic training is an ineffective method for evaluating the risk of employee failure.

#### V

I would allow the application, set aside the decision of the Tribunal rendered on August 2, 1991, and remit the matter to the Tribunal for a determination in a manner consistent with the reasons herein.

difficulté, voire de l’impossibilité, de reproduire les conditions qui existent sur le terrain» (*Galbraith*, aux pages D/6524 et D/6525). En l’espèce, la tribunal a souscrit à ces observations. J’estime qu’elles sont convaincantes.

Même si la formation de base reproduisait assez bien les conditions de guerre pour permettre d’évaluer la capacité de la plaignante de fonctionner efficacement, je n’accepterais pas de mettre en péril sa sécurité et celle des autres membres des FAC. Comme l’a affirmé avec justesse le tribunal dans l’affaire *Galbraith*, «il n’est pas nécessaire qu’il y ait risque d’erreur humaine pour recueillir des données statistiques à l’égard d’emplois mettant en danger la sécurité du public» (*Galbraith*, à la page D/6514). Dans les circonstances, je ne vois aucune raison de modifier la conclusion du tribunal portant que la formation de base ne permettrait pas d’évaluer efficacement le risque d’erreur humaine.

#### V

J’accueillerais la demande, j’annulerais la décision rendue par le tribunal le 2 août 1991 et je renverrais l’affaire au tribunal pour qu’il rende une décision conforme aux présents motifs.

A-664-91	A-664-91
<b>Attorney General of Canada (Applicant)</b>	<b>Procureur général du Canada (requérant)</b>
v.	c.
<b>James Robinson and Canadian Human Rights Commission (Respondents)</b>	<b>James Robinson et Commission canadienne des droits de la personne (intimés)</b>
<i>INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. ROBINSON (C.A.)</i>	<i>RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. ROBINSON (C.A.)</i>

Court of Appeal, Mahoney, Stone and Robertson, J.J.A.—Ottawa, March 3 and May 24, 1994.

*Armed forces — Epileptic soldier, flight engineer, classified as medically unfit to serve in any trade in Canadian Armed Forces because of physical disability — Blanket exclusion of epileptics bona fide occupational requirement for all trades in CAF — “Soldier first” policy — Soldiers liable for combat duty pursuant to National Defence Act — Fact soldiers in support positions less likely to be assigned to combat duty irrelevant.*

*Human Rights — Bona fide occupational requirement — Blanket exclusion of epileptics bona fide occupational requirement for all trades in Canadian Armed Forces — “Sufficient risk of employee failure” test applicable — Whether individual testing “practical alternative” to adoption of discriminatory rule where rule would extend to those liable to perform combat duty — No duty to accommodate in direct discrimination cases.*

The respondent Robinson, a flight engineer who had served in the Armed Forces for 21 years, was diagnosed as having epilepsy. Although he then applied for the position, for which he was qualified, of Alcoholism Counsellor at the CAF’s Prairie Region Alcohol Rehabilitation Clinic, he was turned down and released from the Forces on the basis of its “seizure free” policy. This was an application to set aside the decision of the Canadian Human Rights Tribunal that the CAF had discriminated against the respondent on the basis of a disability. The respondent alleged that the CAF’s failure to consider the possibility of transferring him to another trade was a discriminatory practice prohibited by section 7 of the *Canadian Human Rights Act*.

*Held*, the application should be allowed.

The first preliminary objection, that the Tribunal had exceeded its jurisdiction, was without foundation. The fact that the Tribunal concluded that the CAF’s “seizure free” policy violated section 10 of the *Canadian Human Rights Act* whereas

Cour d’appel, juges Mahoney, Stone et Robertson, J.C.A.—Ottawa, 3 mars et 24 mai 1994.

*Forces armées — Soldat épileptique, mécanicien de bord, déclaré inapte à exercer tout métier au sein des Forces armées canadiennes en raison d’une déficience — La politique générale excluant tous les épileptiques est une exigence professionnelle justifiée pour tous les métiers au sein des FAC — Politique du «soldat d’abord» — La Loi sur la défense nationale assujettit les soldats à l’obligation d’exercer des fonctions de combat — Le fait que les soldats exerçant un rôle de soutien soient moins susceptibles d’être affectés à des fonctions de combat n’est pas pertinent.*

*Droits de la personne — Exigence professionnelle justifiée — L’exclusion générale de tous les épileptiques est une exigence professionnelle justifiée pour tous les métiers au sein des Forces armées canadiennes — Le critère du «risque suffisant d’erreur humaine» s’applique — Analyse de la question de savoir si un examen individuel constituerait une «solution pratique autre» que l’adoption d’une règle discriminatoire compte tenu que cette règle s’appliquerait à des personnes qui peuvent être tenues d’exercer des fonctions de combat — Il n’existe pas d’obligation d’accommodement dans les cas de discrimination directe.*

L’intimé Robinson, un mécanicien de bord, était membre des Forces armées depuis vingt-et-un ans lorsqu’on a diagnostiqué qu’il souffrait d’épilepsie. Il a posé sa candidature au poste de conseiller en matière d’alcoolisme à la Clinique de réadaptation pour alcooliques de la région des prairies des FAC. Bien qu’il ait été admissible à ce poste, sa candidature a été rejetée et il a été libéré des Forces armées par application de la politique des «militaires exempts de crises». La demande visait l’annulation de la décision par laquelle le tribunal canadien des droits de la personne a statué que les FAC avaient fait preuve de discrimination fondée sur une déficience à l’égard de l’intimé. L’intimé soutenait que l’omission des FAC d’envisager la possibilité de le muter à un autre métier constituait un acte discriminatoire interdit par l’article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

*Arrêt*: la demande doit être accueillie.

La première objection préliminaire portant que le tribunal avait outrepassé sa compétence n’était pas fondée. Le fait que le tribunal ait conclu que la politique des «militaires exempts de crises» des FAC contrevenait à l’article 10 de la *Loi cana-*

the complaint was based on section 7 of the Act was irrelevant. The second preliminary objection was that the Tribunal considered issues beyond those raised in the complainant's form. It considered not only whether the respondent had been discriminated against in not receiving the position of Alcoholism Counsellor, but also whether the CAF's failure to consider the possibility of transferring him to another trade was discriminatory. These two allegations were indistinguishable and the parties debated both before the Tribunal. Complaint forms are not criminal indictments. In the human rights context, there must be actual prejudice. No evidence of such prejudice was adduced herein.

Since there was no duty to accommodate in cases of direct discrimination and since the CAF's "seizure free" policy was directly discriminatory, the CAF had no legal duty to accommodate the respondent by transferring him to another trade.

*Per Stone J.A. (Mahoney J.A. concurring):* The medical standard at issue was objectively justified, and therefore a *bona fide* occupational requirement, because of the requirement, based on section 33 of the *National Defence Act*, that all members of the regular force must engage in combat as and if called upon to do so or if the circumstances otherwise require. There could be no derogating from the statutorily imposed obligation that rested on Robinson as a member of the regular force rendering him "liable to perform any lawful duty." The fact that members of the CAF in support positions were less likely to be called upon to perform combat duties was irrelevant.

With respect to the sufficiency of risk of employee failure, the test laid down by the Supreme Court of Canada in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke* was applicable. Therefore the application of a "substantial risk" standard by the Tribunal was an error of law. The possibility of individual testing as a "practical alternative" may be an appropriate factor to be considered in some circumstances. When the Tribunal hears this matter anew, since it was remitted to it, it must consider whether this was a case where a practical alternative to the discriminatory rule was available considering that the rule would extend to individuals who are liable to perform a combat duty.

*Per Robertson J.A. (concurring in the result):* The tripartite test set out and applied by the Tribunal indicated a basic misunderstanding of the relevant case law. The Tribunal reasoned that the CAF was required to prove that: (i) epileptics presented a sufficient risk of employee failure to warrant their general exclusion; (ii) it was impossible to individually assess the risk presented by each epileptic in the CAF; and (iii) the blanket exclusion of epileptics was not an excessive or disproportionate means of ensuring that persons in the CAF posed an acceptable risk of employee failure. (i) It erred in adopting the

*dienn* sur les droits de la personne, alors que la plainte était fondée sur l'article 7 de la Loi, n'était pas pertinent. La deuxième objection préliminaire portait que le tribunal avait porté son analyse au-delà des allégations énoncées dans la plainte. Il n'a pas décidé uniquement si l'intimé avait été victime de discrimination du fait qu'il n'avait pas obtenu le poste de conseiller en matière d'alcoolisme, mais aussi si l'omission des FAC d'envisager la possibilité de le muter à un autre métier constituait un acte discriminatoire. Ces deux allégations ne peuvent être distinguées l'une de l'autre et les parties les ont traitées toutes les deux devant le tribunal. Les formules de plainte ne sont pas des actes d'accusation en matière criminelle. Dans le contexte des droits de la personne, il faut qu'un préjudice ait effectivement été subi. Aucune preuve d'un préjudice n'a été soumise.

Étant donné qu'il n'existe pas d'obligation d'accommodement en cas de discrimination directe et que la politique des «militaires exempts de crises» des FAC crée une discrimination directe, les FAC n'avaient pas d'obligation en droit d'accommoder l'intimé en le mutant à un autre métier.

Le juge Stone, J.C.A. (le juge Mahoney, J.C.A., a souscrit à ces motifs): La norme médicale en cause se justifiait objectivement et constituait par conséquent une exigence professionnelle justifiée du fait que tous les membres de la force régulière sont tenus, en application de l'article 33 de la *Loi sur la défense nationale*, de participer au combat si on le leur demande ou si les circonstances l'exigent. Il n'est pas possible de déroger à l'obligation que la Loi impose à M. Robinson en sa qualité de membre de la force régulière et qui le rend «en permanence soumis à l'obligation de service légitime». Le fait que les membres des FAC qui exercent des rôles de soutien soient moins susceptibles d'être appelés à exercer des fonctions de combat n'est pas pertinent.

En ce qui a trait au caractère suffisant du risque d'erreur humaine, le critère établi dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke* s'appliquait. Par conséquent, l'application par le tribunal du critère dit du risque «substantiel» constitue une erreur de droit. Il peut être approprié, dans certaines circonstances, de tenir compte de la possibilité d'un examen individuel comme «solution pratique autre» que l'adoption d'une règle discriminatoire. Lorsque le tribunal entendra à nouveau l'affaire, qui lui est renvoyée, il devra se demander s'il s'agit d'un cas où il serait possible d'avoir recours à une solution pratique autre que l'adoption d'une règle discriminatoire compte tenu que cette règle s'appliquerait à des personnes qui peuvent être tenues d'exercer des fonctions de combat.

Le juge Robertson, J.C.A. (motifs concordants quant au résultat): Le critère en trois volets énoncé et appliqué par le tribunal révèle qu'il avait une perception fondamentalement erronée de la jurisprudence pertinente. Le tribunal a déclaré que les FAC devaient faire la preuve: (i) que les épileptiques présentent un risque d'erreur humaine suffisant pour justifier leur exclusion générale; (ii) qu'il est impossible d'évaluer individuellement le risque que présente chaque épileptique dans les FAC et (iii) que l'exclusion générale des épileptiques ne constitue pas un moyen excessif ou disproportionné d'assurer que

“substantial” standard to quantify the risk necessary to establish a BFOR. (ii) Further, the Tribunal’s assumption that individual assessment must be ordered if at all possible seemed to conflate the analysis of a BFOR’s validity with that which is demanded to ascertain whether a rule has been cast too broadly to be reasonably necessary. (iii) Finally, the Tribunal erred in conceiving proportionality as a separate test required to prove a BFOR.

The role of individual assessment and the so-called proportionality test in deciding whether an occupational requirement is a BFOR was considered. Once an employer has established that an occupational requirement is a BFOR, there is no duty to “individually assess” all employees affected by that policy. An employee’s individual characteristics or traits remain irrelevant until such time as it is shown that the occupational requirement is not a BFOR. However, the onus is on the employer to establish that individual testing is not a practical alternative to the adoption of an occupational requirement which is *prima facie* discriminatory. In this case, the onus was on the CAF to demonstrate that the blanket “seizure free” policy was reasonably necessary, despite the fact that there were four different classifications of epilepsy and that each posed a different risk of employee failure.

To determine whether an occupational requirement is a BFOR, it is necessary to ascertain the nature of the employment involved. In this case, the issue was whether all serving members of the Forces were soldiers first and foremost, liable for combat duty. The *National Defence Act* did not require all serving members to be capable of fulfilling combat-like roles. It merely stated that all serving members were liable to perform “any lawful duty”. This permitted the CAF to adopt any policy to determine which lawful duties may be imposed upon CAF members. The CAF even admitted that thousands of its members failed to meet the minimum medical standards yet were on active service under waivers. One of the distinguishing features of a valid “lawful” duty is the consistency of its application. However, the evidence was either that the CAF did not apply the “soldier first” policy consistently or that the policy was being applied in a discriminatory manner—although the respondent was released from the Forces on the grounds that he was “unfit” for military duties including combat, he was given a medical waiver for what the CAF classified as a combat position with the Primary Reserves. It was apparent that the “soldier first” policy was merely being invoked as a legal argument which is emphasized in some cases and glossed over in others.

With respect to the quantification of risk necessary to establish a BFOR, the Tribunal erred in law in applying the so-called “substantial” standard. The correct test to establish a

les membres des FAC représentent un risque d’erreur humaine acceptable. (i) Il a commis une erreur en adoptant la norme du risque «substantiel» pour déterminer le degré de risque nécessaire à l’existence d’une EPJ. (ii) De plus, en présupposant que l’évaluation individuelle doit être ordonnée, si possible, le tribunal semble avoir confondu l’appréciation de la validité d’une EPJ et l’analyse de la question de savoir si une règle a été posée en termes trop larges pour être raisonnablement nécessaire. (iii) Enfin, le tribunal a commis une erreur en considérant le critère de la proportionnalité comme un critère distinct d’appréciation d’une EPJ.

On a analysé le rôle de l’évaluation individuelle et de ce qu’on appelle le critère de la proportionnalité dans l’examen de la question de savoir si une exigence professionnelle constitue une EPJ. Lorsqu’un employeur a établi qu’une exigence professionnelle est une EPJ, il n’existe aucune obligation d’«évaluer individuellement» tous les employés touchés par cette politique. Les caractéristiques et les particularités individuelles d’un employé ne sont pas pertinentes à moins qu’il ne soit démontré que l’exigence professionnelle n’est pas une EPJ. Toutefois, c’est à l’employeur qu’il incombe d’établir que l’examen individuel ne constitue pas une solution pratique autre que l’adoption d’une exigence professionnelle de prime abord discriminatoire. En l’espèce, les FAC avaient le fardeau de démontrer que la politique générale des «militaires exempts de crises» était raisonnablement nécessaire, malgré qu’il existe quatre types différents d’épilepsie et que chacun comporte un risque d’erreur humaine différent.

Pour décider si une exigence professionnelle est une EPJ, il faut déterminer la nature de l’emploi en cause. En l’espèce, il s’agissait de déterminer si tous les membres des Forces armées sont d’abord et avant tout des soldats, soumis à l’obligation d’exercer des fonctions de combat. La *Loi sur la défense nationale* n’exige pas que tous les membres des FAC soient en mesure d’exécuter des fonctions de combat. Elle prévoit simplement que tous les membres en service sont soumis à l’obligation de «service légitime». Elle permet aux FAC d’adopter toute politique précisant quel service légitime peut être requis des membres des FAC. Les FAC ont même reconnu que des milliers de militaires ne répondent pas aux normes médicales minimales et sont toujours en service actif dans les Forces parce qu’ils bénéficient d’une exemption. L’une des caractéristiques distinctives d’une politique «légitime» valide est l’uniformité de son application. Toutefois, la preuve produite établit soit que les FAC n’appliquent pas la politique du «soldat d’abord» de façon uniforme, soit que cette politique est appliquée de façon discriminatoire—bien que le plaignant ait été libéré des Forces au motif qu’il était inapte aux fonctions militaires, y compris aux fonctions de combat, il a obtenu une exemption de catégorie médicale pour occuper un poste, que les FAC qualifient de poste de combat, au sein de la Milice. Il semble que la politique du «soldat d’abord» a été simplement invoquée comme un argument juridique sur lequel on insiste ou que l’on atténue, selon les circonstances.

Quant au degré de risque nécessaire pour établir l’existence d’une EPJ, le tribunal a commis une erreur de droit en appliquant le critère dit du risque «substantiel». Le critère approprié

BFOR, as laid down by the Supreme Court of Canada in *Etobicoke*, was whether there was a "sufficient risk of employee failure".

d'appréciation d'une EPI, énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Etobicoke*, était celui de savoir s'il existait un «risque suffisant d'erreur humaine».

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7, 10(a), 15(a).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8).  
*National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 33(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60, Sch. I, s. 15), 34(1) (as am. *idem*).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada (Attorney General) v. St. Thomas and Canadian Human Rights Commission* (1993), 162 N.R. 228 (F.C.A.); *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159; *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Armed Forces)*, [1994] 3 F.C. 188 (C.A.); *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161.

##### REFERRED TO:

*Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297; (1989), 65 D.L.R. (4th) 481; [1990] 1 W.W.R. 481; 81 Sask. R. 263; 11 C.H.R.R. D/204; 90 CLLC 17,001; 45 C.R.R. 363; *Brossard (Town) v. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 10 C.H.R.R. D/5515; 88 CLLC 17,031; *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; *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1988] 1 F.C. 209; (1987), 40 D.L.R. (4th) 586 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391; (1990), 34 C.C.E.L. 179; 91 CLLC 17,011 (C.A.); *Galbraith v. Canada (Canadian Armed Forces)* (1989), 10 C.H.R.R. D/6501; 89 CLLC 17,021 (Can. Trib.); *Air Canada v. Carson*, [1985] 1 F.C. 209; (1985), 18 D.L.R. (4th) 72; 6 C.H.R.R. D/2848; 57 N.R. 221 (C.A.).

APPLICATION FOR JUDICIAL REVIEW of a decision of a Canadian Human Rights Tribunal (*Robinson v. Canada (Armed Forces)* (1991), 15

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 10a), 15a).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8).  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 33(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 60, ann. I, art. 15), 34(1) (mod., *idem*).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Canada (Procureur général) c. St. Thomas et Commission canadienne des droits de la personne* (1993), 162 N.R. 228 (C.A.F.); *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; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Forces armées)*, [1994] 3 F.C. 188 (C.A.); *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161.

##### DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297; (1989), 65 D.L.R. (4th) 481; [1990] 1 W.W.R. 481; 81 Sask. R. 263; 11 C.H.R.R. D/204; 90 CLLC 17,001; 45 C.R.R. 363; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 10 C.H.R.R. D/5515; 88 CLLC 17,031; *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; *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1988] 1 C.F. 209; (1987), 40 D.L.R. (4th) 586 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391; (1990), 34 C.C.E.L. 179; 91 CLLC 17,011 (C.A.); *Galbraith c. Canada (Forces armées canadiennes)* (1989), 10 C.H.R.R. D/6501; 89 CLLC 17,021 (Trib. can.); *Air Canada c. Carson*, [1985] 1 C.F. 209; (1985), 18 D.L.R. (4th) 72; 6 C.H.R.R. D/2848; 57 N.R. 221 (C.A.).

DEMANDE DE CONTRÔLE JUDICIAIRE d'une décision (*Robinson c. Canada (Forces armées)* (1991), 15 C.H.R.R. D/95 (Trib. can.)) par laquelle le

C.H.R.R. D/95 (Can. Trib.)) that the Canadian Armed Forces had discriminated against the respondent Robinson on the basis of a disability when it released him after he had been diagnosed as having epilepsy. Application allowed.

COUNSEL:

*Barbara A. McIsaac, Q.C. and Frederick Woyiwada* for applicant. b

*Peter C. Engelmann and William F. Pentney* for respondent Canadian Human Rights Commission.

No one appearing for respondent James Robinson. c

SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant. d

*General Counsel, Canadian Human Rights Commission, Ottawa*, for respondent Canadian Human Rights Commission.

*James Robinson, Belleville, Ontario*, for respondent James Robinson. e

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

STONE J.A.: I have had the advantage of reading in draft the reasons for judgment of my colleague Mr. Justice Robertson. He sets forth a chronology and other factual matters, which I accept. I am in agreement with the conclusion reached by my colleague and also with his treatment of the preliminary objection and duty to accommodate. I have difficulty, however, with his treatment of the policy of "soldier first". This requires me to adopt a different approach to the question of individual testing in this case. h

One of the arguments addressed to the Tribunal [(1991), 15 C.H.R.R. D/95] was that the medical standard at issue was objectively justified because of the requirement that all members of the regular force must engage in combat as and if called upon to do so or if circumstances otherwise require. The Tribunal addressed this argument at pages D/129-D/132 of its decision (Appeal Book, at pages 1449-1452). The j

tribunal canadien des droits de la personne a statué que les Forces armées canadiennes avaient fait preuve de discrimination fondée sur une déficience à l'égard de l'intimé Robinson lorsqu'elles l'ont libéré après qu'on eut diagnostiqué qu'il souffrait d'épilepsie. La demande est accueillie. a

AVOCATS:

*Barbara A. McIsaac, c.r. et Frederick Woyiwada* pour le requérant.

*Peter C. Engelmann et William F. Pentney* pour l'intimée, la Commission canadienne des droits de la personne.

Personne n'a comparu pour l'intimé James Robinson.

PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le requérant.

*Avocat principal, Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa*, pour l'intimée, la Commission canadienne des droits de la personne.

*James Robinson, Belleville, Ontario*, pour l'intimé James Robinson.

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

LE JUGE STONE, J.C.A.: J'ai eu l'occasion de lire l'ébauche des motifs du jugement de mon collègue, le juge Robertson. Ils contiennent un exposé chronologique et d'autres énoncés de fait, auxquels je souscris. Je suis d'accord avec la conclusion formulée par mon collègue et avec la façon dont il a traité l'objection préliminaire et l'obligation d'accommodement. J'ai toutefois certaines réticences en ce qui a trait à son analyse de la politique du «soldat d'abord». Je dois donc aborder la question de l'examen individuel d'une manière différente.

L'un des arguments présentés au tribunal [(1991), 15 C.H.R.R. D/95] porte que la norme médicale en cause se justifiait objectivement du fait que tous les membres de la force régulière sont tenus de participer au combat si on le leur demande ou si les circonstances l'exigent. Le tribunal a examiné cet argument aux pages D/129 à D/132 de sa décision (dossier d'appel, aux pages 1449 à 1452). Cet argument se

argument is based upon a policy reflected in subsection 33(1) of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60, Sch. I, s. 15], that a member of the regular force is “at all times liable to perform any lawful duty” and, further, that such member is liable to perform other services in the circumstances set forth in subsection 34(1) [as am. *idem*].<sup>1</sup>

It is true, as my colleague points out, that on November 1, 1985, Mr. Robinson was transferred to the Primary Reservists as an on-ground Sergeant Flight Engineer and that he received a medical waiver for this purpose. It is also clear, as the Tribunal found, that as a primary reservist Mr. Robinson could be called up automatically in the event of war. The Tribunal also found that many members of the Armed Forces continue to be such only because they were granted medical waivers.

That said, I do not see how the military obligations that bind members of the regular force by virtue of the statute can be over-ridden by the expedients of internal organization in the Armed Forces, whatever those may be at any particular time. Nor would it seem to matter that the Armed Forces may have ignored the *raison d'être* of its own medical standard by transferring Mr. Robinson to the Primary Reservists and thereby rendered him liable for active service in the event of war, or that others may have been allowed to remain in the Armed Forces on the strength of medical waivers. As I see it, there can be no derogating from the statutorily imposed obligation that rested on Mr. Robinson as a member of the regu-

fonde sur une politique qui se reflète dans le paragraphe 33(1) de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 60, ann. I, art. 15], selon laquelle tout membre de la force régulière est «en permanence soumis à l'obligation de service légitime» et peut en outre être tenu de rendre d'autres services dans les circonstances énoncées au paragraphe 34(1) [mod., *idem*].<sup>1</sup>

Il est vrai, comme mon collègue le souligne, que le 1<sup>er</sup> novembre 1985, M. Robinson a été muté à la Milice en qualité de mécanicien de bord au sol avec le grade de sergent et qu'il a obtenu une exemption de sa catégorie médicale à cet effet. Il est aussi établi, comme l'a conclu le tribunal, que M. Robinson pouvait, en sa qualité de membre de la Milice, être mobilisé automatiquement en cas de guerre. Le tribunal a aussi conclu qu'un grand nombre de militaires demeurent membres des Forces armées uniquement parce qu'ils bénéficient d'une exemption de leur catégorie médicale.

Cela dit, je ne vois pas comment les obligations militaires que la loi impose aux membres de la force régulière pourraient être écartées par les expédients de l'organisation interne des Forces armées, peu importe ce en quoi ils consistent à une époque donnée. Il ne me paraît pas importer non plus que les Forces armées aient passé outre la raison d'être de leur propre norme médicale en mutant M. Robinson à la Milice, l'obligeant ainsi à entrer en service actif en cas de guerre, ou que d'autres militaires aient pu être autorisés à demeurer dans les Forces armées grâce à une exemption de leur catégorie médicale. Selon moi, il n'est pas possible de déroger à l'obligation que la loi impose à M. Robinson en sa qualité de membre de

<sup>1</sup> Ss. 33(1) and 34(1) read as follows:

33. (1) The regular force, all units and other elements thereof and all officers and non-commissioned members thereof are at all times liable to perform any lawful duty.

34. (1) Where the Governor in Council has declared that a disaster exists or is imminent that is, or is likely to be, so serious as to be of national concern, the regular force or any unit or other element thereof or any officer or non-commissioned member thereof is liable to perform those services in respect of the disaster, existing or imminent, as the Minister may authorize, and the performance of those services shall be deemed to be military duty.

<sup>1</sup> Les art. 33(1) et 34(1) se lisent comme suit:

33. (1) La force régulière, ses unités et autres éléments, ainsi que tous ses officiers et militaires du rang, sont en permanence soumis à l'obligation de service légitime.

34. (1) Lorsque, dans une déclaration, le gouverneur en conseil a conclu à l'existence ou l'imminence d'une catastrophe présentant un caractère de gravité lui conférant un intérêt national, la force régulière, en tout ou en partie, ou tout officier ou militaire du rang de cette force peuvent être obligés de rendre, relativement à une telle situation, les services autorisés par le ministre; leur action est alors assimilée au service militaire.

lar force rendering him “liable to perform any lawful duty.”

The primary role of members of the regular force as expressed in the statute, was explained and illustrated by two of the witnesses who gave evidence at the hearing before the Tribunal—Commander Silvester and Captain MacKnie. Commander Silvester testified:

Q: What is the primary role of the Canadian Armed Forces?

A: To be prepared to do whatever the government wishes it to in cases of war.<sup>2</sup>

The evidence was clear that a member of the regular force must be able to engage in combat. As Captain MacKnie put it:

And when you put on the uniform, you are subject to two sets of law if you like, the code of service discipline and civil law. And you may be asked to do things you don't particularly like to do or want to do, but because of your training and the obligation you've assumed, you do or you resign. But that's the option.<sup>3</sup>

In his words, a member is required “to do any lawful duty in any location at any time.”<sup>4</sup>

Captain Silvester explained that he, for example, had no control over his own assignments. When asked how he had come to be assigned within the Armed Forces, he answered:

Well, part of the conditions of service are that one serves wherever and whenever required.<sup>5</sup>

Captain MacKnie testified to the same general effect:

Q. Why is it that every member has to meet the requirement of the general specification of the ranks?

A. It is the military tasks that everyone in the military is expected to do.

Q. And why are they expected to exhibit those abilities?

la force régulière et qui le rend «en permanence soumis à l'obligation de service légitime».

Le premier rôle des membres de la force régulière énoncé dans la loi a été expliqué et illustré par deux des témoins qui ont déposé à l'audience tenue devant le tribunal, savoir le commandant Silvester et le capitaine MacKnie. Le commandant Silvester a déclaré:

[TRADUCTION] Q: Quel est le premier rôle des Forces armées canadiennes?

R: Se préparer à faire ce que le gouvernement lui demande de faire en cas de guerre<sup>2</sup>.

La preuve a clairement démontré qu'un membre de la force régulière doit être apte à participer au combat. Selon le capitaine MacKnie:

[TRADUCTION] Et lorsque vous endossez l'uniforme, vous devenez assujéti à deux ensembles de lois, si vous voulez, le Code de discipline militaire et le droit civil. Et on peut vous demander de faire des choses que vous n'aimez pas particulièrement ou que vous ne voulez pas vraiment faire, mais, à cause de votre entraînement et de l'obligation que vous avez assumée, ou bien vous les faites ou bien vous démissionnez. C'est votre seul choix<sup>3</sup>.

Au dire de ce témoin, un membre est tenu [TRADUCTION] «d'accomplir toute tâche légitime, peu importe l'endroit et le moment»<sup>4</sup>.

Le commandant Silvester a expliqué, par exemple, qu'il n'avait lui-même aucun contrôle sur ses affectations. Lorsqu'on lui a demandé comment il avait reçu son affectation au sein des Forces armées, il a répondu:

[TRADUCTION] Et bien, cela fait partie des conditions que de travailler là et où on nous le demande<sup>5</sup>.

La teneur générale du témoignage du capitaine MacKnie est semblable:

[TRADUCTION] Q. Pourquoi est-ce que chaque membre doit répondre aux exigences militaires fondamentales des militaires du rang?

R. Ce sont des tâches militaires auxquelles on s'attend de tous les membres de l'armée.

Q. Et pourquoi s'attend-on à ce qu'ils possèdent ces habiletés?

<sup>2</sup> Case, Vol. 2, at p. 197.

<sup>3</sup> Case, Vol. 2, at pp. 249-250.

<sup>4</sup> Case, Vol. 2, at p. 338.

<sup>5</sup> Case, Vol. 2, at p. 200.

<sup>2</sup> Preuve, vol. 2, à la p. 197.

<sup>3</sup> Preuve, vol. 2, aux p. 249 et 250.

<sup>4</sup> Preuve, vol. 2, à la p. 338.

<sup>5</sup> Preuve, vol. 2, à la p. 200.



A. It's part of the profession of being in the military.<sup>6</sup>

It is not in dispute that all members of the regular force do undergo basic training in the use of fire-arms. Nor do their trades exempt them from combat duties. Commander Silvester gave an illustration of a cook serving in an infantry regiment. Such a person must receive basic training in the use of weapons and is expected to fight if the need arises.<sup>7</sup> He also cited his own experience in combat situations at sea when his ship was in action, by explaining that:

... cooks ... went to the magazines and loaded guns. And they also formed part of the first aid parties and firefighting teams, and then any number of other things they may have been required to do.<sup>8</sup>

There is no doubt a practical distinction between combat and non-combat or support roles in the Armed Forces. However, it does not follow from this that every member will inexorably engage in actual combat even though the duty to so engage is always present. The exigencies of the situation at hand no doubt dictate the need and obligation to so engage. Captain Silvester made this clear when testifying in response to questions put by a member of the Tribunal:

MR. PROULX: Maybe one question: I understand if I'm correct that there are two roles in the Canadian Forces, the combat roles and support roles; is that correct or is that precise?

THE DEPONENT: Not to call them roles. No. The roles are listed here, and the other ones that I talked about earlier as—we missed it here—under 'Canadian Forces Roles' in Tab 2 . . . . One can be in the position of either combat or support, based on one's training and one's military occupation. But ones does not preclude the other.

One can be primarily in a support trade, but still be in a combat position. And one can be in a combat position or combat trade primarily, but spend some time in the support role. So one is not necessarily always and forever in one or the other.

MR. PROULX: Is it clear cut division of roles or just—

<sup>6</sup> Case, Vol. 2, at p. 262.

<sup>7</sup> Case, Vol. 2, at p. 233.

<sup>8</sup> Case, Vol. 2, at p. 236.

R. Ça fait partie de la profession de militaire<sup>6</sup>.

Il n'est pas contesté que tous les membres de la force régulière suivent une formation de base en maniement des armes à feu. Leur métier ne les exempte pas de leurs obligations de combat. Le commandant Silvester a cité l'exemple d'un cuisinier faisant partie d'un régiment d'infanterie. Une personne comme celle-là doit recevoir une formation de base en maniement des armes et on s'attend à ce qu'elle participe au combat au besoin<sup>7</sup>. Il a aussi fait état de son expérience personnelle en situation de combat en mer lorsque son bateau était en action:

[TRADUCTION] ... les cuisiniers ... venaient au magasin et chargeaient des fusils. Ils faisaient aussi partie des équipes de premiers soins et de lutte contre les incendies, et puis toutes sortes d'autres choses qu'on pouvait leur demander de faire<sup>8</sup>.

Il existe certes une distinction pratique entre les postes de combat et les postes de soutien dans les Forces armées. Il ne s'ensuit toutefois pas que tous les membres des Forces armées participeront inévitablement à un combat réel, bien qu'ils demeurent en permanence soumis à cette obligation. Ce sont sans aucun doute les contraintes de la situation qui commandent qu'ils y participent et qu'ils y soient tenus. Le commandant Silvester l'a clairement établi dans son témoignage lorsqu'il a répondu aux questions de l'un des membres du tribunal:

[TRADUCTION] M. PROULX: J'aurais peut-être une question: Si je comprends bien, il existe deux types de rôles dans les Forces canadiennes, les rôles de combat et les rôles de soutien; est-ce exact ou est-ce bien cela?

LE TÉMOIN: On ne peut pas appeler cela des rôles. Non. Les rôles sont énumérés ici et les autres dont j'ai parlé plus tôt comme—nous n'avons pas compris—en vertu des «Canadian Forces Roles» à l'onglet 2 . . . . Quelqu'un peut occuper un poste de combat ou de soutien, selon sa formation et sa profession militaire. Mais l'un n'exclut pas l'autre.

Quelqu'un peut exercer principalement un métier de soutien, mais se retrouver quand même dans un poste de combat. Quelqu'un d'autre peut exercer un métier de combat ou occuper un poste de combat, principalement, mais consacrer un certain temps à un rôle de soutien. On n'est pas nécessairement pour toujours d'un côté ou de l'autre.

M. PROULX: Est-ce une division bien nette des rôles ou seulement—

<sup>6</sup> Preuve, vol. 2, à la p. 262.

<sup>7</sup> Preuve, vol. 2, à la p. 233.

<sup>8</sup> Preuve, vol. 2, à la p. 236.

THE DEPONENT: That's difficult to answer, sir, but I would say, no. It's not clear cut at all and that's why it's so difficult to answer. Although, it appears from the way a military occupation is described that it is one or the other. Anybody in the military is liable to perform a military or combat duty.<sup>9</sup>

And under cross-examination, he testified:

Q. Well, let me ask you a question and give you an example, and if you don't know just say so: People in the support roles, as you've called them would it be fair to say that their primary training would be in those areas? *b*

A. Primary training in what areas?

Q. In the trades, as opposed to in military duties? *c*

A. That's difficult to quantify. If I said yes, then I'm ignoring the fact that they—depending on where they are, they aren't necessarily in the rear with the gear. They may well be forward deploy even though they're in support roles. And in which case they would be trained competently as a combatant.<sup>10</sup> *d*

With respect to one aspect—the requirement that all members undergo training in nuclear, biological or chemical defence,—Captain MacKnie testified: *e*

Q. Does training in that particular field of endeavour necessarily imply that you will ever be involved in nuclear, biological or chemical defence? *f*

A. No, it does not.

Q. If none of those things imply that you won't necessarily be involved in those activities, why do you do them? *g*

A. Because one never knows when one will be involved in such activities. Therefore it's a matter of giving all individuals a minimum amount of training so that they can perform that if it's necessary.<sup>11</sup>

It is a fair inference that all basic training is designed to serve the same general purpose. *h*

In rejecting the applicant's argument that the BFOR in question was reasonably necessary to ensure the efficient performance of the job without endangering Mr. Robinson, his fellow members of the Armed Forces and the general public, the Tribunal stated [at pages D/128-D/129]: *i*

<sup>9</sup> Case, Vol. 2, at pp. 238-239.

<sup>10</sup> Case, Vol. 2, at pp. 231-232.

<sup>11</sup> Case, Vol. 2, at p. 267.

LE TÉMOIN: C'est difficile de répondre, Monsieur, mais je dirais non. Ce n'est pas très bien tranché et c'est pour ça que c'est difficile de répondre. Même si la description d'un poste militaire peut faire croire qu'il s'agit de l'un ou de l'autre. Toutes les personnes qui font partie de l'armée peuvent être tenues d'accomplir des tâches militaires ou de combat.<sup>9</sup> *a*

En contre-interrogatoire, il a déclaré:

[TRADUCTION] Q. Permettez-moi de vous poser une question et de vous donner un exemple; si vous ne savez pas, dites-le moi simplement: les personnes qui ont des rôles de soutien, comme vous les avez appelés, serait-il juste de dire qu'elles ont reçu leur formation principale dans ces domaines?

R. Leur formation principale dans quels domaines?

Q. Dans leur métier plutôt que dans leurs tâches militaires?

R. C'est difficile à évaluer. Si je réponds oui, je ne tiens pas compte du fait qu'elles—selon l'endroit où elles se trouvent, elles ne restent pas nécessairement à l'arrière avec le matériel. Elles pourraient très bien être déployées à l'avant, même si elles exercent un rôle de soutien. Si le cas se présentait, elles auraient reçu une formation adéquate de combattant.<sup>10</sup>

En ce qui a trait à l'exigence voulant que tous les membres des Forces armées reçoivent une formation en défense nucléaire, biologique et chimique, le capitaine MacKnie a déclaré:

[TRADUCTION] Q. L'entraînement dans ce domaine particulier signifie-t-il nécessairement que vous participerez un jour à des fonctions de défense nucléaire, biologique ou chimique? *f*

R. Non.

Q. Si aucune de ces choses ne signifie que vous participerez nécessairement à ces activités un jour, pourquoi les faites-vous? *g*

R. Parce qu'on ne sait jamais quand on va participer à ces activités. C'est donc une question de donner à chaque personne une formation minimale pour qu'elle puisse fonctionner si c'est nécessaire.<sup>11</sup>

On peut à juste titre déduire que toute la formation de base vise le même objectif général. *h*

Lorsqu'il a rejeté la prétention du requérant selon laquelle l'EPJ en cause était raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace du travail sans mettre en danger M. Robinson, les autres membres des Forces armées et le public en général, le tribunal a déclaré [aux pages D/128 et D/129]: *i*

<sup>9</sup> Preuve, vol. 2, aux p. 238 et 239.

<sup>10</sup> Preuve, vol. 2, aux p. 231 et 232.

<sup>11</sup> Preuve, vol. 2, à la p. 267.

Considering the variation in risk between trades, the respondent has not succeeded in persuading the Tribunal that epileptics as a group pose a sufficiently higher safety hazard to warrant excluding them from all the trades carried on in the Forces. When it can be established scientifically that the risk that an epileptic who is controlled as the complainant is might have a seizure is from 3 to 6 percent and that he is also likely to be warned by an aura, it is hard to see how it could be concluded that there would be an unacceptable increase in risk for himself or for others in positions involving as little danger as those of aero frame or aero engine technicians. In our opinion, the complainant presents a negligible risk in the context of performing a ground support function. Thus, the respondent has not persuaded the Tribunal that the complainant constitutes a sufficient risk, within the meaning of the *Etoibicoke* case, in performing such a function.

However, the respondent claims that, on the one hand, every member of the Forces is liable to be called upon for combat duty and that, on the other hand, he could have trouble getting his medication supplied on the battlefield. We feel that both of these arguments are hypothetical, indeed specious. The evidence has revealed that the possibility of a member being transferred from a support position to a combat position is implausible because combat requires special training, which is given specifically to members who have chosen to carry on specialized combat trades. Moreover, Captain MacKnie conceded that the occupational requirements known as the General Specifications Other Ranks (GSOR) concerning the skills required with respect to firearms, which are aimed at seeing to it that every member of the Forces can be called upon to go to combat, are not the subject of regular training. However, according to him, such training is necessary in order to retain these minimum qualifications. Both Sergeant Robinson and the officers who testified before the Tribunal confirmed that they had not been trained regularly for the purely military requirements necessary for the combat function. Captain MacKnie even admitted that he had not received such training for thirteen years. In other words, the respondent has failed to demonstrate that a member of the Forces assigned to a support function, in particular one as highly specialized as that of flight engineer or aviation technician, is likely to be "remustered" to a combat position. Nor was an attempt made to prove that such a possibility is practical. How many flight engineers or technicians specialized in military aircraft maintenance have been transferred to a combat function over, for example, the last ten years? Evidence to answer this question should have been given in order to demonstrate that the requirement of unlimited mobility is anything other than a hypothetical statement.<sup>12</sup>

I have difficulty with some specific aspects of these passages. While I agree that training of support personnel in the use of firearms on a regular basis was not always done, there can be no question that

<sup>12</sup> Case, Vol. 10, at pp. 1450-1452.

Compte tenu de la dangerosité [*sic*] très variable des métiers, l'intimée n'a pas réussi à convaincre le tribunal que les épileptiques, comme groupe, constituent un facteur d'accroissement du risque suffisamment élevé pour justifier leur exclusion de tous les métiers exercés dans les Forces. Lorsqu'on peut établir scientifiquement qu'un épileptique contrôlé comme le plaignant ne présente qu'un risque de 3 % à 6 % d'avoir une crise dont il est susceptible au surplus d'être prévenu par une aura, on voit mal comment on pourrait conclure à un accroissement inacceptable du risque pour lui-même ou pour autrui dans des postes aussi peu dangereux que ceux de techniciens de cellules ou de moteurs d'avion. Selon nous, le plaignant présente un risque négligeable dans le contexte de l'exercice d'une fonction de soutien au sol. L'intimée n'a donc pas convaincu le tribunal que le plaignant constitue un risque suffisant au sens d'*Etoibicoke* dans l'exercice d'une telle fonction.

L'intimée prétend toutefois que, d'une part, tout militaire est susceptible d'être appelé au combat et que, d'autre part, il pourrait avoir des difficultés d'approvisionnement de son médicament sur le champ de bataille. Nous sommes d'avis que ces deux arguments sont théoriques, voire spécieux. La preuve a démontré que la possibilité qu'un militaire soit transféré d'un poste de soutien à un poste de combat est peu plausible puisque le combat exige une formation précise accordée spécifiquement aux militaires qui ont choisi d'exercer des métiers spécialisés dans le combat. Le capitaine MacKnie a du reste concédé que les exigences professionnelles à l'égard des non-officiers [General Specifications Other Ranks (GSOR)] sur les connaissances requises en matière d'armes à feu, exigences visant à faire en sorte que tout militaire puisse être appelé à aller au combat, ne font pas l'objet d'un entraînement régulier. Or, selon lui, un tel entraînement est nécessaire pour pouvoir conserver ces qualifications minimales. Qu'il s'agisse du sergent Robinson ou des officiers venus témoigner devant le tribunal, ils ont tous confirmé qu'ils n'avaient pas été entraînés régulièrement aux exigences purement militaires nécessaires à la fonction de combat. Le capitaine MacKnie a même avoué ne pas avoir reçu d'entraînement à ce sujet depuis treize ans! En d'autres termes, l'intimée n'a pas réussi à prouver qu'il serait vraisemblable pour un militaire affecté à une fonction de soutien, surtout celle hautement spécialisée de mécanicien de bord ou de technicien en aéronautique, d'être muté à un poste de combat. On n'a pas tenté non plus de prouver le caractère pratique de cette possibilité. Combien de mécaniciens de bord ou de techniciens spécialisés dans l'entretien des avions militaires ont été mutés à une fonction de combat au cours, par exemple, des dix dernières années? Une preuve fournissant une réponse à cette question aurait dû être apportée afin de démontrer que l'exigence de mobilité illimitée est autre chose qu'un énoncé théorique<sup>12</sup>.

Certains aspects particuliers de ces extraits posent un problème. Bien que je sois d'accord pour conclure que le personnel de soutien n'est pas toujours entraîné régulièrement en ce qui a trait au maniement

<sup>12</sup> Preuve, vol. 10, aux p. 1450 à 1452.

basic training in such use is required and indeed received by all members of the regular force. There was also evidence from Captain MacKnie—which was not controverted—that skill in the use of firearms is quickly reacquired given the basic training already received.<sup>13</sup>

This is not the first time that the policy of “soldier first” has been the subject of argument in this Court. In *Canada (Attorney General) v. St. Thomas and Canadian Human Rights Commission* (1993), 162 N.R. 228 (F.C.A.), a case involving the fitness of a member of the Armed Forces holding a particular trade to serve in the high Arctic, in the field both in Canada and in Europe and with peacekeeping units abroad, Chief Justice Isaac noted, at page 233:

In my view, examination of this issue must take account of a contextual element to which, the Tribunal did not give sufficient consideration. It is that we are here considering the case of soldier. As a member of the Canadian Forces, the respondent, St. Thomas, was first and foremost a soldier. As such he was expected to live and work under conditions unknown in civilian life and to be able to function, on short-notice, in conditions of extreme physical and emotional stress and in locations where medical facilities for the treatment of his condition might not be available or, if available, might not be adequate. This, it seems to me, is the context in which the conduct of the Canadian Forces in this case should be evaluated.

In my opinion, the Tribunal erred in the way it dealt with the applicant’s argument. That argument was neither “hypothetical” nor “specious”. The statute rendered Mr. Robinson liable for combat duty. It is an obligation that is well understood within the Armed Forces. Those serving in support roles are not exempt. Performance of the obligation depends neither on a “transfer” to a combat role nor on re-mustering. The Tribunal’s view to the contrary led to the rejection of the applicant’s argument and to the conclusion, erroneous in my view, that somehow the applicant was required to adduce additional evidence showing the number of non-combat personnel transferred to combat functions over a period of time. That view simply ignores that the obligation is one that is imposed by statute. Administrative practice cannot work a modification. The statute binds.

<sup>13</sup> Case, Vol. 2, at p. 337.

des armes à feu, il ne fait aucun doute qu’une formation de base dans ce domaine est nécessaire et fournie à tous les membres de la force régulière. Le capitaine MacKnie a aussi rendu un témoignage non contro-versé selon lequel l’habileté dans le maniement des armes à feu peut être recouvrée facilement lorsqu’on a déjà reçu la formation de base<sup>13</sup>.

Ce n’est pas la première fois que la politique du «soldat d’abord» est débattue devant la Cour. L’affaire *Canada (Procureur général) c. St. Thomas et Commission canadienne des droits de la personne* (1993), 162 N.R. 228 (C.A.F.), mettait en cause l’aptitude d’un membre des Forces armées exerçant un métier particulier à travailler dans l’extrême Arctique, sur le terrain, au Canada et en Europe, ainsi qu’avec les troupes de maintien de la paix à l’étranger. Le juge en chef Isaac a déclaré, à la page 233:

À mon avis, l’examen de cette question doit faire entrer en ligne de compte un élément contextuel que le tribunal n’a pas suffisamment pris en considération, à savoir qu’en l’espèce un soldat est en cause. En sa qualité de membre des Forces canadiennes, M. St. Thomas était d’abord et avant tout un soldat. En tant que tel, il devait vivre et travailler dans des conditions inconnues dans la vie civile et être capable de fonctionner, à bref délai, dans des conditions de stress physique et émotionnel extrême et dans des endroits où des installations médicales n’étaient peut-être pas disponibles aux fins du traitement de sa maladie ou, si elles l’étaient, n’étaient peut-être pas adéquates. Tel est, me semble-t-il, le contexte dans lequel la conduite des Forces canadiennes devrait être évaluée en l’espèce.

Selon moi, le tribunal a commis une erreur dans la façon dont il a disposé de l’argument du requérant. Cet argument n’était ni «théorique» ni «spécieux». La loi assujettissait M. Robinson à l’obligation d’exercer des fonctions de combat. Cette obligation est très bien comprise au sein des Forces armées. Les militaires qui exercent des rôles de soutien n’en sont pas exemptés. L’exécution de cette obligation ne dépend pas d’une «mutation», notamment à un rôle de combat. Comme il était d’opinion contraire, le tribunal a rejeté l’argument du requérant et a conclu, à tort selon moi, que le requérant devait produire des éléments de preuve additionnelle quelconques pour établir le nombre de militaires exerçant un rôle de soutien qui ont été mutés à des fonctions de combat pendant une certaine période. Cette opinion ne tient tout simplement pas compte du fait que cette obligation est édictée par la loi. Elle ne peut être modifiée

<sup>13</sup> Preuve, vol. 2, à la p. 337.

With respect to the sufficiency of risk, I wish only to suggest that the test laid down in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, though perhaps explained, has not been improved upon or otherwise modified by subsequent decisions. This indeed is illustrated from the passage taken by my colleague from the judgment of Chief Justice Isaac in *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Armed Forces)*, [1994] 3 F.C. 188 (C.A.). The possibility of individual testing as a "practical alternative" to the adoption of a discriminatory rule in determining "reasonable necessity" may be an appropriate factor to be considered in some circumstances (*Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297, at pages 1313-1314). I should think that the Tribunal must consider whether this is a case where a practical alternative to the discriminatory rule is available considering that the rule would extend to individuals who are liable to perform a combat duty. (See *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; *Saskatchewan (Human Rights Commission)*, *supra*, and *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489.)

In the result, I would allow this application, set aside the decision of the Tribunal and remit the matter to the Tribunal for disposition in accordance with the reasons of my colleague and with these reasons to the extent that these reasons differ from those of my colleague.

MAHONEY J.A.: I agree.

\* \* \*

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

ROBERTSON J.A.: This section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8)] application seeks to set aside a decision of the Canadian Human Rights Tribunal convened under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, as amended (the Act). The Tribunal concluded that the

par une pratique administrative. La loi a force obligatoire.

En ce qui a trait au caractère suffisant du risque, je désire seulement émettre l'opinion que le critère établi dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, a peut-être été expliqué, mais n'a pas été amélioré ni modifié par les décisions subséquentes. On le constate à la lecture de l'extrait, cité par mon collègue, du jugement du juge en chef Isaac dans l'affaire *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Forces armées)*, [1994] 3 C.F. 188 (C.A.). Il peut être approprié, dans certaines circonstances, de tenir compte de la possibilité d'un examen individuel comme «solution pratique autre» que l'adoption d'une règle discriminatoire pour apprécier la «nécessité raisonnable» (*Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297, aux pages 1313 et 1314). J'estime que le tribunal doit se demander s'il s'agit d'un cas où il serait possible d'avoir recours à une solution pratique autre que l'adoption d'une règle discriminatoire compte tenu que cette règle s'appliquerait à des personnes qui peuvent être tenues d'exercer des fonctions de combat. (Voir *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Saskatchewan (Human Rights Commission)*, *supra* et *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489.)

En conséquence, j'accueillerais la demande, j'annulerais la décision du tribunal et je renverrais l'affaire au tribunal pour qu'il rende une décision compatible avec les motifs de mon collègue et avec les présents motifs dans la mesure où ils diffèrent de ceux de mon collègue.

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

\* \* \*

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

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: La demande présentée en vertu de l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8)] vise l'annulation d'une décision rendue par un tribunal canadien des droits de la personne constitué sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de*

Canadian Armed Forces (the CAF) had discriminated against the complainant, James Robinson, on the basis of a disability (reported at (1992), 15 C.H.R.R. D/95, cited to paragraph numbers). The complainant, a flight engineer, was released from the Forces after 21 years of service on the basis that he was unfit for military duties. He had been diagnosed with epilepsy.

While the complainant does not dispute his inability to serve as a flight engineer, he objects to being classified as medically unfit to serve in all other trades within the CAF. He alleges that the CAF's failure to consider the possibility of transferring him to another trade is a discriminatory practice prohibited by section 7 of the Act.

The CAF has adopted a blanket policy which requires all members of the Forces to be free of seizure disorders (the "seizure free" policy). Those who fail to meet that requirement are released from the Forces. The CAF maintains that its "seizure free" policy is a *bona fide* occupational requirement (BFOR) for all trades within the meaning of paragraph 15(a) of the Act and that, therefore, the allegation of discrimination is without legal foundation.

## I

### (a) Chronology

In 1963 the complainant joined the Royal Canadian Navy at the age of 18. He received training in a number of on-ground trades in the aviation field, including that of aero engine technician, aero frame technician and aviation technician. In 1974 he attained the position of flight engineer, which involves both on-ground and in-air duties. By 1976, he had achieved the rank of sergeant.

When the complainant began to manifest signs of a seizure disorder in December 1981, the CAF's Career Medical Review Board (CMRB) temporarily prohibited him from flying. While grounded, the complainant, a recovering alcoholic, enrolled in courses in

*la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, modifiée (la Loi). Le tribunal a conclu que les Forces armées canadiennes (les FAC) avaient fait preuve, contre le plaignant, James Robinson, de discrimination fondée sur une déficience (décision publiée (1992), 15 C.H.R.R. D/95, à laquelle je renverrai en précisant le numéro du paragraphe). Le plaignant, qui était mécanicien de bord, a été libéré des Forces après 21 ans de service, au motif qu'il n'était plus en mesure d'exercer des fonctions militaires. Selon le diagnostic posé, il souffre d'épilepsie.

Bien que le plaignant ne conteste pas son inaptitude à travailler comme mécanicien de bord, il s'oppose au fait d'être déclaré inapte, sur le plan médical, à exercer tout autre métier au sein des FAC. Il soutient que l'omission des FAC d'envisager la possibilité de le muter à un autre métier constitue un acte discriminatoire interdit par l'article 7 de la Loi.

Les FAC ont adopté une politique globale exigeant que tous les membres des Forces soient exempts de crises d'épilepsie (la politique des «militaires exempts de crises»). Ceux qui ne satisfont pas à cette exigence sont libérés des Forces. Les FAC soutiennent que leur politique des «militaires exempts de crises» est une exigence professionnelle justifiée (EPJ) pour tous les métiers au sens de l'alinéa 15a) de la Loi et que, par conséquent, l'allégation de discrimination n'est pas fondée en droit.

## I

### § (a) Exposé chronologique des faits

En 1963, le plaignant s'est enrôlé dans la Marine royale canadienne à l'âge de 18 ans. Il a reçu une formation dans un certain nombre de métiers au sol dans le domaine de l'aviation, dont ceux de technicien de moteurs d'avion, de technicien de cellules d'avion et de technicien en aéronautique. En 1974, il est devenu mécanicien de bord, métier qui comporte l'exécution de tâches tant au sol qu'en vol. En 1976, il avait atteint le grade de sergent.

Lorsque le plaignant a commencé à manifester des signes de troubles épileptiques, en décembre 1981, le Conseil de révision médicale des carrières (CRMC) des FAC lui a temporairement interdit de voler. Pendant qu'il était cloué au sol, le plaignant, qui avait

alcoholism rehabilitation and began to volunteer at the Prairie Region Alcohol Rehabilitation Clinic at Canadian Forces Base Winnipeg (the ARC) in the Phase 3, or "after care" portion of the programme. The CMRB pronounced him fit to return to his flight engineer duties on August 11, 1982.

On May 24, 1983, the complainant suffered what he described as a "grand mal" epileptic seizure (he was later diagnosed as having "complex partial" epilepsy). The CAF responded by temporarily lowering his medical category and assigning him to light duties at CFB Winnipeg. The complainant again volunteered at the ARC eventually serving as the ARC's *ad hoc* Phase 3 Coordinator. He also became involved in the Phase 2 portion of the programme (group therapy and clinical counselling) and applied for a four-year term position as a Phase 2 Alcoholism Counsellor. Although he was qualified for the position, his application was dismissed, ostensibly on the ground that no openings would be available over the next three years. On June 21, 1984, the CMRB determined that the complainant's epilepsy gave it no choice but to release him from the Forces. Four days later, the Alcoholism Counsellor position was filled by an unqualified applicant.

Although the complainant's release from the Forces took effect on January 14, 1985, his accumulated leave credits permitted him to retain his regular CAF membership until May 21, 1985. He was placed on the supplementary reserve list from May 21, 1985 until November 1, 1985, when the CMRB waived his medical requirements and employed him as an on-ground sergeant flight engineer in the primary reserves (Air). This enabled the complainant to take advantage of the federal Government's Access Programme and thereby resume his position at the ARC as the Base Alcohol Coordinator until March 31, 1986. Beginning in June 1986, and as of the date of his Tribunal hearing, the complainant was a contract employee of the Department of National Defence as a civilian Drug and Alcoholism Counsellor at the Canadian Forces Clinic in CFB Lahr, Germany.

déjà souffert d'alcoolisme, s'est inscrit à des cours visant la réadaptation des alcooliques et a commencé à travailler bénévolement à la Clinique de réadaptation pour alcooliques de la base de Winnipeg (la CRA), desservant les Prairies, dans le cadre de la Phase 3, soit la phase «post-traitement» du programme. Le CRMC l'a déclaré apte à reprendre ses fonctions de mécanicien de bord le 11 août 1982.

Le 24 mai 1983, le plaignant a subi une crise épileptique qu'il a lui-même qualifiée de «grand mal» (un diagnostic ultérieur a établi qu'il souffrait d'épilepsie «partielle complexe»). En conséquence, les FAC ont temporairement abaissé sa catégorie médicale et l'ont affecté à des travaux légers à la base de Winnipeg. Le plaignant a de nouveau fait du bénévolat à la CRA et est devenu par la suite coordonnateur *ad hoc* de la Phase 3 de la CRA. Il a aussi participé à la Phase 2 du programme (thérapie de groupe et consultation clinique), puis a posé sa candidature pour devenir conseiller en matière d'alcoolisme dans le cadre de la Phase 2, pour une période de quatre ans. Bien qu'il ait été admissible à ce poste, sa candidature a été rejetée, apparemment au motif qu'aucun poste ne serait disponible au cours des trois prochaines années. Le 21 juin 1984, le CRMC a décidé que l'épilepsie du plaignant ne lui laissait d'autre choix que de le libérer des Forces. Quatre jours plus tard, le poste de conseiller en matière d'alcoolisme a été attribué à un candidat qui n'était pas qualifié pour ce poste.

La libération du plaignant des Forces a pris effet le 14 janvier 1985, mais les congés qu'il avait accumulés lui ont permis de demeurer membre régulier des FAC jusqu'au 21 mai 1985. Son nom a été inscrit sur la liste des réservistes supplémentaires du 21 mai 1985 au 1<sup>er</sup> novembre 1985, date à laquelle il a obtenu une exemption de sa catégorie médicale du CRMC et un poste de mécanicien de bord au sol dans la Milice (aviation) avec le grade de sergent. Le plaignant a ainsi pu profiter du programme d'accès du gouvernement fédéral et réintégrer son poste de coordonnateur à la CRA de la base jusqu'au 31 mars 1986. Au mois de juin 1986, le plaignant a commencé à exercer, en qualité d'employé contractuel au ministère de la Défense nationale, les fonctions de conseiller en matière d'alcoolisme à la clinique des Forces canadiennes de la base de Lahr, en

(b) Medical Classifications and Waivers

The CAF's medical classification system measures seven factors. Only three are relevant to this application: the geographic factor (G); the occupational factor (O); and the air factor (A). A member's ability with reference to each factor is graded from 1 to 6 (7 in the case of the air factor) as determined through a medical exam. The higher the number, the more restrictions on a CAF member's potential duties.

The minimum standard for all new recruits is G2 O2. Once in the CAF, a member may drop to G3 O3 without repercussion. Upon receiving a G6 or O6 classification, the member is automatically released. With respect to persons whose medical categorizations fall in the range between G3 O3 and mandatory exclusion, the CMRB exercises a discretion to recommend "a change in classification or trade, a change in environment or employment, or release." The decision to "remuster" a member (transfer him or her to another trade) depends "on his entire file, including his performance in the trade he has to leave, his potential for promotion, his ability to carry out strictly military activities and the existence of openings in the desired trade." (Tribunal's reasons, paragraph 39, at pages D/104-D/105.)

As a result of his epileptic seizure, the complainant's medical category was permanently lowered to G4 O3 A7. In the absence of the "seizure free" policy, the CMRB would have reviewed his file to determine whether he was qualified for another trade within the Forces. The CAF conceded that the complainant could have been easily remustered to one of his former on-ground trades. However, he would have required a medical waiver.

Medical waivers are generally available as "exceptional measures". They balance the potential risk

Allemagne. Il occupait toujours ce poste à la date de l'audience tenue par le tribunal.

(b) Les catégories médicales et les exemptions

<sup>a</sup> Les catégories médicales des FAC reposent sur sept facteurs. Trois d'entre eux sont pertinents en l'espèce, soit: le facteur géographique (G); le facteur professionnel (O); et l'aptitude au vol (A). L'aptitude des membres des Forces armées en rapport avec chaque facteur est évaluée au moyen d'un examen médical sur une échelle de 1 à 6 (7, pour ce qui est de l'aptitude au vol). Plus la cote est élevée, plus les fonctions qui peuvent être assignées à un membre des FAC sont limitées.

<sup>b</sup> Les nouvelles recrues doivent satisfaire à la norme minimale G2 O2. Les militaires qui appartiennent déjà aux FAC peuvent voir leur cote abaissée à G3 O3 sans que ce changement entraîne de conséquences. Les membres des FAC dont la cote passe à la catégorie G6 ou O6 sont automatiquement libérés. En ce qui concerne les militaires dont la catégorie médicale se situe entre la catégorie G3 O3 et celle emportant l'exclusion obligatoire, le CRMC exerce son pouvoir discrétionnaire de recommander «un changement de catégorie ou de métier, un changement de lieu ou d'emploi, ou encore la libération». La décision de muter un membre des Forces dépend «de l'ensemble de son dossier, par exemple de sa performance dans le métier qu'il doit quitter, de son potentiel d'avancement, de sa capacité d'effectuer des activités proprement militaires et de l'existence d'ouvertures dans le métier convoité». (Motifs du tribunal, paragraphe 39, aux pages D/104 et D/105.)

<sup>c</sup> À la suite de ses crises d'épilepsie, la catégorie médicale du plaignant a été abaissée de façon permanente à la catégorie G4 O3 A7. Si la politique des «militaires exempts de crises» n'avait pas existé, le CRMC aurait examiné le dossier du plaignant afin de déterminer s'il était qualifié pour exercer un autre métier au sein des Forces. Les FAC ont admis que le plaignant aurait facilement pu être muté pour exercer l'un de ses métiers antérieurs au sol. Toutefois, il aurait alors dû obtenir une exemption de sa catégorie médicale.

<sup>d</sup> L'attribution d'une exemption de catégorie médicale constitue habituellement «une mesure d'except-



presented by a CAF member who falls below minimum acceptable medical standards against the Forces' requirements in a specific trade. The Tribunal accepted CAF evidence that there are apparently "several thousand members who do not meet the minimum medical standards but are still on active service in the Forces because they have received waivers." (Tribunal's reasons, paragraph 37, at page D/104.) The possibility of a medical waiver in the complainant's case was, however, pre-empted by the CAF's "seizure free" policy, which was brought into effect on September 6, 1983. Prior to that date, the CMRB exercised a discretion to lower the medical standards of diagnosed epileptics depending on the particular circumstances of each case. The "seizure free" policy dictates that persons diagnosed with epilepsy be released from the Forces if a "remediable cause" is not found within six months. The complainant's tenure with the Forces was terminated on that basis.

### (c) Epilepsy

The evidence accepted by the Tribunal discloses that epileptics are not a homogenous group. Neurological epileptic activity may be either localized or generalized; the physical symptoms of epilepsy vary widely. Persons with simple/partial epilepsy, for example, do not lose consciousness during a seizure and continue to communicate normally while exhibiting symptoms such as numbness and twitching of the hands. Others, such as persons with complex/partial epilepsy, experience seizures lasting between 30 and 45 seconds. They lose consciousness but do not have convulsions. The behaviour of persons who have generalized epileptic seizures ("petit" or "grand mal") is different once again. During a "petit" mal seizure, which lasts approximately 15 to 30 seconds, a person loses consciousness and is unable to communicate. He or she, however, does not go into convulsions, which is symptomatic of a "grand mal seizure.

tion». Elle repose sur un équilibre entre le risque potentiel que présente le membre des FAC qui ne satisfait pas aux normes médicales minimales acceptables et les besoins des Forces dans le type de métier visé. Le tribunal a accepté la preuve des FAC selon laquelle, apparemment, «il y aurait ainsi quelques milliers de militaires qui ne répondent pas aux normes médicales minimales et qui sont toujours en service actif dans les Forces parce qu'ils bénéficient d'une exemption». (Motifs du tribunal, paragraphe 37, à la page D/104.) La possibilité d'accorder au plaignant une exemption de sa catégorie médicale était toutefois exclue par la politique des «militaires exempts de crises» des FAC qui est entrée en vigueur le 6 septembre 1983. Avant cette date, le CRMC exerçait son pouvoir discrétionnaire d'abaisser les normes médicales appliquées aux militaires visés par un diagnostic d'épilepsie, selon les circonstances particulières de chaque cas. La politique des «militaires exempts de crises» exige que les personnes à l'égard desquelles un diagnostic d'épilepsie est posé soient libérées des Forces si l'on ne trouve pas «de cause à laquelle il soit possible de remédier» dans un délai de six mois. C'est pour ce motif que le plaignant a été exclu des Forces.

### (c) L'épilepsie

La preuve retenue par le tribunal révèle que les personnes souffrant d'épilepsie ne constituent pas un groupe homogène. L'activité neurologique épileptique peut être localisée ou généralisée; les symptômes physiques de la maladie sont très variés. Par exemple, les personnes souffrant d'épilepsie partielle simple ne subissent pas de perte de conscience lors d'une crise et continuent à communiquer normalement, mais présentent des symptômes tels qu'un engourdissement ou des mouvements saccadés de la main. D'autres personnes, comme celles souffrant d'épilepsie partielle complexe, ont des crises qui durent de 30 à 45 secondes. Elles perdent conscience, mais n'ont pas de convulsions. Le comportement des personnes qui souffrent d'épilepsie généralisée («petit» ou «grand» mal) diffère également. Dans le cas du petit mal, une crise dure de 15 à 30 secondes. Le sujet perd conscience et est incapable de communiquer. Il n'a cependant pas de convulsions, symptôme caractéristique du «grand» mal.

The Tribunal accepted medical evidence that, while epilepsy cannot be cured, it can be controlled in 70 to 90 per cent of cases. The likelihood of controlling a person's epileptic seizures was found to depend greatly upon individual circumstances. For example, the chances of controlling seizures of a person who has had one epileptic seizure are greater than those of controlling the seizures of a person who has had more than one. It was established that the complainant had a 16 per cent chance of having another seizure if he stopped taking medication. Once placed on medication, his risk of suffering another epileptic seizure dropped to between 3 and 6 per cent. The risk of a member of the general population having an epileptic seizure was found to be between 2 and 4 per cent.

## II

The Tribunal identified three instances of *prima facie* discrimination contrary to section 7 of the Act. First, the CAF refused to retain the complainant as a flight engineer because of his disability. Second, it failed to consider the possibility of according him the "benefit" of a possible transfer to another trade for which he was otherwise qualified. Third, it refused to grant the complainant the position of Alcoholism Counsellor.

The Tribunal went on to delineate what it perceived as the legal requirements for BFORs. Reiterating the view adopted by McIntyre J. in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, at page 208, and by Beetz J. in *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, at page 307, that the BFOR exception must be restrictively interpreted, it reasoned that the CAF was required to prove that: (i) epileptics present a sufficient risk of employee failure to warrant their general exclusion; (ii) it is impossible to individually assess the risk presented by each epileptic in the CAF; and (iii) the blanket exclusion of epileptics is not an excessive or disproportionate means of ensuring that persons in the CAF pose an acceptable risk of employee failure (see Tribunal's reasons, paragraph

Le tribunal a accepté la preuve médicale portant que l'épilepsie ne peut pas être guérie, mais qu'elle peut être contrôlée dans 70 à 90 p. 100 des cas. La probabilité qu'on réussisse à contrôler les crises épileptiques dépend en grande partie des caractéristiques propres du sujet. Par exemple, les chances de contrôler les crises d'une personne qui n'a eu auparavant qu'une seule crise d'épilepsie sont plus élevées que celles de contrôler les crises d'une personne qui en a déjà eues plusieurs. Il a été établi que le risque que le plaignant ait une nouvelle crise d'épilepsie s'il cessait de prendre ses médicaments était de 16 p. 100. En revanche, s'il prenait ses médicaments, le risque qu'il ait une autre crise se situait entre 3 et 6 p. 100. Le risque que quiconque dans la population ait un jour une crise d'épilepsie est de 2 à 4 p. 100.

## II

Le tribunal a conclu que trois actes étaient de prime abord discriminatoires au sens de l'article 7 de la Loi. Premièrement, les FAC ont refusé de continuer d'employer le plaignant en qualité de mécanicien de bord en raison de sa déficience. Deuxièmement, elles n'ont pas envisagé la possibilité de lui accorder le «bénéfice» d'une mutation éventuelle à un autre métier pour lequel il était par ailleurs qualifié. Troisièmement, elles ont refusé d'accorder au plaignant le poste de conseiller en matière d'alcoolisme.

Le tribunal a ensuite énoncé les éléments qui constituaient, selon lui, les composantes juridiques d'une EPJ. Il a réitéré l'opinion exprimée par le juge McIntyre dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, à la page 208, et par le juge Beetz dans l'arrêt *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, à la page 307, selon laquelle l'exception que constitue l'EPJ doit recevoir une interprétation restrictive. Le tribunal a déclaré que les FAC devaient faire la preuve: (i) que les épileptiques présentent un risque d'erreur humaine suffisant pour justifier leur exclusion générale; (ii) qu'il est impossible d'évaluer individuellement le risque que présente chaque épileptique dans les FAC et (iii) que l'exclusion générale des épileptiques ne constitue pas un

84, at pages D/118-D/119). It then commented on the significance of each criterion.

First, the Tribunal rejected the “minimal” or “real risk” standard promulgated in *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561, and adopted by this Court in *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1988] 1 F.C. 209 (C.A.) [hereinafter referred to as “*Mahon*”]. Instead, it held that the CAF must demonstrate that epileptics present a “sufficiently higher” risk of employee failure than other members of the Forces (see Tribunal’s reasons, paragraph 98, at page D/123). Second, the Tribunal concluded that, under existing law, an employer must individually assess each employee’s capability to perform a job once that employee has become the subject of a *prima facie* discriminatory rule or practice (see Tribunal’s reasons, paragraph 100, at pages D/123-D/124). Third, the Tribunal declared that even if some epileptics present an unacceptable risk of employee failure, it was incumbent on the CAF to demonstrate that there were no means less drastic than the “seizure free” policy to achieve the ends of that policy (see Tribunal’s reasons, paragraph 103, at page D/125). Ultimately, the Tribunal concluded that the CAF’s “seizure free” policy is discriminatory within the meaning of paragraph 10(a) of the Act. At paragraph 128, at page D/132, it stated:

By establishing an inflexible mandatory classification that eliminated any discretion or individual assessment of members of the Forces diagnosed as epileptics, the “Seizure Disorders—Category Policy” (CFMO 26-12) constitutes a discriminatory policy within the meaning of s. 10(a) of the *Canadian Human Rights Act*. It cannot be a requirement reasonably necessary for the objective of the safe and efficient performance of all trades in the Canadian Armed Forces.

In my opinion, this application must succeed for several reasons. The tripartite test set out and applied by the Tribunal indicates a basic misunderstanding of

moyen excessif ou disproportionné d’assurer que les membres des FAC représentent un risque d’erreur humaine acceptable (voir les motifs du tribunal, paragraphe 84, aux pages D/118 et D/119). Il a ensuite fait des observations relativement à chacun de ces critères.

Premièrement, le tribunal a rejeté la norme du risque «minimal» ou «réel» proposée dans l’arrêt *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561, et adoptée par la Cour dans l’affaire *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1988] 1 C.F. 209 (C.A.) [ci-après appelé «*Mahon*»]. Le tribunal a plutôt statué que les FAC devaient établir que les épileptiques entraînaient un «accroissement suffisant» du risque d’erreur humaine par rapport aux autres membres des Forces (voir les motifs du tribunal, paragraphe 98, à la page D/123). Deuxièmement, le tribunal a conclu que, dans l’état actuel du droit, l’employeur avait l’obligation d’évaluer individuellement les capacités d’exécuter un travail de chaque employé touché par un acte ou une règle à prime abord discriminatoires (voir les motifs du tribunal, paragraphe 100, aux pages D/123 et D/124). Troisièmement, le tribunal a déclaré que, même si certains épileptiques présentaient un risque inacceptable d’erreur humaine, il incombait aux FAC de démontrer qu’il n’existait aucun moyen moins radical que la politique des «militaires exempts de crises» d’atteindre l’objectif visé par cette politique (voir les motifs du tribunal, paragraphe 103, à la page D/125). Enfin, le tribunal a conclu que la politique des «militaires exempts de crises» des FAC était discriminatoire au sens de l’alinéa 10a) de la Loi. Au paragraphe 128, à la page D/132, il a déclaré:

La «Politique de classification des troubles épileptiques» (OSSFC 26-12) constitue, par l’établissement d’une classification obligatoire inflexible éliminant toute discrétion et toute évaluation individuelle des militaires diagnostiqués épileptiques, une politique discriminatoire au sens de l’al. 10a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Il ne saurait s’agir d’une exigence raisonnablement nécessaire à l’objectif de l’exécution sûre et efficace de tous les métiers dans les Forces armées canadiennes.

Selon moi, la demande doit être accueillie pour plusieurs motifs. Le critère en trois volets énoncé et appliqué par le tribunal révèle qu’il avait une percep-

the relevant jurisprudence. Although as of the date of the Tribunal's decision it might have been open to this Court to affirm its adoption of the "substantial" standard to quantify the risk necessary to establish a BFOR, the recent decision of *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Armed Forces)*, [1994] 3 F.C. 188 (C.A.) [hereinafter referred to as "*Husband*"], has laid that test to rest. Further, the Tribunal's assumption that individual assessment must be ordered if at all possible seems to conflate the analysis of a BFOR's validity with that which is demanded to ascertain whether a rule has been cast too broadly to be reasonably necessary. Finally, the Tribunal erred in conceiving proportionality as a separate test required to prove a BFOR. Since it is necessary to remit this case to the Tribunal, I must also canvass other issues raised before this Court.

#### (a) Preliminary Objection

The CAF's first objection to the Tribunal's decision relates to jurisdiction. The CAF maintains that the Tribunal exceeded its jurisdiction once it went beyond the allegation of discrimination found within the complainant's original and amended complaint forms. In those forms, the complainant alleged only that the CAF had violated section 7 of the Act by refusing to grant him the Alcoholism Counsellor's position because of his epilepsy. Accordingly, the Tribunal was appointed with the mandate "to determine whether the action complained of constitutes a discriminatory practice on the ground of disability, in a matter related to employment under section 7 of the *Canadian Human Rights Act*." (Application Record, Vol. V, at page 723.) That section reads:

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

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

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

on a prohibited ground of discrimination.

tion fondamentalement erronée de la jurisprudence pertinente. Si, à la date à laquelle le tribunal a rendu sa décision, la Cour pouvait encore décider d'adopter la norme du risque «substantiel» pour déterminer le degré de risque nécessaire à l'existence d'une EPJ, le jugement récent *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Forces armées)*, [1994] 3 C.F. 188 (C.A.) [ci-après appelé «*Husband*»], a écarté définitivement ce critère. De plus, en présupposant que l'évaluation individuelle doit être ordonnée, si possible, le tribunal semble avoir confondu l'appréciation de la validité d'une EPJ et l'analyse de la question de savoir si une règle a été posée en termes trop larges pour être raisonnablement nécessaire. Enfin, le tribunal a commis une erreur en considérant le critère de la proportionnalité comme un critère distinct d'appréciation d'une EPJ. Étant donné que le dossier doit être renvoyé au tribunal, je suis également tenu d'examiner d'autres questions soulevées devant la Cour.

#### (a) L'objection préliminaire

Le premier argument invoqué par les FAC pour s'opposer à la décision du tribunal touche à sa compétence. Les FAC soutiennent que le tribunal a outrepassé sa compétence en portant son analyse au-delà de l'allégation de discrimination énoncée dans les formules de plainte initiale et modifiée du plaignant. Dans ces documents, le plaignant a prétendu uniquement que les FAC avaient violé l'article 7 de la Loi en refusant de lui attribuer le poste de conseiller en matière d'alcoolisme en raison de son épilepsie. En conséquence, le tribunal avait le mandat de [TRADUCTION] «déterminer si l'acte reproché constituait un acte discriminatoire fondé sur une déficience, relativement à un aspect d'un emploi, en vertu de l'article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*». (Dossier de demande, volume V, à la page 723.) Cet article se lit comme suit:

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

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

b) de le défavoriser en cours d'emploi.

The CAF now seizes on two facts. First, the Tribunal's ultimate conclusion is restricted to a finding of a discriminatory policy under section 10 of the Act. Unlike section 7 of the Act, which contemplates situations in which a person has suffered the effects of a discriminatory practice, section 10 concerns the very existence of discriminatory practices and policies. Under that section, it is irrelevant whether a discriminatory practice or policy has actually had an adverse effect. Section 10 reads as follows:

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

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

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

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

It is also claimed that the Tribunal exceeded its formal mandate by addressing whether the CAF's failure to consider the possibility of remustering the complainant was discriminatory. In light of the fundamental nature of the preliminary objection, I will overlook the fact that it was raised for the first time in oral argument.

The Tribunal's formal conclusion that the CAF's "seizure free" policy constitutes a discriminatory practice within the meaning of section 10 of the Act is both unfortunate and unnecessary. The relevant question is whether the "seizure free" policy is *prima facie* discriminatory and, if so, whether it qualifies as a BFOR within the meaning of paragraph 15(a) of the Act. That provision reads:

**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;

Les FAC font maintenant valoir deux faits. Premièrement, la conclusion du tribunal se limite, en définitive, à l'existence d'une politique discriminatoire en vertu de l'article 10 de la Loi. Contrairement à l'article 7 de la Loi, qui vise les situations dans lesquelles une personne a subi les effets d'un acte discriminatoire, l'article 10 concerne l'existence même d'actes et de politiques discriminatoires. Pour l'application de cet article, le fait qu'un acte ou une politique discriminatoires aient effectivement eu des effets négatifs n'importe pas. L'article 10 se lit comme suit:

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

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

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

Les FAC soutiennent également que le tribunal a outrepassé son mandat formel en examinant la question de savoir si l'omission, par les FAC, d'envisager la possibilité de muter le plaignant était discriminatoire. Étant donné que cette objection préliminaire touche au fond, je ne tiendrai pas compte du fait qu'elle a été soulevée pour la première fois lors de la plaidoirie.

La conclusion explicite du tribunal portant que la politique des «militaires exempts de crises» des FAC constitue un acte discriminatoire au sens de l'article 10 de la Loi est à la fois regrettable et inutile. La question pertinente consiste à savoir si la politique des «militaires exempts de crises» est de prime abord discriminatoire et, le cas échéant, s'il s'agit d'une EPJ en application de l'alinéa 15(a) de la Loi. Voici cet alinéa:

**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;

It is conceded that the "seizure free" policy is *prima facie* discriminatory. If that policy is not found to be a BFOR, then it may violate either section 7 of the Act, section 10, or both. As the question of the remedies consequent to these conclusions has not been raised before us, it is sufficient to note that the Tribunal's formal conclusion is really irrelevant in light of its substantive mandate.

Turning to the CAF's second argument, it cannot be denied that the Tribunal patently considered issues beyond that raised in the complainant's complaint forms. It considered not only whether he was discriminated against in not receiving the position of Alcoholism Counsellor, but also whether the CAF's failure to consider the possibility of transferring him to another trade was discriminatory. In my view, these two allegations are, for practical purposes, indistinguishable. The CAF's posting system requires that every member of the Forces must have a trade at all times. Therefore, it was impossible for the complainant to obtain the "speciality" position of Alcoholism Counsellor without being remustered. The CAF's failure to consider the possibility of transferring the complainant to another trade eliminated his eligibility for the position of Alcoholism Counsellor. (It is open to query the Tribunal's conclusion that the complainant would have received the "speciality" position but for the "seizure free" policy, particularly in light of the discretionary power held by the CMRB to grant medical waivers, the availability of a trade position and the complainant's qualifications, medical or otherwise. This finding, however, was not challenged before us.)

More importantly, it is evident that the parties pursued the issue before the Tribunal in terms of whether the failure to consider the possibility of transfer to another trade constitutes discrimination. Complaint forms are not to be perused in the same manner as criminal indictments. In the human rights context, we must look for actual prejudice. No evidence of such was adduced before us. For these reasons, I am satisfied that the two discriminatory practices alleged

Il est admis que la politique des «militaires exempts de crises» est de prime abord discriminatoire. Si on conclut que cette politique n'est pas une EPJ, il se peut qu'elle viole soit les articles 7 ou 10 de la Loi, soit les deux. Comme la question des redressements découlant de ces conclusions n'a pas été soulevée devant nous, il suffit de signaler que la conclusion formulée explicitement par le tribunal n'est effectivement pas pertinente compte tenu de son mandat quant au fond.

En ce qui a trait au deuxième argument des FAC, on ne peut nier que le tribunal a manifestement étudié des questions qui n'étaient pas soulevées dans les formules de plainte du plaignant. Il n'a pas décidé uniquement si le plaignant avait été victime de discrimination en n'obtenant pas le poste de conseiller en matière d'alcoolisme, mais également si l'omission par les FAC d'envisager la possibilité de le muter à un autre métier était discriminatoire. Selon moi, ces allégations ne peuvent être distinguées l'une de l'autre sur le plan pratique. Le système d'affectation des FAC exige que chaque membre des Forces conserve un métier en tout temps. Par conséquent, il était impossible pour le plaignant d'obtenir la spécialité de conseiller en alcoolisme sans être muté. L'omission des FAC d'envisager la possibilité de muter le plaignant à un autre métier le rendait inadmissible au poste de conseiller en matière d'alcoolisme. (On peut s'interroger sur la conclusion du tribunal portant que le plaignant aurait obtenu sa spécialité si la politique des «militaires exempts de crises» n'avait pas existé, plus particulièrement si l'on tient compte du pouvoir discrétionnaire du CRMC d'accorder des exemptions de catégorie médicale, d'une vacance dans un métier et des compétences du plaignant, notamment sur le plan médical. Cette conclusion n'a toutefois pas été contestée devant nous.)

Un élément est plus important encore. Il est manifeste que les parties ont présenté la question au tribunal en lui demandant si l'omission d'envisager la possibilité d'une mutation à un autre métier constituait de la discrimination. Les formules de plainte ne doivent pas être scrutées de la même façon qu'un acte d'accusation en matière criminelle. Dans le contexte des droits de la personne, nous devons vérifier si un préjudice a effectivement été subi. Aucune preuve à

under section 7 of the Act were properly before the Tribunal.

(b) Duty to Accommodate

It is common ground that the complainant is unfit for the trade of flight engineer, regardless of whether the "seizure free" policy qualifies as a BFOR. During the course of oral argument, and before the Tribunal, the issue was raised whether the CAF is under a legal duty to accommodate him by transferring him to another trade.

Under current law, it is accepted that there is no duty to accommodate in cases of direct discrimination: see *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; and *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489. Only in cases of indirect or adverse effect discrimination does the duty to accommodate arise and even then that duty is subject to the caveat that accommodation must not impose an undue hardship on the employer. Directly discriminatory rules, if they are to be sustained at all, must apply to the entire group at which they are directed. Neither party has challenged the Tribunal's finding that the "seizure free" policy is directly discriminatory. Accordingly, there can be no duty to accommodate *per se*. The only manner in which the complainant could have been granted an alternate position within the Forces is through the CAF's self-imposed medical waiver system.

(c) Individual Assessment and Proportionality

If a BFOR is, by definition, a standard of general application, then what is the role of individual assessment and the so-called proportionality test? In my view, the written and oral arguments before this Court indicate a fundamental misunderstanding of the basic tenets of the Supreme Court's BFOR jurisprudence. In short, once an employer has established that

cet égard ne nous a été soumise. Pour ces motifs, je suis convaincu que le tribunal était dûment saisi des deux actes discriminatoires reprochés sous le régime de l'article 7.

(b) L'obligation d'accommodement

Il est bien établi que le plaignant n'est pas apte à exercer le métier de mécanicien de bord, peu importe que la politique des «militaires exempts de crises» constitue ou non une EPJ. Devant le tribunal, et au cours de la plaidoirie présentée à l'audience, on a soulevé la question de savoir si les FAC avaient, en droit, l'obligation d'accommoder le plaignant en le mutant à un autre métier.

Dans l'état actuel du droit, il est reconnu qu'il n'existe pas d'obligation d'accommodement en cas de discrimination directe: voir *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; et *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489. C'est uniquement dans les cas de discrimination indirecte ou de discrimination par suite d'un effet préjudiciable qu'entre en jeu l'obligation d'accommodement et, même alors, cette obligation ne vaut que dans la mesure où il n'en résulte pas une contrainte excessive pour l'employeur. Les règles qui créent une discrimination directe doivent, dans la mesure où elles peuvent être maintenues, s'appliquer à tous les membres du groupe visé. Aucune partie n'a mis en doute la conclusion du tribunal portant que la politique des «militaires exempts de crises» crée une discrimination directe. Par conséquent, il ne peut exister en soi aucune obligation d'accommodement. Le plaignant n'aurait pu obtenir un autre poste au sein des Forces qu'au moyen du régime d'exemptions de catégorie médicale qu'elles ont elles-mêmes établi.

(c) L'évaluation individuelle et le critère de proportionnalité

Si une EPJ est, par définition, une norme d'application générale, quel rôle jouent donc l'évaluation individuelle et ce qu'on appelle le critère de proportionnalité? Selon moi, les plaidoiries écrites et orales présentées à la Cour témoignent d'une incompréhension fondamentale des principes de base posés dans les arrêts de la Cour suprême concernant les EPJ. En

an occupational requirement is a BFOR, there is no duty to "individually assess" all employees affected by that policy. An employee's individual characteristics or traits remain irrelevant until such time as it is shown that the occupational requirement is not a BFOR. The law in this area is derived principally from four Supreme Court decisions. They are: *Etobicoke, supra*; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297 [hereinafter referred to as "*Saskatoon Fire-Fighters*"]; *Brossard, supra*; and *Dairy Pool, supra*.

In *Etobicoke*, McIntyre J. set out a bipartite test for BFORs. It will be recalled that, in that case, two fire fighters lodged a complaint under *The Ontario Human Rights Code* [R.S.O. 1970, c. 318] to protest their forced retirement at age 60 pursuant to a term of a government collective agreement. The tribunal had concluded that the refusal to continue to employ the complainants constituted a discriminatory practice which was not saved by the application of the BFOR provision of that Code. In upholding that decision, McIntyre J. defined BFORs as having subjective and objective components. The subjective branch of the test requires that the limitation be imposed in good faith and not for ulterior motives which could defeat the purpose of human rights legislation. The objective branch requires BFORs to be "reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public." (*Etobicoke*, at page 208.) The question of whether an otherwise discriminatory rule is "reasonably necessary" and the role played by individual testing in that determination have engendered considerable controversy.

McIntyre J. clearly indicated that an employer is not required to individually assess employees excluded from employment by a valid BFOR. He acknowledged that some people below the age of 60 will be unfit to perform fire-fighting duties while there will be some who remain fit beyond their 60th birthday. At page 209, he recognized that an "arbi-

résumé, lorsqu'un employeur a établi qu'une exigence professionnelle est une EPJ, il n'existe aucune obligation d'«évaluer individuellement» tous les employés touchés par cette politique. Les caractéristiques et les particularités individuelles d'un employé ne sont pas pertinentes à moins qu'il ne soit démontré que l'exigence professionnelle n'est pas une EPJ. Les règles de droit dans ce domaine découlent principalement de quatre décisions rendues par la Cour suprême. Ce sont les arrêts: *Etobicoke, supra*; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297 [ci-après appelé «*Saskatoon Fire-Fighters*»]; *Brossard, supra*; et *Dairy Pool, supra*.

Dans l'affaire *Etobicoke*, le juge McIntyre a énoncé un critère en deux volets d'appréciation des EPJ. Rappelons que, dans cette affaire, deux pompiers avaient déposé une plainte en vertu du *Ontario Human Rights Code* [R.S.O. 1970, ch. 318] pour protester contre la retraite obligatoire à l'âge de 60 ans stipulée dans une convention collective conclue avec le gouvernement. Le tribunal a conclu que le refus de continuer d'employer les plaignants constituait un acte discriminatoire qui n'était pas validé par l'application de la disposition du Code concernant les EPJ. Le juge McIntyre, qui a confirmé cette décision, a défini les EPJ comme comportant un volet objectif et un volet subjectif. Le volet subjectif du critère exige que les restrictions en cause soient imposées de bonne foi et non pour un motif inavoué qui irait à l'encontre des objectifs de la législation sur les droits de la personne. Le volet objectif exige qu'une EPJ soit «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». (*Etobicoke*, à la page 208.) La question de savoir si une règle par ailleurs discriminatoire est «raisonnablement nécessaire» et le rôle de l'examen individuel à cet égard ont soulevé une vive controverse.

Le juge McIntyre a clairement indiqué qu'un employeur n'est pas tenu d'évaluer individuellement les employés exclus d'un emploi par application d'une EPJ valide. Il a reconnu que certaines personnes âgées de moins de 60 ans sont inaptes au travail de pompier alors que d'autres demeurent aptes à la tâche après leur 60<sup>e</sup> anniversaire. À la page 209, il



trary” retirement age may be justified where the risk of unpredictable human failure so warrants:

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 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 *Etobicoke*, the Supreme Court declined to interfere with the tribunal’s finding that fire-fighters over 60 do not present an unacceptable risk of employee failure. Of critical significance to that determination was the fact that the evidence before the tribunal supporting the contrary position was largely “impressionistic”. The Supreme Court held that, in the absence of convincing evidence demonstrating the relationship between the aging process and the safe and efficient performance of fire-fighting duties, a BFOR requiring persons over 60 to retire from fire-fighting could not be sustained. It is of particular significance that, in *Etobicoke*, individual assessment only became relevant in the context of the complainants’ possible reinstatement once it was found that the mandatory retirement provision was not a BFOR. Similarly, the risk of employee failure presented by the complainant in the case before us has no bearing on whether the “seizure free” policy qualifies as a BFOR. The law on this point was summarized in this Court by Linden J.A. in *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391 (C.A.), at page 411 (see also *Husband, supra*):

The third criticism of the decision is that it took into account certain of Rosin’s individual characteristics in determining whether a BFOR had been established. It is true that, in cases of direct discrimination, the characteristics of any particular individual are not relevant. Either the provision applies to all persons in the group or to none of the individuals in it. The question in this direct discrimination case is not whether the individual in question can do the job, but whether a monocular parachutist can do the job.

a reconnu que le risque d’erreur humaine imprévisible peut justifier un âge de retraite fixé «arbitrairement»:

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, estimer 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.

Dans la décision *Etobicoke*, la Cour suprême a refusé de modifier la conclusion du tribunal portant que les pompiers âgés de plus de 60 ans ne présentent pas un risque d’erreur humaine inacceptable. Le fait que la preuve produite à l’appui du contraire était en très grande partie «subjective» a eu une importance déterminante dans cette décision. La Cour suprême a statué que, en l’absence d’une preuve convaincante démontrant un lien entre le processus de vieillissement et l’exécution efficace et sûre du travail de pompier, on ne pouvait reconnaître l’existence d’une EPJ obligeant les pompiers de plus de 60 ans à prendre leur retraite. Il est important de signaler que, dans l’affaire *Etobicoke*, l’évaluation individuelle est devenue pertinente uniquement dans le contexte de la réintégration éventuelle des plaignants une fois qu’il a été établi que la disposition prescrivant la retraite obligatoire n’était pas une EPJ. De la même façon, le risque d’erreur humaine que présente le plaignant en l’espèce n’a aucune incidence sur la question de savoir si la politique des «militaires exempts de crises» constitue une EPJ. L’état du droit sur ce point a été résumé par le juge Linden, J.C.A., dans l’affaire *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391 (C.A.), à la page 411 (voir également *Husband, supra*):

La troisième critique formulée à l’endroit de la décision est qu’elle avait pris en considération certaines caractéristiques personnelles de Rosin en déterminant si une EPJ avait été établie. Il est vrai que dans les cas de discrimination directe, les caractéristiques d’une personne en particulier ne sont pas pertinentes. La disposition doit s’appliquer soit à toutes les personnes faisant partie du groupe, soit à aucune d’elles. La question en matière de discrimination directe n’est pas de savoir si la personne en cause peut faire le travail, mais de savoir si un parachutiste borgne peut le faire.

*Saskatoon Fire-Fighters, supra*, also concerned an allegation of *prima facie* discrimination arising from a mandatory retirement provision in a collective agreement. In contrast to *Etobicoke*, the evidence adduced by the employer in support of the retirement provision was extensive and far from impressionistic. Once again, the principal issue before the Supreme Court was whether the employer was required to individually test employees over the age of 60 to determine whether they could safely and efficiently perform their offices. On this point, Sopinka J. opined, at pages 1313-1314:

In my opinion, these cases point the way to the proper approach with respect to individual testing. While it is not an absolute requirement that employees be individually tested, the employer may not satisfy the burden of proof of establishing the reasonableness of the requirement if he fails to deal satisfactorily with the question as to why it was not possible to deal with employees on an individual basis by, *inter alia*, individual testing. If there is a practical alternative to the adoption of a discriminatory rule, this may lead to a determination that the employer did not act reasonably in not adopting it. [Emphasis is mine.]

In short, the onus is on the employer to establish that individual testing is not a practical alternative to the adoption of an occupational requirement which is *prima facie* discriminatory. As McIntyre J. in *Etobicoke* observed, the extent to which the risk of unpredictable individual human failure is involved is a matter of critical significance. However, these apparently straightforward propositions have, to some, become obfuscated by the Supreme Court's decision in *Brossard*. In that case, the Supreme Court considered whether the town of Brossard's blanket anti-nepotism hiring policy was a BFOR. That policy disqualified all immediate family members of full-time employees and town councillors from employment with the town. As a result, the complainant was disqualified from summer employment with the town as a lifeguard because her mother worked as a typist in the municipal police station.

In evaluating the anti-nepotism policy, Beetz J., writing for the majority, determined that it was "dis-

L'affaire *Saskatoon Fire-Fighters, supra*, concernait également une allégation de discrimination de prime abord découlant d'une stipulation d'une convention collective qui prescrivait la retraite obligatoire. Contrairement à ce qui s'est passé dans l'affaire *Etobicoke*, la preuve produite par l'employeur à l'appui de cette stipulation était abondante et loin d'être subjective. La principale question que devait trancher la Cour suprême était, encore une fois, celle de savoir si l'employeur devait examiner individuellement les employés de plus de 60 ans pour vérifier s'ils pouvaient exercer leurs fonctions de façon sûre et efficace. Sur ce point, le juge Sopinka a déclaré, aux pages 1313 et 1314:

À mon avis, cette jurisprudence nous indique la bonne façon d'aborder la question des tests individuels. Quoiqu'il ne soit pas absolument nécessaire de faire subir des tests à chaque employé il se peut que l'employeur ne parvienne pas à s'acquitter de l'obligation qui lui incombe de prouver le caractère raisonnable de l'exigence s'il ne fournit pas une réponse satisfaisante à la question de savoir pourquoi il ne lui a pas été possible de traiter individuellement les employés, notamment en administrant des tests à chacun d'eux. S'il existe une solution pratique autre que l'adoption d'une règle discriminatoire, on peut conclure que l'employeur a agi d'une manière déraisonnable en n'adoptant pas cette autre solution. [Non souligné dans le texte original.]

Bref, c'est à l'employeur qu'il incombe d'établir que l'examen individuel ne constitue pas une solution pratique autre que l'adoption d'une exigence professionnelle à prime abord discriminatoire. Comme l'a souligné le juge McIntyre, dans l'affaire *Etobicoke*, la mesure dans laquelle le risque d'erreur humaine imprévisible est en cause revêt une importance cruciale. Toutefois, ces propositions apparemment claires ont été pour certains obscurcies par l'arrêt *Brossard* de la Cour suprême. Dans cette affaire, la Cour suprême a tranché la question de savoir si la politique générale contre le népotisme dans l'embauche adoptée par la ville de Brossard constituait une EPJ. Cette politique rendait inadmissibles tous les membres de la famille immédiate des employés à temps plein de la ville et des membres du conseil municipal. En conséquence, le plaignant ne pouvait obtenir un emploi d'été de sauveteur au service de la municipalité parce que sa mère travaillait comme dactylographe au poste de police municipal.

Après avoir évalué la politique antinépotisme, le juge Beetz, qui a rédigé l'opinion majoritaire, a

proportionately stringent in view of the aptitude or qualification which it seeks to verify.” (*Brossard*, at page 315.) He continued to state that the hiring policy was “like killing a fly with a sledge-hammer.” (*Brossard*, at page 315.) In a concurring judgment, Madam Justice Wilson observed that the blanket policy should not have been employed if “less drastic means” were available to protect the integrity and the appearance of the integrity of the town’s administration (*Brossard*, at page 344). In other words, a type of “individual assessment” was required in order to limit the application of the rule to persons whom it was reasonably intended to capture.

Both the Tribunal below and the Commission maintain that *Brossard* establishes a third and separate test for determining BFORs. They reason that the CAF must show that the blanket exclusion of epileptics is not a disproportionate means of ensuring that members of the Forces present an acceptable risk of employee failure. However, the Supreme Court’s reasoning in *Brossard* is simply a refinement of the objective branch of the *Etoibicoke* BFOR test. This was affirmed by Madam Justice Wilson in *Dairy Pool*, *supra*, where she rationalized *Brossard* within the BFOR jurisprudence as follows (at page 518):

Although the language used in *Brossard* differs somewhat from the language used in the earlier [BFOR] cases, I do not believe it was intended to depart from the Court’s earlier jurisprudence on the application of a [BFOR] test to a case of direct discrimination . . . .

The second branch of the *Brossard* test addresses the availability of alternatives to the employer’s rule. In my opinion, this is not designed to be a discrete test for determining the existence of a [BFOR] but rather a factor that must be taken into account in determining whether the rule is “reasonably necessary” under the first branch.

In my view, the jurisprudence clearly demonstrates that the less homogenous a group of persons excluded by an occupational requirement, the more difficult it will be for an employer to establish a BFOR. The onus is on the employer to demonstrate, on a balance of probabilities, why a blanket policy of exclusion is reasonably necessary in circumstances where not all persons within the excluded group pose

déclaré que cette politique était «d’une sévérité disproportionnée à l’aptitude ou à la qualité dont elle vise à assurer la possession». (*Brossard*, à la page 315.) Il a poursuivi en affirmant que la politique d’embauche revenait à «tuer une mouche avec une masse». (*Brossard*, à la page 315.) Dans des motifs concordants, Madame le juge Wilson a souligné qu’on n’aurait pas dû avoir recours à cette politique générale s’il existait des «moyens moins radicaux» de protéger l’intégrité de l’administration de la ville et d’assurer l’apparence d’une telle intégrité. (*Brossard*, à la page 344.) En d’autres mots, une «évaluation individuelle» quelconque était nécessaire pour limiter l’application de la règle aux personnes qu’elle devait raisonnablement viser.

Tant le tribunal que la Commission soutiennent que l’arrêt *Brossard* établit un troisième critère distinct d’appréciation des EPJ. Selon leur raisonnement, les FAC doivent démontrer que l’exclusion générale des épileptiques n’est pas un moyen disproportionné d’assurer que les membres des Forces présentent un risque d’erreur humaine acceptable. Toutefois, le raisonnement de la Cour suprême dans l’affaire *Brossard* ne constitue qu’une version raffinée du volet objectif du critère d’appréciation d’une EPJ énoncé dans l’arrêt *Etoibicoke*. Madame le juge Wilson l’a confirmé dans l’arrêt *Dairy Pool*, *supra*, lorsqu’elle a situé l’arrêt *Brossard* dans la logique de la jurisprudence concernant les EPJ (à la page 518):

Bien que les termes employés dans *Brossard* diffèrent quelque peu de ceux utilisés dans les arrêts précédents en matière d’EPN, je ne crois pas qu’on ait voulu ainsi s’écarter de la jurisprudence antérieure de la Cour sur l’application du critère de l’EPN dans un cas de discrimination directe . . . .

Le second volet du critère établi dans l’arrêt *Brossard* concerne la possibilité de solutions autres que la règle de l’employeur. À mon avis, il ne s’agit pas là d’un critère distinct pour vérifier l’existence d’une EPN mais plutôt d’un facteur à prendre en compte pour savoir si la règle est «raisonnablement nécessaire» en vertu du premier volet.

À mon avis, la jurisprudence établit clairement que moins le groupe exclu par une exigence professionnelle est homogène, plus il sera difficile pour l’employeur d’établir qu’il s’agit d’une EPJ. C’est à l’employeur qu’il revient de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, pourquoi une politique générale d’exclusion est raisonnablement nécessaire lorsque toutes les personnes qui composent le

the same risk of unpredictable employee failure. In other words, the employer must establish that individual testing is not a practical or reasonable alternative in the circumstances. When the excluded group is a relatively homogenous one (i.e. all persons diagnosed with complex/partial epilepsy) then the issue is unlikely to dwell on whether individual testing is a reasonable alternative to the rule, but whether persons within this group present a sufficient risk of employee failure to warrant their exclusion through a BFOR. Thus, only employers who draft employment requirements in broad terms are properly called upon to adduce evidence necessary to contest a request for "individual assessment".

The onus was on the CAF to demonstrate that the blanket "seizure free" policy is reasonably necessary, despite the fact that there are four different classifications of epilepsy and that each poses a different risk of employee failure. The Tribunal acknowledged that some controlled epileptics, and even some who are not on medication, do not pose a risk of employee failure greater than non-epileptics. This would suggest that the "seizure free" policy, which excludes all epileptics from the Forces without regard to their individual characteristics, is overly inclusive and cannot be sustained as a BFOR. Of course, if the CAF is correct and the "seizure free" policy is a BFOR for all trades within the Forces, then it may be upheld. This brings us to the applicability and significance of the so-called "soldier first" policy.

#### (d) "Soldier First" Policy

To determine whether an occupational requirement is a BFOR, it is necessary to ascertain the nature of the employment involved. While this is in most cases self-evident, it is problematic where the employer is the CAF. There are two competing approaches as to how one should ascertain the nature of employment

groupe exclu ne présentent pas le même risque d'erreur humaine imprévisible. Autrement dit, l'employeur doit établir que l'examen individuel n'est pas une solution de rechange pratique ou raisonnable dans les circonstances. Lorsque le groupe exclu est relativement homogène (soit toutes les personnes à l'égard desquelles un diagnostic d'épilepsie complexe partielle a été posé), le débat ne porte vraisemblablement pas sur la question de savoir si l'examen individuel est une solution de rechange raisonnable à la règle contestée, mais plutôt sur celle de savoir si les personnes comprises dans ce groupe présentent un risque d'erreur humaine suffisant pour justifier leur exclusion au moyen d'une EPJ. Par conséquent, seuls les employeurs qui formulent les exigences professionnelles en termes larges sont à juste titre appelés à produire la preuve nécessaire pour contester une demande d'«évaluation individuelle».

Les FAC avaient le fardeau de démontrer que la politique générale des «militaires exempts de crises» est raisonnablement nécessaire, malgré qu'il existe quatre types différents d'épilepsie et que chacun comporte un risque d'erreur humaine différent. Le tribunal a reconnu que certaines personnes épileptiques dont la maladie est contrôlée, voire certaines qui ne prennent pas de médicament, ne présentent pas de risque d'erreur humaine supérieur à celui que présentent les personnes qui ne sont pas atteintes par cette maladie. On serait porté à en déduire que la politique des «militaires exempts de crises», qui exclut toutes les personnes épileptiques des Forces, sans égard à leurs caractéristiques individuelles, a une portée démesurée et ne peut être maintenue comme une EPJ. Évidemment, si les FAC ont raison et si la politique des «militaires exempts de crises» est une EPJ applicable à tous les métiers au sein des Forces, elle peut être maintenue. Il faut donc aborder maintenant la question de l'applicabilité et de l'importance de la politique dite du «soldat d'abord».

#### (d) La politique du «soldat d'abord»

Pour décider si une exigence professionnelle est une EPJ, il faut déterminer la nature de l'emploi en cause. Bien que, dans la plupart des cas, la nature de l'emploi soit évidente, cette question est plus problématique lorsque ce sont les FAC qui sont l'employeur. Il existe deux façons différentes de détermi-

within the Forces. The CAF argues that all serving members of the Forces are soldiers first and foremost. This "soldier first" policy is premised upon the public's reliance on the CAF as a defender and peacekeeper and reflects the CAF as it was meant to exist. Its application presumes that a wartime condition will arise and that all members of the Forces will be called upon in combat or crisis situations.

The "soldier first" policy is premised on subsections 33(1) and 34(1) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60, Sch. I, s. 15] of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, which read:

33. (1) The regular force, all units and other elements thereof and all officers and non-commissioned members thereof are at all times liable to perform any lawful duty.

34. (1) Where the Governor in Council has declared that a disaster exists or is imminent that is, or is likely to be, so serious as to be of national concern, the regular force or any unit or other element thereof or any officer or non-commissioned member thereof is liable to perform those services in respect of the disaster, existing or imminent, as the Minister may authorize, and the performance of those services shall be deemed to be military duty.

The CAF maintains that these provisions render the complainant liable for combat duty and that the validity of the "soldier first" policy as a BFOR must be assessed with regard to the risk epileptics pose in combat environments. The alternative is to conduct the BFOR analysis acknowledging that there are many trades within the CAF which realistically do not involve combat-like duties. For example, the complainant at one stage argued that it was unlikely that he would ever be placed in a combat situation if transferred to one of his old trades or, for that matter, to the position of Alcoholism Counsellor. As a result of the diversity of occupations offered within the Forces, it is evident that if the "soldier first" policy is rejected, it is more difficult for the CAF to demonstrate that it is reasonably necessary to exclude all epileptics from the Forces.

The Tribunal declined to apply the "soldier first" policy on three grounds. First, it concluded that the

ner la nature d'un emploi au sein des Forces. Les FAC soutiennent que tous les membres en service des Forces sont d'abord et avant tout des soldats. Cette politique du «soldat d'abord» repose sur le fait que le public compte sur les FAC comme organisme de défense et de maintien de la paix et elle est conforme à la raison d'être des FAC. Son application présuppose qu'une situation de guerre surgira et que tous les membres des Forces seront appelés à participer au combat ou à faire face aux situations de crise.

La politique du «soldat d'abord» se fonde sur les paragraphes 33(1) et 34(1) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 60, ann. I, art. 15] de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, qui se lisent comme suit:

33. (1) La force régulière, ses unités et autres éléments, ainsi que tous ses officiers et militaires du rang, sont en permanence soumis à l'obligation de service légitime.

34. (1) Lorsque, dans une déclaration, le gouverneur en conseil a conclu à l'existence ou l'imminence d'une catastrophe présentant un caractère de gravité lui conférant un intérêt national, la force régulière, en tout ou en partie, ou tout officier ou militaire du rang de cette force peuvent être obligés de rendre, relativement à une telle situation, les services autorisés par le ministre; leur action est alors assimilée au service militaire.

Les FAC soutiennent que ces dispositions assujettissent le plaignant à l'obligation d'exercer des fonctions de combat et que la validité de la politique du «soldat d'abord» comme EPJ doit s'apprécier en regard des risques que présentent les personnes épileptiques en situation de combat. L'autre possibilité consiste à analyser l'EPJ en reconnaissant qu'il existe de nombreux métiers au sein des FAC qui, de façon réaliste, ne comportent pas de fonctions de combat. Par exemple, le plaignant a prétendu à un stade donné qu'il était improbable qu'il se trouve jamais en situation de combat s'il était muté à l'un de ses métiers antérieurs ou même au poste de conseiller en matière d'alcoolisme. Compte tenu de la diversité des professions offertes dans les Forces, il est évident que si l'on rejette la politique du «soldat d'abord», il est plus difficile pour les FAC d'établir qu'il est raisonnablement nécessaire d'exclure les personnes épileptiques des Forces.

Le tribunal a refusé d'appliquer la politique du «soldat d'abord» pour trois motifs. Premièrement, il a

CAF had failed to demonstrate that persons in non-combat trades would be called upon in combat situations (see Tribunal's reasons, paragraph 117, at page D/129). Second, it found untenable the contradiction between the "soldier first" policy and the CAF's decision to grant a medical waiver to the complainant in order that he be accepted as Primary Reservist. Primary Reservists, like regular CAF members, are called up automatically in the event of war. (Supplementary Reservists are called in the event of a conflict only if they are still qualified for a given function and if the CAF requires their services.) The Tribunal found no distinction between the military obligations of a member of the regular forces and a Reservist who is pressed into service (see Tribunal's reasons, paragraph 22, at pages D/100-D/101 and paragraph 118, at pages D/129-D/130). Third, it assessed the risks occasioned by epileptics' medical requirements in combat situations and found that the evidence did not support the CAF's position that epileptics pose a sufficiently increased risk of employee failure over other members (see Tribunal's reasons, paragraphs 119-120, at page D/130). (Query — even if one were to assume that the "soldier first" policy is applicable to all members of the Forces, would not the above finding of fact undermine the CAF's argument that the "seizure free" policy constitutes a BFOR for all trades within the Forces? See also discussion of "Sufficiency of Risk" below.)

In my view, the Tribunal did not err in its ultimate conclusion on this point. The "soldier first" policy has never been fully rationalized by this Court. Outside the military context, the issue has been raised only once before the Supreme Court and then only in passing. In *Saskatoon Fire-Fighters*, the tribunal concluded that as a matter of fact the duties of the complainant, a fire prevention officer, included fighting fires. The Commission argued that the tribunal erred by failing to consider that the actual duties of a fire prevention officer were different than those of a firefighter. As a privative clause prevented the Court from reviewing the tribunal's finding of fact, Sopinka J. merely observed, at page 1308:

conclu que les FAC n'avaient pas réussi à démontrer que les personnes exerçant des métiers non reliés au combat seraient appelées à aller au combat (voir les motifs du tribunal, paragraphe 117, à la page D/129).  
 a Deuxièmement, il a jugé inexplicable la contradiction entre la politique du «soldat d'abord» et la décision des FAC d'accorder au plaignant une exemption de sa catégorie médicale pour lui permettre de devenir membre de la Milice. (Les membres de la Réserve  
 b supplémentaire ne sont mobilisés en cas de conflit que s'ils sont toujours admissibles à une fonction donnée et si les FAC ont besoin de leurs services.) Le tribunal n'a relevé aucune différence entre les obligations militaires d'un membre de la force régulière et  
 c celles d'un membre de la Réserve appelé à entrer en service (voir les motifs du tribunal, paragraphe 22, aux pages D/100 et D/101 et paragraphe 118, aux pages D/129 et D/130). Troisièmement, il a évalué les  
 d risques découlant des besoins médicaux des personnes épileptiques en situation de combat et il a conclu que la preuve n'appuyait pas la prétention des FAC selon laquelle les personnes épileptiques  
 e accroissent suffisamment le risque d'erreur humaine en comparaison avec les autres membres (voir les motifs du tribunal, paragraphes 119 et 120, à la page D/130). (On peut se demander si, même en tenant  
 f pour acquis que la politique du «soldat d'abord» s'applique à tous les membres des Forces, cette conclusion de fait ne serait pas défavorable à l'argument des FAC portant que la politique des «militaires  
 exempts de crises» constitue une EPJ pour tous les métiers au sein des Forces. Voir également les  
 g remarques portant sur «Le caractère suffisant du risque» formulées plus loin.)

Selon moi, le tribunal n'a pas commis d'erreur en formulant sa conclusion finale sur ce point. La politique du «soldat d'abord» n'a jamais été analysée complètement par la Cour. En dehors du contexte militaire, cette question n'a été soulevée qu'une fois devant la Cour suprême et seulement de façon incidente. Dans l'affaire *Saskatoon Fire-Fighters*, le tribunal a conclu que le plaignant, qui était agent de la prévention des incendies, devait effectivement, entre autres tâches, combattre les incendies. La commission a soutenu que le tribunal avait commis une erreur en ne tenant pas compte du fait que les tâches réelles d'un agent de la prévention des incendies diffèrent de celle d'un pompier. Comme une clause

While this contention is not devoid of merit, the Board found as a fact that the duties of the Chief Fire Prevention Officer included the strenuous task of fire fighting.

This Court has upheld the “soldier first” policy with respect to persons seeking entrance into the CAF; see *Husband, supra*. It is also the ground upon which persons who cannot perform a duty required by their trades are released from the Forces; see *Canada (Attorney General) v. St. Thomas and Canadian Human Rights Commission* (1993), 162 N.R. 228 (F.C.A.). We are now being asked to evaluate the applicability of the “soldier first” policy to CAF members who seek transfers to trades in which they would not realistically be required to take part in combat-like situations where they would present a “sufficient risk” of employee failure.

Contrary to the CAF’s allegations, the *National Defence Act* does not require all serving CAF members to be capable of fulfilling combat-like roles. Were it otherwise, there would be no need for either the “soldier first” or the “seizure free” policy: epileptic members of the Forces could be discharged simply on the basis of the *National Defence Act*. I hasten to add that such a requirement would effectively tie the hands of the Forces in respect of hiring and retaining, for example, specially qualified personnel (e.g. neurosurgeons) who may fail to meet the Forces’ minimum health standards.

The *National Defence Act* merely states that all serving members are liable to perform “any lawful duty”. This enabling legislation permits the CAF to adopt any policy to determine which lawful duties may be imposed upon CAF members. For example, pursuant to the *National Defence Act*, the CAF could have adopted a policy exempting persons between 45 and 55 years of age or over a certain rank from application of the “soldier first” policy. Instead, the CAF maintains that it has adopted the “soldier first” policy with respect to all serving CAF members.

privative empêchait la Cour de réviser la conclusion de fait du tribunal, le juge Sopinka s’est contenté de déclarer, à la page 1308:

Cet argument n’est pas sans valeur, mais la commission a conclu sur les faits que les fonctions du chef de la prévention des incendies comprenaient le travail ardu du pompier.

La Cour a reconnu la politique du «soldat d’abord» à l’égard des personnes qui veulent s’enrôler dans les FAC; voir *Husband, supra*. C’est aussi le motif invoqué pour libérer des Forces les personnes qui ne peuvent pas accomplir une tâche nécessaire à l’exercice de leur métier; *Canada (Procureur général) c. St. Thomas et Commission canadienne des droits de la personne* (1993), 162 N.R. 228 (C.A.F.). On nous demande maintenant de décider si la politique du «soldat d’abord» s’applique aux membres des FAC qui veulent être mutés à des métiers dans lesquels ils ne seront pas vraisemblablement appelés à travailler dans des situations de combat, où ils présenteraient un «risque suffisant» d’erreur humaine.

Contrairement à ce que prétendent les FAC, la *Loi sur la défense nationale* n’exige pas que tous les membres des FAC soient en mesure d’exécuter des fonctions de combat. S’il en était autrement, la politique du «soldat d’abord» et la politique des «militaires exempts de crises» seraient inutiles: les membres épileptiques des Forces pourraient être congédiés simplement en application de la *Loi sur la défense nationale*. Je m’empresse d’ajouter que pareille exigence ne laisserait en fait aucune marge de manœuvre aux Forces pour conserver ou embaucher, par exemple, du personnel qualifié (comme des neurochirurgiens) qui ne satisferait pas aux normes médicales minimales des Forces.

La *Loi sur la défense nationale* prévoit simplement que tous les membres en service sont soumis à l’obligation de «service légitime». Cette loi habilitante permet aux FAC d’adopter toute politique précisant quel service légitime peut être requis des membres des FAC. Par exemple, les FAC auraient pu adopter, en vertu de la *Loi sur la défense nationale*, une politique exemptant les personnes âgées de 45 à 55 ans ou d’un rang supérieur à un grade donné de l’application de la politique du «soldat d’abord». Les FAC affirment plutôt qu’elles ont adopté la politique du «soldat d’abord» à l’égard de tous les membres en service des FAC.

While there is no question that the CAF has a right to determine who may be retained in the Forces and who must be released, I do not see that the CAF has established that the "soldier first" policy has been uniformly adopted and applied to serving CAF members. One of the distinguishing features of a valid "lawful" policy is the consistency of its application. The evidence before this Court is either that the CAF does not apply the "soldier first" policy consistently or that the policy is being applied in a discriminatory manner. Because the "soldier first" policy is not a statutory enactment, but rather a policy developed pursuant to enabling legislation, this finding does not attract the issue of estoppel.

It is manifest that the "soldier first" policy is inconsistent with the CAF's actual practice with respect to serving members. The present case clearly illustrates this point. Although the complainant was released from the Forces on the grounds that he was "unfit" for military duties including combat, he was given a medical waiver for what the CAF classifies as a combat position within the Primary Reserves.

Recent jurisprudence supplies additional examples of this inconsistency. In *Husband*, the complainant was denied entrance into the CAF on the basis of an uncorrected visual acuity standard. That standard excluded persons who, without corrective eyewear, are legally blind. The CAF reasoned that legally blind persons are unfit for combat. However, the evidence also established that the CAF has a special visual category for legally blind serving members. Similarly, in *Galbraith v. Canada (Canadian Armed Forces)* (1989), 10 C.H.R.R. D/6501 (Can. Trib.), the complainant was denied admission into the CAF on the ground that he had had a bowel resection and therefore posed a sufficient risk of employee failure if placed in a combat-like environment. At the same time, the CAF acknowledged that it was willing to retain persons who have had bowel resections while serving in the Forces. These two cases suggest that the CAF is willing to, and does, offer a form of "accommodation" to employees whose health deteriorates as a result of the natural aging process.

Bien qu'il soit incontestable que les FAC ont le droit de déterminer qui peut demeurer dans les Forces et qui doit être libéré, il ne me semble pas que les FAC aient établi que la politique du «soldat d'abord» a été adoptée et appliquée de façon uniforme aux membres en service des FAC. L'une des caractéristiques distinctives d'une politique «légitime» valide est l'uniformité de son application. La preuve produite établit soit que les FAC n'appliquent pas la politique du «soldat d'abord» de façon uniforme, soit que cette politique est appliquée de façon discriminatoire. Comme cette politique n'a pas été édictée par une loi, mais prise en application d'une loi habilitante, cette conclusion ne soulève pas la question de la préclusion.

Il est évident que la politique du «soldat d'abord» est incompatible avec la pratique réelle des FAC concernant les membres en service. Le présent litige l'illustre clairement. Bien que le plaignant ait été libéré des Forces au motif qu'il était inapte aux fonctions militaires, y compris aux fonctions de combat, il a obtenu une exemption de catégorie médicale pour occuper un poste, que les FAC qualifient de poste de combat, au sein de la Milice.

On trouve d'autres exemples de cette incohérence dans la jurisprudence récente. Dans l'affaire *Husband*, la plaignante n'a pas été acceptée dans les FAC par application d'une norme d'acuité visuelle sans correction. Cette norme excluait les personnes juridiquement aveugles sans verres correcteurs. Selon le raisonnement des FAC, les personnes juridiquement aveugles sans verres correcteurs sont inaptes au combat. Toutefois, la preuve a aussi révélé que les FAC avaient établi une catégorie d'acuité visuelle spéciale pour les membres en service juridiquement aveugles. De la même façon, dans l'affaire *Galbraith c. Canada (Forces armées canadiennes)* (1989), 10 C.H.R.R. D/6501 (Trib. can.), le plaignant n'a pu s'enrôler dans les FAC parce qu'il avait subi une résection de l'intestin et qu'il présentait en conséquence un risque d'erreur humaine suffisant s'il était placé en situation de combat. Par ailleurs, les FAC ont reconnu vouloir conserver dans les Forces des personnes qui avaient subi une résection de l'intestin pendant qu'elles étaient en service. Ces deux causes laissent croire que les FAC sont disposées à offrir et offrent effectivement une forme d'«accommode-



The CAF has repeatedly justified the application of the “soldier first” policy to recruits; see the reasons of the Tribunal below and *Galbraith, supra*. However, I do not find that the rejection of that policy, as it applies to serving CAF members and in the circumstances of this case, in any way contradicts or undermines the provisions of its enabling legislation. It is apparent to me that the “soldier first” policy is merely being invoked as a legal argument which is emphasized in some cases and glossed over in others. Considering the potentially detrimental effects of this policy on serving members who have dedicated their careers to service in the CAF, I am not prepared to interfere with the Tribunal’s conclusion on this point. I turn now to the issue of the quantification of risk necessary to establish a BFOR.

(e) Sufficiency of Risk

A BFOR will be found if there is a “sufficient risk of employee failure” to warrant the retention of an otherwise discriminatory employment qualification (*Etobicoke*, at page 210). The early jurisprudence held that a “minimal increase in risk” was sufficient to constitute a BFOR: *Bhinder, supra*; and *Mahon, supra*. That standard had been questioned by MacGuigan J.A. in *Air Canada v. Carson*, [1985] 1 F.C. 209 (C.A.), in *obiter dictum* by Madam Justice Wilson in *Dairy Pool*, and likewise in *obiter* by Linden J.A. in *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391 (C.A.). However, in *Husband* the Chief Justice, writing for a majority (Robertson J.A. dissenting), found that the decisions of *Bhinder* and *Mahon* merely reaffirmed the *Etobicoke* test of “sufficiency of risk”. At page 213 of his reasons, the Chief Justice stated the extant law as follows:

I conclude by summarizing:

1. Neither *Bhinder* nor *Mahon* propounded any new test for determining “sufficient risk” in public safety cases;

2. The test applied in each case was that propounded in *Etobicoke*, which remains unchallenged and unimpaired;

ment» aux employés dont la santé se détériore en raison du processus naturel de vieillissement.

Les FAC ont justifié à plusieurs reprises l’application aux recrues de la politique du «soldat d’abord»; voir les motifs du tribunal et la décision *Galbraith, supra*. Toutefois, je ne pense pas que le rejet de cette politique, appliquée aux membres en service des FAC et dans les circonstances de l’espèce, soit contraire ou fasse échec à la loi habilitante. Il me semble que la politique du «soldat d’abord» est simplement invoquée comme un argument juridique sur lequel on insiste ou que l’on atténue, selon les circonstances. Compte tenu des effets préjudiciables éventuels de cette politique pour les membres en service qui ont consacré leur vie professionnelle au service des FAC, je ne suis pas prêt à modifier la conclusion du tribunal sur ce point. J’examinerai maintenant la question du degré de risque nécessaire pour établir l’existence d’une EPJ.

(e) Le caractère suffisant du risque

Une EPJ existe si un «risque d’erreur humaine suffisant» justifie le maintien d’une exigence professionnelle par ailleurs discriminatoire (*Etobicoke*, à la page 210). La jurisprudence la plus ancienne a établi qu’un «accroissement minimal du risque» suffisait pour qu’une EPJ existe: *Bhinder, supra*; et *Mahon, supra*. Ce critère a été mis en doute par le juge MacGuigan, J.C.A. dans *Air Canada c. Carson*, [1985] 1 C.F. 209 (C.A.), par Madame le juge Wilson, dans une remarque incidente, dans *Dairy Pool*, ainsi que par le juge Linden, J.C.A., dans *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391 (C.A.). Toutefois, dans l’arrêt *Husband*, le juge en chef a conclu, au nom de la majorité (le juge Robertson étant dissident), que les décisions *Bhinder* et *Mahon* avaient simplement réitéré le critère du «risque suffisant» énoncé dans l’arrêt *Etobicoke*. À la page 213 de ses motifs, le juge en chef a exposé l’état actuel du droit:

i Pour conclure, je résume:

1. Ni l’arrêt *Bhinder* ni l’arrêt *Mahon* n’ont établi un nouveau critère d’appréciation du «risque suffisant» dans les situations touchant la sécurité publique.

2. Le critère appliqué dans chaque cas était celui établi dans l’arrêt *Etobicoke*, qui demeure incontesté et entièrement valable.

3. *Dairy Pool* has not effectively overruled *Bhinder* or *Mahon* in so far as they can be said to have propounded a test for sufficient risk;

4. *Dairy Pool* has not laid down any new test of "substantial risk" in substitution for the test of "sufficient risk" propounded in *Etoibicoke*.

In light of this development, the application of the so-called "substantial" standard constitutes an error of law. I feel compelled to point out that if the "soldier first" policy is accepted and applied, together with the "minimal" risk standard, then the CAF is effectively given *carte blanche* to release any disabled person from the Forces. To me it seems clear that virtually every person with any form of disability will present a "real" risk of employee failure in a combat situation. If it was the intention of Parliament to insulate the CAF from disability related complaints under section 7 of the *Canadian Human Rights Act*, then the alliance of these policies has certainly given effect to that intent. As a matter of law, it is a position which I cannot support.

### III

For the above reasons, I would allow the application, set aside the decision of the Tribunal dated June 17, 1991 (rendered on July 4, 1991) and remit the matter to it for rehearing in a manner consistent with these reasons.

3. L'arrêt *Dairy Pool* n'a pas eu pour effet d'écarter les arrêts *Bhinder* ni *Mahon* en ce qui a trait au critère du risque suffisant qu'ils auraient établi.

4. L'arrêt *Dairy Pool* n'a pas posé un nouveau critère, soit celui du «risque substantiel», en remplacement du critère du «risque suffisant» énoncé dans l'arrêt *Etoibicoke*.

Compte tenu de cette décision, l'application du critère dit du risque «substantiel» constitue une erreur de droit. Je dois souligner que la reconnaissance et l'application de la politique du «soldat d'abord» et du critère du risque «minimal» auraient ensemble pour effet de donner effectivement carte blanche aux FAC pour libérer des Forces toute personne atteinte d'une déficience. Il me paraît clair que pratiquement toute personne atteinte d'une déficience quelconque présentera un risque d'erreur humaine «réel» en situation de combat. Si le législateur a eu l'intention de mettre les FAC à l'abri de toute plainte relative à une déficience fondée sur l'article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, l'application combinée de ces politiques a, sans conteste, donné effet à cette intention. C'est là une hypothèse que je ne peux, en droit, tenir pour avérée.

### III

Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais la demande, j'infirmerais la décision du tribunal datée du 17 juin 1991 (prononcée le 4 juillet 1991) et je renverrais l'affaire au tribunal pour qu'il tienne une nouvelle audience en tenant compte des présents motifs.

A-404-93

A-404-93

**Betty MacNeill (Respondent) (Applicant)****Betty MacNeill (intimée) (requérante)**

v.

c.

**Attorney General of Canada (Appellant) (Respondent)****<sup>a</sup> Procureur général du Canada (appelant) (intimé)***INDEXED AS: MacNEILL v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (C.A.)**RÉPERTORIÉ: MacNEILL c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.)*  
**<sup>b</sup>**

Court of Appeal, Hugessen, Desjardins and Robertson J.J.A.—Ottawa, March 29 and May 3, 1994.

Cour d'appel, juges Hugessen, Desjardins et Robertson, J.C.A.—Ottawa, 29 mars et 3 mai 1994.

*Human rights — PSC Appeal Board upholding deputy head's recommendation to release Public Service employee incapable of performing duties due to job-related injury — Whether application of Public Service Employment Act, s. 31 "release" provisions discriminatory within meaning of Canadian Human Rights Act (CHRA) — Whether application of CHRA within Board's jurisdiction.*

<sup>c</sup> *Droits de la personne — Un comité d'appel de la CFP avait confirmé la recommandation de l'administrateur général de renvoyer une fonctionnaire qui était incapable d'exercer ses fonctions par suite de blessures qu'elle avait subies au travail — Il s'agissait de savoir si l'application des dispositions relatives au «renvoi» de l'art. 31 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique était discriminatoire au sens de la Loi canadienne sur les droits de la personne (la LCDP) — Il s'agissait de savoir si l'application de la LCDP relevait de la compétence du comité.*

*Public Service — Jurisdiction — Deputy head recommending release of employee incapable of performing duties due to job-related injury — PSC Appeal Board upholding recommendation — Whether application of Canadian Human Rights Act (CHRA) within Board's jurisdiction — Whether application of Public Service Employment Act, s. 31 "release" provisions discriminatory within meaning of CHRA.*

<sup>e</sup> *Fonction publique — Compétence — L'administrateur général avait recommandé le renvoi d'une employée qui était incapable d'exercer ses fonctions par suite de blessures qu'elle avait subies au travail — Un comité d'appel de la CFP avait confirmé la recommandation — Il s'agissait de savoir si l'application de la Loi canadienne sur les droits de la personne (la LCDP) relevait de la compétence du comité — Il s'agissait de savoir si l'application des dispositions relatives au «renvoi» de l'art. 31 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique était discriminatoire au sens de la LCDP.*

The respondent MacNeill, a Public Service employee, became disabled as a result of a work-related injury. The deputy head of the department recommended her release pursuant to subsection 31(1) of the *Public Service Employment Act* (PSEA) because she was incapable of performing her duties. She appealed that recommendation to an Appeal Board, invoking the *Canadian Human Rights Act* (CHRA). It dismissed her appeal on the grounds that the release of an employee who is admittedly incapable of performing his or her duties cannot be discriminatory and that in any event the Board did not have jurisdiction to enter into the question as to whether the recommendation to release her was contrary to the CHRA. Her application for judicial review of that decision was allowed by the Trial Division. The Trial Judge found that an Appeal Board, in adjudicating an appeal under section 31 of the PSEA, was bound to apply the employment provisions of the CHRA. He also found that since there had been discrimination in refusing to continue to employ the respondent on the ground of her disability, the deputy head was duty bound to attempt *bona fide* to accommodate the applicant in keeping a job so as to avoid running afoul of section 7 of the CHRA and that it was incumbent

<sup>g</sup> L'intimée MacNeill, qui était fonctionnaire, était devenue invalide par suite de blessures qu'elle avait subies au travail. L'administrateur général du Ministère avait recommandé son renvoi conformément au paragraphe 31(1) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* (la LEFP) parce qu'elle était incapable d'exercer ses fonctions. L'intimée a interjeté appel de cette recommandation devant un comité d'appel, en invoquant la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la LCDP). Le comité a rejeté l'appel pour le motif que le renvoi d'un employé qui, de son propre aveu, est incapable d'exercer ses fonctions ne peut pas être discriminatoire et que, de toute façon, il n'avait pas le pouvoir de déterminer si la recommandation était compatible avec la LCDP. La Section de première instance a accueilli la demande de contrôle judiciaire de cette décision que l'intimée avait présentée. Le juge de première instance a conclu qu'en statuant sur un appel en vertu de l'article 31 de la LEFP, le comité d'appel était tenu d'appliquer les dispositions relatives à l'emploi contenues dans la LCDP. Il a également conclu qu'étant donné qu'il y avait eu discrimination en refusant de continuer à employer l'intimée en raison de son incapacité, l'administrateur général avait l'obligation d'es-

upon the Appeal Board to examine whether the employer had done so. This was an appeal from that decision.

*Held* (Hugessen J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

*Per* Desjardins J.A.: The issue was whether section 31 of the PSEA was inconsistent with the CHRA and whether it had been modified or repealed in any way by the CHRA. Section 7 of the CHRA prohibited discrimination on the grounds of disability. Disability and incapacity are interrelated, perhaps even synonymous. So section 31 of the PSEA, as applied herein, was a case of direct discrimination. However, as applied to this case, section 31 of the PSEA contained within itself the statement of a BFOR which was perfectly compatible with the CHRA. It prescribed that the physical capability be related to the performance of the duties of the position. It mirrored perfectly paragraph 15(a) of the CHRA with respect to a BFOR. There was, therefore, no duty to accommodate on the part of the employer. Section 31 was neither inconsistent nor incompatible with the CHRA, nor modified by it. The powers of the Appeal Board remained therefore unchanged.

*Per* Robertson J.A. (concurring in the result): The Appeal Board did not have the power to interpret and apply the employment-related provisions of the CHRA. The Appeal Board was a statutory body with no inherent jurisdiction. It could decide a matter only if Parliament has expressly or impliedly conferred on it power over the parties, the subject-matter and the remedy. The subject-matter before the Appeal Board here was the interpretation and application of the employment-related provisions of the CHRA when adjudicating on a deputy head's recommendation formulated under section 31 of the PSEA. In cases of indirect discrimination, this would include a legal determination regarding the limits of accommodation and undue hardship. Unquestionably, such matters were beyond the express terms of the PSEA.

The deputy head's recommendation to release may be appealed to the Appeal Board, which can either allow or dismiss the appeal. These two options exhaust the Appeal Board's mandate. No PSEA provision expressly authorizes the Appeal Board to provide the accommodation remedy the respondent sought. Nor was there any provision in the PSEA which impliedly conferred jurisdiction on the Appeal Board to apply the CHRA.

The CHRA and its judicial interpretation did not constitute "legal directions" within the meaning of *Ahmad v. Public Service Commission* which the Appeal Board had to apply in order to fulfil its statutory mandate under section 31. The rea-

sayer de bonne foi d'accueillir la requérante et de l'aider à conserver un emploi sous peine de contravention de l'article 7 de la LCDP et qu'il incombait au comité d'appel de déterminer si l'employeur l'avait fait. Il s'agissait d'un appel de cette décision.

a

*Arrêt* (le juge Hugessen, J.C.A., dissident): l'appel doit être accueilli.

b

Le juge Desjardins, J.C.A.: Il s'agissait de savoir si l'article 31 de la LEFP était incompatible avec la LCDP et s'il avait été modifié ou abrogé d'une façon quelconque par la LCDP. L'article 7 de la LCDP interdisait une distinction illicite fondée sur la déficience. La déficience et l'incapacité sont apparentées, et peut-être même synonymes. Par conséquent, l'article 31 de la LEFP en l'occurrence était un cas de discrimination directe. Toutefois, appliqué à l'espèce, l'article 31 de la LEFP contenait en soi l'énoncé d'une EPJ qui était parfaitement compatible avec la LCDP. Il prévoyait que les qualités physiques devaient être reliées au rendement dans l'exercice des fonctions d'un poste. Il s'inscrivait parfaitement dans les dispositions de l'alinéa 15a) de la LCDP par rapport à une EPJ. Par conséquent, il n'existait aucune obligation d'accommodement de la part de l'employeur. L'article 31 n'était pas incompatible avec la LCDP et n'avait pas été modifié par cette dernière. Les pouvoirs du comité d'appel demeuraient donc intouchés.

c

d

e

f

g

h

i

j

Le juge Robertson, J.C.A. (concourant quant au résultat): Le comité d'appel n'avait pas le pouvoir d'interpréter et d'appliquer les dispositions relatives à l'emploi que contenait la LCDP. Le comité d'appel était un organisme créé par le législateur et n'avait aucun pouvoir inhérent. Il pouvait trancher une question à la seule condition que le Parlement lui ait expressément ou implicitement conféré un pouvoir à l'égard des parties, de l'objet du litige ou de la réparation envisagée. En l'espèce, l'objet du litige devant le comité d'appel touchait à l'interprétation et à l'application des dispositions relatives à l'emploi contenues dans la LCDP lorsqu'il s'agissait d'entériner la recommandation que l'administrateur général avait formulée en vertu de l'article 31 de la LEFP. En cas de discrimination indirecte, le comité devrait déterminer légalement les limites de l'accommodement et des contraintes excessives. Il ne fait aucun doute que ces déterminations dépassaient les termes exprès de la LEFP.

La recommandation de l'administrateur général de renvoyer l'employée est susceptible d'appel au comité d'appel, qui peut soit accueillir soit rejeter l'appel. Ces deux options constituent le mandat du comité d'appel. Aucune disposition de la LEFP n'autorise expressément le comité d'appel à accorder la réparation demandée par l'intimée, soit l'accommodement. De plus, aucune disposition de la LEFP ne confère implicitement au comité d'appel le pouvoir d'appliquer la LCDP.

La LCDP et son interprétation par les tribunaux ne constituaient pas une «directive légale» au sens de l'arrêt *Ahmad c. La Commission de la Fonction publique*, directive que le comité d'appel devait appliquer afin de respecter le mandat

soning of this Court in *Ahmad* did not extend the jurisdiction of the Appeal Board beyond its legislated mandate.

The thrust of the respondent's case was that the Appeal Board should have the power to apply the CHRA as a matter of policy. Pursuing the matter before the Human Rights Commission might cause lengthy delays. The inefficiency of the system cannot of itself confer jurisdiction upon a tribunal which is not expressly or impliedly authorized by Parliament. Furthermore, a Human Rights Tribunal has much broader powers to receive and call evidence than the Appeal Board.

*Per Hugessen J.A. (dissenting):* The main issue concerned the jurisdiction of the Appeal Board to entertain submissions and make inquiry regarding the deputy head's recommendation for release in the light of the employer's obligations under the CHRA.

The application of section 31 to a person who was incapable of performing the duties of his or her position by reason of disability was a classic case of indirect or "adverse effect" discrimination. It was no answer to a claim of adverse effect discrimination to say that the rule was being properly applied, for the rule itself was not in issue in such a case. The question under the CHRA was not whether the respondent was incapable but whether she was losing her employment by reason of her disability, and if so, whether the employer had fulfilled its duty to attempt to accommodate her.

Courts have often treated rules adopted under the authority of other statutes as having been implicitly modified or even repealed by Human Rights legislation. The Appeal Board's jurisdiction to entertain submissions on the question of compliance with the CHRA did not imply or require an extension of its powers to grant remedies. In the case of *Ahmad v. Public Service Commission*, it was stated that the Appeal Board had the power to decide that a deputy head's recommendation should not be acted upon where there was a "failure to apply properly some specific statutory or other legal direction." Thus, an alleged breach by the employer of one of the provisions of the CHRA governing its relations with its employees constituted a failure to apply a statutory direction. Moreover, if such breach occurred as part of the process leading to a recommendation to release an employee, it was within the cognizance of an appeal board established under section 31. Therefore, the Appeal Board improperly declined to entertain the submissions based upon the employer's alleged breach of the CHRA.

However, the Appeal Board's power was limited to allowing or dismissing the appeal. It could grant no other remedy.

conféré par le législateur en vertu de l'article 31. Le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Ahmad* n'étendait pas la compétence du comité d'appel au-delà de son mandat légal.

Essentiellement, l'intimée soutenait que le comité d'appel devait avoir le pouvoir d'appliquer la LCDP comme politique. Soumettre la question à la Commission des droits de la personne pourrait causer de longs retards. L'inefficacité du système ne peut pas en soi conférer à un tribunal administratif une compétence qui n'est pas expressément ou implicitement autorisée par le Parlement. En outre, le tribunal des droits de la personne possède des pouvoirs beaucoup plus étendus que le comité d'appel lorsqu'il s'agit d'accueillir et de rechercher des éléments de preuve.

Le juge Hugessen, J.C.A. (dissent): La principale question était liée à la compétence du comité d'appel d'entendre des observations et de faire enquête à l'égard de la recommandation de renvoi formulée par l'administrateur général à la lumière des obligations imposées à l'employeur par la LCDP.

L'application de l'article 31 à une personne qui était incapable d'exercer les fonctions de son poste en raison d'une déficience constituait un exemple classique de discrimination indirecte ou par suite d'un effet préjudiciable. On ne réglait rien en cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable en disant que la règle était dûment appliquée, parce que la règle elle-même n'était pas en litige en pareil cas. En vertu de la LCDP, il ne s'agissait pas de déterminer si l'intimée était incapable d'exercer ses fonctions, mais si elle avait perdu son emploi en raison de sa déficience et, le cas échéant, si l'employeur avait respecté son obligation d'accommodement.

Les tribunaux ont souvent jugé que des règles adoptées sous le régime d'autres lois avaient été implicitement modifiées ou même abrogées par les dispositions législatives sur les droits de la personne. La compétence du comité d'appel d'entendre des observations sur la conformité avec la LCDP n'impliquait pas et n'exigeait pas un élargissement de ses pouvoirs d'accorder une réparation. Dans l'arrêt *Ahmad c. La Commission de la Fonction publique*, il a été dit qu'un comité d'appel ne pouvait pas décider qu'il ne devait pas donner suite à une recommandation de l'administrateur général «en l'absence de mauvaise application d'une directive légale ou juridique». Par conséquent, une infraction présumée par l'employeur à l'une des dispositions de la LCDP régissant ses relations avec les employés constituait une mauvaise application d'une directive légale. En outre, si cette infraction survenait dans le cadre du processus menant à la recommandation de renvoyer l'employé, elle relevait du champ de compétence du comité d'appel établi sous le régime de l'article 31. Par conséquent, le comité d'appel a commis une erreur lorsqu'il a refusé d'entendre les observations fondées sur le présumé non-respect de la LCDP par l'employeur.

Toutefois, le comité d'appel pouvait uniquement accueillir ou rejeter l'appel. Il ne pouvait accorder aucun autre redressement.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3, 7, 15(a), 25, 41, 50(2), 66.  
*Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, ss. 106, 124. *a*  
*Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 5(d), 10 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 10), 12 (as am. *idem*, s. 11), 21 (as am. *idem*, s. 16), 31.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## CONSIDERED:

*Ahmad v. Public Service Commission*, [1974] 2 F.C. 644; (1974), 51 D.L.R. (3d) 470; 6 N.R. 287 (C.A.); *Clare v. Canada (Attorney General)*, [1993] 1 F.C. 641; (1993), 100 D.L.R. (4th) 400; 93 CLLC 14,025; 149 N.R. 303 (C.A.); *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *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; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; 91 CLLC 14,024; 122 N.R. 361; [1991] OLRB Rep 790. *d*

## REFERRED TO:

*R. v. Larsen*, [1981] 2 F.C. 199; (1980), 117 D.L.R. (3d) 377 (C.A.); *Attorney General of Canada v. Loiselle*, [1981] 2 F.C. 203 (C.A.); *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton et al.*, [1985] 2 S.C.R. 150; (1985), 21 D.L.R. (4th) 1; [1985] 6 W.W.R. 166; 38 Man. R. (2d) 1; 15 Admin. L.R. 177; 8 C.C.E.L. 105; 85 CLLC 17,020; 61 N.R. 241; *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24; (1988), 53 D.L.R. (4th) 29; 23 C.C.E.L. 15; 9 C.H.R.R. D/5359; 88 CLLC 17,024; 88 N.R. 150 (C.A.); *Niles v. Canadian National Railway Co.* (1992), 94 D.L.R. (4th) 33; 92 CLLC 17,031; 142 N.R. 188 (F.C.A.); *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 10 C.H.R.R. D/5515; 88 CLLC 17,031; *Canada (Attorney General) v. Vincer*, [1988] 1 F.C. 714; (1987), 46 D.L.R. (4th) 165; 82 N.R. 352 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373; (1990), 123 N.R. 83 (C.A.); *Pitawanakwat v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (1987), 9 C.H.R.R. D/4825; 125 N.R. 237 (F.C.A.); *Burke v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (1987), 9 C.H.R.R. D/4824; 125 N.R. 239 (F.C.A.); *Danseureau v. Canada (Public Ser-* *e*

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3, 7, 15a), 25, 41, 50(2), 66.  
*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 5d), 10 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 10), 12 (mod., *idem*, art. 11), 21 (mod., *idem*, art. 16), 31.  
*Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 106, 124. *b*

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Ahmad c. La Commission de la Fonction publique*, [1974] 2 C.F. 644; (1974), 51 D.L.R. (3d) 470; 6 N.R. 287 (C.A.); *Clare c. Canada (Procureur général)*, [1993] 1 C.F. 641; (1993), 100 D.L.R. (4th) 400; 93 CLLC 14,025; 149 N.R. 303 (C.A.); *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *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; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; 91 CLLC 14,024; 122 N.R. 361; [1991] OLRB Rep 790. *f*

## DÉCISIONS CITÉES:

*R. c. Larsen*, [1981] 2 C.F. 199; (1980), 117 D.L.R. (3d) 377 (C.A.); *Le procureur général du Canada c. Loiselle*, [1981] 2 C.F. 203 (C.A.); *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton et autre*, [1985] 2 R.C.S. 150; (1985), 21 D.L.R. (4th) 1; [1985] 6 W.W.R. 166; 38 Man. R. (2d) 1; 15 Admin. L.R. 177; 8 C.C.E.L. 105; 85 CLLC 17,020; 61 N.R. 241; *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24; (1988), 53 D.L.R. (4th) 29; 23 C.C.E.L. 15; 9 C.H.R.R. D/5359; 88 CLLC 17,024; 88 N.R. 150 (C.A.); *Niles c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada* (1992), 94 D.L.R. (4th) 33; 92 CLLC 17,031; 142 N.R. 188 (C.A.F.); *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 10 C.H.R.R. D/5515; 88 CLLC 17,031; *Canada (Procureur général) c. Vincer*, [1988] 1 C.F. 714; (1987), 46 D.L.R. (4th) 165; 82 N.R. 352 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373; (1990), 123 N.R. 83 (C.A.); *Pitawanakwat c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (1987), 9 C.H.R.R. D/4825; 125 N.R. 237 (C.A.F.); *Burke c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (1987), 9 C.H.R.R. D/4824; 125 N.R. 239 *j*

*vice Appeal Board*), [1991] 1 F.C. 444; (1990), 91 CLLC 14,010; 122 N.R. 122 (C.A.); *Canada (Minister of National Defence) v. Mongrain*, [1992] 1 F.C. 472; (1991), 135 N.R. 125 (C.A.); *Wardair Canada Inc. v. Cremona and Canadian Human Rights Commission* (1992), 146 N.R. 69 (F.C.A.); *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145; (1982), 137 D.L.R. (3d) 219; [1983] 1 W.W.R. 137; 39 B.C.L.R. 145; 82 CLLC 17,014; [1982] I.L.R. 1-1555; 43 N.R. 168; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; (1992), 9 O.R. (3d) 224; 93 D.L.R. (4th) 346; 138 N.R. 1; 55 O.A.C. 81; *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970; [1992] 6 W.W.R. 193; (1992), 71 B.C.L.R. (2d) 145; 13 B.C.A.C. 245; 141 N.R. 185.

## AUTHORS CITED

Robert, Paul. *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Le Petit Robert)*, Paris: Le Robert, 1987.

*Shorter Oxford English Dictionary*, Oxford: Clarendon Press, 1993.

APPEAL against a judgment of the Trial Division ([1993] 3 F.C. 575; (1993), 93 CLLC 17,021; 64 F.T.R. 41) allowing an application for judicial review of a decision of a Public Service Appeal Board (*MacNeill v. Department of Veterans Affairs* (1992), 12 ABD 279) dismissing an appeal, on the ground that it lacked jurisdiction to apply the employment-related provisions of the *Canadian Human Rights Act* in adjudicating an appeal against the recommendation of deputy head to release the respondent on the ground that she had become incapable of performing her duties even though this was the result of a work-related injury. Appeal allowed.

## COUNSEL:

*Brian J. Saunders* for appellant (respondent).  
*Andrew J. Raven* for respondent (applicant).

## SOLICITORS:

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

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

(C.A.F.); *Dansereau c. Canada (Comité d'appel de la fonction publique)*, [1991] 1 C.F. 444; (1990), 91 CLLC 14,010; 122 N.R. 122 (C.A.); *Canada (Ministre de la Défense nationale) c. Mongrain*, [1992] 1 C.F. 472; (1991), 135 N.R. 125 (C.A.); *Wardair Canada Inc. c. Cremona et Commission canadienne des droits de la personne* (1992), 146 N.R. 69 (C.A.F.); *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145; (1982), 137 D.L.R. (3d) 219; [1983] 1 W.W.R. 137; 39 B.C.L.R. 145; 82 CLLC 17,014; [1982] I.L.R. 1-1555; 43 N.R. 168; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; (1992), 9 O.R. (3d) 224; 93 D.L.R. (4th) 346; 138 N.R. 1; 55 O.A.C. 81; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970; [1992] 6 W.W.R. 193; (1992), 71 B.C.L.R. (2d) 145; 13 B.C.A.C. 245; 141 N.R. 185.

## DOCTRINE

Robert, Paul. *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Le Petit Robert)*, Paris: Le Robert, 1987.

*Shorter Oxford English Dictionary*, Oxford: Clarendon Press, 1993.

APPEL contre un jugement de la Section de première instance ([1993] 3 C.F. 575; (1993), 93 CLLC 17,021; 64 F.T.R. 41) accueillant une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un comité d'appel de la fonction publique (*MacNeill c. Ministère des Affaires des anciens combattants* (1992), 12 ABD 279) avait rejeté un appel, pour le motif qu'il n'avait pas compétence pour appliquer les dispositions relatives à l'emploi de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en statuant sur un appel contre la recommandation de l'administrateur général de renvoyer l'intimée pour le motif qu'elle était devenue incapable d'exercer ses fonctions, même si cette incapacité résultait de blessures subies au travail. Appel accueilli.

## AVOCATS:

*Brian J. Saunders* pour l'appelant (intimé).  
*Andrew J. Raven* pour l'intimée (requérante).

## PROCUREURS:

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

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

HUGESSEN J.A. (*dissenting*): This is an appeal against a judgment of the Trial Division [[1993] 3 F.C. 575] allowing an application for judicial review against a decision of an Appeal Board [(1992), 12 ABD 279] appointed pursuant to section 31 of the *Public Service Employment Act*.<sup>1</sup> At the relevant time that section read as follows:

31. (1) Where an employee, in the opinion of the deputy head, is incompetent in performing the duties of the position the employee occupies or is incapable of performing those duties and should be appointed to a position at a lower maximum rate of pay, or released, the deputy head may recommend to the Commission that the employee be so appointed or released, in which case the deputy head shall give notice in writing to the employee of the recommendation.

(2) Within such period after receiving a notice under subsection (1) as the Commission prescribes, the employee may appeal against the recommendation of the deputy head to a board established by the Commission to conduct an inquiry at which the employee and the deputy head, or their representatives, shall be given an opportunity to be heard.

(3) The Commission, on being notified of the decision of the board on the inquiry into a recommendation conducted pursuant to subsection (2), shall, in accordance with the decision,

(a) notify the deputy head concerned that the recommendation will not be acted on; or

(b) appoint the employee to a position at a lower maximum rate of pay, or release the employee.

(4) If no appeal is made against a recommendation of a deputy head under subsection (1), the Commission may take such action with regard to the recommendation as the Commission sees fit.

(5) The Commission may release an employee pursuant to a recommendation under this section and the employee thereupon ceases to be an employee.

The respondent, Betty MacNeill, is a long time member of the Public Service. As a result of a work-related injury, she became disabled. It is common ground that she is now incapable of performing the duties of the position to which she was appointed in the Public Service and that this incapacity flows from the above injury.

The deputy head recommended Ms. MacNeill's release pursuant to subsection 31(1) because she was incapable of performing her duties. She appealed that recommendation to an Appeal Board established pur-

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A. (*dissident*): Il s'agit d'un appel interjeté contre un jugement de la Section de première instance [[1993] 3 C.F. 575] accueillant une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par un Comité d'appel [(1992), 12 DCA 279] nommé en vertu de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*<sup>1</sup>. Au moment qui nous concerne, cet article disposait ce qui suit:

31. (1) L'administrateur général qui juge un fonctionnaire incompetent dans l'exercice des fonctions de son poste ou incapable de remplir ces fonctions peut recommander à la Commission soit le renvoi de ce fonctionnaire, soit sa rétrogradation à un poste situé dans une échelle de traitement comportant un plafond inférieur. Dans les deux cas, il en avise par écrit le fonctionnaire.

(2) Dans le délai imparti par la Commission après réception de l'avis mentionné au paragraphe (1), le fonctionnaire peut faire appel de la recommandation de l'administrateur général devant un comité chargé par la Commission de faire une enquête, au cours de laquelle les parties, ou leurs représentants, ont l'occasion de se faire entendre.

(3) Après notification de la décision du comité, la Commission, en fonction de cette dernière:

a) avertit l'administrateur général qu'il ne sera pas donné suite à sa recommandation;

b) rétrograde ou renvoie le fonctionnaire.

(4) En l'absence d'appel, la Commission peut prendre, à l'égard de la recommandation, toute mesure qu'elle estime opportune.

(5) La Commission peut renvoyer un fonctionnaire en application d'une recommandation fondée sur le présent article; le fonctionnaire perd dès lors sa qualité de fonctionnaire.

L'intimée, Betty MacNeill, est fonctionnaire depuis de nombreuses années. Par suite d'une blessure subie au travail, elle présente une déficience. Les parties s'entendent sur le fait qu'elle est dorénavant incapable d'exercer les fonctions du poste pour lequel elle a été nommée dans la fonction publique et que cette incapacité découle de la blessure susmentionnée.

L'administrateur général a recommandé le renvoi de M<sup>me</sup> MacNeill conformément au paragraphe 31(1) parce qu'elle est incapable d'exercer ses fonctions. M<sup>me</sup> MacNeill a contesté cette recommandation

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. P-33.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. P-33.



suant to subsection 31(2). It was her position before the Appeal Board that the employer was in fact proposing to refuse to continue to employ her on the ground of her physical disability contrary to section 7 and subsection 3(1) of the *Canadian Human Rights Act* (hereinafter CHRA).<sup>2</sup> Accordingly, Ms. MacNeill maintained, the employer's right to release her was subject to the "duty to accommodate" and it had failed in this duty.

The Appeal Board dismissed the appeal on the grounds that the release of an employee who is admittedly incapable of performing his or her duties cannot be discriminatory and that in any event the Board did not have the jurisdiction to enter into the question as to whether the recommendation to release her was contrary to the CHRA. The Board refused to inquire into whether the employer had any duty to accommodate and into what the content of such duty might be in the circumstances. It said [at pages 300-301]:

While I think there can be no doubt that the *Canadian Human Rights Act* is of a nature such as to give it status beyond that of ordinary legislation, that in itself does not lead me to the conclusion that I must temper my inherited understanding of section 31 of the *Public Service Employment Act* in the manner suggested to me.

Furthermore, and in any event, I am unable to find in the extensive evidence before me basis for holding that the Department has acted either in bad faith or in such a manner as to discriminate against the appellant (as discrimination would be understood within the context of the *Canadian Human Rights Act*) in arriving at its conclusion that Miss MacNeill is incapable of carrying out the duties of her position, and has been for some time and indeed continues to be. It seems to me that no charge of discrimination—with respect to the recommendation for release itself—can withstand scrutiny because both the appellant herself and her representative were in agree-

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. H-6.

Section 7 reads as follows:

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

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

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

on a prohibited ground of discrimination.

Subsection 3(1) lists "disability" as a prohibited ground of discrimination.

devant un Comité d'appel établi en vertu du paragraphe 31(2). D'après les arguments présentés par l'intimée au Comité d'appel, l'employeur proposait en fait de refuser de continuer à l'employer en raison d'une déficience physique, ce qui est contraire à l'article 7 et au paragraphe 3(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la LCDP)<sup>2</sup>. Par conséquent, M<sup>me</sup> MacNeill a soutenu que le droit de l'employeur de la renvoyer était assujéti à une obligation d'accommodement qu'il n'avait pas respectée.

Le Comité d'appel a rejeté l'appel sur le fondement que le renvoi d'un employé qui, de son propre aveu, est incapable d'exercer ses fonctions ne peut être discriminatoire et que, de toute façon, le Comité n'avait pas le pouvoir de déterminer si la recommandation était ou non compatible avec la LCDP. Le Comité a refusé de s'interroger sur l'existence d'une obligation d'accommodement de la part de l'employeur et du contenu de cette obligation en de telles circonstances. Il s'est prononcé de la façon suivante [aux pages 300 et 301]:

Le fait aucun doute selon moi que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est d'une nature spéciale et a une portée plus grande que les lois ordinaires. Cependant, ce point ne suffit pas en soi pour que je décide de modifier, de la manière qui m'a été suggérée, mon interprétation de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, interprétation généralement reconnue.

De plus, et de toute façon, je ne peux conclure, en me basant sur la preuve détaillée qui m'a été présentée, que le ministère a agi de mauvaise foi ou a fait preuve de discrimination envers l'appelante (au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*) en concluant que M<sup>me</sup> MacNeill était et demeure incapable de remplir les fonctions de son poste. Il me semble qu'aucune accusation de discrimination, en ce qui concerne précisément la recommandation visant le renvoi de l'appelante, ne résisterait à un examen minutieux, puisque le représentant de l'appelante et M<sup>me</sup> MacNeill elle-même sont d'accord avec le ministère sur le fond de la question: M<sup>me</sup> MacNeill est, de

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), ch. H-6.

Voici le texte de l'article 7:

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

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

b) de le défavoriser en cours d'emploi.

La «déficience» figure au paragraphe 3(1) à titre de motif de distinction illicite.

ment that the fact of the matter was that Miss MacNeill is certainly unable to carry out the duties of the position to which she was earlier appointed and from which her release on the grounds of such incapacity was now being recommended.

I cannot then see the present recommendation as open to the characterization of discriminatory given the option available to the Department *per* section 31. It seems to me that a recommendation under this section cannot be perceived as discriminatory when all parties are in clear agreement that Miss MacNeill is unable to carry out the duties involved, particularly when it is borne in mind that the pervasive tenor of the *Public Service Employment Act* is appointment and promotion based upon merit.

An appeal board appointed in response to an appeal being brought, under section 31 of the *Public Service Employment Act*, against a recommendation for release such as the instant one has not the scope to entertain outcomes beyond either upholding or rejecting the recommendation following an inquiry into the matter. In judgements such as *Weyer*, *The Queen v. St-Hilaire, Loiselle and Larsen* (all cited above), the Federal Court of Appeal has been unequivocal on this issue. In other words, whether or not Miss MacNeill might—for instance—have reasonably been placed in another job, the duties of which she might better have been able to undertake, is not a possibility that I am free to consider in weighing whether or not the instant recommendation should be acted upon.

This leads me to the second thread of argument interwoven by Mr. MacDonald into his case fabric. Whether or not Miss MacNeill has been discriminated against as that discrimination would be understood under the auspices of the *Canadian Human Rights Act* is something not within my jurisdiction to consider. It may be, as Mr. MacDonald seems earnestly to believe, that the appellant has been—in some significant sense of the term—discriminated against by one or other of the Department's actions. Whether that has in fact occurred is something for someone else to adjudge in another arena. An avenue might be that apparently travelled in the *Boucher* decision of a Canadian Human Rights Tribunal that Mr. MacDonald drew to my attention. I cannot, of course, presume to predict what such a tribunal might say faced with some or all of the present evidence, but I mention the matter simply to suggest that further avenues of redress may well be available to the appellant.

From the foregoing it is apparent that I cannot agree with Mr. MacDonald's contention than an Appeal Board must intervene against what he would want me to perceive as discrimination in the application of section 31 of the *Public Service Employment Act*. While it may well be accurate to characterize the *Canadian Human Rights Act* as other than ordinary legislation, such characterization fails in my respectful opinion to lead me to the view that a recommendation brought under section 31—and one for which all parties involved would appear to agree with the underlying substantive rationale—must be rejected simply because aspects of the department's behaviour might

toute évidence, incapable de remplir les fonctions du poste auquel elle a été nommée et à l'égard duquel son renvoi pour incapacité a été recommandé.

a Par conséquent, je ne peux considérer que la recommandation en cause peut être qualifiée de discriminatoire, eu égard à la décision que le ministère est en droit de prendre conformément à l'article 31. Il me semble qu'une recommandation faite en application de cet article ne peut être perçue comme étant discriminatoire lorsque toutes les parties ont clairement convenu que M<sup>me</sup> MacNeill est incapable de remplir les fonctions de son poste, surtout si on considère que la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* prévoit essentiellement que les nominations et les promotions doivent se faire selon le principe du mérite.

c Un Comité d'appel convoqué pour entendre un appel interjeté en vertu de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* contre une recommandation visant un renvoi, comme dans le présent cas, ne peut que confirmer ou rejeter la recommandation après avoir examiné à fond la question; il n'a pas compétence pour considérer d'autres possibilités. Dans les arrêts *Weyer*, *La Reine c. St-Hilaire, Loiselle et Larsen* (tous cités), la Cour d'appel fédérale a été catégorique sur ce point. Autrement dit, pour décider si la recommandation en cause devrait ou non être appliquée, je ne peux me demander, par exemple, si M<sup>me</sup> MacNeill aurait pu être nommée à un autre poste dont elle aurait peut-être été capable de remplir les fonctions.

f Cela nous amène au second pilier de l'argumentation complexe de M. MacDonald, c'est-à-dire que M<sup>me</sup> MacNeill aurait été victime de discrimination au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Je dois préciser que l'examen de cette question n'est pas de mon ressort. Il est possible, et M. MacDonald semble en être convaincu, qu'une ou plusieurs des mesures prises par le ministère aient constitué une forme de discrimination. Y a-t-il eu en fait discrimination? Ce n'est pas à moi d'en juger puisque cette question ne relève pas de ma compétence. Une avenue possible est peut-être celle qui semble avoir été explorée dans la décision *Boucher*, rendu par le Tribunal des droits de la personne, que M. MacDonald a portée à mon attention. Il va sans dire que je ne peux prédire ce que ce tribunal aurait dit face à l'ensemble de la preuve présentée ici, mais je fais mention de cette affaire dans le but de laisser entendre à l'appelante que d'autres recours s'offrent à elle.

i Par conséquent, il est évident que je ne partage pas l'opinion de M. MacDonald selon laquelle un comité d'appel doit intervenir face à ce qu'il voudrait que je perçoive comme un acte discriminatoire dans l'application de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. Même s'il est permis de croire que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* se distingue des lois ordinaires, à mon humble avis, cette distinction n'implique pas qu'il faille rejeter une recommandation faite en application de l'article 31—recommandation appuyée sur des faits sur lesquels toutes les parties semblent s'entendre—simplement parce qu'il est concevable que certains aspects

conceivably be tarred with the brush of discrimination as that might be understood in an action brought under the provisions of the *Canadian Human Rights Act*. [Emphasis added.]

Ms. MacNeill's application for judicial review was, as I have indicated, accepted by the Trial Division. The Judge was of the view that the Appeal Board had the requisite jurisdiction. He said [at page 604]:

The function of the Board on appeal is to review the deputy head's conduct leading to, and in, the recommendation to release the applicant, to determine whether it be lawful conduct in formulating a lawful proper recommendation. Had the Board member only assessed the evidence of what appears to be some effort by the deputy head to accommodate the physically incapable applicant pursuant to the CHRA's requirements, then this Court would probably be dismissing this application. Instead, the Board rejected the applicant's proper invitation to do that. In such rejection resides a reviewable error.

It seems that the respondent's view is that the Act and the CHRA exist and operate in two hermetically sealed, watertight compartments, as if two solitudes. What clearly connects their existence and operation are the fact that those who carry out the administration and functions of the *Public Service Employment Act* are bound, like their royal patron by the provisions—especially the employment provisions—of the *Canadian Human Rights Act*.

The principal question raised by this appeal has to do with the jurisdiction of the Appeal Board to entertain submissions and make inquiry regarding the deputy head's recommendation for release in the light of the employer's obligations under the CHRA.

While it is common ground that the employer is subject to the provisions of the CHRA, there is also an underlying disagreement between the parties as to whether the application of the "release" provisions of section 31 of the *Public Service Employment Act*, *supra* is in itself capable of constituting a discriminatory practice within the meaning of the CHRA. As indicated, the Board found it was not. Since a negative answer to that question would render the principal question moot, and since in any event an understanding of the nature of the alleged discrimination is helpful to a discussion of the powers of the Appeal

du comportement du ministère puissent être assimilés à des actes discriminatoires, au sens où on pourrait l'entendre dans une action intentée en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. [Non souligné dans l'original.]

<sup>a</sup> La demande de contrôle judiciaire présentée par Mme MacNeill a été accueillie par la Section de première instance. Le juge était d'avis que le Comité d'appel possédait la compétence nécessaire. Il a déclaré ce qui suit [à la page 604]:

<sup>b</sup> Le Comité d'appel a une fonction d'examen aussi bien vis-à-vis de la conduite de l'administrateur général ayant abouti à la recommandation de renvoi visant la requérante que de la recommandation elle-même, afin de vérifier si une recommandation conforme à la loi a suivi des comportements, eux aussi, conformes à la loi. Si le membre du Comité avait tenu compte de la preuve de ce qui semblerait constituer, de la part de l'administrateur général, un certain effort en vue d'accommoder les fonctions du poste à l'incapacité physique de la requérante, ainsi que le prévoit les dispositions de la LCDP, il est probable que la Cour rejetterait la requête. Mais, le Comité a refusé de faire cela même qu'à juste titre lui demandait la requérante. C'est ce refus qui constitue une erreur justifiant examen.

<sup>c</sup> L'intimé semble considérer que la Loi et la LCDP existent et fonctionnent chacune dans son compartiment hermétique, un peu comme deux solitudes. Ce qui relie nettement leurs deux existences et leur fonctionnement c'est que ceux qui assurent l'administration de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* et qui exercent les fonctions qui y sont inscrites sont liés, comme leur royal protecteur, par les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et en particulier par les dispositions en matière d'emploi.

<sup>d</sup> La principale question soulevée par le présent pourvoi est liée à la compétence du Comité d'appel d'entendre des observations et de faire une enquête à l'égard de la recommandation de renvoi formulée par l'administrateur général à la lumière des obligations de l'employeur en vertu de la LCDP.

<sup>e</sup> Bien que nul ne conteste le fait que l'employeur soit assujéti aux dispositions de la LCDP, les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir si l'application des dispositions de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, précitée, relatives au renvoi peut elle-même être assimilée à une pratique discriminatoire aux termes de la LCDP. Comme je l'ai indiqué, le Comité d'appel a répondu par la négative. Cette réponse négative enlève tout bien-fondé à la question principale et puisque, de toute façon, il est utile de comprendre la nature de la discrimination reprochée pour discuter des pouvoirs du

Board, I think it is convenient to deal with that issue first.

In my view, the application of section 31 to a person who is incapable of performing the duties of their position by reason of disability is a classic case of indirect or "adverse effect" discrimination. That type of discrimination was described in the seminal case of *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.* (the *O'Malley case*)<sup>3</sup> by McIntyre J. as follows (at page 551):

A distinction must be made between what I would describe as direct discrimination and the concept already referred to as adverse effect discrimination in connection with employment. Direct discrimination occurs in this connection where an employer adopts a practice or rule which on its face discriminates on a prohibited ground. For example, "No Catholics or no women or no blacks employed here." There is, of course, no disagreement in the case at bar that direct discrimination of that nature would contravene the Act. On the other hand, there is the concept of adverse effect discrimination. It arises where an employer for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristic of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force. For essentially the same reasons that led to the conclusion that an intent to discriminate was not required as an element of discrimination contravening the Code I am of the opinion that this Court may consider adverse effect discrimination as described in these reasons a contradiction of the terms of the Code. An employment rule honestly made for sound economic or business reasons, equally applicable to all to whom it is intended to apply, may yet be discriminatory if it affects a person or group of persons differently from others to whom it may apply. [Emphasis added.]

That definition was further refined by Wilson J. in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)* (at pages 514-515):<sup>4</sup>

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

<sup>3</sup> [1985] 2 S.C.R. 536.

<sup>4</sup> [1990] 2 S.C.R. 489.

Comité d'appel, j'estime qu'il y a lieu d'aborder cette question en premier lieu.

À mon sens, l'application de l'article 31 à une personne qui est incapable d'exercer les fonctions de son poste en raison d'une déficience constitue un exemple classique de discrimination indirecte ou de discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Ce genre de discrimination était décrit dans l'arrêt déterminant *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres* (l'affaire *O'Malley*)<sup>3</sup> par le juge McIntyre (à la page 551):

On doit faire la distinction entre ce que je qualifierais de discrimination directe et ce qu'on a déjà désigné comme le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable en matière d'emploi. À cet égard, il y a discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé. Par exemple, «Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir». En l'espèce, il est évident que personne ne conteste que la discrimination directe de cette nature contrevient à la Loi. D'autre part, il y a le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés. Essentiellement pour les mêmes raisons qui sous-tendent la conclusion que l'intention d'établir une distinction n'est pas un élément nécessaire de la discrimination proscrite par le Code, je suis d'avis que cette Cour peut considérer que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, décrite dans les présents motifs, contrevient au Code. Une condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires, également applicable à tous ceux qu'elle vise, peut quand même être discriminatoire si elle touche une personne ou un groupe de personnes d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer. [Non souligné dans l'original.]

Cette définition a été précisée par le juge Wilson dans *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*<sup>4</sup> (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 justi-

<sup>3</sup> [1985] 2 R.C.S. 536.

<sup>4</sup> [1990] 2 R.C.S. 489.

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 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. [Emphasis added.]

As I understand the distinction, a rule is said to be directly discriminatory if its application will always result in discrimination on a prohibited ground: everyone to whom the rule applies is in one of the categories which the law seeks to protect. A rule is indirectly discriminatory if only some of its applications produce a discriminatory adverse effect on a prohibited ground.

Section 31 is on its face entirely neutral. It embodies the simple common sense rule that an employee must be capable of performing at least the minimum requirements of his or her position. The employer may "release", i.e. refuse to continue to employ, a person who is incapable of doing the duties for which they were hired. But incapacity is not synonymous with disability for it may have any number of causes unrelated to physical or mental conditions. The employee may be imprisoned or physically detained. He or she may have lost some professional license or qualification which is a prerequisite to the performance of the duties of the position (e.g. a truck driver being disqualified from driving, a lawyer failing to maintain membership at the Bar). So the rule does not discriminate directly. But where the cause of the employee's incapacity itself constitutes a prohibited ground of discrimination, as it does in the case of disability, the rule will have a discriminatory adverse effect on the employee in question. The employer is

fiable, 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 fondement 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 des contraintes excessives. [Non souligné dans l'original.]

Voici comment j'interprète la distinction: une règle constitue de la discrimination directe si son application entraîne toujours une distinction pour un motif illicite: tous ceux qui sont assujettis à la règle font partie d'une des catégories que le législateur cherche à protéger. Par ailleurs, une règle sera indirectement discriminatoire si seulement quelques-unes de ces applications ont un effet discriminatoire préjudiciable pour un motif prohibé.

À première vue, l'article 31 est tout à fait neutre, puisqu'il concrétise la simple règle, appuyée sur le sens commun, selon laquelle l'employé doit être capable d'exécuter au moins les fonctions minimales de son poste. L'employeur peut «renvoyer», c'est-à-dire refuser de continuer d'employer, une personne qui est incapable d'exercer les fonctions pour lesquelles elle a été embauchée. Mais l'incapacité n'est pas une déficience, puisqu'elle peut être attribuable à un certain nombre de motifs indépendants de l'état physique ou mental. L'employé peut être emprisonné ou détenu physiquement. Il peut avoir perdu son permis d'exercice ou ses qualifications professionnelles qui sont des conditions préalables pour l'exercice des fonctions de son poste (par exemple, le conducteur de camion qui perd son permis de conduire ou l'avocat qui est radié du Barreau). La règle ne constitue pas alors de la discrimination directe. Par contre, si la cause de l'incapacité de l'employée constitue un motif de distinction illicite, comme c'est le cas s'il

refusing to continue to employ that person on the ground of that person's disability.

Thus, in *Canada (Minister of National Defence) v. Mongrain*,<sup>5</sup> this Court had to deal with an apparently neutral rule which was very similar to that found in subsection 31(1): the employer required the employee to be available for work. However, the application of that apparently neutral and common sense rule to a pregnant employee who was otherwise entitled to unpaid maternity leave was found to result in adverse effect discrimination on the ground of sex.

Furthermore, it is no answer to a claim of adverse effect discrimination to say that the rule is being properly applied, for the rule itself is not in issue in such a case. By definition a neutral employment rule is capable of being applied to some employees without discriminatory effect. But when the proper application of the rule produces an adverse impact on certain persons or groups whom Parliament has deemed in need of special protection it will be judged discriminatory and will trigger a duty on the part of the employer to attempt to accommodate the protected person or group.<sup>6</sup>

Thus, Ms. MacNeill's admission that she is incapable of performing the duties of her position does not, as the Appeal Board seems to have thought, prevent her from being a victim of a discriminatory refusal to continue to employ her. The question under the CHRA is not whether she is incapable but whether

<sup>5</sup> [1992] 1 F.C. 472 (C.A.).

<sup>6</sup> It may be noted in passing that there is a distinction, subtle almost to the point of invisibility, between the duty to accommodate, in cases of adverse effect discrimination, and the duty to consider individual testing which will frequently be part of the good faith requirement of a BFOR defence in cases where the rule is directly discriminatory: See *Wardair Canada Inc. v. Cremona and Canadian Human Rights Commission* (1992), 146 N.R. 69 (F.C.A.). The distinction is of no consequence here since we are dealing with adverse effect discrimination and no BFOR defence is available.

s'agit d'une déficience, la règle deviendra un acte discriminatoire par suite d'un effet préjudiciable sur l'employé en question. L'employeur refuse de continuer d'employer cette personne en raison de la déficience.

Dans l'affaire *Canada (Ministre de la Défense nationale) c. Mongrain*<sup>5</sup>, la Cour a été saisie d'une règle apparemment neutre qui était très semblable à celle qui est énoncée au paragraphe 31(1): l'employeur exigeait que l'employé soit disponible pour travailler. Toutefois, l'application de cette règle apparemment neutre et sensée à une employée enceinte qui pouvait par ailleurs se prévaloir d'un congé de maternité sans solde a été jugée comme un acte discriminatoire par suite d'un effet préjudiciable en raison du sexe de la personne.

En outre, on ne règle rien en cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable en invoquant que la règle est dûment appliquée, parce que la règle elle-même n'est pas en litige en l'espèce. Par définition, une règle d'emploi neutre peut être appliquée à certains employés sans avoir d'effet discriminatoire. Toutefois, quand l'application en bonne et due forme de cette même règle a un effet préjudiciable sur certaines personnes ou sur certains groupes qui, selon le Parlement, ont besoin d'une protection spéciale, elle sera jugée discriminatoire et engendrera, de la part de l'employeur, une obligation d'accommodement à l'égard de la personne ou du groupe protégé<sup>6</sup>.

Ce n'est pas parce que M<sup>me</sup> MacNeill a avoué être incapable d'exécuter les fonctions de son poste qu'elle peut être victime de discrimination, comme le Comité d'appel semble l'avoir pensé, lorsqu'on a refusé de continuer à l'employer. En vertu de la LCDP, il ne s'agit pas de déterminer si elle est inca-

<sup>5</sup> [1992] 1 C.F. 472 (C.A.).

<sup>6</sup> Notons en passant qu'il existe une distinction, subtile au point d'être invisible, entre l'obligation d'accommodement dans le cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable et l'obligation d'effectuer des examens individuels qui devra souvent être satisfaite pour que l'employeur puisse invoquer sa bonne foi et l'existence d'une exigence professionnelle justifiée lorsque la règle est directement discriminatoire: voir *Wardair Canada Inc. c. Cremona et Commission canadienne des droits de la personne* (1992), 146 N.R. 69 (C.A.F.). Cette distinction est sans conséquence ici puisque nous faisons face à une discrimination par suite d'un effet préjudiciable et qu'aucune défense s'appuyant sur une EPJ n'est possible.

she is losing her employment by reason of her disability, and if so, whether the employer has fulfilled its duty to attempt to accommodate her. The law does not require that employers hire or continue to employ persons who are or have become disabled; it does, however, oblige them to examine whether an appropriate and not unduly burdensome change in the work environment would allow such persons to do, or to continue doing, their job. In the context of the present case one possible way of accommodating Ms. MacNeill might be by trying to find her alternative employment which she is capable of doing. As indicated, the Appeal Board refused even to look at the question.

This brings me to the principal question for decision outlined above. Does the Board have the jurisdiction to entertain a submission that the employer's recommendation for release is made in contravention of its obligations under the CHRA?

At the outset, I would observe that examples are not wanting in recent case law of courts treating rules which have been adopted in or under the authority of other statutes as having been implicitly modified or even repealed by Human Rights legislation: see *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*<sup>7</sup>; *Canada (Attorney General) v. Druken*;<sup>8</sup> *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*.<sup>9</sup> This is hardly surprising given the acknowledged primacy of the Human Rights legislation and the stated intention of the CHRA to "extend" the laws of Canada in order to proscribe discriminatory practices. While that fact does not in itself enlarge the powers of appeal boards constituted under the *Public Service Employment Act*, it is an important part of the context within which that question must be studied.

I would further note that the question raised on this appeal is solely as to the Appeal Board's jurisdiction to entertain submissions on the question of compliance with the CHRA. Such a jurisdiction does not

pable d'exercer ses fonctions mais bien de voir si elle perd son emploi en raison de sa déficience et, le cas échéant, de décider si l'employeur a respecté son obligation d'accommodement. Le législateur n'exige pas de l'employeur qu'il embauche ou continue d'employer des personnes qui présentent une déficience; par contre, il l'oblige à déterminer si une modification appropriée du milieu de travail et qui ne cause pas de contraintes excessives pourrait permettre à ces personnes de faire leur travail. En l'espèce, il aurait été possible d'accommoder M<sup>me</sup> MacNeill en essayant de lui trouver un autre emploi qu'elle était capable d'exercer. Comme je l'ai indiqué, le Comité d'appel a refusé même d'envisager cette question.

Voilà qui m'amène à la question principale que j'ai soulignée ci-dessus. Le Comité d'appel avait-il la compétence voulue pour entendre l'observation selon laquelle la recommandation de renvoi de l'employeur était contraire aux obligations de celui-ci en vertu de la LCDP?

Je signalerai d'abord que les exemples abondent dans la jurisprudence récente où les tribunaux ont jugé que des règles adoptées sous le régime d'autres lois ont été implicitement modifiées ou même abrogées par les dispositions législatives sur les droits de la personne: voir *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*<sup>7</sup>; *Canada (Procureur général) c. Druken*<sup>8</sup>; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*<sup>9</sup>. Ce phénomène n'est pas surprenant compte tenu de la prééminence reconnue aux textes législatifs en matière de droits de la personne et de l'intention expresse de la LCDP de «s'appliquer» à toutes les lois du Canada afin de proscrire les pratiques discriminatoires. Bien que ce fait n'élargisse pas en soi les pouvoirs des comités d'appel constitués en vertu de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, il constitue une partie importante du contexte dans lequel la question doit être étudiée.

Je préciserai en outre que la question soulevée dans le cadre du présent pourvoi tient uniquement à la compétence du Comité d'appel d'entendre des observations sur la conformité avec la LCDP. Une

<sup>7</sup> [1982] 2 S.C.R. 145.

<sup>8</sup> [1989] 2 F.C. 24 (C.A.).

<sup>9</sup> [1992] 2 S.C.R. 321.

<sup>7</sup> [1982] 2 R.C.S. 145.

<sup>8</sup> [1989] 2 C.F. 24 (C.A.).

<sup>9</sup> [1992] 2 R.C.S. 321.

imply or require an extension of the Appeal Board's powers to grant remedies. The CHRA contains its own remedial mechanisms and there is nothing in the statute which suggests an expansion of the power of a purely domestic tribunal such as the Appeal Board so as to enable it to do the kinds of things that a Human Rights Tribunal is authorized to do.

The leading decision on the scope of an Appeal Board's inquiry is the case of *Ahmad v. Public Service Commission*<sup>10</sup> where Jockett C.J. said (at pages 646-647):

Whether or not a person is competent or incompetent for a post is a matter of opinion, and, in the absence of any special legal direction, all that the law can imply with regard thereto is that it must be honestly formed, and that it must, in the first instance at least, be based upon the observation, by those under whom he works, of the manner in which the person whose competence is in question carries out his duties. In particular circumstances, rough and ready rules of thumb may be adopted by such persons as an aid to the formation of the required opinion; but, in my view, in the absence of

- (a) some failure to apply properly some specific statutory or other legal direction, or
- (b) proof of bad faith on the part of those whose observations and judgment are in question,

a board of review established under section 31 would not be justified in deciding that a deputy head's recommendation should not be acted upon unless it had before it material that satisfied it, as a matter of fact, that the deputy head was wrong in forming the opinion that the person in question was "incompetent in performing the duties of the position he occupies."

*Ahmad* was, of course, a case of release for incompetence rather than incapacity but, in my view, the reference to "failure to apply properly some specific statutory or other legal direction" is virtually determinative of the issue in this case. Clearly, the Appeal Board has the power to determine whether the *Public Service Employment Act* itself has been complied with. Indeed, one of the Board's principal concerns (and this is the case with boards established under section 21 [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 16] as well) is respect for the merit principle enshrined in section 10 [as am. *idem*, s. 10]. As we have seen, however, the CHRA "extends" and implicitly amends the *Pub-*

<sup>10</sup> [1974] 2 F.C. 644 (C.A.).

telle compétence n'implique ni n'exige un élargissement des pouvoirs du Comité d'appel d'accorder réparation. La LCDP contient ses propres mécanismes de redressement et rien dans ce texte législatif ne permet d'étendre le pouvoir d'un tribunal purement interne comme un comité d'appel pour que celui-ci puisse faire des choses qu'un tribunal des droits de la personne est autorisé à faire.

La décision déterminante sur la portée de l'enquête menée par le Comité d'appel est l'arrêt *Ahmad c. La Commission de la Fonction publique*<sup>10</sup>, où le juge en chef Jockett a déclaré ce qui suit (aux pages 646 et 647):

Qu'une personne soit compétente ou incompétente pour un poste est une question d'opinion; en l'absence de directives juridiques spéciales, tout ce qu'on peut légalement demander à ce sujet est que l'opinion ait été formée d'une manière honnête et que, au départ au moins, elle soit fondée sur l'observation par les supérieurs hiérarchiques de la personne dont la compétence est mise en question, de la façon dont cette dernière remplit ses fonctions. Dans des circonstances particulières, ces personnes peuvent utiliser des règles empiriques rudimentaires et toutes faites comme guide pour parvenir à l'opinion requise; mais à mon avis, en l'absence

- a) de mauvaise application d'une directive légale ou juridique ou
- b) de la preuve de mauvaise foi de la part de ceux dont les observations et le jugement sont en cause,

un comité de révision établi conformément à l'article 31 ne pourrait pas à bon droit décider qu'il ne doit donner aucune suite à une recommandation d'un sous-chef à moins qu'on ne lui ait soumis des documents pertinents, établissant effectivement que le sous-chef a eu tort d'estimer que l'employé en question était «incompétent dans l'exercice des fonctions de son poste».

L'affaire *Ahmad* portait sur un renvoi pour incompetence plutôt que pour incapacité mais, à mon avis, l'expression «en l'absence de mauvaise application d'une directive légale ou juridique» permet virtuellement de trancher la question en l'espèce. Il est clair que le Comité d'appel a le pouvoir de déterminer si la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* a été respectée. De fait, une des principales préoccupations du Comité (et c'est le cas du comité constitué en vertu de l'article 21 [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 16]) est le respect du principe du mérite enchâssé à l'article 10 [mod., *idem*, art. 10]. Comme nous l'avons vu, toutefois, la LCDP «étend» et modifie implicite-

<sup>10</sup> [1974] 2 C.F. 644 (C.A.).



*lic Service Employment Act*. Thus, an alleged breach by the employer of one of the provisions of the CHRA governing its relations with its employees constitutes a failure to apply a statutory direction. Moreover, if such breach occurs as part of the process leading to a recommendation to release an employee, it is within the cognizance of an appeal board established under section 31.

The dispositions which an appeal board may make on an appeal under section 31 are restricted to allowing or dismissing the appeal. That was laid down by this Court in the decision in *R. v. Larsen*.<sup>11</sup> The following passage from the reasons of Pratte J.A., at pages 201-202, is taken from the French text (the original) since the English translation is at best ambiguous and at worst misleading\*:

<sup>11</sup> [1981] 2 F.C. 199 (C.A.).

\* The last phrase of subsection 31(3) refers indirectly to the decisions that an appeal board is authorized to make:

... upon being notified of the board's decision on the inquiry the Commission shall,

(a) notify the deputy head concerned that his recommendation will not be acted upon, or

(b) appoint the employee to a position at a lower maximum rate of pay, or release the employee,

accordingly as the decision of the board requires.

In the case at bar the maker of the decision *a quo* interpreted this as conferring on it the authority to render one of three decisions:

1. to order that the recommendation not be acted upon,
2. to order that the employee be appointed to another position, or
3. to order that the employee be released.

This interpretation should not, in my opinion, be upheld. The last phrase in subsection 31(3) does not describe the decisions a board may render; rather it sets forth what must be done by the Commission following a decision of the board. It may either allow the appeal or dismiss it. These are the two possibilities to which paragraphs 31(3)(a) and (b) refer. If the board allows the appeal, the Commission must, according to paragraph 9(a), "notify the deputy head concerned that his recommendation will not be acted upon"; if the board dismissed the appeal, the Commission must then, as stated in paragraph (b), act upon the recommendation made by the deputy head, either by releasing the employee, or by appointing him to a lower position, depending on the nature of the recommendation. [Emphasis added.]

ment la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. Par conséquent, une infraction présumée par l'employeur à une des dispositions de la LCDP régissant ses relations avec ses employés constitue une mauvaise application d'une directive légale. En outre, si cette infraction survient dans le cadre du processus menant à la recommandation du renvoi d'un employé, elle relève du champ de compétence du comité d'appel établi sous le régime de l'article 31.

Les décisions que peut prendre le comité d'appel dans le cadre d'un appel interjeté en vertu de l'article 31 sont limitées: il peut accueillir ou rejeter l'appel tout simplement. Ces restrictions ont été établies par la Cour dans l'affaire *R. c. Larsen*<sup>11</sup>. Voici un passage des motifs du juge Pratte, J.C.A., qu'on retrouve aux pages 201 et 202, cités dans leur version française originale puisque la traduction anglaise est au mieux ambiguë et au pire trompeuse\*:

<sup>11</sup> [1981] 2 C.F. 199 (C.A.).

\* The last phrase of subsection 31(3) refers indirectly to the decisions that an appeal board is authorized to make:

... upon being notified of the board's decision on the inquiry the Commission shall,

(a) notify the deputy head concerned that his recommendation will not be acted upon, or

(b) appoint the employee to a position at a lower maximum rate of pay, or release the employee,

accordingly as the decision of the board requires.

In the case at bar the maker of the decision *a quo* interpreted this as conferring on it the authority to render one of three decisions:

1. to order that the recommendation not be acted upon,
2. to order that the employee be appointed to another position, or
3. to order that the employee be released.

This interpretation should not, in my opinion, be upheld. The last phrase in subsection 31(3) does not describe the decisions a board may render; rather it sets forth what must be done by the Commission following a decision of the board. It may either allow the appeal or dismiss it. These are the two possibilities to which paragraphs 31(3)(a) and (b) refer. If the board allows the appeal, the Commission must, according to paragraph 9(a), "notify the deputy head concerned that his recommendation will not be acted upon"; if the board dismissed the appeal, the Commission must then, as stated in paragraph (b), act upon the recommendation made by the deputy head, either by releasing the employee, or by appointing him to a lower position, depending on the nature of the recommendation. [Non souligné dans l'original.]

*La dernière phrase du paragraphe 31(3) réfère de façon indirecte aux décisions qu'un Comité d'appel est habilité à prendre:*

*La Commission doit, après avoir été informée de la décision du comité par suite de l'enquête,*

- a) avertir le sous-chef en cause qu'il ne sera pas donné suite à sa recommandation, ou*
- b) nommer l'employé à un poste avec un traitement maximum inférieur ou le renvoyer,*

*selon ce qu'a décidé le comité.*

*En l'espèce, l'auteur de la décision attaquée a interprété ce texte comme lui conférant le pouvoir de rendre l'une ou l'autre de trois décisions:*

- 1. ordonner qu'on ne donne pas suite à la recommandation,*
- 2. ordonner qu'on nomme l'employé à un autre poste, ou*
- 3. ordonner que l'employé soit renvoyé.*

*Cette interprétation ne doit pas, à mon avis, être retenue. La dernière phrase du paragraphe 31(3) ne décrit pas les décisions qu'un Comité peut rendre; elle prescrit plutôt ce que doit faire la Commission suite à la décision du Comité. Or, cette décision peut soit faire droit à l'appel, soit le rejeter. C'est à ces deux hypothèses que réfèrent les alinéas 31(3)a) et b). Si le Comité fait droit à l'appel, la Commission doit, suivant l'alinéa a), "avertir le sous-chef en cause qu'il ne sera pas donné suite à sa recommandation"; si le Comité rejette l'appel, la Commission doit alors, comme le dit l'alinéa b), donner suite à la recommandation faite par le sous-chef soit en renvoyant l'employé, soit en le nommant à un poste inférieur selon la nature de la recommandation. [Emphasis added.]*

Accordingly, if an appeal board comes to the conclusion that to give effect to a recommendation for release would be contrary to the employer's obligations under the CHRA, it has no option but to allow the appeal. It can grant no other remedy. In particular, it cannot order the employer to make specific changes in the work environment or to offer the employee a different job. In my view, however, and contrary to the opinion expressed by the Appeal Board in the present case, *supra*, the fact that it cannot "entertain outcomes beyond either upholding or rejecting the recommendation" does not restrict the scope of the inquiry which the Board is required to make. That inquiry, as indicated, extends to any alleged breach of the employer's statutory employment obligations which may be relevant to the recommendation to release. If the Appeal Board finds such a breach to have occurred the recommendation should not be given effect to.

La dernière phrase du paragraphe 31(3) réfère de façon indirecte aux décisions qu'un Comité d'appel est habilité à prendre:

La Commission doit, après avoir été informée de la décision du comité par suite de l'enquête,

- a) avertir le sous-chef en cause qu'il ne sera pas donné suite à sa recommandation, ou
- b) nommer l'employé à un poste avec un traitement maximum inférieur ou le renvoyer,

b) selon ce qu'a décidé le comité.

En l'espèce, l'auteur de la décision attaquée a interprété ce texte comme lui conférant le pouvoir de rendre l'une ou l'autre de trois décisions:

1. ordonner qu'on ne donne pas suite à la recommandation,
2. ordonner qu'on nomme l'employé à un autre poste, ou
3. ordonner que l'employé soit renvoyé.

Cette interprétation ne doit pas, à mon avis, être retenue. La dernière phrase du paragraphe 31(3) ne décrit pas les décisions qu'un Comité peut rendre; elle prescrit plutôt ce que doit faire la Commission suite à la décision du Comité. Or, cette décision peut soit faire droit à l'appel, soit le rejeter. C'est à ces deux hypothèses que réfèrent les alinéas 31(3)a) et b). Si le Comité fait droit à l'appel, la Commission doit, suivant l'alinéa a) «avertir le sous-chef en cause qu'il ne sera pas donné suite à sa recommandation»; si le Comité rejette l'appel, la Commission doit alors, comme le dit l'alinéa b), donner suite à la recommandation faite par le sous-chef soit en renvoyant l'employé, soit en le nommant à un poste inférieur selon la nature de la recommandation. [Non souligné dans l'original.]

Par conséquent, si un comité d'appel en vient à la conclusion que la recommandation de renvoi serait contraire aux obligations de l'employeur en vertu de la LCDP, il n'a pas d'autres choix que de faire droit à l'appel. Il ne peut accorder aucun autre redressement. En particulier, il ne peut ordonner à l'employeur d'apporter des changements spécifiques au cadre de travail ou offrir à l'employé un poste différent. À mon avis, toutefois, et contrairement à l'opinion exprimée par le Comité d'appel en l'espèce, précitée, le fait qu'il ne peut envisager d'issues autres que le rejet ou l'accueil de la recommandation ne restreint pas la portée de l'enquête que le Comité est tenu d'effectuer. Comme nous l'avons déjà mentionné, cette enquête s'étend à toute infraction présumée de l'employeur à ses obligations légales en matière d'emploi qui peut être pertinente à l'égard de la recommandation de renvoi. Si le Comité d'appel estime qu'il y a eu infraction, la recommandation ne devrait pas être mise en œuvre.

Such a result also seems to me to be consistent with the general scheme of the CHRA which clearly favours potential complainants exhausting whatever other remedies may be available to them:

41. Subject to section 40, the Commission shall deal with any complaint filed with it unless in respect of the complaint it appears to the Commission that

(a) the alleged victim of the discriminatory practice to which the complaint relates ought to exhaust grievance or review procedures otherwise reasonably available;

(b) the complaint is one that could more appropriately be dealt with, initially or completely, according to a procedure provided for under an Act of Parliament other than this Act.

This is particularly appropriate in the case of an appeal board constituted under section 31 of the *Public Service Employment Act* since its intervention necessarily occurs prior to any definitive action being taken on the part of the employer. Thus, if the board finds that a breach of the CHRA would occur if effect were given to the recommendation for release it will allow the appeal and no such breach will take place. However, if the appeal board should come to the opposite conclusion, that would still not foreclose or prevent the employee from making a complaint to the Canadian Human Rights Commission and in due course bringing the matter before a Canadian Human Rights Tribunal. The appeal board has a limited jurisdiction and power of inquiry; it cannot, for example, subpoena witnesses. On the other hand, the procedure is simple and will, in many cases, be capable of providing adequate relief. Only where it fails to do so will it be necessary to have recourse to the more formal proceedings before a Tribunal whose powers of inquiry are far more vast and whose remedial dispositions are far more extensive.

I conclude, as did the Trial Judge, that the Appeal Board improperly declined to entertain the submissions based upon the employer's alleged breach of the CHRA.

I would accordingly dismiss the appeal with costs.

\* \* \*

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

Une telle issue me semble compatible avec le régime général de la LCDP, qui favorise de toute évidence le fait que des requérants épuisent tous les autres recours dont ils peuvent se prévaloir:

41. Sous réserve de l'article 40, la Commission statue sur toute plainte dont elle est saisie à moins qu'elle estime celle-ci irrecevable pour un des motifs suivants:

a) la victime présumée de l'acte discriminatoire devrait épuiser d'abord les recours internes ou les procédures d'appel ou de règlement des griefs qui lui sont normalement ouverts;

b) la plainte pourrait avantageusement être instruite, dans un premier temps ou à toutes les étapes, selon des procédures prévues par une autre loi fédérale.

C'est particulièrement le cas d'un comité d'appel constitué sous le régime de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, puisqu'il intervient nécessairement avant qu'aucune mesure définitive ne soit prise par l'employeur. Ainsi, lorsque le comité juge que la recommandation de renvoi serait contraire à la LCDP, il permettra l'appel et il n'y aura pas d'infraction. Toutefois, si le comité d'appel en vient à la conclusion opposée, l'employé pourrait encore porter plainte devant la Commission canadienne des droits de la personne et, en temps opportun, saisir le tribunal des droits de la personne de la question. Le comité d'appel possède une compétence et un champ d'enquête limités; il ne peut par exemple assigner de témoins. Par contre, la procédure est simple et, dans bien des cas, fournira une réparation adéquate. C'est seulement dans les cas où elle ne peut le faire qu'il sera nécessaire de recourir à des procédures plus formelles devant un tribunal dont les pouvoirs d'enquête sont beaucoup plus vastes et qui peut accorder des redressements beaucoup plus larges.

J'en viens donc à la conclusion, à l'instar du juge de première instance, que le comité d'appel a commis une erreur lorsqu'il a refusé d'entendre les observations fondées sur le non-respect de la LCDP par l'employeur.

Je rejetterais donc l'appel avec dépens.

\* \* \*

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

DESJARDINS J.A.: This is an appeal from a judgment of the Trial Division where the key issue to be decided is whether a Public Service Appeal Board established under section 31 of the *Public Service Employment Act*<sup>12</sup> (PSEA) has jurisdiction to apply the employment related provisions of the *Canadian Human Rights Act*<sup>13</sup> (CHRA) when it is called upon to adjudicate the appeal of a recommendation made by a deputy head.

The respondent has become physically incapable of fulfilling the duties in her position as Payment Support Clerk (CR-03) in the Department of Veterans Affairs, Charlottetown, P.E.I. following a sprain to neck, upper back, shoulder and side while at work sometime in April 1989. After extended sick leave and unsuccessful reassignments to positions with lighter responsibilities, the employer and the respondent agreed in April 1992, that most if not all, positions in the Department requested the use of the same muscles as the position she was occupying.<sup>14</sup> In May of 1992, the respondent was informed of the fact that the Department was proceeding with a recommendation for her release under section 31 of the PSEA since it had been determined that she was unable of carrying out the duties of her position. The respondent, who had been employed by the same employer for a period of over seventeen years, appealed the recommendation.

On the basis of the admission made by the respondent that she was physically incapable of carrying out most, if not all, of the duties of her position, the Board upheld the recommendation. It was satisfied that, in recommending the release of the employee, the Department had not acted in bad faith and also that it had not acted in such a manner as to discriminate against the appellant (as discrimination would be understood within the context of the CHRA). The

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Il s'agit d'un appel contre un jugement rendu par la Section de première instance où la principale question en litige consistait à déterminer si un Comité d'appel de la fonction publique établi sous le régime de l'article 31 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* (LEFP)<sup>12</sup> a la compétence nécessaire pour appliquer les dispositions relatives à l'emploi contenues dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>13</sup> (LCDP) lorsqu'il est appelé à trancher l'appel interjeté contre une recommandation formulée par un administrateur général.

L'intimée est devenue physiquement incapable d'exercer ses fonctions de commis au soutien des paiements (CR-03) au ministère des Anciens combattants à Charlottetown (Île-du-Prince-Édouard) par suite d'une entorse au cou, au haut du dos, à l'épaule et au côté qu'elle a subie au travail en avril 1989. Après avoir été en congé de maladie prolongé et réaffectée en vain à des postes assortis de responsabilités moins lourdes, l'intimée a convenu en avril 1992, avec son employeur, que la plupart des postes, voire la totalité, au sein du Ministère l'obligeaient à faire travailler les mêmes muscles que lorsqu'elle exerçait les fonctions de commis de soutien des paiements<sup>14</sup>. En mai 1992, M<sup>me</sup> MacNeill est avisée que le Ministère donnait suite à une recommandation de renvoi fondée sur l'article 31 de la LEFP puisqu'il avait été déterminé qu'elle était incapable d'exercer les fonctions de son poste. L'intimée, qui travaillait pour le même employeur depuis plus de 17 ans, a contesté cette recommandation.

Étant donné que l'intimée a avoué elle-même qu'elle était physiquement incapable d'exercer la majeure partie, voire la totalité, des fonctions de son poste, le comité a confirmé la recommandation. Ce dernier était convaincu que le Ministère, en recommandant le renvoi de M<sup>me</sup> MacNeill, n'avait pas agi de mauvaise foi et qu'il n'avait pas non plus fait preuve de discrimination envers elle (au sens où le terme «discrimination» est employé dans le contexte

<sup>12</sup> R.S.C., 1985, c. P-33. This section has now been abrogated by S.C. 1992, c. 54 s. 21.

<sup>13</sup> R.S.C., 1985, c. H-6.

<sup>14</sup> A.B., at p. 60.

<sup>12</sup> L.R.C. (1985), ch. P-33. Cet article a été abrogé par L.C. 1992, ch. 54, art. 21.

<sup>13</sup> L.R.C. (1985), ch. H-6.

<sup>14</sup> Mémoire d'appel, à la p. 60.

Board, however, made this clear statement with regard to its jurisdiction:<sup>15</sup>

Whether or not Miss MacNeill has been discriminated against as that discrimination would be understood under the auspices of the *Canadian Human Rights Act* is something not within my jurisdiction to consider. It may be, as Mr. MacDonald seems earnestly to believe, that the appellant has been—in some significant sense of the term—discriminated against by one or other of the Department's actions. Whether that has in fact occurred is something for someone else to adjudge in another arena.

It is this very question of jurisdiction which, on judicial review, was seen by the Trial Judge to be an error on the part of the Board. He was of the view that the CHRA had modified the PSEA and that the Appeal Board was bound to apply it. He said the following:<sup>16</sup>

The function of the Board on appeal is to review the deputy head's conduct leading to, and in, the recommendation to release the applicant, to determine whether it be lawful conduct in formulating a lawful proper recommendation. Had the Board member only assessed the evidence of what appears to be some effort by the deputy head to accommodate the physically incapable applicant pursuant to the CHRA's requirements, then this Court would probably be dismissing this application. Instead, the Board rejected the applicant's proper invitation to do that. In such rejection resides a reviewable error. [My emphasis.]

Being of the view that the physical capacities to do a job constituted a *bona fide* occupational requirement (BFOR), he concluded, after reviewing the case law [at pages 605-606]:

... the imposition on her of the non-patently-discriminatory job description or its essential physical activities must surely be seen to be a BFOR, while equally and simultaneously constituting adverse effect discrimination as defined. So, this is not a case of finding adverse effect discrimination where there is a BFOR. Here, the very BFOR is itself the adverse effect discrimination as defined by the Supreme Court of Canada. In light of this conundrum, this Court will extend the Act and the CHRA to accommodate the applicant's right to an adjudication by the Public Service Appeal Board pursuant to the CHRA's application to her deputy head as interpreted by the Supreme Court of Canada.

<sup>15</sup> At p. 301.

<sup>16</sup> At p. 604.

de la LCDP). Le Comité s'est toutefois prononcé clairement en ce qui concerne sa compétence<sup>15</sup>:

... M<sup>me</sup> MacNeill aurait été victime de discrimination au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Je dois préciser que l'examen de cette question n'est pas de mon ressort. Il est possible, et M. MacDonald semble en être convaincu, qu'une ou plusieurs des mesures prises par le ministère aient constitué une forme de discrimination. Y a-t-il eu en fait discrimination? Ce n'est pas à moi d'en juger puisque cette question ne relève pas de ma compétence.

C'est cette question même de compétence que le juge de première instance, lors du contrôle judiciaire, a assimilé à une erreur de la part du Comité. Le juge était d'avis que la LCDP avait modifié la LEFP et que le Comité d'appel était tenu d'en appliquer les dispositions. Il a déclaré ce qui suit<sup>16</sup>:

Le Comité d'appel a une fonction d'examen aussi bien vis-à-vis de la conduite de l'administrateur général ayant abouti à la recommandation de renvoi visant la requérante que de la recommandation elle-même, afin de vérifier si une recommandation conforme à la loi a suivi des comportements, eux aussi, conformes à la loi. Si le membre du Comité avait tenu compte de la preuve de ce qui semblerait constituer, de la part de l'administrateur général, un certain effort en vue d'accommoder les fonctions du poste à l'incapacité physique de la requérante, ainsi que le prévoient les dispositions de la LCDP, il est probable que la Cour rejetterait la requête. Mais, le Comité a refusé de faire cela même qu'à juste titre lui demandait la requérante. C'est ce refus qui constitue une erreur justifiant examen. [Non souligné dans l'original.]

Comme il estimait que les capacités physiques qui permettent de remplir certaines fonctions constituent une EPJ, le juge de première instance a conclu comme suit après avoir examiné la jurisprudence [aux pages 605 et 606]:

... le fait de lui imposer une description de poste qui n'est pas manifestement discriminatoire, ou l'exécution de certaines tâches physiques essentielles qui ne le sont pas non plus, doit clairement être considéré comme une EPJ en même temps qu'il faut y voir une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, selon la définition reconnue. Il ne s'agit donc pas de conclure ici à l'existence d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable concomitant à l'existence d'une EPJ. En l'espèce, c'est l'EPJ qui constitue elle-même une discrimination par suite d'un effet préjudiciable selon la définition qu'en donne la Cour suprême du Canada. Cela étant, la Cour va élargir le champ de la Loi et de la LCDP afin de tenir compte du droit qu'a la requérante de voir sa cause tranchée par un comité d'appel de la fonction publique puisque, selon l'interprétation

<sup>15</sup> À la p. 301.

<sup>16</sup> À la p. 604.

The appellant admits readily that the deputy head is bound to apply the CHRA since the Act is binding on Her Majesty.<sup>17</sup> He claims, however, that the Trial Judge erred in law considering the limited jurisdiction of the Appeal Board<sup>18</sup> and the fact that section 31 of the PSEA constitutes direct discrimination as a result of which there is no duty to accommodate on the part of the employer.

The respondent submits that the starting point, with regard to the Board's jurisdiction, is the decision of this Court in *Ahmad v. Public Service Commission*<sup>19</sup> where it was established that:

... in the absence of

- (a) some failure to apply properly some specific statutory or other legal direction, or
- (b) proof of bad faith on the part of those whose observations and judgment are in question,

a board of review established under section 31 would not be justified in deciding that a deputy head's recommendation should not be acted upon unless it had before it material that satisfied it, as a matter of fact, that the deputy head was wrong in forming the opinion that the person in question was "incompetent in performing the duties of the position he occupies."

The respondent invites us to give a broad meaning to the words "some specific statutory or other legal direction", bearing in mind that the CHRA has been elevated by Supreme Court of Canada's decisions to the level of a legislation "not quite constitutional but certainly more than the ordinary",<sup>20</sup> and that it governs where there is a conflict between it and other legislations unless specifically provided otherwise.<sup>21</sup> Therefore, when human rights legislation is enacted subsequent to inconsistent legislation, human rights

<sup>17</sup> S. 66 of the *Canadian Human Rights Act*.

<sup>18</sup> *R. v. Larsen*, [1981] 2 F.C. 199 (C.A.); *Attorney General of Canada v. Loiselle*, [1981] 2 F.C. 203 (C.A.).

<sup>19</sup> [1974] 2 F.C. 644 (C.A.), at p. 647. While the *Ahmad* case dealt with the issue of incompetence rather than incapacity, *Ahmad* has been commonly applied to all appeals under s. 31 of the PSEA.

<sup>20</sup> *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 547.

<sup>21</sup> *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton et al.*, [1985] 2 S.C.R. 150, at p. 156.

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

L'appelant admet sans discussion que l'administrateur général est tenu d'appliquer la LCDP puisque celle-ci lie Sa Majesté<sup>17</sup>. Elle prétend, toutefois, que le juge de première instance a commis une erreur de droit, compte tenu de la compétence limitée du Comité d'appel<sup>18</sup> et du fait que l'article 31 de la LEFP constitue une discrimination directe, de sorte qu'il n'existe aucune obligation d'accommodement de la part de l'employeur.

L'intimée prétend que le point de départ, eu égard à la compétence du Comité, est la décision rendue par la présente Cour dans l'affaire *Ahmad c. La Commission de la Fonction publique*<sup>19</sup>, où il a été établi que:

... en l'absence

- a) de mauvaise application d'une directive légale ou juridique ou
- b) de la preuve de mauvaise foi de la part de ceux dont les observations et le jugement sont en cause,

un comité de révision établi conformément à l'article 31 ne pourrait pas à bon droit décider qu'il ne doit donner aucune suite à une recommandation d'un sous-chef à moins qu'on ne lui ait soumis des documents pertinents, établissant effectivement que le sous-chef a eu tort d'estimer que l'employé en question était «incompétent dans l'exercice des fonctions de son poste».

L'intimée nous invite à donner un sens large aux termes «directive légale ou juridique», puisque la LCDP, selon la Cour suprême, est une loi qui «n'est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais [qu']elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire<sup>20</sup>». Toujours selon l'intimée, la LCDP doit prévaloir s'il y a un conflit entre elle et une autre loi particulière, à moins qu'une exception ne soit créée<sup>21</sup>. Par conséquent, les dispositions en matière de droits de la personne qui sont postérieures à une

<sup>17</sup> Art. 66 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

<sup>18</sup> *R. c. Larsen*, [1981] 2 C.F. 199 (C.A.); *Le procureur général du Canada c. Loiselle*, [1981] 2 C.F. 203 (C.A.).

<sup>19</sup> [1974] 2 C.F. 644 (C.A.), à la p. 647. Bien que l'arrêt *Ahmad* ait porté sur l'incompétence plutôt que sur l'incapacité, il est appliqué à tous les appels fondés sur l'art. 31 de la LEFP.

<sup>20</sup> *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la p. 547.

<sup>21</sup> *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton et autre*, [1985] 2 R.C.S. 150, à la p. 156.

legislation will, by implication, repeal other inconsistent legislation to the extent of the inconsistency.<sup>22</sup> The respondent argues that the rule of capacity to perform the duties of the position reflected in section 31 of the PSEA is neutral on its face and does not directly discriminate on a prohibited ground. It becomes, however, discriminatory when applied to those who, like the respondent, suffer from an incapacitating disability, at least in so far as their disability prevents them from satisfying the requirements of the rule. As this constitutes adverse effect discrimination, the employer has a duty to accommodate and the Trial Judge correctly so decided.

There is no difficulty with the general proposition that the PSEA is to be read in accordance with the CHRA. In this regard, it should be noted that section 12 [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 11] of the PSEA which is found in Part II of the Act and which is entitled "Appointment" prohibits specifically the Commission from discriminating on grounds similar to those of the CHRA when it prescribes or applies selection standards. No reference to antidiscrimination measures is, however, to be found in Part III entitled "Employment" where section 31 of the PSEA appears. Nevertheless, it is undisputed that both Acts are to be read together.

This being said, I must consider whether section 31 of the PSEA is inconsistent with the CHRA and whether the CHRA has modified or repealed in any way section 31 of the PSEA.

Subsection 31(1) of the PSEA deals with two distinct concepts: "incompetence" and "incapacity". It states:

**31.** (1) Where an employee, in the opinion of the deputy head, is incompetent in performing the duties of the position the employee occupies or is incapable of performing those duties and should be appointed to a position at a lower maximum rate of pay, or released, the deputy head may recommend to the Commission that the employee be so appointed or released, in which case the deputy head shall give notice in

<sup>22</sup> *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24 (C.A.), at p. 31.

autre mesure législative avec laquelle elles sont incompatibles abrogent de façon implicite cette dernière<sup>22</sup>. L'intimée allègue que la règle relative aux capacités d'exercer les fonctions d'un poste qui est établie à l'article 31 de la LEFP est d'apparence neutre et ne constitue pas une discrimination directe fondée sur un motif prohibé. Cette règle devient cependant discriminatoire lorsqu'elle est appliquée aux gens qui, comme M<sup>me</sup> MacNeill, sont atteints d'une affection invalidante, du moins dans la mesure où cette affection les empêche de satisfaire aux exigences imposées par cette règle. Comme il s'agit alors de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, l'employeur est assujéti à un devoir d'accommodement, et le juge de première instance a tranché de façon appropriée.

On ne peut réfuter le bien-fondé de l'interprétation de la LEFP à la lumière de la LCDP. À cet égard, soulignons que l'article 12 [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 11] de la LEFP, qu'on retrouve à la partie II intitulée «Nomination», interdit expressément à la Commission de faire intervenir des distinctions fondées sur des motifs analogues aux motifs énoncés dans la LCDP lorsqu'elle prescrit ou applique des normes de sélection. Cependant, la partie III, intitulée «Emploi», où se trouve l'article 31 de la LEFP, ne mentionne pas de mesures visant à contrer la discrimination. Néanmoins, les deux parties conviennent que ces deux textes législatifs ne peuvent être interprétés indépendamment l'un de l'autre.

Cela étant, je dois déterminer si l'article 31 de la LEFP est incompatible avec la LCDP et si cette dernière a modifié ou abrogé d'une façon quelconque l'article 31 de la LEFP.

Le paragraphe 31(1) de la LEFP traite de deux notions distinctes, soit l'incompétence et l'incapacité:

**31.** (1) L'administrateur général qui juge un fonctionnaire incompetent dans l'exercice des fonctions de son poste ou incapable de remplir ces fonctions peut recommander à la Commission soit le renvoi de ce fonctionnaire, soit sa rétrogradation à un poste situé dans une échelle de traitement comportant un plafond inférieur. Dans les deux cas, il en avise par écrit le fonctionnaire. [Non souligné dans l'original.]

<sup>22</sup> *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24 (C.A.), à la p. 31.

writing to the employee of the recommendation. [My emphasis.]

These two concepts are drafted in general terms and are related to a required level of job performance. In *Clare*, Robertson J.A. stated:<sup>23</sup>

Section 31 speaks of a person who is "incompetent in performing the duties of the position" or, alternatively, one who is "incapable of performing those duties" (see *Snaauw v. Public Service Commission Appeal Board*, [1980] 1 F.C. 78 (C.A.), at pages 82-83, where the distinction is raised). It does not speak necessarily in terms of a person who is incompetent or incapacitated in the sense attributed by the applicant. In my view, section 31 is directed at determining whether an employee has failed to meet the required level of job performance and not the reasons underlying the failure to meet the expected standard, as argued by the applicant. [My emphasis.]

Later, he offered elements of distinction between "incompetence" and "incapacity":<sup>24</sup>

In my view, "incapable" is meant to cover situations where employees are unable to perform their duties and hence it is impossible to evaluate their performance in terms of incompetence, that is, a failure to meet an objective standard. The notion of "incapability" would be relevant in the case of an employee who is no longer physically able to perform his or her job functions. But irrespective of the reasons for the failure to perform, an employer would be entitled to release the employee. [My emphasis.]

Section 7 of the CHRA<sup>25</sup> refers generally to "a prohibited ground of discrimination" and must be

<sup>23</sup> *Clare v. Canada (Attorney General)*, [1993] 1 F.C. 641 (C.A.) at p. 654. See also *Niles v. Canadian National Railway Co.* (1992), 94 D.L.R. (4th) 33 (F.C.A.), at p. 45. In this last case, a CN's Policy and Authority on Problem Drinking and Alcoholism read in part:

4. to require affected employees to accept certain conditions related to the program of rehabilitation. If the employee refuses to co-operate, or if medical treatment and other measures fail, then removal from employment must be considered where there is continuing deterioration in performance. Such separation would be required, as in other circumstances, because minimum performance standards are not being met.

This Court held that the alleged discrimination was adverse effect discrimination (at p. 201).

<sup>24</sup> *Clare*, at p. 655.

<sup>25</sup> 7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,

(Continued on next page)

Ces deux notions sont libellées en termes généraux et sont liées au rendement exigé pour un emploi. Dans l'affaire *Clare*, le juge Robertson, J.C.A., statue ainsi<sup>23</sup>:

À l'article 31, il est question d'une personne qui est soit «incompétent[e] dans l'exercice des fonctions de son poste», soit «incapable de remplir ces fonctions» (voir l'arrêt *Snaauw c. Le Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*, [1980] 1 C.F. 78 (C.A.), aux pages 82 et 83, où cette distinction est soulevée). Dans cet article, les mots «incompétent» et «incapable» n'ont pas nécessairement le même sens que celui que leur donne le requérant. À mon avis, aux fins de l'article 31, il faut se demander si un employé a fait défaut de remplir les normes de rendement voulues au travail, et non pas se demander pourquoi il ne les a pas remplies, comme le voudrait le requérant. [Non souligné dans l'original.]

Par la suite, le juge Robertson établit une certaine distinction entre «incompétence» et «incapacité»<sup>24</sup>:

À mon avis, l'employé «incapable» s'entend de l'employé qui est empêché de remplir ses fonctions, si bien qu'il est impossible, aux fins d'évaluer son rendement, de parler d'incompétence, c'est-à-dire le défaut de remplir une norme objective. La notion d'«incapacité» viendrait dans le cas d'un employé qui n'est plus physiquement apte à remplir ses fonctions de travail. Cependant, indépendamment des motifs pour lesquels l'employé ne remplit pas ses fonctions, un employeur aurait le droit de le renvoyer. [Non souligné dans l'original.]

L'article 7 de la LCDP<sup>25</sup> mentionne de façon générale un «motif de distinction illicite» et doit être

<sup>23</sup> *Clare c. Canada (Procureur général)*, [1993] 1 C.F. 641 (C.A.), à la p. 654. Voir également *Niles c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada* (1992), 94 D.L.R. (4th) 33 (C.A.F.), à la p. 45. Dans cette dernière décision, une politique du CN en matière d'alcoolisme (Policy and Authority on Problem Drinking and Alcoholism) énonçait ce qui suit:

4. Exiger de l'employé concerné qu'il se soumette à certaines conditions liées au programme de réadaptation. Si l'employé refuse de collaborer, ou si le traitement médical et d'autres mesures échouent, il faut alors envisager de le congédier si son rendement ne cesse de se dégrader. Cette mesure s'avérerait nécessaire, dans ce cas comme dans d'autres, parce que l'employé ne satisferait pas aux normes minimales de rendement.

La Cour a déterminé qu'il s'agissait en l'espèce de discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

<sup>24</sup> *Clare*, à la p. 655.

<sup>25</sup> 7. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, par des moyens directs ou indirects:

(Suite à la page suivante)



read in light of section 3 which enumerates the prohibited grounds of discrimination among which “disability” constitutes one of such grounds. This term is further defined in section 25 of the CHRA in the following way:

25. . . .

“disability” means any previous or existing mental or physical disability and includes disfigurement and previous or existing dependence on alcohol or a drug.

Paragraph 15(a) of the CHRA provides the following exception:

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.

There is little distinction to be made between the words “incapable”, “incapacity”, “disable” and “disability”. They should, in my view, be considered inter-related, perhaps even synonymous.<sup>26</sup>

Incapacity refers to more than physical incapacity. It may refer to mental incapacity or even legal incapacity. Section 31 of the PSEA, as I read it, is not, on its face, “neutral”. What it says is that an employee “incompetent in performing the duties of the position” or “incapable of performing those duties” may be demoted or released. Section 31 of the PSEA discriminates on its face, but not always on a prohibited ground of discrimination. Legal inability or incapacity is not a prohibited ground of discrimination. So

(Continued from previous page)

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

on a prohibited ground of discrimination.

<sup>26</sup> See *The Shorter Oxford English Dictionary* (Oxford: Clarendon Press, 1993).

**Incapable 1.** Lacking or deficient in ordinary powers or natural ability; incompetent; not capable of rational conduct. **2.** Foll. by *of*: unable to receive, contain, or keep something. Impatient or intolerant *of*. **3.** Foll. by *of*: unable to be affected or influenced by; insensible to. Now *rare* or *obs.* **4.** Not

(Continued on next page)

interprété à la lumière de l'article 3 qui énumère les motifs de distinction illicite, dont la «déficience». Ce terme est défini plus en détail à l'article 25 de la LCDP:

a

25. . . .

«déficience» Déficience physique ou mentale, qu'elle soit présente ou passée, y compris le défigurement ainsi que la dépendance, présente ou passée, envers l'alcool ou la drogue.

b

L'alinéa 15a) de la LCDP établit l'exception suivante:

c

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.

d

La distinction est tenue entre les termes «incapable», «incapacité», «déficient» et «déficience», «invalide» et «invalidité». Ils devraient, selon moi, être considérés apparentés, peut-être même synonymes<sup>26</sup>.

e

Par «incapacité» on entend plus qu'une incapacité physique. Ce terme peut désigner l'incapacité mentale ou même l'incapacité juridique. L'article 31 de la LEFP, d'après moi, n'est pas d'apparence «neutre». Il dispose en effet qu'un employé «incompétent dans l'exercice des fonctions de son poste» ou «incapable de remplir ses fonctions» peut être renvoyé ou rétrogradé. L'article 31 est à première vue discriminatoire, mais pas toujours en fonction d'un motif illicite. L'incapacité ou l'incapacité juridique ne constitue pas

(Suite de la page précédente)

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

<sup>26</sup> Voir *Le Petit Robert*, éditions Le Robert (1987):

**Incapable 1°** Qui n'est pas capable (par nature ou par accident, de façon temporaire, durable ou définitive). Ne pas être en mesure; être dans l'impossibilité; ne pas pouvoir; **2°** Qui n'est pas susceptible de . . . **3°** Qui n'a pas l'adresse, l'aptitude, la capacité nécessaire. Inapte. Inhabile.

(Suite à la page suivante)

the issue does not arise in such cases. At one point, however, the meaning of incapacity (mental or physical) hits the prohibited ground of discrimination, namely "disability". In essence, section 31 of the PSEA then reads: "Incompetent or incapable persons are not expected to remain in their position when competency or capability is required to fulfill the duties of the position."

Does the rule so framed constitute a direct or adverse effect discrimination?

In the *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al. case*,<sup>27</sup> McIntyre J. established the following criteria:

A distinction must be made between what I would describe as direct discrimination and the concept already referred to as adverse effect discrimination in connection with employment. Direct discrimination occurs in this connection where an employer adopts a practice or rule which on its face discriminates on a prohibited ground. For example, "No Catholics or no women or no blacks employed here." There is, of course, no disagreement in the case at bar that direct discrimination of

(Continued from previous page)

having the capacity or fitness for a specified purpose, action, etc.; unable. Foll. by *of, to do. spec.* Too honest etc. to be capable *of*. Not (esp. legally) qualified or entitled; disqualified. Foll. by *of, to do . . . 6.* Of a nature or in a condition not allowing or admitting of a specified thing, not susceptible *of* (improvement etc.). Foll. by *of, to do.*

**Incapacity 1.** Lack of capacity; inability, powerlessness; an instance of this. (Foll. by *for, of, to do*). Inability to take, receive, or deal with something in some way. Foll. by *for, of.* **2.** Legal disqualification; an instance of this.

**Disable 1.** Disqualify legally, pronounce legally incapable. (Foll. by *from doing, to do*). **2.** Make incapable of action or use; deprive of physical or mental ability, esp. through injury or disease. **3.** Pronounce incapable; disparage, belittle. Not *rare* or *obs.* **4.** Make or pronounce of no validity.

**Disability 1.** Lack of ability (*to do* something); inability, incapacity. Now *rare*. **2.** Shortage of money. **3.** An instance of lacking ability; now *spec.* a physical or mental condition (usu. permanent) that limits a person's activities or senses, esp. the ability to work. **4.** Incapacity recognized or created by the law; legal disqualification.

**Inability 1.** The condition of being unable; lack of ability, power, or means. (Foll. by *to do; (arch.) for, of doing*). **2. spec.** Physical infirmity.

<sup>27</sup> [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 551.

un motif de distinction illicite. Aucun litige ne surgit donc alors. À un moment donné, toutefois, l'incapacité (mentale ou physique) se transforme en un motif de distinction illicite lorsqu'elle devient une déficience. L'article 31 de la LEFP ressortirait alors ainsi: «Les personnes incompétentes ou incapables ne sont pas censées conserver leur poste si la compétence ou la capacité est nécessaire pour accomplir les fonctions inhérentes à ce poste».

Ainsi libellée, cette règle constitue-t-elle une discrimination directe ou une discrimination par suite d'un effet préjudiciable?

Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*<sup>27</sup>, le juge McIntyre a établi les critères suivants:

On doit faire la distinction entre ce que je qualifierais de discrimination directe et ce qu'on a déjà désigné comme le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable en matière d'emploi. À cet égard, il y a discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé. Par exemple, «Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir». En l'espèce, il est évident que personne

(Suite de la page précédente)

**Incapacité 1<sup>o</sup>** État de celui, de celle qui est incapable (de faire qqch.) Défaut de capacité. **2<sup>o</sup>** État d'une personne qui, à la suite d'une blessure, d'une maladie, est devenue incapable de travailler, d'accomplir certains actes. Impossibilité, inaptitude.

**Invalide 1<sup>o</sup>** Qui n'est pas en état de mener une vie active, de travailler, du fait de sa mauvaise santé, de ses infirmités, de ses blessures.

**Invalidité 1<sup>o</sup>** État d'une personne invalide. diminution de la capacité de travail.

**Déficient 1<sup>o</sup>** Qui présente une déficience.

**Déficience 1<sup>o</sup>** Insuffisance organique ou mentale. **2<sup>o</sup>** Faiblesse, insuffisance.

<sup>27</sup> [1985] 2 R.C.S. 536, à la p. 551.

that nature would contravene the Act. On the other hand, there is the concept of adverse effect discrimination. It arises where an employer for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristic of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force. For essentially the same reasons that led to the conclusion that an intent to discriminate was not required as an element of discrimination contravening the Code I am of the opinion that this Court may consider adverse effect discrimination as described in these reasons a contradiction of the terms of the Code. An employment rule honestly made for sound economic or business reasons, equally applicable to all to whom it is intended to apply, may yet be discriminatory if it affects a person or group of persons differently from others to whom it may apply.

In *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*,<sup>28</sup> Wilson J. further explained:

The essence of direct discrimination in employment is the making of a rule that generalizes about a person's ability to perform a job based on membership in a group sharing a common personal attribute such as age, sex, religion, etc.

In brief, a rule which says "No Catholics need apply" constitutes direct discrimination. A municipality's anti-nepotism hiring policy which disqualifies spouses and relatives of full-time municipal employees and town councillors from employment with the town<sup>29</sup> is a case of direct discrimination.<sup>30</sup> A rule which says "mandatory attendance on Mondays except in case of illness or other emergencies, religious obligation not being included as an emergency for this purpose",<sup>31</sup> or a rule which requires people to work Friday evenings and Saturdays as a condition of

ne conteste que la discrimination directe de cette nature contre- vient à la Loi. D'autre part, il y a le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés. Essentiellement pour les mêmes raisons qui sous-tendent la conclusion que l'intention d'établir une distinction n'est pas un élément nécessaire de la discrimination proscrite par le Code, je suis d'avis que cette Cour peut considérer que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, décrite dans les présents motifs, contrevient au Code. Une condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires, également applicable à tous ceux qu'elle vise, peut quand même être discriminatoire si elle touche une personne ou un groupe de personnes d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer.

Dans l'affaire *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*<sup>28</sup>, le juge Wilson explique ce qui suit:

En matière d'emploi, la discrimination directe consiste essentiellement à formuler une règle qui fait une généralisation quant à l'aptitude d'une personne à remplir un poste selon son appartenance à un groupe dont les membres partagent un attribut personnel commun, tel l'âge, le sexe, la religion, etc.

En résumé, une règle qui dit «ici on n'embauche aucun catholique» constitue de la discrimination directe. La politique d'embauche adoptée par une municipalité pour prévenir le népotisme, et qui exclut les conjoints et les membres de la famille des employés municipaux et des conseils municipaux à temps plein d'un emploi au sein de la municipalité<sup>29</sup>, représente aussi une forme de discrimination directe<sup>30</sup>. Une règle qui oblige la présence au travail «le lundi, sauf en cas de maladie ou autre situation d'urgence, l'obligation religieuse n'étant pas considérée comme une situation d'urgence aux fins de cette règle<sup>31</sup>» ou une règle qui exige que les employés travaillent le vendredi soir et le samedi comme condi-

<sup>28</sup> [1990] 2 S.C.R. 489, at p. 513.

<sup>29</sup> *Brossard (Town) v. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279.

<sup>30</sup> See *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at p. 517.

<sup>31</sup> *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at p. 501.

<sup>28</sup> [1990] 2 R.C.S. 489, à la p. 513.

<sup>29</sup> *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279.

<sup>30</sup> Voir *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, à la p. 517.

<sup>31</sup> *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, à la p. 501.

employment<sup>32</sup> constitutes adverse discrimination since both are neutral on their face, but may affect "adversely" someone whose religion requires observance on those days.

Section 31, as applied to this case, stands for the proposition that the deputy head may not continue to employ or may demote someone who is physically incapable of performing the duties of the position. Section 31 of the PSEA contains, therefore, on its face an element of discrimination, i.e. physical disability. It is a rule which the employer, for genuine business reasons, adopts which clearly is not neutral and which affects all employees the same way with the result that some are immediately disqualified. The discrimination is direct. This is not a neutral rule which in appearance is addressed to all, but which has an adverse effect on one employee or a group of employees in that it imposes, because of some special characteristics of the employee or group, obligations, penalties or restrictive activities not imposed to other members of the work force. The rule, as applied to this case, is the following: "No person physically incapable of performing the duties of the position may remain in his or her position." If it were at the hiring process and not at the releasing process, the rule would be: "No person who cannot physically perform the duties of the position need apply." The basic requirement is physical capability. Could it be said then that a deputy head, who requires in a secretarial position someone who can physically type, violates the CHRA by refusing to hire a candidate who would be incapable physically of typing? Or that a deputy head, looking for a fireman, could not legally refuse to hire someone who happens to be confined permanently to a wheelchair? Common sense dictates a negative answer to both questions.

<sup>32</sup> *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970.

tion d'emploi<sup>32</sup> constituent des formes de discrimination par suite d'un effet préjudiciable puisqu'elles sont neutres à première vue mais qu'elles ont une incidence «préjudiciable» sur les employés dont la religion impose l'observance de certains préceptes ces jours-là.

*a* L'article 31 en l'occurrence permet à l'administrateur général de renvoyer ou de rétrograder une personne qui est physiquement incapable d'exercer les fonctions de son poste. Il contient donc à première vue un élément de discrimination, soit la déficience physique. Il s'agit d'une règle que l'employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, qui n'est manifestement pas neutre et touche tous les employés de la même façon en ayant pour résultat d'éliminer immédiatement certains d'entre eux. La discrimination est directe: il n'est pas question ici d'une règle neutre qui semble viser tous les employés mais qui a un effet préjudiciable sur un employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés. Appliquée à l'affaire qui nous occupe ici, la règle est la suivante: «Quiconque est physiquement incapable d'exercer ses fonctions ne peut conserver son poste». Dans le cadre du processus d'embauche plutôt que du renvoi, la règle devient «Quiconque est physiquement incapable d'exercer les fonctions demandées doit s'abstenir de postuler». L'exigence de base est donc liée à la capacité physique. Pourrait-on dire alors que l'administrateur général qui a besoin, pour un poste de secrétaire, d'une personne qui possède les qualités physiques voulues pour dactylographier contrevient à la LCDP en refusant d'embaucher un candidat qui est incapable de le faire? Ou encore, n'aurait-il pas la possibilité de refuser d'embaucher, pour un poste de pompier, une personne qui est clouée dans un fauteuil roulant? Le bon sens nous oblige à répondre par la négative à ces deux questions.

<sup>32</sup> *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970.

The next question I must then consider is whether section 31 of the PSEA constitutes a BFOR which, under section 15 of the CHRA, is not a discriminatory practice.

In the case of *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*,<sup>33</sup> McIntyre J. explained what was meant by a BFOR (or BFOQ):<sup>34</sup>

To be a *bona fide* occupational qualification and requirement a limitation, such as a mandatory retirement at a fixed age, 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.

Wilson J. has explained further in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)* that when a BFOR exists, there is no duty to accommodate:<sup>35</sup>

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 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

<sup>33</sup> [1982] 1 S.C.R. 202, at p. 208.

<sup>34</sup> In *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, Wilson J. said, at p. 502:

This Court has had an opportunity on several occasions to consider the statutory concept of a *bona fide* occupational qualification ("BFOQ") or *bona fide* occupational requirement ("BFOR") . . . .

<sup>35</sup> [1990] 2 S.C.R. 489, at pp. 514-515.

Je dois maintenant déterminer si l'article 31 de la LEFP est une EPJ, ce qui, d'après l'article 15 de la LCDP, ne constitue pas une pratique discriminatoire.

<sup>a</sup> Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*<sup>33</sup>, le juge McIntyre explique ce que désigne une QPN [ou QPJ] (ou une EPN ou EPJ)<sup>34</sup>:

<sup>b</sup> Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction comme la retraite obligatoire à un âge déterminé 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 général.

Selon les propos du juge Wilson dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, lorsqu'il existe une EPJ, l'employeur n'a aucune obligation d'accommodement<sup>35</sup>:

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 fondement 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, tout le groupe des personnes qui subissent un effet préjudiciable est toujours plus petit que le groupe auquel la règle s'applique. Dans les

<sup>33</sup> [1982] 1 R.C.S. 202, à la p. 208.

<sup>34</sup> Dans *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, le juge Wilson a déclaré ce qui suit à la p. 502:

Notre Cour a eu plusieurs fois l'occasion d'examiner le concept légal de qualification professionnelle normale («QPN») ou d'exigence professionnelle normale («EPN»).

<sup>35</sup> [1990] 2 R.C.S. 489, aux p. 514 et 515.

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 expenses 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].

Later she said:<sup>36</sup>

The end result is that where a rule discriminates directly it can only be justified by a statutory equivalent of a BFOQ, i.e., a defence that considers the rule in its totality. (I note in passing that all human rights codes in Canada contain some form of BFOQ provision.) However, where a rule has an adverse discriminatory effect, the appropriate response is to uphold the rule in its general application and consider whether the employer could have accommodated the employee adversely affected without undue hardship.

<sup>36</sup> *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at p. 517.

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 des 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 sur la croyance, consiste à prendre les 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 les 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. [Je souligne.]

Elle poursuit plus loin<sup>36</sup>:

Il en résulte finalement que, lorsqu'une règle crée une discrimination directe, elle ne peut être justifiée que par une exception légale équivalente à une EPN, c'est-à-dire un moyen de défense qui envisage la règle dans sa totalité. (Je souligne au passage que les codes de droit de la personne au Canada contiennent tous une disposition d'exception fondée sur l'EPN.) Par contre, lorsqu'une règle crée une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, il convient de confirmer la validité de cette règle dans son application générale et de se demander si l'employeur aurait pu composer avec l'employé lésé sans subir des contraintes excessives.

<sup>36</sup> *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, à la p. 517.

Section 31 of the PSEA, as applied to this case, contains within itself the statement of a BFOR which is perfectly compatible with the CHRA. It prescribes that the physical capability be related to the performance of the duties of the position. Moreover, as interpreted in *Ahmad*, it requires that there be no bad faith on the part of the deputy head and that “specific statutory or other legal direction” be respected. Section 31 reflects both the objective and subjective tests of *Etoibicoke*. It also mirrors perfectly paragraph 15(a) of the CHRA. There is, therefore, no duty to accommodate on the part of the employer.

Section 31 of the PSEA is a piece of legislation which is neither inconsistent nor incompatible with the CHRA. It is in no way modified by it. The powers of the Appeal Board remain therefore unchanged.

For these reasons, I would allow the appeal with costs, I would set aside the judgment of the Trial Division and I would dismiss the application for judicial review.

\* \* \*

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

ROBERTSON J.A. (concurring in the result): This appeal raises two issues. The first is whether an Appeal Board, established under paragraph 5(d) [now repealed by S.C. 1992, c. 54, s. 4] of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33 (the “PSEA”), has the jurisdiction to apply the provisions of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (the “CHRA”). If it is established that the Board possesses the requisite jurisdiction, then we have been asked to determine whether the application of section 31 of the PSEA to a person who is incapable of performing the duties of their position by reason of a disability constitutes indirect or adverse effect discrimination, giving rise to a duty to accommodate on the part of the employer. I have had the distinct advantage of reading in draft form the reasons of both Hugessen J.A. and Desjardins J.A. While I agree with the disposition of this appeal as proposed by the latter, my reasoning pursues a different course. In my respectful opinion, the Appeal Board does not have

L’article 31 de la LEFP, appliqué à l’espèce, contient en soit l’énoncé d’une EPJ qui est parfaitement compatible avec la LCDP. Il prévoit que les qualités physiques doivent être reliées au rendement dans l’exercice des fonctions d’un poste. En outre, selon l’interprétation qui est donnée de cet article dans l’arrêt *Ahmad*, il exige que l’administrateur général ne montre aucune mauvaise foi et qu’il respecte une «directive légale ou juridique». L’article 31 répond aussi bien aux critères objectifs que subjectifs établis dans *Etoibicoke*. Il s’inscrit parfaitement dans les dispositions de l’alinéa 15a) de la LCDP. L’employeur n’a par conséquent aucune obligation d’accommodement.

L’article 31 de la LEFP n’est pas incompatible avec la LCDP. Il n’est pas non plus modifié par cette dernière. Les pouvoirs du Comité d’appel demeurent donc intouchés.

Pour ces motifs, j’accueille l’appel avec dépens, j’annule le jugement de la Section de première instance et je rejette la demande de contrôle judiciaire.

\* \* \*

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

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A. (concourant quant au résultat): Le présent pourvoi soulève deux questions. Il s’agit d’abord de déterminer si un Comité d’appel établi sous le régime de l’alinéa 5d) [maintenant abrogé par L.C. 1992, ch. 54, art. 4] de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33 (la «LEFP») la compétence nécessaire pour appliquer les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la «LCDP»). Le cas échéant, on nous a demandé de décider si l’application de l’article 31 de la LEFP à une personne incapable d’exécuter les fonctions de son poste en raison d’une déficience constitue de la discrimination indirecte ou par suite d’un effet préjudiciable, ce qui obligerait l’employeur de respecter son obligation d’accommodement. J’ai eu l’avantage indéniable de lire le projet de motifs des juges Hugessen et Desjardins. Bien que je souscrive à la décision rendue par cette dernière dans le présent appel, mon raisonnement suit une voie différente. En

the power to interpret and apply the employment-related provisions of the CHRA.

The Appeal Board, like all tribunals, is a statutory body with no inherent jurisdiction. It may decide a matter only if Parliament has expressly or impliedly conferred on it power over the parties, the subject-matter and the remedy. This general principle was clearly articulated by La Forest J. in *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, at page 14:

It is essential to appreciate that s. 52(1) does not function as an independent source of an administrative tribunal's jurisdiction to address constitutional issues. Section 52(1) affirms in explicit language the supremacy of the Constitution but is silent on the jurisdictional point *per se*. In other words, s. 52(1) does not specify which bodies may consider and rule on *Charter* questions, and cannot be said to confer jurisdiction on an administrative tribunal. Rather, jurisdiction must have expressly or impliedly been conferred on the tribunal by its enabling statute or otherwise. This fundamental principle holds true regardless of the nature of the issue before the administrative body. [Emphasis is mine.]

The fact that the Supreme Court was considering the jurisdiction of a labour board to rule on the constitutionality of its enabling statute does not undermine the application of the general rule to the facts of the case before this Court. *Cuddy Chicks, supra*, is only one in a long line of cases which directs us to determine whether a tribunal has jurisdiction over the whole of the matter before it: see also *Canada (Attorney General) v. Vincer*, [1988] 1 F.C. 714 (C.A.), *per Stone J.A.*, at pages 728-730; and *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373 (C.A.).

In the case before us, there is no doubt that the Appeal Board has jurisdiction over the parties. The immediate question is whether it has jurisdiction over the subject-matter and remedy. The search for a dispositive answer begins with section 31 of the PSEA,

toute déférence, je suis d'avis que le Comité d'appel n'a pas le pouvoir d'interpréter et d'appliquer les dispositions relatives à l'emploi que contient la LCDP.

<sup>a</sup> Le Comité d'appel, à l'instar de tous les tribunaux administratifs, est un organisme créé par le législateur qui n'a aucun pouvoir inhérent. Il peut trancher une question à la seule condition que le Parlement ait expressément ou implicitement conféré au comité un pouvoir à l'égard des parties, du sujet du litige ou de la réparation envisagée. Ce principe général a été clairement établi par le juge La Forest dans *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, à la page 14:

<sup>d</sup> Il est essentiel de se rendre compte que le par. 52(1) ne fournit pas aux tribunaux administratifs une source distincte de compétence à l'égard des questions constitutionnelles. En effet le par. 52(1), s'il affirme de sa façon explicite la primauté de la Constitution, reste silencieux sur la question de compétence comme telle. En d'autres termes, le par. 52(1) ne précise pas les organismes qui peuvent étudier les questions relatives à la Charte et statuer à leur égard, et on ne peut dire qu'ils confèrent compétence aux tribunaux administratifs. La compétence du tribunal, doit plutôt lui avoir été conférée expressément ou implicitement par sa loi constitutive ou autrement. Ce principe fondamental demeure, quelle que soit la nature de la question dont est saisi le tribunal administratif. [Non souligné dans l'original.]

<sup>f</sup> Le fait que la Cour suprême ait analysé la compétence de la Commission des relations de travail afin de déterminer si celle-ci pouvait statuer sur la validité de sa loi constitutive ne nous empêche pas d'appliquer la règle générale à l'affaire dont nous sommes saisis ici. L'arrêt *Cuddy Chicks*, précité, n'est qu'un exemple d'une longue série d'arrêts qui nous enjoignent à déterminer si un tribunal administratif possède la compétence voulue pour trancher l'ensemble d'une question dont il est saisi: voir également *Canada (Procureur général) c. Vincer*, [1988] 1 C.F. 714 (C.A.), par le juge Stone, J.C.A., aux pages 728 à 730; et *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373 (C.A.).

<sup>j</sup> En l'espèce, il ne fait aucun doute que le Comité d'appel a compétence à l'égard des parties. La question qui surgit immédiatement consiste à déterminer s'il a compétence sur l'objet et la réparation. C'est d'abord à l'aide de l'article 31 de la LEFP qu'on peut



which sets out the powers of the Appeal Board. The relevant provisions state:

31. (1) Where an employee, in the opinion of the deputy head, is incompetent in performing the duties of the position the employee occupies or is incapable of performing those duties and should be appointed to a position at a lower maximum rate of pay, or released, the deputy head may recommend to the Commission that the employee be so appointed or released, in which case the deputy head shall give notice in writing to the employee of the recommendation.

(2) Within such period after receiving a notice under subsection (1) as the Commission prescribes, the employee may appeal against the recommendation of the deputy head to a board established by the Commission to conduct an inquiry at which the employee and the deputy head, or their representatives, shall be given an opportunity to be heard.

(3) The Commission, on being notified of the decision of the board on the inquiry into a recommendation conducted pursuant to subsection (2), shall, in accordance with the decision,

(a) notify the deputy head concerned that the recommendation will not be acted on; or

(b) appoint the employee to a position at a lower maximum rate of pay, or release the employee.

A determination concerning an employee's capability or competence falls squarely within the Appeal Board's jurisdiction, even in cases where an employee claims that the deputy head's recommendation to dismiss him or her is based on a discriminatory ground such as race. That type of issue can stand alone without the Appeal Board having to decide, save by implication, whether the employee is a victim of discrimination: see *Pitawanakwat v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (1987), 9 C.H.R.R. D/4825 (F.C.A.); and *Burke v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (1987), 9 C.H.R.R. D/4824 (F.C.A.). By contrast, the subject-matter before the Appeal Board here is the interpretation and application of the employment-related provisions of the CHRA when adjudicating on a deputy head's recommendation formulated under section 31 of the PSEA. In cases of indirect discrimination, this would include a legal determination regarding the limits of accommodation and undue hardship. Unquestionably, such matters are beyond the express terms of the PSEA.

Similarly, the remedy effectively requested by the respondent—accommodation—requires the Appeal

chercher une réponse déterminante, puisque cet article énonce les pouvoirs du Comité d'appel. En voici les dispositions pertinentes:

31. (1) L'administrateur général qui juge un fonctionnaire incompetent dans l'exercice des fonctions de son poste ou incapable de remplir ces fonctions peut recommander à la Commission soit le renvoi de ce fonctionnaire, soit sa rétrogradation à un poste situé dans une échelle de traitement comportant un plafond inférieur. Dans les deux cas, il en avise par écrit le fonctionnaire.

(2) Dans le délai imparti par la Commission après réception de l'avis mentionné au paragraphe (1), le fonctionnaire peut faire appel de la recommandation de l'administrateur général devant un comité chargé par la Commission de faire une enquête, au cours de laquelle les parties, ou leurs représentants, ont l'occasion de se faire entendre.

(3) Après notification de la décision du comité, la Commission, en fonction de cette dernière:

a) avertit l'administrateur général qu'il ne sera pas donné suite à sa recommandation;

b) rétrograde ou renvoie le fonctionnaire

Une décision concernant la capacité ou la compétence d'un fonctionnaire entre donc clairement dans le champ de compétence du Comité d'appel, même si l'employé prétend que la recommandation de l'administrateur général visant son renvoi est fondée sur un motif discriminatoire comme la race. Cette question peut être tranchée de façon autonome sans que le Comité d'appel ait à décider, sauf par voie de conséquence, si l'employé est victime de discrimination: voir *Pitawanakwat c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (1987), 9 C.H.R.R. D/4825 (C.A.F.); et *Burke c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (1987), 9 C.H.R.R. D/4824 (C.A.F.). Par contre, l'objet du litige porté devant le Comité d'appel touche à l'interprétation et l'application des dispositions de la LCDP relatives à l'emploi lorsqu'il s'agit d'entériner ou non la recommandation de l'administrateur général fondée sur l'article 31 de la LEFP. En cas de discrimination indirecte, le Comité devrait déterminer légalement les limites de l'accommodement et des contraintes excessives. Il ne fait aucun doute que ces déterminations dépassent les termes de la LEFP.

Par ailleurs, la réparation demandée par l'intimée, soit l'accommodement, force le Comité d'appel à

Board to venture beyond those outlined in section 31 of the PSEA. That section confers upon the deputy head of each public service department the power to recommend to the Public Service Commission an employee's release or demotion (transfer to a position with a lower maximum salary) for reasons of incapacity or incompetence. In making a recommendation for release, the deputy head is not required by law to have regard to the possibility of demoting the employee; see *Attorney General of Canada v. Loiselle*, [1981] 2 F.C. 203 (C.A.), at pages 204-205. Once the recommendation for release is made to the Commission, the employee may appeal that recommendation to the Appeal Board, which can either allow or dismiss the appeal. These two options exhaust the Appeal Board's mandate.

No provision in the PSEA expressly authorizes the Appeal Board to provide the accommodation remedy the respondent seeks. I reiterate that the Appeal Board may only allow or dismiss an appeal from a deputy head's recommendation. It may not even substitute a decision to transfer an employee where release has been recommended; see *R. v. Larsen*, [1981] 2 F.C. 199 (C.A.), at pages 201-202. The reason for this limitation is practical. As the Commission cannot create new positions at its own initiative, the decision to transfer rather than release an employee could have the effect of retaining an incompetent employee in his or her position until a new position becomes available. Yet counsel for the respondent acknowledged in oral argument that the duty to accommodate could, in the circumstances before us, require the employer to create a new position for the respondent. (I assume that this line of argument was intended to counter the fact that the respondent was only released after three years of unsuccessful attempts to transfer her to positions with lighter duties.) This remedy is clearly beyond the Appeal Board's powers.

The respondent's argument would permit the Appeal Board to allow her appeal on the grounds that the employer had not demonstrated that it had accommodated her to the point of undue hardship. This would leave open the possibility of yet another recommendation for release if the respondent continued to be incapable of fulfilling her duties. Had Parliament intended the Appeal Board to consider the ques-

aller au-delà de l'article 31 de la LEFP. Cet article confère à l'administrateur général de chaque division de la fonction publique le pouvoir de recommander à la Commission le renvoi ou la rétrogradation (mutation à un poste assorti d'un plafond salarial plus bas) d'un employé pour incapacité ou incompétence. Lorsqu'il recommande le renvoi, l'administrateur général n'est pas tenu par le législateur d'envisager la possibilité de rétrograder l'employé; voir *Le procureur général du Canada c. Loiselle*, [1981] 2 C.F. 203 (C.A.), aux pages 204 et 205. Une fois que la recommandation de renvoi est transmise à la Commission, l'employé peut interjeter appel de cette recommandation au Comité d'appel, qui accueille ou rejette la demande. Ces deux options constituent le mandat du Comité d'appel.

Aucune disposition de la LEFP n'autorise expressément le Comité d'appel à accorder la réparation demandée par l'intimée, soit l'accommodement. Je répète que le Comité d'appel ne peut qu'accueillir ou rejeter l'appel d'une recommandation formulée par l'administrateur général. Il ne peut même pas remplacer une décision de renvoi par une mutation; voir *R. c. Larsen*, [1981] 2 C.F. 199 (C.A.), aux pages 201 et 202. Cette limite est imposée pour des raisons d'ordre pratique: puisque la Commission ne peut créer de postes de sa propre initiative, la décision de muter plutôt que de renvoyer un employé pourrait avoir l'effet de retenir un employé incompétent à son poste jusqu'à ce qu'un nouveau poste soit disponible. Or, l'avocat de l'intimée a reconnu dans son argumentation orale que l'obligation d'accommodement pourrait, en l'espèce, exiger la création d'un poste pour M<sup>me</sup> MacNeill. (Je présume que cet argument visait à contrer le fait que l'intimée n'a été renvoyée qu'après trois ans de tentatives infructueuses visant à la muter à des postes assortis de fonctions moins lourdes.) Cette réparation dépasse clairement les pouvoirs du Comité d'appel.

D'après les arguments présentés par l'intimée, le Comité d'appel devrait accueillir son appel au motif que l'employeur n'a pas prouvé qu'il avait respecté son devoir d'accommodement en deçà des contraintes excessives. Il serait alors possible de recommander encore le renvoi de l'intimée si elle continuait d'être incapable d'exercer ses fonctions. Si le Parlement avait voulu que le Comité d'appel puisse

tion of undue hardship, it is only reasonable that it would have conferred upon the Appeal Board commensurate powers to give direct effect to its determination on this issue. The indirect method of accommodation proposed by the respondent seems to me to greatly exceed Parliamentary intent on this issue. The remedy effectively sought by the respondent is an interlocutory injunction pending a determination by the Canadian Human Rights Commission regarding the appropriate resolution of this case. As there is no obligation upon the respondent to pursue the matter before the Commission, the respondent's tenure would be almost unassailable.

I was not directed to any provision in the PSEA which impliedly confers jurisdiction on the Appeal Board to apply the CHRA. The legislation before us contrasts sharply with that considered in *Cuddy Chicks, supra*, which expressly empowered the Labour Relations Board to decide questions of law and to determine questions of law and fact relating to its own jurisdiction. Sections 106 and 124 of the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, provided:

**106.**—(1) The Board has exclusive jurisdiction to exercise the powers conferred upon it by or under this Act and to determine all questions of fact or law that arise in any matter before it, and the action or decision of the Board thereon is final and conclusive for all purposes, but nevertheless the Board may at any time, if it considers it advisable to do so, reconsider any decision, order, direction, declaration or ruling made by it and vary or revoke any such decision, order, direction, declaration or ruling.

**124.**—(1) Notwithstanding the grievance and arbitration provisions in a collective agreement or deemed to be included in a collective agreement under section 44, a party to a collective agreement between an employer or employers' organization and a trade union or council of trade unions may refer a grievance concerning the interpretation, application, administration or alleged violation of the agreement, including any question as to whether a matter is arbitrable, to the Board for final and binding determination. [Emphasis is mine.]

There are no equivalent provisions in the PSEA. The only other provision remotely relevant to our analysis is paragraph 5(d), which simply empowers the Public Service Commission to establish an appeal board. The PSEA does not even tell us whether this

examiner la question des contraintes excessives, il serait raisonnable de croire qu'il aurait conféré au Comité d'appel les pouvoirs nécessaires pour appliquer alors directement sa décision. La méthode indirecte d'accommodement proposée par l'intimée me semble excéder grandement l'intention du Parlement à ce sujet. L'intimée tente d'obtenir une injonction interlocutoire qui resterait en vigueur jusqu'à ce que la Commission canadienne des droits de la personne ait apporté une solution appropriée à l'affaire. Comme l'intimée n'a aucunement l'obligation de porter le dossier devant la Commission des droits de la personne, sa position serait presque intouchable.

On ne m'a pas cité de disposition de la LEFP qui conférerait implicitement au Comité d'appel le pouvoir d'appliquer la LCDP. Le texte de loi que nous sommes appelés à examiner est radicalement différent de celui qui faisait l'objet de l'arrêt *Cuddy Chicks*, précité, qui habilitait expressément la Commission des relations de travail à trancher des questions de droit ainsi que des questions de droit et de faits relatives à sa propre compétence. Les articles 106 et 124 de la *Loi sur les relations du travail*, L.R.O. 1980, ch. 228, prévoient en effet ce qui suit:

**106** (1) La Commission a compétence exclusive pour exercer les pouvoirs que lui confère la présente loi ou qui lui sont conférés en vertu de celle-ci et trancher toutes les questions de fait ou de droit soulevées à l'occasion d'une affaire qui lui est soumise. Ses décisions ont force de chose jugée. Toutefois, la Commission peut à l'occasion, si elle estime que la mesure est opportune, réviser, modifier ou annuler ses propres décisions, ordonnances, directives ou déclarations.

**124** (1) Malgré les dispositions de la convention collective portant sur le règlement des griefs et sur l'arbitrage ou qui sont réputées y être incluses en vertu de l'article 44, la partie à une convention collective entre un employeur ou une association patronale et le syndicat ou le conseil de syndicats, peut soumettre à la Commission un grief portant sur l'interprétation, l'application ou une prétendue inexécution de la convention, y compris la question de savoir s'il y a matière à arbitrage. La décision de la Commission a force de chose jugée. [Non souligné dans l'original.]

Il n'existe aucune disposition équivalente dans la LEFP. La seule autre disposition liée indirectement à notre analyse est l'alinéa 5d), qui habilite simplement la Commission de la fonction publique à établir un comité d'appel. La LEFP ne précise même pas si le

one-member appeal board must be an employee of the Public Service Commission.

There is one decision of this Court which I believe has direct application to the facts before us. In *Viola*, *supra*, the issue was whether an appeal board, established to consider whether a candidate satisfied the requirements of a Public Service position, had jurisdiction to consider whether those employment requirements violated the 1988 *Official Languages Act* [S.C. 1988, c. 38]. That Act, like the CHRA, is regarded as quasi-constitutional legislation.

In determining for the Court that the appeal board did not have jurisdiction under section 21 of the PSEA to determine whether employment requirements violated the 1988 *Official Languages Act*, Décaré J.A. stated at pages 387-388:

The constitutional entrenchment of language rights and their quasi-constitutional extension, qualified by the appeal for caution made to the courts by the Supreme Court, do not however imply, in the absence of specific indications to this effect, an alteration of the powers of the courts which have to interpret and apply these rights. Just as the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is not in itself a source of new jurisdictions, so the 1988 *Official Languages Act* does not create new jurisdictions other than those, vested in the Commissioner of Official Languages and the Federal Court Trial Division, which it creates expressly. As in the case at bar, the fact that the Department might be subject to more specific legal duties than in the past when it comes time to determine the language requirements of a position does not mean that an appeal board thereby acquires a jurisdiction which was heretofore beyond it. Unless the Act itself contains some indication that Parliament intended to give an appeal board a new jurisdiction affecting the department's managerial rights, the appeal board will have to resign itself to continuing to perform the function it has until now exercised, and to leave to other jurisdictions the responsibility for deciding whether a department has complied with the provisions of the 1988 *Official Languages Act* in a given case. [Emphasis is mine.]

The alleged basis of the Appeal Board's implied jurisdiction to apply the CHRA is found in a decision of this Court, *Ahmad v. Public Service Commission*, [1974] 2 F.C. 644 (C.A.). At pages 646-647 of that case, Chief Justice Jaccett stated:

membre unique du comité d'appel doit être un fonctionnaire.

À mon avis, une décision de la Cour peut être appliquée directement aux faits de l'espèce. Dans l'affaire *Viola*, précitée, la Cour a dû déterminer si un comité d'appel, établi afin de décider si un candidat respectait les conditions d'un poste dans la fonction publique, avait la compétence nécessaire pour établir que ces conditions d'emploi étaient ou non conformes à la *Loi sur les langues officielles* de 1988 [L.C. 1988, ch. 38]. Celle-ci, à l'instar de la LCDP, est considérée comme un texte législatif quasi constitutionnel.

Statuant pour la Cour, le comité d'appel n'avait pas compétence en vertu de l'article 21 de la LEFP afin de déterminer si les conditions d'emploi étaient ou non conformes à la *Loi sur les langues officielles* de 1988, le juge Décaré, J.C.A., s'exprime ainsi aux pages 387 et 388:

La consécration constitutionnelle de droits linguistiques et leur prolongement quasi-constitutionnel, nuancés par l'appel à la prudence lancé aux tribunaux par la Cour suprême, n'emportent pas pour autant, à moins d'indications précises en ce sens, une modification des compétences des tribunaux appelés à interpréter et à appliquer ces droits. De même que la *Charte canadienne des droits et libertés* n'est pas en elle-même source de compétences nouvelles, de même la *Loi sur les langues officielles* de 1988 n'établit pas de compétences nouvelles autres que celles, dévolues au commissaire aux langues officielles et à la Section de première instance de la Cour fédérale, qu'elle établit expressément. Ainsi, comme en l'espèce, ce n'est pas parce que le Ministère se serait vu imposer des obligations légales plus précises que par le passé lorsque vient le temps d'établir les exigences linguistiques d'un poste, qu'un comité d'appel acquerrait du fait même une compétence qui lui avait jusque-là échappée. À moins qu'on ne trouve dans la Loi elle-même une indication de l'intention du Parlement de confier au comité d'appel une compétence nouvelle relativement au droit de gérance du ministère, le comité d'appel devra se résigner à continuer à jouer le rôle qui jusqu'ici lui était dévolu et à laisser d'autres instances le soin de décider si, dans un cas donné, un ministère s'est conformé aux dispositions de la *Loi sur les langues officielles* de 1988. [Non souligné dans l'original.]

C'est dans une décision de la Cour qu'on retrouve la base présumée de la compétence implicite du Comité d'appel aux fins de l'application de la LCDP, soit *Ahmad c. La Commission de la Fonction publique*, [1974] 2 C.F. 644 (C.A.). Aux pages 646 et 647 de cette affaire, le juge en chef Jaccett déclare ce qui suit:

Whether or not a person is competent or incompetent for a post is a matter of opinion, and, in the absence of any special legal direction, all that the law can imply with regard thereto is that it must be honestly formed, and that it must, in the first instance at least, be based upon the observation, by those under whom he works, of the manner in which the person whose competence is in question carries out his duties. In particular circumstances, rough and ready rules of thumb may be adopted by such persons as an aid to the formation of the required opinion; but, in my view, in the absence of

(a) some failure to apply properly some specific statutory or other legal direction, or

(b) proof of bad faith on the part of those whose observations and judgment are in question,

a board of review established under section 31 would not be justified in deciding that a deputy head's recommendation should not be acted upon unless it had before it material that satisfied it, as a matter of fact, that the deputy head was wrong in forming the opinion that the person in question was "incompetent in performing the duties of the position he occupies." [Emphasis is mine.]

It is argued that the CHRA and its judicial interpretation constitute "legal directions" which the Appeal Board must apply in order to fulfil its statutory mandate under section 31. With respect, I do not think that the reasoning of this Court in *Ahmad, supra*, extends the jurisdiction of the Appeal Board beyond its legislated mandate. The "legal directions" to which *Ahmad* refers correspond to simple rules of general application. For example, in *Dansereau v. Canada (Public Service Appeal Board)*, [1991] 1 F.C. 444 (C.A.), this Court imposed a duty on employers to give sufficient notice of unsatisfactory performance to employees before recommending release. Similarly, in *Clare v. Canada (Attorney General)*, [1993] 1 F.C. 641 (C.A.), it was held that an employer, which had implemented an employee counselling programme, is obligated to refer an employee to counselling services at the employee's request before he or she is released. These rules are conditions precedent which must be satisfied before the deputy head recommends an employee's release. They are true "legal directions" which the Appeal Board is required to apply to discharge its mandate under section 31 of the PSEA.

Qu'une personne soit compétente ou incompétente pour un poste est une question d'opinion; en l'absence de directives juridiques spéciales, tout ce qu'on peut légalement demander à ce sujet est que l'opinion ait été formée d'une manière honnête et que, au départ au moins, elle soit fondée sur l'observation par les supérieurs hiérarchiques de la personne dont la compétence est mise en question, de la façon dont cette dernière remplit ses fonctions. Dans des circonstances particulières, ces personnes peuvent utiliser des règles empiriques rudimentaires et toutes faites comme guide pour parvenir à l'opinion requise; mais à mon avis, en l'absence

a) de mauvaise application d'une directive légale ou juridique ou

b) de la preuve de mauvaise foi de la part de ceux dont les observations et le jugement sont en cause,

un comité de révision établi conformément à l'article 31 ne pourra à bon droit décider qu'il ne doit donner aucune suite à une recommandation d'un sous-chef à moins qu'on ne lui ait soumis des documents pertinents, établissant effectivement que le sous-chef a eu tort d'estimer que l'employé en question était «incompétent dans l'exercice des fonctions de son poste». [Non souligné dans l'original.]

Les parties prétendent que la LCDP et son interprétation par les tribunaux constituent une «directive légale» que le Comité d'appel doit appliquer afin de respecter le mandat qui lui est conféré par le législateur en vertu de l'article 31. En toute déférence, je ne crois pas que le raisonnement de la Cour dans l'affaire *Ahmad*, précitée, étende la compétence du Comité d'appel au-delà de son mandat légal. La «directive légale» dont il est question dans l'arrêt *Ahmad* désigne une simple règle d'application générale. Par exemple, dans *Dansereau c. Canada (Comité d'appel de la fonction publique)*, [1991] 1 C.F. 444 (C.A.), la Cour a imposé aux employeurs le devoir de donner un avis suffisant du rendement insatisfaisant de l'employé avant de recommander le renvoi. De même, dans *Clare c. Canada (Procureur général)*, [1993] 1 C.F. 641 (C.A.), il a été décidé qu'un employeur, qui avait mis en œuvre un programme de counselling destiné aux employés, est obligé d'envoyer cet employé en consultation à la demande de celui-ci avant son renvoi. Ces règles constituent des conditions préalables qui doivent être respectées avant que l'administrateur général puisse recommander le renvoi de l'employé. Elles représentent une «directive légale» que le Comité d'appel doit appliquer afin de respecter le mandat qui lui est conféré par l'article 31 de la LEFP.

Interpretation and application of the CHRA is, by contrast, intricate. It does not lend itself to creating simple “legal directions” except, of course, those by which the deputy head is bound. For example, the deputy head is charged not to discriminate against an employee when making a recommendation to the Appeal Board. However, the determination of whether a certain practice constitutes direct or indirect discrimination is not a “legal direction.” The divergent opinions of this Court and the Supreme Court, regarding the definition and effects of direct and indirect discrimination, underlines the complexity and elusiveness of those concepts.

In effect, this Court is being asked to apply the provisions of the CHRA and declare the respondent a victim of adverse effect discrimination. Such a determination could easily be reformulated as a legal directive—a recommendation to release a disabled person pursuant to section 31 of the PSEA on the ground of incapacity constitutes adverse effect discrimination. This approach, in my respectful view, seriously contorts the intent of *Ahmad, supra*, and completely ignores the pivotal question before us of whether Parliament intended to confer upon the Appeal Board the jurisdiction to apply the CHRA. It is the role of Parliament, not the courts, to confer jurisdiction upon statutory tribunals.

The true thrust of the respondent’s case is that the Appeal Board should have the power to apply the CHRA as a matter of policy. Counsel for the respondent frankly admitted his reluctance to pursue the matter before the Canadian Human Rights Commission because of the lengthy delays in processing complaints. I understand the respondent’s frustration. It is arguable that, in such a case, justice delayed is truly justice denied. However, the inefficiency of that system cannot of itself confer jurisdiction upon a tribunal which is not expressly or impliedly authorized by Parliament. There are also practical reasons against extending the Appeal Board’s jurisdiction.

Par contre, l’interprétation et l’application de la LCDP est complexe. Ce texte législatif ne crée pas de simples «directives légales» sauf, bien évidemment, celles par lesquelles l’administrateur général est lié. Par exemple, celui-ci est enjoint de ne pas faire de discrimination à l’encontre d’un employé lorsqu’il formule une recommandation destinée au Comité d’appel. Toutefois, le fait de déterminer si une pratique donnée constitue une discrimination directe ou indirecte ne s’assimile pas à une «directive légale». Les opinions divergentes de notre Cour et de la Cour suprême à l’égard de la définition des effets de la discrimination directe et indirecte mettent en lumière la complexité et le caractère insaisissable de ces concepts.

On demande à la Cour d’appliquer les dispositions de la LCDP et de déclarer l’intimée victime de discrimination par suite d’un effet préjudiciable. Cette détermination pourrait aisément être reformulée comme une directive légale, soit que la recommandation de renvoyer une personne invalide conformément à l’article 31 de la LBFP en raison de son incapacité constitue une discrimination par suite d’un effet préjudiciable. Cette approche me semble en toute déférence gravement incompatible avec l’intention de l’arrêt *Ahmad*, précité, et laisse complètement de côté la question de première importance dont nous sommes saisis, c’est-à-dire déterminer si le Parlement entendait conférer au Comité d’appel la compétence voulue pour appliquer la LCDP. C’est le rôle du Parlement, et non pas des tribunaux, d’accorder une compétence aux tribunaux créés par le législateur.

Essentiellement, l’intimée adopte la position selon laquelle le Comité d’appel devrait avoir le pouvoir d’appliquer la LCDP comme politique. L’avocat de l’intimée a admis en toute franchise qu’il était réticent à soumettre la question à la Commission canadienne des droits de la personne en raison des longs délais dans le traitement des plaintes. Je comprends la frustration de l’intimée: on pourrait croire en l’occurrence qu’un retard représente vraiment un déni de justice. Toutefois, l’inefficacité du système ne peut en soi conférer à un tribunal administratif une compétence qui n’est pas expressément ni implicitement autorisée par le Parlement. Certains motifs d’ordre pratique militent aussi contre l’élargissement de la compétence du Comité d’appel.

The Canadian Human Rights Tribunal has broad powers to receive and call evidence, including information or evidence which would not be acceptable in a court of law (see subsection 50(2) CHRA). This power is vital to ascertain the presence of nuanced discriminatory practices or policies. By contrast, the Appeal Board has no such power. This could lead to the anomalous result that allegations of discrimination brought before a human rights tribunal would have a greater chance of success than those investigated under section 31 of the PSEA. This fact undermines the argument that conferring jurisdiction upon the Appeal Board to apply the CHRA would eradicate the need for multiplicitous proceedings; on this point, see *Pitawanakwat*, *supra*, and *Burke*, *supra*.

For the above reasons, it is my view that the Appeal Board does not possess the jurisdiction to apply the CHRA. Parliament has not conferred upon the Appeal Board express jurisdiction to interpret any law, much less to consider the subject-matter or remedy before this Court. Its role is limited to making determinations of fact: Is the employee incompetent or incapable? Was the deputy head's recommendation made in good faith? Were the conditions precedent to such a determination satisfied? Neither are there any overarching policy or practical reasons supporting the Appeal Board's implied jurisdiction to consider the CHRA. As I have found that the Appeal Board does not possess the requisite jurisdiction, there is no need to address the other issue pursued by my colleagues.

For the reasons above, I would dispose of the appeal as proposed by my colleague Desjardins J.A.

Le tribunal des droits de la personne possède de vastes pouvoirs d'accueillir et de rechercher des éléments de preuve, y compris des renseignements ou des preuves qui ne seraient pas admissibles devant un tribunal judiciaire (voir le paragraphe 50(2) de la LCDP). Ce pouvoir est vital pour déceler des pratiques et des politiques discriminatoires subtiles. En revanche, le Comité d'appel ne jouit pas de tels pouvoirs, ce qui pourrait entraîner une anomalie, soit que les allégations de discrimination présentées à un tribunal des droits de la personne pourraient plus facilement être fructueuses que celles qui font l'objet d'une enquête à la lumière de l'article 31 de la LEFP. Ce risque montre bien que l'octroi, au Comité d'appel, de la compétence d'appliquer la LCDP éliminerait la nécessité de procédures multiples; à ce sujet, voir *Pitawanakwat*, précité, et *Burke*, précité.

Pour ces motifs, je suis d'avis que le Comité d'appel ne possède pas la compétence voulue pour appliquer la LCDP. Le Parlement n'a pas conféré au Comité d'appel la compétence expresse d'interpréter des textes législatifs, et encore moins d'examiner l'objet ou la réparation dont nous sommes saisis. Son rôle est limité à trancher les faits: l'employé est-il incompetent ou incapable? La recommandation de l'administrateur général a-t-elle été formulée de bonne foi? Les conditions préalables d'une telle décision ont-elles été respectées? Il n'existe pas non plus de politiques ou de raisons pratiques déterminantes qui appuient l'existence d'une compétence implicite qui permettrait au Comité d'appel de prendre la LCDP en considération. Comme j'estime que le Comité d'appel n'a pas le pouvoir voulu, il n'est pas nécessaire de trancher les autres questions considérées par mes collègues.

Pour ces motifs, je trancherai le pourvoi de la même façon que ma collègue, le juge Desjardins, J.C.A.





*Damages — Limiting principles — Human Rights Tribunal finding discrimination under Canadian Human Rights Act — Limiting compensation to 24 months' lost wages less employment income, bursaries received during period — Goal of compensation under human rights legislation same as in tort law: to make victim whole — Common sense requiring some limits on liability from consequences of act — Double recovery violating principles plaintiff should not recover unless loss demonstrated, and only to extent of loss — Retention of bursary monies and recovery of lost wages double benefit — Bursary monies properly deducted provided not recoverable by payer where recipient receiving wage award.*

These were applications for judicial review of a decision of a Canadian Human Rights Tribunal. Mary Pitawanakwat is an Ojibway woman. She was employed by the Department of the Secretary of State at Regina, Saskatchewan from 1979 until 1986 when she was dismissed. She had received several unsatisfactory job performance appraisals and relations with her supervisors had deteriorated. The Tribunal found that she had been monitored differently than other employees, and that the differential treatment may have been, at least in part, racially motivated. It found that racial slurs, jokes and stereotyping did occur in the workplace during her tenure. It further found that discrimination was one of that factors that influenced the respondent in its dealings with the complainant, which conduct resulted in her eventual dismissal.

The Tribunal expressed concern over the Department's lack of interest, understanding or inclination to respond to repeated indicators about the possible existence of discrimination within its own office, characterizing the lack of response as gross negligence. A *prima facie* case for discrimination was found to have been established under *Canadian Human Rights Act*, paragraph 14(1)(c), which provides that it is a discriminatory practice in matters related to employment to harass an individual on a prohibited ground of discrimination. It was argued that this finding necessarily implied that the Department had also engaged in a discriminatory practice by refusing to continue to employ Pitawanakwat and by discriminating adversely against her in the course of employment on the same ground of discrimination (race), within section 7. That section provides that it is a discriminatory practice to refuse to continue to employ any individual or in the course of employment to differentiate adversely in relation to an employee on a prohibited ground of discrimination.

bunai ni de la cour — Le Tribunal a commis une erreur de droit en refusant d'accorder une indemnité pour préjudice moral en raison de la conduite de la plaignante, cela équivaut en fait à tolérer la discrimination pour un motif de distinction illicite.

*a* Dommages-intérêts — Facteurs limitatifs — Le Tribunal des droits de la personne a conclu à la discrimination en vertu de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Il a limité l'indemnité à la perte de salaire durant 24 mois moins les revenus d'emploi et les bourses reçues — Le principe de l'indemnisation en matière de droits de la personne et en matière de responsabilité délictuelle est le même: remettre la victime dans la position où elle était — Le sens commun exige d'établir des limites à la responsabilité quant aux conséquences de son acte — La double indemnisation viole les principes voulant que le plaignant ne soit indemnisé que s'il peut établir l'existence d'une perte, et seulement dans la mesure de cette perte — Le fait de garder les bourses et de toucher en même temps une indemnité pour ses pertes de salaire équivaut à une double indemnisation — Les bourses sont valablement déduites si elles ne sont pas remboursables à l'organisme qui les a versées

*b*

*c*

*d* lorsque la boursière reçoit une indemnité pour perte de salaire.

Il s'agit de demandes de contrôle judiciaire de la décision rendue par un tribunal canadien des droits de la personne. Mary Pitawanakwat est une Autochtone ojibway. Elle a travaillé au Secrétariat d'État à Regina (Saskatchewan) de 1979 jusqu'à son congédiement en 1986. Elle avait fait l'objet de plusieurs évaluations du rendement insatisfaisantes, et ses relations avec ses surveillants s'étaient détériorées. Le Tribunal a conclu qu'elle avait été surveillée d'une façon différente comparativement aux autres employés, et que ce traitement différent peut avoir été fondé, du moins en partie, sur des motifs liés à la race. Le Tribunal a conclu que des insinuations, blagues et clichés à caractère racial ont été formulés au bureau pendant ses fonctions. Selon le Tribunal, la discrimination est l'un des facteurs qui a influencé l'intimé dans ses agissements à l'endroit de la plaignante et qui a finalement entraîné le renvoi de celle-ci.

Le Tribunal a été préoccupé par le manque d'intérêt ou de compréhension dont l'intimé a fait montre à l'égard d'indices répétés de la discrimination pouvant exister dans son propre bureau et a qualifié son attitude d'incurie flagrante. Une preuve *prima facie* de discrimination a été faite au sens de l'alinéa 14(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, lequel prévoit que le fait de harceler un individu en matière d'emploi constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite. On a fait valoir que cette conclusion signifie nécessairement que le Ministère a également commis un acte discriminatoire en refusant de continuer à employer Pitawanakwat et en la défavorisant en cours d'emploi pour le même motif de discrimination illicite (la race), au sens de l'article 7. Selon cet article, constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait de refuser de continuer d'employer un individu ou de le défavoriser en cours d'emploi.

The Tribunal ordered reinstatement of Pitawanakwat in equivalent employment outside Saskatchewan, stating that it would be a "recipe for disaster" to reinstate her to her former position given the bitterness between the parties. It also awarded an amount equivalent to lost wages from the time of her dismissal for a twenty-four month period, but deducted any employment income and bursaries received during that period. No award was provided for hurt feelings "in light of the part played by the Complainant in the misfortunes suffered by her". The issues were whether harassment on the basis of race constituted discrimination based on race; whether the Tribunal erred in law in capping the damage award at 24 months, in failing to order reinstatement at the complainant's former place of work, in deducting bursary monies from the damage award and in failing to order a remedy for hurt feelings.

*Held*, the application should be allowed and the matter referred back to the Tribunal for redetermination in accordance with these reasons.

Not every explicit finding of harassment of an individual on a prohibited ground of discrimination in matters related to employment will necessarily imply a breach of section 7, but on the facts herein and on a reading of the Tribunal's decision as a whole, the Tribunal implicitly found that the Department had engaged in a discriminatory practice, within *Canadian Human Rights Act*, section 7 by refusing to continue to employ Pitawanakwat and by differentiating adversely against her in the course of employment on a prohibited ground of discrimination.

The Tribunal erred in law in failing to give any explanation for its determination that twenty-four months was an appropriate point at which to cap compensation in relation to lost wages. The principles enunciated by Marceau J.A. in *Canada (Attorney General) v. Morgan* applied. He stated that the goal in respect of compensation under human rights legislation is the same as in the law of torts: to make the victim whole for the damages caused by the act that is the source of liability. Common sense required that some limits be placed upon liability for the consequences flowing from an act. The Tribunal must redetermine this matter in accordance with the principles enunciated in *Morgan*.

The Tribunal erred as well in not ordering the reinstatement of Pitawanakwat to the office from which she had been removed. Paragraph 53(2)(b) permits the Tribunal to order the person found to have engaged in the discriminatory practice to make available to the victim, on the first reasonable occasion, such rights, opportunities or privileges as were denied the victim as a result of the practice. Limiting the order of reinstatement to offices outside Saskatchewan enfeebled the rights conferred by the Act on one who had been discriminated against by removal from employment on a prohibited ground of dis-

Le Tribunal a ordonné la réintégration de Pitawanakwat dans un poste équivalent à l'extérieur de la Saskatchewan en rappelant que la réintégration à son ancien poste n'a pas été ordonnée parce que «pareille décision mènerait tout droit à un désastre», vu la trop grande animosité entre les parties. Il a en outre accordé une indemnité équivalente au salaire et aux avantages qu'elle avait perdus pendant la période de vingt-quatre mois qui a suivi son congédiement, mais il a déduit les revenus d'emploi qu'elle avait touchés ainsi que les bourses qu'elle avait obtenues pendant cette même période. Aucune indemnité n'a été accordée pour le préjudice moral «compte tenu de la responsabilité de la plaignante à l'égard du triste sort qu'elle a subi». Les questions en litige étaient les suivantes: le harcèlement fondé sur la race constitue-t-il de la discrimination raciale? Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en limitant l'indemnité accordée à une somme représentant vingt-quatre mois de salaire, en n'ordonnant pas la réintégration de la plaignante dans son lieu de travail antérieur, en déduisant les bourses d'études de l'indemnité qui a été accordée à titre de dommages-intérêts et en n'accordant pas d'indemnité pour préjudice moral?

*Jugement*: la demande est accueillie et l'affaire est renvoyée devant le Tribunal pour jugement conformément à ces motifs.

Chaque fois que l'on conclut expressément qu'il y a eu harcèlement à l'endroit d'un individu pour un motif de distinction illicite en matière d'emploi, il n'y a pas nécessairement violation de l'article 7. Toutefois, étant donné les faits de l'espèce et après avoir lu l'ensemble de la décision du Tribunal, il faut conclure que le Tribunal a implicitement jugé que le Ministère a commis un acte discriminatoire au sens de l'article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en refusant de continuer à employer Pitawanakwat et en la défavorisant en cours d'emploi pour un motif de distinction illicite.

Le Tribunal a commis une erreur de droit en n'expliquant pas pourquoi il avait conclu que l'indemnité devait être limitée à une somme représentant vingt-quatre mois de salaire. Les principes établis par le juge Marceau, J.C.A., dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Morgan* s'appliquent. Il dit que le principe qui est applicable à l'indemnisation en matière de droits de la personne et en matière de responsabilité délictuelle est le même, c'est-à-dire que la partie doit être remise dans la position où elle aurait été si le tort ne s'était pas produit. Le sens commun veut qu'il y ait une limite à la responsabilité de l'auteur du préjudice quant aux conséquences de son acte. L'affaire doit être renvoyée au Tribunal pour jugement conformément aux principes établis dans l'arrêt *Morgan*.

Le Tribunal a commis une erreur de droit en n'ordonnant pas la réintégration de Pitawanakwat au bureau duquel elle a été retirée. En vertu de l'alinéa 53(2)(b) le Tribunal peut ordonner à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire d'accorder à la victime, dès que les circonstances le permettent, les droits, chances ou avantages dont l'acte l'a privée. Le fait de limiter l'ordonnance à la réintégration dans des bureaux situés à l'extérieur de la Saskatchewan diminue l'effet des droits garantis par la Loi pour la personne qui a fait l'objet de la discrimination parce qu'elle a été retirée d'un poste pour un

crimination. The "recipe for disaster" was an issue to be dealt with by the Department that refused to continue to employ her on a prohibited ground of discrimination. It was not a justification for failing to grant the full remedy of reinstatement, where it has been acknowledged that reinstatement would be appropriate. Neither should subsection 54(2), which precludes orders containing a term requiring the removal of an individual from a position, be of concern to the Tribunal or the Court.

The Tribunal did not err in determining that bursary monies received when Pitawanakwat enrolled on a full-time basis in a post-secondary educational institution following removal from her employment and her voluntary termination of subsequent employment should be deducted from the award for lost wages. A plaintiff should not recover unless able to demonstrate loss, and then only to the extent of the loss. Double recovery violates this principle. If the applicant were able to retain the bursary monies and as well recover for her loss of wages, she would be receiving a double benefit. If, however, the bursary monies were recoverable by the payer where the recipient receives a wage award, the bursary monies should not be deducted from the wage award.

Subsection 53(3) permits a Tribunal to order compensation for hurt feelings as a result of a discriminatory practice. To deny an award for hurt feelings on the basis of the conduct of the complainant is to condone discrimination on the basis of a prohibited ground where the conduct of the complainant is less than exemplary. Subsection 53(3) should not be interpreted to produce such a result. In so interpreting that subsection, the Tribunal erred in law.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2, 3(1), 7, 14(1), 53(2),(3), 54(2).

*Department of State Act*, R.S.C., 1985, c. S-17.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Cluff v. Canada (Department of Agriculture)*, [1994] 2 F.C. 176 (T.D.); *Canada (Attorney General) v. Morgan*, [1992] 2 F.C. 401; (1991), 85 D.L.R. (4th) 473; 92 CLLC 17,002; 135 N.R. 27 (C.A.); *Ratych v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940; (1990), 69 D.L.R. (4th) 25; 30 C.C.E.L. 161; 3 C.C.L.T. (2d) 1; 107 N.R. 335; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 8 C.H.R.R. D/4210; 87 CLLC 17,022; 76 N.R. 161.

motif de distinction illicite. La solution qui «mènerait tout droit à un désastre» était une question relevant du Ministère qui a refusé de continuer à l'employer pour un motif de distinction illicite. Cela ne permettait pas de ne pas accorder la réintégration pure et simple, lorsqu'il a été reconnu qu'il y avait lieu d'ordonner la réintégration. Le Tribunal ou la Cour n'ont pas à se préoccuper non plus du fait que suivant le paragraphe 54(2) l'ordonnance prévue ne peut exiger le retrait d'un employé d'un poste qu'il occupe.

Le Tribunal n'a pas commis une erreur de droit en statuant que les bourses d'études reçues par Pitawanakwat lorsqu'elle s'est inscrite à plein temps dans un établissement d'enseignement secondaire après avoir été congédiée et avoir quitté volontairement son emploi subséquent, soient déduites de l'indemnité accordée pour les pertes de salaire. Le demandeur ne devrait être indemnisé que s'il peut établir l'existence d'une perte et, même alors, seulement dans la mesure de cette perte. La double indemnisation va à l'encontre de ce principe. Si la requérante pouvait garder les bourses et toucher en même temps une indemnité pour ses pertes de salaire, elle serait doublement avantagée. Toutefois, si les bourses sont remboursables à l'organisme qui les a versées lorsque la boursière reçoit une indemnité pour les pertes de salaire, les bourses ne devraient pas être déduites de cette indemnité.

Le paragraphe 53(3) permet au Tribunal d'ordonner à l'auteur d'un acte discriminatoire de payer à la victime une indemnité pour préjudice moral. Refuser une indemnité pour préjudice moral en raison de la conduite du plaignant équivaut en fait à tolérer la discrimination pour un motif de discrimination illicite chaque fois que le comportement du plaignant est loin d'être exemplaire. Le paragraphe 53(3) ne devrait pas être interprété de manière à produire un tel résultat. En interprétant ce paragraphe de cette manière, le Tribunal a commis une erreur de droit.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2, 3(1), 7, 14(1), 53(2),(3), 54(2).

*Loi sur le secrétariat d'État*, L.R.C. (1985), ch. S-17.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Cluff c. Canada (Ministère de l'Agriculture)*, [1994] 2 C.F. 176 (1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Procureur général) c. Morgan*, [1992] 2 C.F. 401; (1991), 85 D.L.R. (4th) 473; 92 CLLC 17,002; 135 N.R. 27 (C.A.); *Ratych c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940; (1990), 69 D.L.R. (4th) 25; 30 C.C.E.L. 161; 3 C.C.L.T. (2d) 1; 107 N.R. 335; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 8 C.H.R.R. D/4210; 87 CLLC 17,022; 76 N.R. 161.

## REFERRED TO:

*Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 17 C.H.R.R. D/349; 149 N.R. 1; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 8 C.H.R.R. D/4326; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 17 C.H.R.R. D/349; 149 N.R. 1; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 8 C.H.R.R. D/4326; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303.

APPLICATIONS for judicial review of a Canadian Human Rights Tribunal's decision (*Pitawanakwat v. Canada (Secretary of State)*) (1992), 19 C.H.R.R. D/110; 93 CLLC 17,007) finding a *prima facie* case of discrimination under *Canadian Human Rights Act*, paragraph 14(1)(c), capping compensation for lost wages at 24 months and deducting amounts received from employment and bursaries, ordering reinstatement but outside province in which complainant had worked, and making no award for hurt feelings. Applications allowed.

DEMANDES de contrôle judiciaire de la décision rendue par un tribunal canadien des droits de la personne (*Pitawanakwat c. Canada (Secrétariat d'État)*) (1992), 19 C.H.R.R. D/110; 93 CLLC 17,007) qui concluait à l'existence d'une preuve *prima facie* de discrimination au sens de l'alinéa 14(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, limitait le montant de l'indemnité à une somme représentant 24 mois de salaire, ordonnait la déduction des bourses d'études et des sommes provenant d'un emploi, ordonnait la réintégration de la plaignante, mais à l'extérieur de la province où celle-ci avait travaillé et qui n'accordait aucune indemnité pour préjudice moral. Demandes accueillies.

## COUNSEL:

*Peter C. Engelmann and Heather Gibbs* for Mary Pitawanakwat.

*Bruce W. Gibson and Mark R. Kindrachuck* for Attorney General of Canada and Department of Secretary of State.

*William F. Pentney* for Canadian Human Rights Commission.

*Raj Anand* for interveners.

## AVOCATS:

*Peter C. Engelmann et Heather Gibbs* pour Mary Pitawanakwat.

*Bruce W. Gibson et Mark R. Kindrachuck* pour le procureur général du Canada et le Secrétariat d'État.

*William F. Pentney* pour la Commission canadienne des droits de la personne.

*Raj Anand* pour les intervenants.

## SOLICITORS:

*Lynk, Engelmann & Gottheil*, Ottawa, for Mary Pitawanakwat.

*Deputy Attorney General* for Attorney General of Canada and Department of Secretary of State.

*Canadian Human Rights Commission, Legal Department*, for Canadian Human Rights Commission.

*Scott & Aylen*, Ottawa, for interveners.

## PROCUREURS:

*Lynk, Engelmann & Gottheil*, Ottawa, pour Mary Pitawanakwat.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le Procureur général du Canada et pour le Secrétariat d'État.

*Service juridique de la Commission canadienne des droits de la personne* pour la Commission canadienne des droits de la personne.

*Scott & Aylen*, Ottawa, pour les intervenants.

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

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

GIBSON J.:

## NATURE OF APPLICATION AND RELIEF SOUGHT

These reasons relate to two applications commenced by originating notices of motion for judicial review of a decision of a Canadian Human Rights Tribunal rendered December 23, 1992 [(1992), 19 C.H.R.R. D/110], respecting a complaint presented by the applicant Mary Pitawanakwat (the principal applicant). The relief requested by the principal applicant is an order setting aside portions of the decision in question. The relief requested by the applicant Canadian Human Rights Commission is a writ of *certiorari* quashing portions of the decision or in the alternative setting aside the said portions of the decision and referring the matter back to the Human Rights Tribunal for determination in accordance with such directions as this Court considers to be appropriate.

By orders dated the January 10, 1994, the Minority Advocacy Rights Council and the Native Women's Association of Canada were added as interveners in both matters.

## THE FACTS

The principal applicant, Mary Pitawanakwat, is an Ojibway woman originally from the Manitoulin Island District in Ontario. Her education background includes grade 12 in the Ontario system plus a special program at the University of Toronto and a number of courses related to human and personal development.

In October of 1979, she commenced employment with the Department of Secretary of State<sup>1</sup> (the Department). Her work experience prior to her employment with the Department included work as an Ojibway language instructor, as a community development worker, and work with friendship centres and native counselling services.

<sup>1</sup> Or Department of the Secretary of State, depending on which style of cause is relied upon. See [*Department of State Act*] R.S.C., 1985, c. S-17 where the definite article appears.

LE JUGE GIBSON:

## LA NATURE DE LA DEMANDE ET LA RÉPARATION SOLLICITÉE

Les présents motifs concernent deux demandes formées par le dépôt d'avis de requête introductive d'instance visant à obtenir le contrôle judiciaire de la décision rendue par un tribunal canadien des droits de la personne, le 23 décembre 1992 [(1992), 19 C.H.R.R. D/110], relativement à une plainte déposée par la requérante Mary Pitawanakwat (la requérante principale). La réparation sollicitée par la requérante principale est une ordonnance annulant des dispositions de la décision en cause. La réparation sollicitée par l'autre requérante, la Commission canadienne des droits de la personne, est un bref de *certiorari* annulant des dispositions de la décision ou, subsidiairement, infirmant lesdites dispositions de la décision et renvoyant l'affaire au tribunal des droits de la personne pour jugement conformément aux instructions que la Cour estime appropriées.

Le Conseil de revendication des minorités et la Native Women's Association of Canada ont été constitués parties intervenantes dans les deux affaires par des ordonnances datées du 10 janvier 1994.

## LES FAITS

La requérante principale, Mary Pitawanakwat, est une Autochtone ojibway originaire du district de Manitoulin Island en Ontario. Elle a obtenu un diplôme de douzième année en Ontario; de plus, elle a suivi un programme spécial à l'Université de Toronto ainsi que de nombreux cours de développement humain et personnel.

Elle a commencé à travailler au Secrétariat d'État<sup>1</sup> (le Ministère) en octobre 1979. Avant de travailler au Ministère, elle avait enseigné la langue ojibway, elle avait occupé le poste d'animatrice communautaire et elle avait travaillé pour des centres d'amitié et des services d'orientation pour autochtones.

<sup>1</sup> En anglais, faut-il dire Department of the Secretary of State ou Department of Secretary of State? Dans la *Loi sur le secrétariat d'État*, L.R.C. (1985), ch. s-17, le «the» est employé.

She was employed by the Department as a social development officer at a program manager-4 level. Her place of employment was Regina, Saskatchewan. In her employment, she acted as a primary link between the Department and the community, particularly the aboriginal community. Her duties required a combination of administrative and field work, and a full knowledge of the individuals and organizations that constituted her "client" group and of the programs offered by the Department and by other departments and agencies of the federal government that might prove to be of interest to the client group.

In the early stages of her employment with the Department, things went well for both the principal applicant and the Department. In the summer of 1981, she received her first performance appraisal. It indicated that her work was fully satisfactory and that she met her work objectives. It contained recommendations indicating that the principal applicant needed to work on balancing her departmental administrative responsibilities and her external community work with her client groups.

The principal applicant's second performance appraisal, which was completed in the spring of 1982, indicated that her performance was satisfactory. Problem areas were identified in meeting of deadlines and attention to detail.

Relationships between the principal applicant and her supervisors deteriorated. All subsequent performance appraisals of the principal applicant indicated that her performance was unsatisfactory. In March of 1986, the principal applicant was dismissed.

The Canadian Human Rights Tribunal (the Tribunal), in its decision, examined seven specific areas of the principal applicant's work experience with the Department that were of concern to her. On the issue of workload, it concluded that the principal applicant's was heavy but in normal circumstances, it was manageable. In the area of monitoring of the principal applicant's work, the Tribunal found that the evidence supported her allegation that she was monitored in a manner different from other employees and found that there was [at page D/118] "some evidence to support the [principal applicant's] allegation that her differential treatment may have been, at least in

Elle a été engagé par le Ministère comme agente de développement social, un poste PM-4 (chargé de programme). Elle travaillait à Regina (Saskatchewan). Dans le cadre de son travail, elle assurait la liaison entre le Ministère et la collectivité, en particulier la collectivité autochtone. Elle devait notamment effectuer des tâches administratives et travailler sur le terrain; elle devait en outre posséder une bonne connaissance des personnes et des organismes qui constituaient son groupe «client» ainsi que des programmes offerts par le Ministère et par les autres organismes et ministères fédéraux qui pouvaient présenter un intérêt pour son groupe client.

Au début, tout allait bien entre la requérante principale et le Ministère. Elle a reçu sa première évaluation du rendement à l'été 1981. Cette évaluation indiquait que le travail de la requérante principale était entièrement satisfaisant et qu'elle remplissait les principaux objectifs du poste. Il y était toutefois précisé qu'elle devait s'efforcer de concilier les exigences de nature administrative de son poste avec le travail communautaire qu'elle devait accomplir à l'extérieur pour les groupes clients.

La deuxième évaluation du rendement de la requérante principale a été faite au printemps 1982 et elle indiquait que son rendement était satisfaisant. Il y était signalé qu'elle avait de la difficulté à respecter les délais et à porter attention aux détails.

Les relations entre la requérante principale et ses surveillants se sont détériorées. Toutes les évaluations qui ont été faites par la suite indiquaient que le rendement de la requérante principale était insatisfaisant. En mars 1986, elle a été congédiée.

Dans sa décision, le Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal) a examiné sept aspects du travail de la requérante principale au sein du Ministère. Il a conclu que la requérante principale avait une lourde charge de travail avec laquelle elle pouvait néanmoins composer dans les circonstances. Quant à la surveillance du travail de la requérante principale, il a conclu qu'elle avait raison de dire qu'elle était surveillée d'une façon différente comparativement aux autres employés et que [à la page D/118] «l'allégation de [la requérante principale] selon laquelle ce traitement est fondé, du moins en partie, sur des motifs liés à la race est justifiée par

part, racially motivated.” The Tribunal found the principal applicant was not discriminated against in the area of training. It also found that the principal applicant was not discriminated against with respect to the issue of overtime and overtime policies. It also found that she was not discriminated against with respect to the issue of travel claims. The Tribunal found that the Department exercised “bad judgment” in two areas of tasking of the principal applicant and found that a breakdown in oral communication between the principal applicant and her supervisors resulted in the principal applicant being required to document, in written form, matters that were dealt with orally in relation to other social development officers. Finally, the Tribunal found that [at page D/121] “racial slurs, jokes and stereotyping did occur in the workplace during the [principal applicant’s] tenure.”

## THE TRIBUNAL’S DECISION

The Tribunal expressed its conclusion in the following terms [at page D/136]:<sup>2</sup>

In the case before us, it certainly cannot be said with any degree of certainty that the discrimination alleged was the sole reason for the respondent’s conduct surrounding the events complained of, however, we are satisfied that discrimination was one of the factors that influenced the respondent in its dealings with the complainant, which conduct resulted in her eventual dismissal.

Although the direct evidence of discrimination in this case is limited, and although the racial slurs might never have continued had anybody bothered to protest their use within the context of the respondent’s work environment, the aspect of this case which has caused this Tribunal the most concern relates to the respondent’s lack of interest, understanding or inclination to respond to repeated indicators about the possible existence of discrimination within its own office. The Tribunal in the case of *Hinds v. Canada (Employment and Immigration Commission)* (1988), 10 C.H.R.R. D/5683 (at D/5694, para. 41619) (Can. Trib) held that the respondent’s “inaction did more damage since it left the impression with those concerned that this form of harassment was not even worthy of the commitment of investigative resources . . . One gets the sense that the matter was treated as though it was considered a harmless joke . . .”

<sup>2</sup> The principal applicant is referred to in the Tribunal’s decision as the complainant. The Department is referred to as the respondent.

certain éléments de la preuve». Le Tribunal a jugé que la requérante principale n’avait pas fait l’objet d’un traitement différent dans le domaine de la formation. Il a également été d’avis qu’elle n’avait pas fait l’objet d’un traitement défavorable en ce qui a trait au temps supplémentaire et aux politiques s’y rapportant. Il a en outre conclu qu’elle n’avait pas fait l’objet d’un traitement défavorable en ce qui concerne les demandes de remboursement des frais de déplacement. Le Tribunal a estimé que le Ministère avait fait montre d’un «manque de jugement» dans deux catégories de tâches assignées à la requérante principale, et que la rupture des communications verbales entre cette dernière et ses supérieurs a amené ceux-ci à exiger qu’elle documente par écrit des questions qui étaient réglées verbalement avec les autres agents de développement social. Enfin, selon le Tribunal [à la page D/121], «des insinuations, blagues et clichés à caractère racial ont été formulés au bureau, pendant que la [requérante principale] a travaillé pour le Ministère».

## LA DÉCISION DU TRIBUNAL

Le tribunal a formulé ses conclusions de la manière suivante [à la page D/136]:<sup>2</sup>

Dans la cause qui nous occupe, on ne peut certainement pas dire avec certitude que la discrimination reprochée est la seule raison qui a incité l’intimé à agir comme il l’a fait lors des événements en question; cependant, nous sommes d’avis que la discrimination est l’un des facteurs qui a influencé l’intimé dans ses agissements à l’endroit de la plaignante et que cette conduite a finalement entraîné le renvoi de celle-ci.

Même si la preuve directe de discrimination en l’espèce est restreinte et que l’on n’aurait peut-être jamais continué à faire des insinuations à caractère racial si une personne avait protesté à ce sujet dans le milieu de travail de l’intimé, l’aspect du litige qui a le plus préoccupé le Tribunal est le manque d’intérêt ou de compréhension dont l’intimé a fait montre à l’égard d’indices répétés de la discrimination pouvant exister dans son propre bureau. Dans *Hinds c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)* (1988), 10 C.H.R.R. D/5683 (à la p. D/5694, par. 41619) (Trib. can.), le Tribunal a décidé que «l’inaction de la CEIC a eu des effets négatifs supplémentaires, puisqu’elle a donné aux personnes concernées l’impression que cette forme de harcèlement ne méritait même pas qu’on y consacre les moyens d’enquête disponibles . . . On a l’impression que l’affaire a été traitée comme s’il s’agissait d’une blague inoffensive . . .».

<sup>2</sup> Dans la décision du Tribunal, la requérante principale est la plaignante et le Ministère, l’intimé.

For whatever reason, André Nogue chose to ignore not only the expressed concerns of the complainant herself but the concerns raised by Ernie Lawson, the union representative, by Ron Fisher, the conflict management consultant, and, most significantly, the detailed report of the Social Development Officer Task Force which all raised clearly concerns about the existence of discrimination within the respondent's work environment. We are satisfied that racial discrimination may not have been, and likely was not, the driving force behind Mr. Nogue's conduct in that regard, however, we are satisfied that it was one of the reasons for his inaction. As in the *Hinds* case, *supra* (at p. D/5697, at par. 41629), "there is no reason to believe that the lack of response by (the respondent) to the act of harassment was wilful. Rather it is better characterized as gross negligence."

Turning to the question of remedies, the Tribunal stated in part [at page D/137]:

One got the impression that Ms. Pitawanakwat found it easier to blame others for the downward spiral in her productivity than to organize herself in a way which would have prevented her demise. That fact does not detract from the responsibility which the respondent must bear for the part it played in that demise. However, it is with those things in mind that the award of this Tribunal is reduced from what it might otherwise have been had the complainant not been seen as contributing to the sad state of affairs which existed during the period of her employ.

Against that background, the Tribunal found that [at page D/137] reinstatement of the principal applicant in her former position "would be a recipe for disaster." It did, however, direct the Department to provide the principal applicant an offer of employment for the "next Social Development Officer PM-4 position available in any region outside Saskatchewan." It also awarded the principal applicant an amount equivalent to her lost wages and benefits from the date of her dismissal for a period of twenty-four months with any employment income that she received during that twenty-four month period and any bursaries or grants that she received during the same period while enrolled in an educational institution, deducted from the wage award. A further deduction was provided in respect of any period of hospitalization during the award. Interest was provided on the wage award. No award was provided for hurt feelings [at page D/138] "in light of the part played by the complainant in the misfortunes suffered by her." Finally, the Department was directed to provide to the principal applicant "a written apology for the

Pour une raison ou pour une autre, André Nogue a décidé d'ignorer non seulement les préoccupations que la plaignante avait formulées elle-même, mais celles qu'ont soulevées Ernie Lawson, le représentant du syndicat, Ron Fisher, le conseiller en gestion des conflits, et surtout le groupe de travail des agents de développement social, qui ont tous formulé des préoccupations claires concernant l'existence de pratiques discriminatoires dans le milieu de travail de l'intimé. Même si la discrimination raciale n'a probablement pas été le principal motif qui a incité M. Nogue à agir comme il l'a fait à cet égard, nous sommes d'avis que c'est là une des raisons de son inaction. Tout comme dans l'affaire *Hinds, supra* (à la p. D/5697, au par. 41629): «rien ne nous permet de croire que ce soit de propos délibéré que (l'intimé) a négligé de réagir devant l'acte de harcèlement. Son attitude relève plutôt de l'incurie flagrante».

Examinant ensuite la question de la réparation, le Tribunal a dit notamment [à la page D/137]:

On avait l'impression qu'il était plus facile pour M<sup>me</sup> Pitawanakwat de blâmer les autres pour la baisse de sa productivité que de s'organiser de façon à éviter de subir le sort qu'elle a connu. Par ailleurs, ce fait n'enlève rien à la responsabilité que le Ministère doit assumer à l'égard du rôle qu'il a joué dans les événements en question. C'est donc en tenant compte de ces éléments que le Tribunal accorde une réparation qui aurait pu être différente, si les actes reprochés n'étaient pas en partie imputables à la plaignante.

Compte tenu de ces éléments, le Tribunal a jugé [à la page D/137] que la réintégration de la requérante principale dans son ancien poste «mènerait tout droit à un désastre». Il a toutefois ordonné au Ministère de présenter à la requérante principale une offre d'emploi à l'égard «du prochain poste d'agent de développement social PM-4 disponible dans toute région située en dehors de la Saskatchewan». Il a en outre accordé à la requérante principale une indemnité équivalente au salaire et aux avantages qu'elle avait perdus pendant la période de vingt-quatre mois qui a suivi son congédiement, somme de laquelle devaient être déduits les revenus d'emploi qu'elle avait touchés pendant cette même période ainsi que les bourses ou les subventions qu'elle avait obtenues pendant qu'elle poursuivait des études à un établissement d'enseignement. L'indemnité a également été réduite d'un montant que la requérante aurait reçu quand elle a été hospitalisée pendant cette même période. Des intérêts devaient être versés sur l'indemnité accordée pour le salaire. Aucune indemnité n'a été accordée pour le préjudice moral [à la page



part it played in the circumstances leading to her dismissal.”

Other remedies were provided and concerns were expressed where no formal remedies could be provided. However, those remedies and expressions of concern are not relevant to these proceedings.

## ISSUES

The issues, as stated on behalf of the applicants, are in the following terms:<sup>3</sup>

### 1. Standard of Review

What is the appropriate standard of judicial review in this case?

### 2. Section 7

- a) Did the Tribunal misapply or fail to apply the proper standard of proof in finding there was no violation of Section 7 of the C.H.R.A.?
- b) Did the Tribunal err in finding that harassment on the basis of race does not constitute discrimination on the basis of race?
- c) Were the Tribunal's findings of fact that there was no discrimination on the basis of race “perverse and capricious”?

### 3. Remedies

- a) Did the Tribunal commit an error of law in capping the Complainant's damage award at 24 months of salary?
- b) Did the Tribunal commit an error of law in failing to order reinstatement of the Complainant to her former place of work?
- c) Did the Tribunal commit an error of law in deducting Aboriginal study bursaries from the damage award?
- d) Did the Tribunal commit an error of law in failing to order a remedy for hurt feelings?

<sup>3</sup> A single application record was filed on behalf of the applicants in both of the applications for judicial review. Similarly, a single application record was filed on behalf of the respondent Department and the Attorney General of Canada. Apart from the fact that the standard of review is not identified as an issue in the respondents' record, the issue statement in that record is substantially similar to that quoted from the applicants' record.

D/138] «compte tenu de la responsabilité de la plaignante à l'égard du triste sort qu'elle a subi». Enfin, le Tribunal a ordonné au Ministère de remettre à la requérante principale «une lettre d'excuses pour le rôle qu'il a joué dans les circonstances qui ont mené à son congédiement».

Le Tribunal a prévu d'autres mesures réparatrices et il a fait certaines remarques lorsqu'aucune réparation formelle ne pouvait être accordée. Cependant, ces mesures et ces remarques ne sont pas pertinentes pour l'espèce.

## c LES QUESTIONS EN LITIGE

Les questions en litige qui ont été formulées au nom des requérantes sont les suivantes<sup>3</sup>:

### d [TRADUCTION] 1. La norme de contrôle

Quelle est la norme appropriée de contrôle judiciaire en l'espèce?

### 2. L'article 7

- a) Le tribunal a-t-il mal appliqué ou a-t-il omis d'appliquer la norme de preuve appropriée en concluant que l'article 7 de la LCDP n'avait pas été violé?
- b) Le tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que le harcèlement fondé sur la race ne constitue pas de la discrimination raciale?
- c) Les conclusions de fait du tribunal, qui a jugé qu'il n'y avait eu aucune discrimination raciale, étaient-elles «abusives ou arbitraires»?

### 3. La réparation

- a) Le tribunal a-t-il commis une erreur de droit en limitant l'indemnité accordée à la plaignante à une somme représentant vingt-quatre mois de salaire?
- b) Le tribunal a-t-il commis une erreur de droit en n'ordonnant pas la réintégration de la plaignante dans son lieu de travail antérieur?
- c) Le tribunal a-t-il commis une erreur de droit en déduisant les bourses d'études pour autochtones de l'indemnité qui a été accordée à titre de dommages-intérêts?
- d) Le tribunal a-t-il commis une erreur de droit en n'accordant pas d'indemnité pour préjudice moral?

<sup>3</sup> Un seul dossier a été produit pour les requérantes dans les deux demandes de contrôle judiciaire. De même, un seul dossier a été déposé au nom du Ministère intimé et du procureur général du Canada. Hormis le fait que la norme de contrôle n'est pas considérée comme une question en litige dans le dossier des intimés, les questions exposées dans ce dossier sont pour l'essentiel analogues à celles tirées du dossier des requérantes.

The issues argued on behalf of the interveners are set out in their memoranda of fact and law (identical in both applications) in the following terms:

a) A violation of section 14(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6 (CHRA) is also a violation of section 7(b) of the *Act*; harassment on the basis of race constitutes discrimination on the basis of race.

b) The rights guaranteed under the CHRA are quasi-constitutional. Remedies must be effective and consistent with the nature of the rights being protected.

c) Human rights legislation is not an extension of tort law. Common law principles of contributory negligence and reasonable foreseeability are not applicable in reducing remedies otherwise available under human rights legislation.

d) Reinstatement is the appropriate remedy for a person unjustly dismissed under the CHRA.

e) The Tribunal's order has a discriminatory impact on the larger Aboriginal community and other disadvantaged peoples.

f) The Tribunal's order violated section 2 of the CHRA, and sections 6, 7 and 15 of the *Charter of Rights and Freedoms (Charter)*:

(aa) The Tribunal's order requiring the Secretary of State to offer Pitawanakwat the first job available outside of Saskatchewan:

i) clearly denies her the equal opportunity to make for herself and her children the life that she is able and wishes to have in Saskatchewan.

ii) has a disparate effect on her because Aboriginal peoples have significantly fewer job opportunities than non-disadvantaged people and the order further reduces her ability to pursue the gaining of a livelihood in Saskatchewan. As such the order is analogous to exiling her from the Province of Saskatchewan. The order also perpetuates the disproportionate under representation of Aboriginal people in the Saskatchewan work force. It will result in a segregated work force.

iii) does not take into account the disparate effect of a geographical transfer on an Aboriginal person, a woman and a mother. Disadvantaged people may be particularly tied to a local community where they have an established support group.

(bb) The Tribunal, in refusing to order Pitawanakwat's (sic) reinstatement, adopted a lower standard of remedy than the one which prevails under other statutory regimes. This is inconsistent with the nature of the rights protected under the CHRA. Reinstatement is the appropriate remedy for a person unjustly dismissed under the CHRA. The order deprives minorities and Aboriginal peoples of the equal benefit and protection of the

Les questions soulevées au nom des intervenants sont énoncées dans leurs exposés des faits et du droit (identiques dans les deux demandes):

[TRADUCTION] a) Une violation de l'alinéa 14(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (LCDP), est également une violation de l'alinéa 7b) de la *Loi*; le harcèlement fondé sur la race constitue de la discrimination raciale.

b) Les droits garantis par la LCDP sont quasi constitutionnels. Les voies de recours offertes doivent être efficaces et compatibles avec la nature des droits protégés.

c) La législation sur les droits de la personne n'est pas du domaine de la responsabilité délictuelle. Les principes de common law concernant la négligence contributive et la prévisibilité raisonnable ne s'appliquent pas pour réduire le montant du dédommagement qui pourrait autrement être accordé en vertu de cette législation.

d) En vertu de la LCDP, la réintégration est la réparation appropriée lorsqu'une personne a été injustement congédiée.

e) L'ordonnance du tribunal a des conséquences discriminatoires sur l'ensemble de la collectivité autochtone ainsi que sur d'autres groupes défavorisés.

f) L'ordonnance du tribunal a violé l'article 2 de la LCDP ainsi que les articles 6, 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés (la Charte)*:

aa) L'ordonnance du tribunal enjoignant au Secrétariat d'État d'offrir à Pitawanakwat le premier poste libre à l'extérieur de la Saskatchewan:

i) la prive clairement de son droit à l'égalité des chances d'épanouissement avec ses enfants en Saskatchewan.

ii) a un effet inégalitaire pour elle parce que les autochtones ont considérablement moins de possibilités d'emploi que les groupes non défavorisés et qu'elle restreint davantage ses possibilités de gagner sa vie en Saskatchewan. Elle équivaut à exiler la requérante de la Saskatchewan. Elle contribue aussi à maintenir la sous-représentation démesurée des autochtones au sein de la population active de la Saskatchewan, ce qui entraînera la formation d'une main-d'œuvre où la ségrégation est appliquée.

iii) ne tient pas compte des effets inégalitaires qu'entraîne un transfert géographique pour une autochtone, mère de famille. Les personnes défavorisées entretiennent parfois des liens étroits avec leur collectivité locale où il leur est possible d'avoir recours à l'aide d'un groupe de soutien déjà existant.

bb) En refusant d'ordonner la réintégration de Pitawanakwat, le tribunal a adopté une norme de réparation inférieure à celle qui existe en vertu d'autres lois, ce qui est incompatible avec la nature même des droits garantis par la LCDP. En vertu de la LCDP, la réintégration est la réparation appropriée lorsqu'une personne a été injustement congédiée. L'ordonnance prive les minorités et les autochtones de leur droit à la même protection

law and condones rather than discourages discriminatory practices in the workplace.

(cc) The Tribunal, in placing an arbitrary “cap” on Pitawanakwat’s award for lost wages did not provide her with an effective remedy. Once a discriminatory practice is found, a “make-whole” remedy should follow; it should place the person in the position she would have occupied but for the discriminatory practice. The order deprives Pitawanakwat of an effective remedy and violates section 2 of the CHRA and sections 7 and 15 of the Charter. The Tribunal failed to consider the fact that minorities, Aboriginal peoples and women have a more difficult time in acquiring employment.

As will be seen by what follows, a number of the interveners’ concerns were acknowledged to be, at least in part, well founded on behalf of the respondents the Attorney General of Canada and the Department. The evidence that was before the Tribunal impacted on certain of the other issues raised by the interveners so that those issues were difficult to argue on the facts of this case. The evidence indicated that, while the principal applicant was employed with the Department, she was in the top 1% with respect to earnings among aboriginal women in Canada. Within a few months of the termination of her employment with the Department, she gained employment with the Aboriginal Women’s Council of Saskatchewan, in Regina. She held her new employment until approximately one year after the date of her release from the Department. She voluntarily terminated her employment with the Aboriginal Women Council’s of Saskatchewan rather than move to Prince Albert, Saskatchewan when the Council moved its head office from Regina to that city. The evidence indicates that her salary with the Council was only approximately 10% less than her salary had been at the time of her termination by the Department.

## ANALYSIS

### a) Standard of Review

The issues before me as earlier described in these reasons and as they remained after the argument on behalf of the respondents, the Attorney General of Canada and the Department, are, I think without question, questions of law. Having reached the same conclusion as to the issues in *Cluff v. Canada*

et au même bénéfice de la loi, et elle tolère les actes discriminatoires en milieu de travail au lieu de les décourager.

cc) En fixant une limite arbitraire au montant de l’indemnité pour les pertes de salaire, le tribunal n’a pas accordé une réparation efficace à Pitawanakwat. Dès qu’un acte discriminatoire est établi, une ordonnance de réparation devrait être rendue; celle-ci devrait remettre la personne dans la position où elle aurait été sans l’acte discriminatoire. L’ordonnance prive Pitawanakwat d’une réparation efficace et elle viole l’article 2 de la LCDP ainsi que les articles 7 et 15 de la Charte. Le tribunal n’a pas tenu compte du fait qu’il est plus difficile pour les minorités, les autochtones et les femmes de trouver un emploi.

Comme nous le verrons ci-dessous, les intimés, le procureur général du Canada et le Ministère, ont reconnu le bien-fondé, du moins en partie, de plusieurs des questions soulevées par les intervenants. La preuve dont a été saisi le Tribunal a eu des répercussions sur certaines des autres questions soulevées par les intervenants si bien qu’il a été difficile de débattre de celles-ci compte tenu des faits de l’espèce. La preuve a indiqué que lorsque la requérante principale travaillait pour le Ministère, elle faisait partie du 1 % des femmes autochtones les mieux payées au Canada. Quelques mois après son départ du Ministère, elle a commencé à travailler pour le Aboriginal Women’s Council of Saskatchewan à Regina. Elle a occupé son nouveau poste pendant environ un an après la date de son congédiement du Ministère. Elle a quitté volontairement son emploi plutôt que d’aller s’installer à Prince Albert (Saskatchewan) lorsque le Aboriginal Women’s Council of Saskatchewan y a déménagé son bureau principal qui était auparavant situé à Regina. Selon la preuve, le salaire qu’elle recevait du Conseil était d’environ 10 % inférieur à celui qu’elle touchait au moment de son congédiement par le Ministère.

## ANALYSE

### a) Norme de contrôle

Les questions en litige, décrites plus haut dans les présents motifs et telles qu’elles étaient après la présentation des arguments des intimés, le procureur général du Canada et le Ministère, sont indubitablement, à mon avis, des questions de droit. Étant arrivé à la même conclusion relativement aux questions qui

(*Department of Agriculture*),<sup>4</sup> I made and adopted the following comments in the reasons for my order therein regarding the standard of review:

... the following quotation from the reasons of La Forest J. in *Canada (Attorney General) v. Mossop* succinctly states the standard of review in this matter:

The superior expertise of a human rights tribunal relates to fact-finding and adjudication in a human rights context. It does not extend to general questions of law such as the one at issue in this case. These are ultimately matters within the province of the judiciary, and involve concepts of statutory interpretation and general legal reasoning which the courts must be supposed competent to perform. The courts cannot abdicate this duty to the tribunal. They must, therefore, review the tribunal's decisions on questions of this kind on the basis of correctness, not a standard of reasonability.

In reviewing the decision of the Tribunal herein "on the basis of correctness", the following extract from the reasons of La Forest J. in *Robichaud v. Canada (Treasury Board)* is generally instructive:

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

It is worth repeating that by its very words, the Act (s. 2) seeks "to give effect" to the principle of equal opportunity for

étaient en litige dans l'affaire *Cluff c. Canada (Ministère de l'Agriculture)*<sup>4</sup>, j'ai repris les commentaires faits dans les motifs de l'ordonnance que j'ai rendue dans cette affaire au sujet de la norme de contrôle ou d'analyse:

... l'extrait suivant des motifs prononcés par le juge La Forest dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop* énonce succinctement la norme d'analyse applicable en la matière:

L'expertise supérieure d'un tribunal des droits de la personne porte sur l'appréciation des faits et sur les décisions dans un contexte de droits de la personne. Cette expertise ne s'étend pas aux questions générales de droit comme celle qui est soulevée en l'espèce. Ces questions relèvent de la compétence des cours de justice et font appel à des concepts d'interprétation des lois et à un raisonnement juridique général, qui sont censés relever de la compétence des cours de justice. Ces dernières ne peuvent renoncer à ce rôle en faveur du tribunal administratif. Elles doivent donc examiner les décisions du tribunal sur des questions de ce genre du point de vue de leur justesse et non en fonction de leur caractère raisonnable.

Pour examiner la décision qu'a rendue le Tribunal en l'espèce «du point de vue de [sa] justesse», l'extrait suivant des motifs prononcés par le juge La Forest dans l'arrêt *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)* est généralement instructif:

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

Il vaut la peine de répéter que, de par son texte même, la Loi (à l'art. 2) vise à «donner effet» au principe de l'égalité des

<sup>4</sup> [1994] 2 F.C. 176 (T.D.), at pp. 184-185.

<sup>4</sup> [1994] 2 C.F. 176 (1<sup>re</sup> inst.), aux p. 184 et 185.

individuals by eradicating invidious discrimination. It is not primarily aimed at punishing those who discriminate. McIntyre J. puts the same thought in these words in *O'Malley* at p. 547.

The Code aims at the removal of discrimination. This is to state the obvious. Its main approach, however, is not to punish the discriminator, but rather to provide relief for the victims of discrimination. It is the result or the effect of the action complained of which is significant.

Since the Act is essentially concerned with the removal of discrimination, as opposed to punishing anti-social behaviour, it follows that the motives or intention of those who discriminate are not central to its concerns. Rather, the Act is directed to redressing socially undesirable conditions quite apart from the reasons for their existence.<sup>5</sup>

I conclude that the foregoing comments apply equally to the matter now before me.

#### b) Discrimination and Harassment

The following provisions of the *Canadian Human Rights Act*<sup>6</sup> are relevant to this issue.

Section 2 reads as follows:

2. The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that every individual should have an equal opportunity with other individuals to make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have, consistent with his or her duties and obligations as a member of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted.

Subsection 3(1) reads as follows:

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.

Section 7 reads as follows:

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

chances pour tous en supprimant les distinctions injustes. Son but premier n'est pas de punir ceux qui pratiquent la discrimination. À la page 547 de l'arrêt *O'Malley*, le juge McIntyre exprime la même idée en ces termes:

a Le Code vise la suppression de la discrimination. C'est là l'évidence. Toutefois, sa façon principale de procéder consiste non pas à punir l'auteur de la discrimination, mais plutôt à offrir une voie de recours aux victimes de la discrimination. C'est le résultat ou l'effet de la mesure dont on se plaint qui importe.

b Puisque la Loi s'attache essentiellement à l'élimination de toute discrimination plutôt qu'à la punition d'une conduite antisociale, il s'ensuit que les motifs ou les intentions des auteurs d'actes discriminatoires ne constituent pas une des préoccupations majeures du législateur. Au contraire, la Loi vise à remédier à des conditions socialement peu souhaitables, et ce, sans égard aux raisons de leur existence<sup>5</sup>.

Je conclus que les commentaires qui précèdent s'appliquent également à la présente espèce.

#### d b) Discrimination et harcèlement

Les dispositions suivantes de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>6</sup> sont pertinentes pour cette question.

L'article 2 porte:

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

Le paragraphe 3(1) est libellé comme suit:

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.

L'article 7 prévoit ce qui suit:

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

<sup>5</sup> *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 585; and *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, at pp. 89-90.

<sup>6</sup> R.S.C., 1985, c. H-6.

<sup>5</sup> *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, à la p. 585; et *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, aux p. 89 et 90.

<sup>6</sup> L.R.C. (1985), ch. H-6.

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

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

on a prohibited ground of discrimination.

Subsection 14(1) reads in part as follows:

14. (1) It is a discriminatory practice,

. . .

(c) in matters related to employment,

to harass an individual on a prohibited ground of discrimination.

At page D/131 of its decision,<sup>7</sup> the Tribunal made the following explicit finding: "The tribunal finds, however, that a *prima facie* case for discrimination has been established under s. 14(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*." There is no question on the facts of this matter that the prohibited ground of discrimination on which the principal applicant was harassed in matters related to employment was "race." Counsel for the applicants argued before me that this finding necessarily implied that the Department had also engaged in a discriminatory practice against the principal applicant by refusing to continue her in employment and by differentiating adversely in relation to her in the course of employment on the same prohibited ground of discrimination, within the meaning of section 7.

Counsel for the respondents the Attorney General of Canada and the Department conceded in respect of this argument. At page 3 of the transcript of respondent counsel's argument before me, counsel is reported as stating:

I acknowledge that clearly the tribunal's reasons are not explicit with respect to section 7, but in my submission it's a necessary inference that the tribunal regarded harassment on the basis of race as discrimination on the basis of race, and indeed it must have concluded that the complainant lost her employment as a result of a discriminatory practice because it made orders pursuant to section 53 with respect to providing a new position and with respect to compensation for lost earnings.

In support of this position, counsel for the respondents cited the following two passages from the Tribunal's decision:

<sup>7</sup> P. 00038, application record, volume 1.

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

b) de le défavoriser en cours d'emploi.

a

Le paragraphe 14(1) porte notamment:

14. (1) Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait de harceler un individu:

b

c) en matière d'emploi.

c

À la page D/131 de sa décision<sup>7</sup>, le tribunal a conclu expressément ce qui suit: «À la lumière de ce qui précède, le Tribunal est d'avis qu'une preuve *prima facie* de discrimination a été faite au sens de l'al. 14(1)c de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*». Il est indubitable, compte tenu des faits de l'espèce, que le motif de distinction illicite pour lequel la requérante principale a été harcelée en matière d'emploi était la «race». Les avocats des requérantes ont fait valoir devant moi que cette conclusion signifie nécessairement que le Ministère a également commis un acte discriminatoire à l'endroit de la requérante principale en refusant de continuer à l'employer et en la défavorisant en cours d'emploi pour le même motif de distinction illicite, au sens de l'article 7.

d

e

f

Les avocats des intimés, le procureur général du Canada et le Ministère, n'ont pas contesté cet argument. Il ressort, de la page 3 de la transcription des arguments que l'avocat de l'intimé m'a soumis, qu'il a dit:

[TRADUCTION] Je reconnais qu'il est évident que les motifs du tribunal ne sont pas explicites en ce qui concerne l'article 7; toutefois, à mon avis, il faut nécessairement déduire que le tribunal a considéré que le harcèlement fondé sur la race était de la discrimination raciale et, en fait, qu'il doit avoir conclu que la plaignante a perdu son emploi par suite d'un acte discriminatoire puisqu'il a ordonné, en vertu de l'article 53, qu'un nouveau poste lui soit offert et qu'une indemnité lui soit accordée pour les pertes de salaire.

h

i

Au soutien de cette thèse, les avocats des intimés ont cité les deux extraits suivants tirés de la décision du tribunal:

j

<sup>7</sup> P. 00038, dossier de la demande, volume 1.

In the case before us, it certainly cannot be said with any degree of certainty that the discrimination alleged was the sole reason for the respondent's conduct surrounding the events complained of, however, we are satisfied that discrimination was one of the factors that influenced the respondent in its dealings with the complainant, which conduct resulted in her eventual dismissal.<sup>8</sup>

And further:

We are satisfied that racial discrimination may not have been, and likely was not, the driving force behind Mr. Nogue's conduct in that regard, however, we are satisfied that it was one of the reasons for his inaction.<sup>9</sup>

I agree with counsel for the respondents. Reading the Tribunal's decision as a whole, it must be concluded that the Tribunal implicitly found that the Department engaged in a discriminatory practice, within the meaning of section 7 of the *Canadian Human Rights Act*, against the principal applicant by refusing to continue her in employment and by differentiating adversely in relation to her, in the course of employment, on a prohibited ground of discrimination, that is to say, race. This is not to say that every explicit finding of harassment of an individual on a prohibited ground of discrimination in matters related to employment will necessarily imply a breach of section 7. However, as I have indicated, on the facts of this case and on a reading of the Tribunal's decision as a whole, I am satisfied that such a finding by implication is fully warranted.

c) Capping of the principal applicant's compensation for loss of salary at twenty-four (24) months' pay

The relevant portions of subsection 53(2) of the *Canadian Human Rights Act* read as follows:

53. ...

(2) If, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is substantiated, it may, subject to subsection (4) and section 54, make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in that order any of the following terms that it considers appropriate:

Dans la cause qui nous occupe, on ne peut certainement pas dire avec certitude que la discrimination reprochée est la seule raison qui a incité l'intimé à agir comme il l'a fait lors des événements en question; cependant, nous sommes d'avis que la discrimination est l'un des facteurs qui a influencé l'intimé dans ses agissements à l'endroit de la plaignante et que cette conduite a finalement entraîné le renvoi de celle-ci<sup>8</sup>.

Et plus loin:

Même si la discrimination raciale n'a probablement pas été le principal motif qui a incité M. Nogue à agir comme il l'a fait à cet égard, nous sommes d'avis que c'est là une des raisons de son inaction<sup>9</sup>.

Je partage l'avis des avocats des intimés. Après avoir lu l'ensemble de la décision du Tribunal, il faut conclure que celui-ci a implicitement jugé que le Ministère a commis un acte discriminatoire fondé sur un motif de distinction illicite, c'est-à-dire la race, au sens de l'article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, à l'égard de la requérante principale en refusant de continuer à l'employer et en la défavorisant en cours d'emploi. Cela ne signifie pas que chaque fois que l'on conclut expressément qu'il y a eu harcèlement à l'endroit d'un individu pour un motif de distinction illicite en matière d'emploi, il y a eu nécessairement violation de l'article 7. Comme je l'ai toutefois indiqué, étant donné les faits de l'espèce et après avoir lu l'ensemble de la décision du Tribunal, je suis convaincu qu'une telle conclusion par déduction est pleinement justifiée.

c) Indemnité accordée à la requérante principale pour les pertes de salaire limitée à vingt-quatre (24) mois de salaire

Les dispositions pertinentes du paragraphe 53(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sont les suivantes:

53. ...

(2) À l'issue de son enquête, le tribunal qui juge la plainte fondée peut, sous réserve du paragraphe (4) et de l'article 54, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire:

<sup>8</sup> At p. D/136.

<sup>9</sup> At p. D/136.

<sup>8</sup> À la p. D/136.

<sup>9</sup> À la p. D/136.

(c) that the person compensate the victim, as the Tribunal may consider proper, for any or all of the wages that the victim was deprived of and for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice; and

Neither subsection 53(4) nor section 54 is applicable to the facts of this case in respect of this issue.

On the face of its decision, the Tribunal provides absolutely no explanation as to how it arrived at the period of twenty-four months as an appropriate period in relation to an award for loss of wages.

It was common ground among counsel before me that the Tribunal erred in law in failing to provide any explanation for its determination that twenty-four (24) months was an appropriate point at which to cap compensation. By contrast, there was not common ground as to whether or not the discussion by Mr. Justice Marceau, in *Canada (Attorney General) v. Morgan*<sup>10</sup> was appropriate to the facts of this case. Counsel for the principal applicant argued that the facts in the *Morgan* case were distinguishable and therefore that the principles enunciated by Mr. Justice Marceau could not be adopted without reservation. I disagree. While the facts in the *Morgan* case may be distinguishable, I conclude that the principles enunciated therein apply with equal force to the facts of this case. At pages 414-416 of the *Morgan* decision, Mr. Justice Marceau, speaking as part of the majority of the Court stated:

(a) Reading the comments of the Chairman of the initial Tribunal and those of the Review Tribunal majority, I am afraid, I say it with respect, that there exists some confusion between the right to obtain reparation for a damage sustained and the assessment of that damage. While the particular nature of the human rights legislation—which has been said to be so basic as to be near-constitutional and in no way an extension of the law of tort (see e.g. *Robichaud v. Brennan (sub nom. Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, at page 89, and *Bhadauria v. Board of Governors of Seneca College (sub nom. Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria)*, [1981] 2 S.C.R. 181)—renders unjustifiable the importation of the limitations of the right to obtain compensation applicable in tort law, the assessment of the damages recoverable by a victim cannot be governed by different rules. In both fields, the goal is exactly the same: make the victim whole for the damage caused by the act source of liability. Any other goal would simply lead to an unjust enrichment and a parallel unjust impoverishment. The principles developed by the courts to achieve that goal in dealing with tort liability are

<sup>10</sup> [1992] 2 F.C. 401 (C.A.).

c) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction qu'il juge indiquée, des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l'acte;

Ni le paragraphe 53(4) ni l'article 54 ne s'appliquent aux faits de l'espèce relativement à cette question.

Le Tribunal n'indique nulle part dans sa décision comment il en est arrivé à conclure que l'indemnité pour les pertes de salaire devait représenter vingt-quatre mois de salaire.

À l'audience, les avocats étaient d'accord pour dire que le Tribunal a commis une erreur de droit en n'expliquant pas pourquoi il avait conclu que l'indemnité devait être limitée à une somme représentant vingt-quatre (24) mois de salaire. Par contre, ils ne s'entendaient pas sur la question de savoir si les propos du juge Marceau dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Morgan*<sup>10</sup> étaient appropriés pour les faits de l'espèce. L'avocat de la requérante principale a soutenu que les faits de l'arrêt *Morgan* étaient différents et, en conséquence, que les principes formulés par le juge Marceau ne pouvaient être adoptés sans réserve. Je ne suis pas du même avis. Bien que les faits de l'arrêt *Morgan* puissent être différents, je conclus que les principes qui y ont été formulés s'appliquent tout autant aux faits de l'espèce. S'exprimant en tant que membre de la majorité de la Cour, le juge Marceau a dit ce qui suit aux pages 414 à 416 de l'arrêt *Morgan*:

a) À la lecture des commentaires du président du tribunal de première instance et de ceux de la majorité du tribunal d'appel, force m'est de constater la présence d'une certaine confusion entre le droit d'obtenir réparation d'un préjudice subi et l'évaluation des dommages-intérêts. Si la nature spéciale de la Loi sur les droits de la personne, que l'on dit tellement fondamentale qu'elle serait presque de nature constitutionnelle et qui n'est pas du domaine de la responsabilité délictuelle (voir p. ex. l'arrêt *Robichaud c. Brennan (sub nom. Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, à la page 89, et l'arrêt *Bhadauria c. Bureau des gouverneurs du Seneca College (sub nom. Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria)*, [1981] 2 R.C.S. 181), exclut l'application de limites au droit d'obtenir une indemnité qui relève de la responsabilité délictuelle, l'évaluation des dommages-intérêts exigibles par la victime ne peut être régie par des règles différentes. Dans les deux cas, le principe est le même: la partie lésée doit être remise dans la position où elle aurait été si le tort ne s'était pas produit. Tout autre but entraînerait un enrichissement sans cause et un appauvrissement injustifié paral-

<sup>10</sup> [1992] 2 C.F. 401 (C.A.).



therefore necessarily applicable. It is well known that one of those principles has been to exclude from the damages recoverable the consequences of the act that were only indirect or too remote. In my view, the minority member was perfectly right in writing (at pages D/74- D/75):

If reinstatement is purely discretionary and compensation is less so then it seems to me certain well-known accepted principles of compensatory damages should guide the Tribunal in assessing or quantifying the financial loss. The principles are quoted with approval by the Review Tribunal in the *Foreman* (Can. Rev. Trib.) case, *supra*, [*Foreman v. Via Rail Canada Inc.* (1980), 1 C.H.R.R. D/233] as follows at para. 7716 [D/869 of *Torres, supra*]:

In our view the use of the language of "compensation" by the Canadian Act implies that tribunals are to apply the principles applied by courts when awarding compensatory damages in civil legislation. The root principle of the civil law of damages is "*restitutio in integrum*": the injured party should be put back into the position he or she would have enjoyed had the wrong not occurred, to the extent that money is capable of doing so, subject to the injured party's obligation to take reasonable steps to mitigate his or her losses. (D/238).

In a recent case, *Canada (Attorney General) v. McAlpine, supra*, [[1989] 3 F.C. 530] the Federal Court of Appeal, on appeal from a decision of a human rights tribunal which relied on that principle in assessing damages for lost U.I.C. benefits, commented as follows at p. 538 [para.13, D/258]:

... the proper test must also take into account remoteness or foreseeability where the action is one of contract or tort. Only such part of the loss resulting as is reasonably foreseeable is recoverable.

The Federal Court goes on to quote with approval from Professor Cumming in the *Torres* case, *supra* [*Torres v. Royalty Kitchenware Ltd.* (1982), 3 C.H.R.R. D/858 (Ont. Bd. Inq.)], with respect to a cut-off point in awarding general damages, and notes the rationale quoted was followed by the Review Tribunal in *DeJager v. Canada (Dept. of National Defence) (No. 2)*, *supra* [(1987), 8 C.H.R.R. D/3963], at D/3966 and D/3967, and also in other decisions where human rights tribunals have accepted the doctrine of reasonable foreseeability as a necessary component in the assessment of damages.

It follows from the interpretation I have placed on the remedial provisions of the *Act* the duration of the compensatory period need not coincide with the reinstatement when-

lèle. Les principes établis par les tribunaux pour atteindre cet objectif en responsabilité délictuelle s'appliquent donc nécessairement. Il est bien connu que l'un de ces principes consiste à exclure les conséquences de l'acte qui sont trop lointaines ou seulement indirectes. À mon avis, le membre minoritaire avait tout à fait raison en écrivant (aux pages D/74 et D/75):

Si la réintégration est purement discrétionnaire et que ce n'est pas le cas de l'indemnisation, il me semble que certains principes reconnus applicables en matière d'octroi de dommages-intérêts devraient guider le tribunal dans son appréciation et son évaluation de la perte financière. Ces principes ont été cités et endossés par le tribunal d'appel au par. 7716 [D/869 de *Torres, supra*] de l'affaire *Foreman* [*Foreman c. Via Rail Canada Inc.* (1980), 1 C.H.R.R. D/233], *supra*:

À notre avis, le mot «indemnité» (à titre de compensation) utilisé dans la loi canadienne implique que les tribunaux doivent appliquer les principes employés par les cours de justice qui accordent des compensations en droit civil, dont le principe essentiel repose, dans l'octroi de dommages-intérêts, sur celui de la «*restitutio in integrum*»: la partie lésée doit être remise dans la position où elle aurait été si le tort qui lui a été causé ne s'était pas produit, dans la mesure où l'argent peut dédommager la partie lésée et dans la mesure où celle-ci reconnaît son obligation de prendre des mesures raisonnables pour atténuer ses pertes. (D/238).

Dans un arrêt récent, *Canada (Attorney general) c. McAlpine, supra*, [[1989] 3 C.F. 530], la Cour d'appel fédérale, appelée à statuer sur un appel formé contre une décision d'un tribunal des droits de la personne qui s'est appuyé sur ce principe pour déterminer les dommages-intérêts devant être accordés pour les pertes de prestations d'assurance-chômage, a fait les commentaires suivants à la p. 538 [par. 13, D/258]:

[...] il aurait également fallu tenir compte du caractère prévisible ou de la prévisibilité raisonnable des dommages, peu importe que l'action intentée soit en responsabilité contractuelle ou en responsabilité délictuelle. En effet, seules les pertes subies qui sont raisonnablement prévisibles sont recouvrables.

La Cour fédérale cite et endosse ensuite les propos du professeur Cumming dans l'affaire *Torres, supra* [*Torres v. Royalty Kitchenware Ltd.* (1982), 3 C.H.R.R. D/858 (Comm. d'enq. Ont.)], en ce qui concerne la limite au montant que la victime peut recevoir à titre de dédommagement, et elle signale que ce raisonnement a été suivi par le tribunal d'appel dans l'affaire *DeJager c. Canada (Ministère de la Défense nationale) (n° 2)*, *supra* [(1987), 8 C.H.R.R. D/3963] aux p. D/3966 et D/3967, ainsi que d'autres tribunaux des droits de la personne qui ont considéré que la doctrine de la prévisibilité raisonnable est un facteur essentiel dans l'évaluation des dommages-intérêts.

Il découle de mon interprétation des mesures correctives prévues dans la *Loi* qu'il n'est pas nécessaire que la période d'indemnisation coïncide avec la réintégration, peu importe

ever it may occur. Much less that it is automatically determined by the order for reinstatement. This is the crux of the matter on which I part company with my colleagues. I would agree that if the victim of the discriminatory act were fired from a position he actually occupied and if reinstatement were to take place soon thereafter the duration of the compensatory period would logically coincide with that happening. What we have here, on the other hand, is a notional loss of a position in which the respondent was not employed when the discriminatory act occurred.

I think one should not be too concerned by the use of various concepts in order to give effect to the simple idea that common sense required that some limits be placed upon liability for the consequences flowing from an act, absent maybe bad faith. Reference is made at times to foreseeable consequences, a test more appropriate, it seems to me, in contract law. At other times, standards such as direct consequences or reasonably closely connected consequences are mentioned. The idea is always the same: exclude consequences which appear down the chain of causality but are too remote in view of all the intervening facts. Whatever be the source of liability, common sense still applies.

It has been found, I know, that the practice developed in cases of wrongful dismissal with respect to the assessment of the lost wages was not necessarily applicable to cases of job loss attributable to discriminatory treatment. Note that, in cases of wrongful dismissal, the act for which the employer is reproached is not to have put an end to the employment but to have done so without proper notice or in contravention of the terms of a contract. The nature of the act source of liability is different, therefore the consequence flowing from it ought to be different.

In my view, the initial Tribunal and the majority members of the Review Tribunal were wrong in refusing to establish a cap or cut-off point for the period of compensation, independent of the order of reinstatement. The establishment of that cut-off point was, as it is in all such cases, a difficult exercise requiring a careful analysis of the circumstances of the case.

While the concepts of remoteness and foreseeability are clearly enunciated in the foregoing quotations, two other concepts are also highlighted by Mr. Justice Marceau. He states that the goal in respect of compensation under human rights legislation and applicable in tort law is the same, that is, to make the victim whole for the damages caused by the act that is the source of liability. Further, he states that "common sense" requires that some limits be placed upon liability for the consequences flowing from an act.

In the light of the lack of any indication that any of the foregoing principles were considered by the Tribunal in arriving at the twenty-four month cap to

quand elle a lieu. Elle est encore moins déterminée automatiquement par l'ordonnance de réintégration. C'est sur ce point capital de l'affaire que je ne partage pas l'opinion de mes collègues. Je serais d'accord pour dire que, si la victime de l'acte discriminatoire avait été congédiée d'un emploi qu'elle occupait réellement et que sa réintégration devait avoir lieu peu après, la période d'indemnisation coïnciderait logiquement avec cet événement. Par contre, il s'agit plutôt en l'espèce de la perte théorique d'un emploi que n'occupait pas l'intimé lorsque s'est produit l'acte discriminatoire.

À mon avis ces diverses doctrines ont peu de poids lorsqu'il s'agit de mettre en application l'idée toute simple qu'il y a une limite à la responsabilité de l'auteur du préjudice quant aux conséquences de son acte sauf, peut-être, dans les cas de mauvaise foi. Certains arrêts se sont fondés sur la doctrine de la prévisibilité des dommages, un critère qui me semble plus approprié en matière contractuelle. Dans d'autres arrêts, on mentionne des critères tels que les conséquences directes ou raisonnablement directes de l'acte dommageable. Le but visé demeure le même: écarter les conséquences de l'acte qui sont trop lointaines compte tenu de tous les événements qui ont eu lieu entre les deux. Quelle que soit la source de responsabilité, le bon sens s'applique.

Je sais que les principes appliqués dans les affaires portant sur des cas de congédiement injuste pour l'évaluation des pertes de salaire ne s'appliquent pas nécessairement aux affaires portant sur les pertes d'emploi découlant d'un acte discriminatoire. Dans les cas de congédiement injuste, on reproche à l'employeur non pas d'avoir mis fin au contrat de travail, mais de l'avoir fait sans avis préalable, en violation du contrat. La nature de l'acte sur lequel porte la responsabilité étant différente, les conséquences qui en découlent le sont donc aussi.

À mon avis, le tribunal de première instance et la majorité des membres du tribunal d'appel ont eu tort de refuser de fixer une limite à la période d'indemnisation indépendamment de l'ordonnance de réintégration. L'établissement de cette limite était, comme il l'est dans toutes ces affaires, un exercice difficile qui exige une analyse détaillée des circonstances en cause.

Tout en exposant clairement les concepts du caractère indirect et de la prévisibilité dans les citations qui précèdent, le juge Marceau fait également ressortir deux autres concepts. Il dit que le principe qui est applicable à l'indemnisation en matière de droits de la personne et en matière de responsabilité délictuelle est le même, c'est-à-dire que la partie doit être remise dans la position où elle aurait été si le tort ne s'était pas produit. Il ajoute qu'il y a une limite à la responsabilité de l'auteur du préjudice quant aux conséquences de son acte.

Étant donné que rien n'indique que le Tribunal a tenu compte de ces principes pour en arriver à fixer l'indemnité à une somme représentant vingt-quatre

compensation that it applied, I conclude that the Tribunal erred in law and that its decision in this respect must be referred back for determination of the compensation in accordance with the principles enunciated in *Morgan*.

#### d) Reinstatement

The relevant portions of subsection 53(2) of the *Canadian Human Rights Act* in relation to this issue read as follows:

53. . . .

(2) If, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is substantiated, it may, subject to subsection (4) and section 54, make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in that order any of the following terms that it considers appropriate:

(b) that the person make available to the victim of the discriminatory practice, on the first reasonable occasion, such rights, opportunities or privileges as, in the opinion of the Tribunal, are being or were denied the victim as a result of the practice;

Subsection 53(4) is not relevant for the purpose of this issue. By contrast, subsection 54(2) is relevant. It provides that no order under subsection 53(2) may contain a term requiring the removal of an individual from a position if that individual accepted employment in that position in good faith.

It will be recalled that the Tribunal, in its decision, ordered reinstatement of the principal applicant in equivalent employment outside the province of Saskatchewan. Its rationale for not ordering reinstatement of the principal applicant in the Regina office of the Department was [at page D/137] "that such a reunion would be a recipe for disaster. There is clearly far too much bitterness between the parties to think that reinstatement of the complainant to her former job is workable."

In *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*<sup>11</sup> Chief Justice Dickson stated, at page 1134:

Human rights legislation is intended to give rise, amongst other things, to individual rights of vital importance, rights capable of enforcement, in the final analysis, in a court of law.

<sup>11</sup> [1987] 1 S.C.R. 1114.

mois de salaire, je conclus que le Tribunal a commis une erreur de droit et que sa décision à cet égard doit être renvoyée pour jugement sur la question de l'indemnité, conformément aux principes formulés dans l'arrêt *Morgan*.

#### d) Réintégration

Les dispositions pertinentes du paragraphe 53(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sont les suivantes:

53. . . .

(2) À l'issue de son enquête, le tribunal qui juge la plainte fondée peut, sous réserve du paragraphe (4) et de l'article 54, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire:

b) d'accorder à la victime, dès que les circonstances le permettent, les droits, chances ou avantages dont, de l'avis du tribunal, l'acte l'a privée;

Le paragraphe 53(4) n'est pas pertinent pour cette question, ce qui n'est toutefois pas le cas du paragraphe 54(2) qui porte que l'ordonnance prévue au paragraphe 53(2) ne peut exiger le retrait d'un employé d'un poste qu'il a accepté de bonne foi.

Il faut rappeler que le Tribunal a ordonné dans sa décision la réintégration de la requérante principale dans un poste équivalent situé à l'extérieur de la Saskatchewan. Il n'a pas ordonné sa réintégration au bureau du Ministère à Regina parce que [à la page D/137] «pareille décision mènerait tout droit à un désastre. Il y a manifestement trop d'animosité entre les parties pour que l'on puisse songer à cette solution».

Dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*<sup>11</sup>, le juge en chef Dickson a dit, à la page 1134:

La législation sur les droits de la personne vise notamment à favoriser l'essor des droits individuels d'importance vitale, lesquels sont susceptibles d'être mis à exécution, en dernière ana-

<sup>11</sup> [1987] 1 R.C.S. 1114.

I recognize that in the construction of such legislation the words of the Act must be given their plain meaning, but it is equally important that the rights enunciated be given their full recognition and effect. We should not search for ways and means to minimize those rights and to enfeeble their proper impact. [Underlining added for emphasis.]

The explanation of the Tribunal for limiting its order of reinstatement of the principal applicant to offices of the Department outside of Saskatchewan was, I conclude, a ways or means, however well intended, of enfeebling the proper impact of rights conferred by the *Canadian Human Rights Act* on those, such as the principal applicant, who have been discriminated against by removal from employment on a prohibited ground of discrimination. The “recipe for disaster” envisaged by the Tribunal is an issue to be dealt with by the Department that refused to continue to employ her on a prohibited ground of discrimination. It is not a justification for failing to grant to the principal applicant the full remedy of reinstatement, where it is acknowledged by the Tribunal that reinstatement is appropriate.

That subsection 54(2) might limit the Department’s capacity within existing complement to make room for the principal applicant in its Regina office should also not be a matter of concern to the Tribunal or to this Court. That remains a matter for the Department to deal with in whatever way it considers appropriate and within its authority.

For the foregoing reasons, the Tribunal having concluded that reinstatement was an appropriate remedy on the facts of this case, I conclude that it erred in law in failing to order reinstatement of the principal applicant to the office from which she was removed contrary to section 7 of the *Canadian Human Rights Act*.

#### e) Deduction of the Aboriginal Study Bursaries

As indicated earlier in these reasons, the Tribunal required that “bursaries or grants” received by the principal applicant when she enrolled on a full-time basis in a post-secondary educational institution following her removal from her employment with the Department and her voluntary termination of her sub-

lyse, devant une cour de justice. Je reconnais qu’en interprétant la Loi, les termes qu’elle utilise doivent recevoir leur sens ordinaire, mais il est tout aussi important de reconnaître et de donner effet pleinement aux droits qui y sont énoncés. On ne devrait pas chercher par toutes sortes de façons à les minimiser ou à diminuer leur effet. [Non souligné dans le texte original.]

Le motif fourni par le Tribunal pour expliquer pourquoi il a prévu dans son ordonnance que la réintégration de la requérante principale ne pourrait s’effectuer que dans des bureaux du Ministère situés à l’extérieur de la Saskatchewan était, selon moi, une façon, quoique bien intentionnée, de diminuer l’effet des droits garantis par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* pour les personnes qui, comme la requérante principale, ont fait l’objet de discrimination parce qu’elles ont été retirées d’un poste pour un motif de distinction illicite. La solution envisagée par le Tribunal qui «mènerait tout droit à un désastre» est une question relevant du Ministère qui a refusé de continuer à l’employer pour un motif de distinction illicite. Cela ne lui permet pas de ne pas accorder à la requérante principale une réparation totale, c’est-à-dire sa réintégration pure et simple, lorsqu’il reconnaît qu’il y a lieu d’ordonner la réintégration.

Le Tribunal ou la Cour n’ont pas à se préoccuper du fait que, étant donné les effectifs actuels du Ministère, le paragraphe 54(2) pourrait limiter les possibilités pour celui-ci de faire une place à la requérante principale à son bureau de Regina. C’est au Ministère qu’il incombe de régler cette question, de la manière qu’il juge appropriée et de sa compétence.

Pour les motifs qui précèdent, le Tribunal ayant conclu que la réintégration était une réparation appropriée compte tenu des faits de l’espèce, j’estime qu’il a commis une erreur de droit en n’ordonnant pas la réintégration de la requérante principale au bureau dont son retrait a été ordonné, en violation de l’article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

#### e) Déduction des bourses d’études pour autochtones

Comme je l’ai indiqué plus haut dans les présents motifs, le Tribunal a exigé que «les bourses ou les subventions» que la requérante principale avait obtenues pendant qu’elle poursuivait des études à temps plein dans un établissement d’enseignement secondaire après avoir été congédiée par le Ministère et

sequent employment should be deducted from the award for lost wages.

In *Ratyck v. Bloomer*<sup>12</sup> Madam Justice McLachlin, speaking for the majority of the Supreme Court of Canada enunciated the following general principles [at page 981]:

The general principles underlying our system of damages suggest that a plaintiff should receive full and fair compensation, calculated to place him or her in the same position as he or she would have been had the tort not been committed, in so far as this can be achieved by a monetary award. This principle suggests that in calculating damages under the pecuniary heads, the measure of the damages should be the plaintiff's actual loss. It is implicit in this that the plaintiff should not recover unless he can demonstrate a loss, and then only to the extent of that loss. Double recovery violates this principle. It follows that where a plaintiff sustains no wage loss as a result of a tort because his employer has continued to pay salary while he was unable to work, he should not be entitled to recover damages on that account.

While the foregoing principles are enunciated in the context of damage claims based on tort liability, they are instructive on the facts of this case taking into account the passage quoted above from *Canada (Attorney General) v. Morgan*.<sup>13</sup> It is clear that the principal applicant would not have been in a position to benefit from the bursaries in question if she had remained fully committed in her employment with the Department. A condition of the bursaries was that she be in full-time attendance at a post-secondary educational institution. Fulfilment of that condition was clearly incompatible with full-time employment.

Against the principle that a plaintiff (in this case a complainant) should not recover unless she can demonstrate a loss, and then only to the extent of that loss, and the principle that double recovery violates the foregoing principle, I conclude that the Tribunal did not err in determining that the bursary monies should be deducted from the award for lost wages. To the extent of the bursary monies, the principal applicant did not suffer a loss. In fact, she benefitted in

avoir quitté volontairement son emploi subséquent, soient déduites de l'indemnité accordée pour les pertes de salaire.

S'exprimant au nom de la majorité de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ratyck c. Bloomer*<sup>12</sup>, Madame le juge McLachlin a dégagé les principes généraux suivants [à la page 981]:

Il ressort des principes généraux sous-jacents à notre système d'attribution de dommages-intérêts qu'un demandeur devrait être dédommagé pleinement et équitablement de manière à le mettre dans la situation où il se serait trouvé n'eût été la perpétration du délit civil, pour autant que cela puisse se faire pécuniairement. Suivant ce principe, les dommages-intérêts pour les pertes pécuniaires devraient se calculer en fonction de la perte réellement subie par le demandeur. Cela implique que le demandeur ne devrait être indemnisé que s'il peut établir l'existence d'une perte et, même alors, seulement dans la mesure de cette perte. La double indemnisation va à l'encontre de ce principe. Il s'ensuit donc que si le demandeur ne subit pas de perte de salaire par suite d'un délit civil parce que son employeur a continué à le lui verser pendant la durée de son incapacité de travailler, il ne devrait pas avoir droit à des dommages-intérêts pour perte de salaire.

Même si ces principes ont été formulés dans le contexte de demandes de dommages-intérêts en matière de responsabilité délictuelle, ils sont instructifs pour les faits de l'espèce si on tient compte des extraits de l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Morgan*<sup>13</sup> qui ont été cités plus haut. Il est évident que la requérante principale n'aurait pas pu profiter des bourses en cause si elle avait continué à se consacrer à son travail au sein du Ministère. En effet, l'une des conditions pour l'obtention des bourses était qu'elle devait poursuivre des études à plein temps dans un établissement d'enseignement postsecondaire. Il lui aurait été clairement impossible de remplir cette condition si elle avait continué à travailler à plein temps.

Compte tenu du principe selon lequel un demandeur (en l'espèce, une plaignante) ne devrait être indemnisé que s'il peut établir l'existence d'une perte et, même alors, seulement dans la mesure de cette perte, et du fait que la double indemnisation va à l'encontre de ce principe, je conclus que le Tribunal n'a pas commis d'erreur en statuant que les bourses reçues devaient être déduites de l'indemnité accordée pour les pertes de salaire. En ce qui concerne les

<sup>12</sup> [1990] 1 S.C.R. 940.

<sup>13</sup> *Supra*, footnote 10.

<sup>12</sup> [1990] 1 R.C.S. 940.

<sup>13</sup> *Supra*. Voir note 10.

that the bursary monies relieved her of the obligation to seek out whatever employment was available or to go on welfare to support herself and her family and allowed her to further her education in a way that would not have been possible had she remained in full-time employment. If the principal applicant were able to retain the bursary monies and as well recover for her loss of wages, she would in effect be receiving a double benefit, equivalent to double recovery against the principles enunciated by Madam Justice McLachlin.

There remains one issue on this question. Evidence that was before the Tribunal does not establish whether or not the bursary monies are recoverable by the payer in circumstances where the principal applicant receives a wage award. If that were to be the case, then clearly, once again against the foregoing principles, the bursary monies should not be deducted from the wage award.

#### f) A Hurt Feelings Award

Subsection 53(3) of the *Canadian Human Rights Act* reads in part as follows:

53. . . .

(3) In addition to any order that the Tribunal may make pursuant to subsection (2), if the Tribunal finds that

. . . .

(b) the victim of the discriminatory practice has suffered in respect of feelings or self-respect as a result of the practice,

the Tribunal may order the person to pay such compensation to the victim, not exceeding five thousand dollars, as the Tribunal may determine.

In this case the Tribunal [at page D/138] made no award for hurt feelings "in light of the part played by the complainant in the misfortune suffered by her."

It was not disputed on behalf of the Department that the principal applicant had suffered "in respect of feelings or self-respect as a result of the discriminatory practice." The sole issue then, was the determination by the Tribunal that the principal applicant

bourses, la requérante principale n'a pas subi de perte. En fait, elle en a profité car grâce à celles-ci, elle n'a pas dû chercher un emploi ou demander des prestations d'aide sociale pour subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille; en outre, elle a pu parfaire son éducation ce qui lui aurait été impossible si elle avait continué à travailler à temps plein. Si la requérante principale pouvait garder les bourses et toucher en même temps une indemnité pour ses pertes de salaire, elle serait doublement avantagée ce qui équivaldrait à une double indemnisation et ce qui va à l'encontre des principes formulés par Madame le juge McLachlin.

Il reste un point à régler relativement à cette question. La preuve dont a été saisi le Tribunal n'indique pas si les bourses doivent être remboursées à l'organisme qui les a versées lorsque la requérante principale reçoit une indemnité pour les pertes de salaire. Si tel devait être le cas, il est évident, compte tenu encore une fois des principes énoncés ci-dessus, que les bourses ne devraient pas être déduites de cette indemnité.

#### f) Indemnité pour préjudice moral

Le paragraphe 53(3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* porte notamment:

53. . . .

(3) Outre les pouvoirs que lui confère le paragraphe (2), le tribunal peut ordonner à l'auteur d'un acte discriminatoire de payer à la victime une indemnité maximale de cinq mille dollars, s'il en vient à la conclusion, selon le cas:

. . . .

b) que la victime en a souffert un préjudice moral.

En l'espèce, le Tribunal [à la page D/138] n'a accordé aucune indemnité pour préjudice moral «compte tenu de la responsabilité de la plaignante à l'égard du triste sort qu'elle a subi».

Le Ministère n'a pas contesté que la requérante principale «a souffert un préjudice moral» par suite de l'acte discriminatoire. La seule question en litige était donc la décision du Tribunal selon laquelle la requérante principale ne devait pas avoir droit à une

should not be entitled because of what it considered to be her contribution to the situation in which she found herself.

While no authority was cited to me for the principle that conduct of a complainant should not be a consideration in determining whether a hurt feelings award should be made, such a principle is consistent with the view that where a determination of discrimination on the basis of a prohibited ground is made, an award should be provided that is structured, in so far as possible, to make the complainant whole. To deny an award for hurt feelings on the basis of the conduct of the complainant is, in effect, to condone discrimination on the basis of a prohibited ground where the conduct of the complainant is, for whatever reason in all the circumstances, less than exemplary.

I conclude that the *Canadian Human Rights Act*, and in particular subsection 53(3), should not be interpreted or applied to produce such a result. In so interpreting or applying that subsection, I conclude that the Tribunal, on the facts before it, erred in law.

#### THE POSITION OF THE INTERVENERS

While the foregoing analysis disposes of many of the issues raised by the interveners, it fails to take into account a number of the arguments presented on their behalf. I find that it is unnecessary to confront those arguments to effectively dispose of the issues before me. In the circumstances, and with some regret, I decline to comment further on the interveners' argument.

#### CONCLUSION

In summary then, I find, against a standard of review of correctness, that

- the Tribunal implicitly found that the Department violated section 7 of the *Canadian Human Rights Act* by refusing to continue to employ the principal applicant and by differentiating adversely in relation to the principal applicant in the course of her employment, on a prohibited ground of discrimination, namely, race;

telle indemnité parce qu'il considérait qu'elle avait une part de responsabilité dans la situation dans laquelle elle s'était retrouvée.

Même si on ne m'a cité aucun précédent pour confirmer le principe qu'on ne devrait pas tenir compte de la conduite d'un plaignant pour déterminer s'il y a lieu de lui accorder une indemnité pour préjudice moral, un tel principe est compatible avec l'idée que, lorsqu'on conclut qu'il y a eu discrimination pour un motif de distinction illicite, l'indemnité accordée devrait, dans la mesure du possible, permettre de replacer le plaignant dans sa position antérieure. Refuser une indemnité pour préjudice moral en raison de la conduite d'un plaignant équivaut en fait à tolérer la discrimination pour un motif de distinction illicite chaque fois que le comportement du plaignant est, pour quelque raison que ce soit, loin d'être exemplaire.

Je conclus que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et, en particulier le paragraphe 53(3), ne devrait pas être interprétée ni appliquée de manière à produire un tel résultat. Je suis d'avis que le Tribunal a commis une erreur de droit en interprétant ou en appliquant ce paragraphe de cette manière, compte tenu des faits dont il avait été saisi.

#### LA POSITION DES INTERVENANTS

Bien que l'analyse qui précède règle un bon nombre des questions soulevées par les intervenants, elle ne tient pas compte de divers arguments qui ont été présentés en leur nom. J'estime qu'il est inutile d'examiner ces arguments pour trancher les questions dont j'ai été saisi. Compte tenu des circonstances, et avec un certain regret, je me vois obligé de refuser de commenter davantage les arguments des intervenants.

#### CONCLUSION

En résumé, en appliquant la justesse comme norme de contrôle, j'en arrive aux conclusions suivantes:

- le Tribunal a implicitement conclu que le Ministère a violé l'article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en refusant de continuer d'employer la requérante principale et en la défavorisant en cours d'emploi, pour un motif de distinction illicite, soit la race;

- the Tribunal committed an error of law in capping the complainant's damage award at twenty-four (24) months' salary without any analysis that would justify that particular cap or indeed, any other cap, against the principles enunciated in the *Morgan* case;<sup>14</sup>

- the Tribunal committed an error of law in failing to order reinstatement of the principal applicant to her former place of work or another place satisfactory to her;

- the Tribunal committed no error in providing for the deduction of Aboriginal study bursaries from the award provided for lost wages unless, in the circumstances of such an award, bursary monies are recoverable by the provider of those monies; and

- the Tribunal committed an error of law in failing to order a remedy for hurt feelings by reason only of the conduct of the principal applicant.

In the circumstances, I have ordered that this matter be returned to the same or a differently constituted Human Rights Tribunal for determination of an appropriate award for lost wages, based on an analysis against the principles set out in the *Morgan* case, for the making of an appropriate order regarding reinstatement of the principal applicant to her former place of work or another place satisfactory to her, for determination of whether, in the circumstances of an appropriate award for lost wages, the Aboriginal study bursaries monies received by the principal applicant are recoverable by the provider of those monies and therefore should not be deducted from the award for lost wages, and for determination of an appropriate award, if any, for hurt feelings, without taking into account the conduct of the principal applicant.

- le Tribunal a commis une erreur de droit en limitant le montant des dommages-intérêts accordés à la plaignante à une somme représentant vingt-quatre (24) mois de salaire sans avoir procédé, en fonction des principes formulés dans l'arrêt *Morgan*<sup>14</sup>, à une analyse qui aurait justifié cette limite ou, en fait, toute autre limite;

- le Tribunal a commis une erreur de droit en n'ordonnant pas la réintégration de la requérante principale dans son lieu de travail antérieur ou dans tout autre endroit qui lui conviendrait;

- le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit en prévoyant la déduction des bourses d'études pour autochtones de l'indemnité accordée pour les pertes de salaire, à moins que ces bourses ne soient remboursables à l'organisme qui les a versées lorsqu'une telle indemnité est accordée;

- le Tribunal a commis une erreur de droit en n'accordant pas d'indemnité pour préjudice moral en raison uniquement de la conduite de la requérante principale.

Compte tenu des circonstances, j'ai ordonné que la présente affaire soit renvoyée devant le même Tribunal des droits de la personne ou devant un tribunal différemment constitué afin qu'il prenne les mesures suivantes: qu'il détermine le montant approprié de l'indemnité pour les pertes de salaire après une analyse faite en fonction des principes formulés dans l'arrêt *Morgan*<sup>15</sup>; qu'il rende l'ordonnance appropriée en ce qui concerne la réintégration de la requérante principale dans son lieu de travail antérieur ou à tout autre endroit qui lui conviendrait; qu'il détermine si, lorsqu'une indemnité pour les pertes de salaire est accordée, les bourses d'études pour autochtones reçues pour la requérante principale sont remboursables à l'organisme qui les a versées et ne devraient donc pas être déduites de l'indemnité pour les pertes de salaire; enfin, qu'il détermine le montant de l'indemnité pour préjudice moral, s'il y a lieu, sans tenir compte de la conduite de la requérante principale.

<sup>14</sup> *Supra*, footnote 10.

<sup>15</sup> *Supra*, footnote 10.

<sup>14</sup> *Supra*, note 10.

<sup>15</sup> *Supra*, note 10.



T-648-89

T-648-89

Alice Clark (*Plaintiff*)Alice Clark (*demanderesse*)

v.

c.

Her Majesty the Queen in Right of Canada  
(*Defendant*)Sa Majesté la Reine du chef du Canada  
(*défenderesse*)

INDEXED AS: CLARK v. CANADA (T.D.)

RÉPERTORIÉ: CLARK c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)Trial Division, Dubé J.—Edmonton, September 7, 8,  
9, 10, 1993; Ottawa, April 26, 1994.Section de première instance, juge Dubé—Edmonton,  
7, 8, 9 et 10 septembre 1993; Ottawa, 26 avril 1994.

RCMP — Action claiming damages by former RCMP member — Alleging wrongful dismissal, harassment, negligence, intentional infliction of nervous shock — Female officer harassed by male constables, undergoing mental crisis — RCMP superiors failing to come to assistance — Harassment major cause of plaintiff's resignation — RCMP members not to be dismissed at pleasure under RCMPA, s. 13(2) — Plaintiff not governed by collective agreement — Ambiguous status of RCMP members bar to action for wrongful dismissal in FCTD — Plaintiff awarded damages for supervisor's negligence.

GRC — Action en dommages-intérêts intentée par un ancien membre de la GRC — Allégation de congédiement injustifié, de harcèlement, de négligence, de délit consistant à causer délibérément un choc nerveux — La demanderesse, qui avait été harcelée par des gendarmes de sexe masculin, a été atteinte d'une crise mentale — Ses supérieurs au sein de la GRC ont omis de lui venir en aide — Le harcèlement constituait la principale cause de la démission de la demanderesse — En vertu de l'art. 13(2) de la LGRC, les agents de la GRC ne peuvent pas être congédiés au bon plaisir — La demanderesse n'était pas régie par une convention collective — Le statut ambigu des membres de la GRC fait obstacle à une action pour congédiement injustifié intentée devant la Section de première instance de la Cour fédérale — Des dommages-intérêts ont été accordés à la demanderesse par suite de la négligence de son superviseur.

Crown — Torts — Negligence — Vicarious liability of Crown under Crown Liability Act — Claim of woman who had been RCMP member based on intentional infliction of nervous shock, negligence — Case law, authors reviewed — Conduct toward plaintiff over four-year period extreme, causing actual harm in form of illness — Plaintiff's supervisors acting in course of employment — Condoned, participated in harassment of plaintiff — Duty of care owed to plaintiff, breached consistently — Negligence engaging Crown's vicarious liability — No issue of remoteness or foreseeability — Supervisor's negligence direct cause of damage suffered by plaintiff.

Couronne — Responsabilité délictuelle — Négligence — Responsabilité du fait d'autrui de la Couronne fondée sur la Loi sur la responsabilité de la Couronne — Une femme qui avait été membre de la GRC a engagé une poursuite fondée sur le délit qui consiste à infliger délibérément un choc nerveux et sur la négligence — Examen de la jurisprudence et de la doctrine — La conduite dont on a fait preuve envers la demanderesse pendant une période de quatre ans était extrême et causé à celle-ci un préjudice réel qui a pris la forme d'une maladie — Les superviseurs de la demanderesse agissaient dans le cadre de leur emploi — Ils ont pardonné le harcèlement dont la demanderesse a fait l'objet et y ont participé — L'obligation de prudence qui existait envers la demanderesse a été régulièrement violée — La négligence engage la responsabilité du fait d'autrui de la Couronne — Le caractère éloigné ou la prévisibilité n'étaient pas en jeu — La négligence du superviseur a directement causé le préjudice subi par la demanderesse.

Damages — Limiting principles — Mitigation — Action claiming damages for intentional infliction of nervous shock — Failure to seek psychological or psychiatric help not failure to mitigate analogous to refusal of professional help, but factor to be weighed.

Dommages-intérêts — Facteurs limitatifs — Limitation — Action en dommages-intérêts fondée sur le délit qui consiste à causer délibérément un choc nerveux — L'omission de chercher à obtenir l'aide d'un psychologue ou d'un psychiatre ne constitue pas une omission de mitiger les dommages comme le serait le refus d'accepter les offres d'aide professionnelle, mais il s'agit d'un facteur à prendre en considération.

This was an action for damages for wrongful dismissal launched by a former RCMP member who alleged that sexual and other harassment on the part of some of her male col-

Il s'agissait d'une action en dommages-intérêts fondée sur un congédiement injustifié et intentée par un ancien membre de la GRC, qui alléguait que le harcèlement de nature sexuelle

leagues and supervisors constituted a breach of the terms of her employment, negligence and intentional infliction of nervous shock. The plaintiff joined the RCMP in July 1980. Before long, she was subjected to sarcastic and sexist remarks by male colleagues and such comments continued to be made despite her objections. The sergeant said that she was not a real woman. Other members called her a "butch" and watched pornographic movies in the work area which she occupied. She stated that the work environment caused her unhappiness and began to affect her health. She completed her five-year term of engagement in July 1985 and was re-engaged for "continuous service". A year later, she requested a transfer, asthma being the reason given. In October 1986, she filed a complaint of harassment against two of her supervisors after numerous negative comments and reprimands had been placed in her file. When her condition worsened to the point where she was undergoing a mental crisis, plaintiff resigned from the RCMP in July 1987, again giving asthma as the reason. The evidence was that plaintiff had, in fact, been harassed by male constables and that her superiors failed to come to her assistance. The harassment was the major cause for her resignation. This action raised three main issues: 1) liability arising from the employment relationship, 2) liability in tort under the *Crown Liability Act* and 3) damages.

*Held*, the plaintiff should have judgment.

1) Under subsection 13(1) of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, officers of the Force hold office during the pleasure of the Governor in Council. However, the weight of authority from the Federal Court of Appeal is that under subsection 13(2) of the Act, provisions of the Regulations setting out the grounds of discharge and the Commissioner's Standing Orders governing procedures related thereto, members of the RCMP may not be dismissed at pleasure. The question arose whether the plaintiff could maintain an action in this Court on grounds associated traditionally and primarily with the master-servant employment relationship, and based on the contract of employment. Principles of contract have been found relevant where, for example, a collective agreement provision governing the dismissal of public servants conflicts with a statutory power of dismissal at pleasure. The plaintiff was not governed by a collective agreement, nor party to a contract of employment. The admittedly ambiguous status of RCMP members, such as the plaintiff, does not enable her to maintain a cause of action for wrongful dismissal in this Court, despite the fact that she may not be dismissed at pleasure. However, that conclusion has not the effect of precluding any recourse or monetary compensation for a member of the RCMP alleging similar circumstances, in view of the remedial jurisdiction of the Canadian Human Rights Tribunal.

ou autre dont elle avait été victime de la part de certains de ses collègues et superviseurs de sexe masculin constituait une violation des conditions de travail et un acte de négligence et que cela avait eu pour effet de lui causer délibérément un choc nerveux. La demanderesse est devenue membre de la GRC en juillet 1980. Peu de temps après, elle a commencé à faire l'objet de commentaires sarcastiques et sexistes de la part de ses collègues de sexe masculin, qui ont continué à faire pareils commentaires malgré ses protestations. Le sergent lui a dit qu'elle n'était pas une vraie femme. D'autres membres la qualifiaient de [TRADUCTION] «lesbienne» et regardaient des films pornographiques dans le secteur de travail qu'elle occupait. La demanderesse a déclaré que le milieu de travail la rendait malheureuse et avait commencé à nuire à sa santé. Elle a complété son engagement d'une durée de cinq ans en juillet 1985 et a été réengagée aux fins du «service continu». Un an plus tard, elle a demandé une mutation, en invoquant l'asthme comme motif. En octobre 1986, elle a déposé une plainte de harcèlement contre deux de ses superviseurs après que de nombreux commentaires défavorables et de nombreuses réprimandes eussent été versés dans son dossier. Son état s'étant aggravé au point qu'elle a été atteinte d'une crise mentale, la demanderesse a démissionné, en juillet 1987, en invoquant encore une fois l'asthme comme motif. Selon la preuve, la demanderesse a de fait été harcelée par des gendarmes de sexe masculin et ses supérieurs ont omis de lui venir en aide. Le harcèlement était la principale cause de sa démission. L'action soulevait trois questions principales: 1) la responsabilité découlant de la relation de travail, 2) la responsabilité délictuelle fondée sur la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* et 3) les dommages-intérêts.

*Jugement*: la demanderesse doit avoir gain de cause.

1) En vertu du paragraphe 13(1) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, les officiers de la Gendarmerie détiennent leurs fonctions au gré du gouverneur en conseil. Toutefois, les arrêts de la Cour d'appel fédérale disent qu'en vertu du paragraphe 13(2) de la Loi, des dispositions du Règlement énonçant les motifs de renvoi et des ordres permanents du commissaire régissant les procédures y afférentes, les membres de la GRC ne peuvent pas être congédiés au bon plaisir. Il s'agissait de savoir si la demanderesse pouvait avoir gain de cause devant cette Cour pour des motifs habituellement et principalement associés à la relation de travail employeur-employé, et fondés sur un contrat de travail. Les principes qui s'appliquent aux contrats ont été jugés pertinents lorsque, par exemple, une disposition d'une convention collective régissant le congédiement de fonctionnaires était en conflit avec un pouvoir légal de congédiement au bon plaisir. La demanderesse n'était pas régie par une convention collective et n'était pas partie à un contrat de travail. Le statut reconnu comme ambigu des membres de la GRC, comme la demanderesse, ne permet pas à celle-ci d'invoquer devant la Cour une cause d'action fondée sur le congédiement injustifié, et ce, bien qu'elle ne puisse pas être congédiée au bon plaisir. Toutefois, cette conclusion n'a pas pour effet d'empêcher un membre de la GRC qui allègue des circonstances similaires d'exercer un recours ou de solliciter une compensation pécuniaire, étant donné la compétence réparatrice que possède le Tribunal canadien des droits de la personne.

2) In order to engage the vicarious liability of the Crown under subsection 3(1) of the *Crown Liability Act*, the plaintiff had to establish, first, that a tort has been committed by a servant of the Crown, and second, that the tort was committed in the course of the servant's employment. The unique set of circumstances herein, involving several of the plaintiff's fellow members and superiors, as opposed to a single individual, and a course of conduct over a four-year period, supported the plaintiff's claim for intentional infliction of nervous shock. The conduct directed toward her was extreme and calculated "to produce some effect of the kind which was produced". Those acting in a supervisory capacity or in a position of authority with respect to the plaintiff were acting in the course of their employment. The impugned conduct occurred strictly within the confines of the working relationship and was occasioned by it. The plaintiff could also engage the Crown's vicarious liability on the basis of negligence, by proving that she was owed a duty of care and that such duty had not been fulfilled. The question whether a duty exists in a given situation is one of law. The standard of care required is that of the ordinary man or woman. The plaintiff's immediate supervisor owed her a duty of care and breached that duty consistently. Over a lengthy period, he deliberately refused to exercise his authority to put an end to the conduct of harassment of which he was well aware and which he in fact participated in on occasion, thus condoning that behaviour. There was no issue of remoteness or foreseeability: his negligence was the direct cause of the damage suffered by the plaintiff.

3) Special damages are intended to put the victim in the same financial position she would have been in had the accident not happened; this head of damages should reflect "pecuniary loss". Based on the figure of \$100,500 relating to lost earnings up to the completion of the plaintiff's ten years' service with the RCMP as the most appropriate basis on which to calculate an award, an amount of \$88,000 is a suitable award for lost earnings from September 1987 to September 1990. As to general damages, Canadian courts have adopted a functional approach to the assessment of damages for non-pecuniary loss. This approach is to assess the amount which will provide a reasonable measure of consolation to the victim for her particular mental condition. The fact that the plaintiff did not actively seek out psychological or psychiatric help was not a failure to mitigate analogous to actual refusal of offers of professional help, but was still a factor to be weighed. An award of \$5,000 would provide the plaintiff "a reasonable measure of consolation" for her injured dignity arising from defendant's tortious conduct.

2) Afin d'engager la responsabilité du fait d'autrui de la Couronne en vertu du paragraphe 3(1) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, la demanderesse devait établir, en premier lieu, qu'un délit avait été commis par un préposé de la Couronne, et, en second lieu, que le délit avait été commis dans le cadre de l'emploi du préposé. En l'espèce, l'ensemble de circonstances unique en son genre, où plusieurs des collègues et supérieurs de la demanderesse étaient en cause, par opposition à un seul individu, et où le comportement reproché avait duré quatre ans, étaye la réclamation de la demanderesse en ce qui concerne le délit qui consiste à causer délibérément un choc nerveux. La conduite dont on a fait preuve envers la demanderesse était extrême et visait «à produire un effet semblable à celui qui a été produit». Ceux qui ont agi en leur qualité de superviseurs ou de personnes ayant autorité à l'égard de la demanderesse agissaient dans le cadre de leur emploi. La conduite reprochée s'est manifestée strictement dans les limites de la relation employeur-employé et a été occasionnée par cette relation. La demanderesse pouvait également engager la responsabilité du fait d'autrui de la Couronne en invoquant la négligence, en prouvant qu'on avait envers elle une obligation de prudence et que cette obligation a été violée. La question de savoir s'il existe une obligation dans un cas donné est une question de droit. Le degré de diligence requis est celui dont l'homme ou la femme ordinaire fait preuve. Le superviseur immédiat de la demanderesse avait envers elle une obligation de prudence et il a régulièrement violé cette obligation. Durant une longue période, il a délibérément refusé d'exercer son pouvoir de façon à mettre fin à des actes de harcèlement dont il était parfaitement au courant et auxquels il avait en fait parfois participé, pardonnant ainsi ce comportement. Aucune question de caractère éloigné ou de prévisibilité n'était soulevée: la négligence du superviseur a directement causé le préjudice subi par la demanderesse.

3) Les dommages-intérêts spéciaux visent à mettre la victime dans la situation financière où elle aurait été si l'accident ne s'était pas produit; ce chef de dommages-intérêts est destiné à représenter une «perte pécuniaire». Étant donné que le montant de 100 500 \$, représentant la rémunération perdue jusqu'à la fin des dix années de service de la demanderesse au sein de la GRC, constitue le fondement le plus approprié aux fins du calcul de la somme accordée, il convient d'accorder la somme de 88 000 \$ à l'égard de la rémunération perdue du mois de septembre 1987 au mois de septembre 1990. Quant aux dommages-intérêts généraux, les tribunaux canadiens ont adopté la théorie fonctionnelle pour évaluer les dommages-intérêts dans le cas d'une perte non pécuniaire. Cette théorie consiste à évaluer le montant qui constituera une consolation raisonnable compte tenu de l'état mental particulier de la victime. Le fait que la demanderesse n'a pas activement cherché à obtenir l'aide d'un psychologue ou d'un psychiatre ne constitue pas une omission de mitiger les dommages comme le serait le refus d'accepter les offres d'aide professionnelle, mais il reste néanmoins qu'il faut prendre ce facteur en considération. La somme de 5 000 \$ assurerait à la demanderesse «une consolation raisonnable» pour sa dignité blessée par suite de la conduite délictuelle reprochée.

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15. a
- Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, s. 41(2).
- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 53(2).
- Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38, ss. 3, 4. b
- Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), ss. 9, 10.
- Government Employees Compensation Act*, R.S.C. 1970, c. G-8.
- Government Employees Compensation Act*, R.S.C., 1985, c. G-5. c
- Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 23(1).
- Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21.
- Judgment Interest Act*, S.A. 1984, c. J-0.5.
- Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1970, c. R-9, ss. 13, 21(1),(2).
- Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10. d
- Royal Canadian Mounted Police Regulations*, C.R.C., c. 1391, ss. 45, 46, 47, 48, 49, 64, 74. e

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

- Gingras v. Canada*, [1994] 2 F.C. 734; (1994), 165 N.R. 101 (C.A.); *Boothman v. Canada*, [1993] 3 F.C. 381 (T.D.); *Wilkinson v. Downton*, [1897] 2 Q.B. 57; *Rahemtulla v. Vanfed Credit Union*, [1984] 3 W.W.R. 296; (1984), 51 B.C.L.R. 200; 4 C.C.E.L. 170; 29 C.C.L.T. 136 (B.C.S.C.); *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Anns v. Merton London Borough Council*, [1977] 2 W.L.R. 1024 (H.L.); *Smyth v. Szep*, [1992] 2 W.W.R. 673. f

## DISTINGUISHED:

- Kedward v. The Queen*, [1973] F.C. 1142 (T.D.); affd [1976] 1 F.C. 57; 11 N.R. 586 (C.A.); *Huxter v. Canada*, [1985] F.C.J. No. 700 (QL); *Laroche and Beirsdorfer, Re* (1982), 131 D.L.R. (3d) 152; 39 N.R. 407 (F.C.A.); *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police* (1982), 37 O.R. (2d) 277 (H.C.); revd in part (1983), 43 O.R. (2d) 113 (C.A.); *Queen, The and Archer v. White*, [1956] S.C.R. 154; (1955), 1 D.L.R. (2d) 305; 114 C.C.C. 77; *Dawkins v. Lord Paulet* (1869), L.R.5 Q.B. 94. g
- Kedward v. The Queen*, [1973] F.C. 1142 (T.D.); affd [1976] 1 F.C. 57; 11 N.R. 586 (C.A.); *Huxter v. Canada*, [1985] F.C.J. No. 700 (QL); *Laroche and Beirsdorfer, Re* (1982), 131 D.L.R. (3d) 152; 39 N.R. 407 (F.C.A.); *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police* (1982), 37 O.R. (2d) 277 (H.C.); inf. en partie par (1983), 43 O.R. (2d) 113 (C.A.); *Queen, The and Archer v. White*, [1956] S.C.R. 154; (1955), 1 D.L.R. (2d) 305; 114 C.C.C. 77; *Dawkins v. Lord Paulet* (1869), L.R.5 Q.B. 94. h
- Queen, The and Archer v. White*, [1956] S.C.R. 154; (1955), 1 D.L.R. (2d) 305; 114 C.C.C. 77; *Dawkins v. Lord Paulet* (1869), L.R.5 Q.B. 94. i

## REFERRED TO:

- McCleery v. The Queen*, [1974] 2 F.C. 339; (1974), 48 D.L.R. (3d) 129; 5 N.R. 251 (C.A.); *Gallant v. The Queen in right of Canada* (1978), 91 D.L.R. (3d) 695 (F.C.T.D.); j

## LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 15.
- Judgment Interest Act*, S.A. 1984, ch. J-0.5.
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, art. 41(2).
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 53(2).
- Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, ch. I-23, art. 23(1).
- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21.
- Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, S.R.C. 1970, ch. R-9, art. 13, 21(1),(2).
- Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10.
- Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), art. 9, 10.
- Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 3, 4.
- Loi sur l'indemnisation des employés de l'État*, S.R.C. 1970, ch. G-8.
- Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*, L.R.C. (1985), ch. G-5.
- Règlement de la Gendarmerie royale du Canada*, C.R.C., ch. 1391, art. 45, 46, 47, 48, 49, 64, 74.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Gingras c. Canada*, [1994] 2 C.F. 734; (1994), 165 N.R. 101 (C.A.); *Boothman c. Canada*, [1993] 3 C.F. 381 (1<sup>re</sup> inst.); *Wilkinson v. Downton*, [1897] 2 Q.B. 57; *Rahemtulla v. Vanfed Credit Union*, [1984] 3 W.W.R. 296; (1984), 51 B.C.L.R. 200; 4 C.C.E.L. 170; 29 C.C.L.T. 136 (C.S.C.-B.); *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Anns v. Merton London Borough Council*, [1977] 2 W.L.R. 1024 (H.L.); *Smyth v. Szep*, [1992] 2 W.W.R. 673. f

## DISTINCTION FAITE AVEC:

- Kedward c. La Reine*, [1973] C.F. 1142 (1<sup>re</sup> inst.); conf. [1976] 1 C.F. 57; 11 N.R. 586 (C.A.); *Huxter c. Canada*, [1985] A.C.F. n° 700 (QL); *Laroche et Beirsdorfer, Re* (1982), 131 D.L.R. (3d) 152; 39 N.R. 407 (C.A.F.); *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police* (1982), 37 O.R. (2d) 277 (H.C.); inf. en partie par (1983), 43 O.R. (2d) 113 (C.A.); *Queen, The and Archer v. White*, [1956] R.C.S. 154; (1955), 1 D.L.R. (2d) 305; 114 C.C.C. 77; *Dawkins v. Lord Paulet* (1869), L.R.5 Q.B. 94. g

## DÉCISIONS CITÉES:

- McCleery c. La Reine*, [1974] 2 C.F. 339; (1974), 48 D.L.R. (3d) 129; 5 N.R. 251 (C.A.); *Gallant c. La Reine du chef du Canada* (1978), 91 D.L.R. (3d) 695 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); j

*Phillips v. The Queen*, [1977] 1 F.C. 756 (T.D.); *Lutes v. Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police*, [1985] 2 F.C. 326; (1985), 61 N.R. 1 (C.A.); *Poirier v. Canada (Royal Canadian Mounted Police (RCMP), Commissioner)*, [1983] F.C.J. No. 605 (QL); *Reilly v. The King*, [1934] 1 D.L.R. 434; [1934] 1 W.W.R. 298; [1934] A.C. 176 (P.C.); affg [1932] S.C.R. 597; *Crossman v. City of Peterborough and Peterborough Utilities Comm.*, [1966] 2 O.R. 712 (C.A.); *Desjardins v. Commr. of Royal Cdn. Mounted Police* (1986), 18 Admin. L.R. 314; 3 F.T.R. 52 (F.C.T.D.); *Marshment v. Borgstrom*, [1942] S.C.R. 374; [1942] 4 D.L.R. 1; *Beaulieu v. Sutherland* (1986), 35 C.C.L.T. 237 (B.C.S.C.); *Danch v. Nadon*, [1978] 2 F.C. 484; (1977), 18 N.R. 568 (C.A.); *Adams v. Canada (Royal Canadian Mounted Police, Commissioner —RCMP)*, [1993] F.C.J. No. 1321 (QL); *Horn v. Canada et al.* (1994), 73 F.T.R. 301 (F.C.T.D.); *Langille et al. v. Canada* (1991), 44 F.T.R. 60 (F.C.T.D.); *Canada v. Tremblay* (1989), 28 F.T.R. 25 (F.C.T.D.); *Canada v. Dupont* (1986), 6 F.T.R. 197 (F.C.T.D.); *Canada v. Lavoie* (1986), 5 F.T.R. 223 (F.C.T.D.); *Canada v. Brogan*, [1985] F.C.J. No. 1022 (QL); *Bielecki v. Obadiak* (1921), 61 D.L.R. 494; [1921] 3 W.W.R. 229 (Sask. K.B.); affd (1922), 65 D.L.R. 627; [1922] 2 W.W.R. 238 (Sask. C.A.); *Purdy v. Woznesensky*, [1937] 2 W.W.R. 116 (Sask. C.A.); *Abramzik et al. v. Brenner et al.* (1967), 65 D.L.R. (2d) 651; 62 W.W.R. 332 (Sask. C.A.); *Timmermans v. Buelow* (1984), 38 C.C.L.T. 136 (Ont. H.C.); *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; (1987), 42 D.L.R. (4th) 81; 42 C.C.L.T. 1; [1988] 1 C.N.L.R. 152; 78 N.R. 40; 23 O.A.C. 84; 9 R.F.L. (3d) 225; *Bettel et al. v. Yim* (1978), 20 O.R. (2d) 617; 88 D.L.R. (3d) 543; 5 C.C.L.T. 66 (Co. Ct.); *Allan et al. v. New Mount Sinai Hospital et al.* (1980), 28 O.R. (2d) 356; 109 D.L.R. (3d) 634; 11 C.C.L.T. 299; 4 L. Med. Q. 146 (H.C.); revd (1981), 33 O.R. (2d) 603; 125 D.L.R. (3d) 276; 19 C.C.L.T. 76 (C.A.); *Crown Diamond Paint Co. Ltd. v. R.*, [1980] 2 F.C. 794 (T.D.); *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; (1992), 91 D.L.R. (4th) 289.

inst.); *Phillips c. La Reine*, [1977] 1 C.F. 756 (1<sup>re</sup> inst.); *Lutes c. Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada*, [1985] 2 C.F. 326; (1985), 61 N.R. 1 (C.A.); *Poirier c. Canada (Gendarmerie royale (GRC), Commissaire)*, [1983] A.C.F. n<sup>o</sup> 605 (QL); *Reilly v. The King*, [1934] 1 D.L.R. 434; [1934] 1 W.W.R. 298; [1934] A.C. 176 (C.P.); conf. [1932] R.C.S. 597; *Crossman v. City of Peterborough and Peterborough Utilities Comm.*, [1966] 2 O.R. 712 (C.A.); *Desjardins c. Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada* (1986), 18 Admin. L.R. 314; 3 F.T.R. 52 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Marshment v. Borgstrom*, [1942] R.C.S. 374; [1942] 4 D.L.R. 1; *Beaulieu v. Sutherland* (1986), 35 C.C.L.T. 237 (C.S.C.-B.); *Danch c. Nadon*, [1978] 2 C.F. 484; (1977), 18 N.R. 568 (C.A.); *Adams c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [1993] A.C.F. n<sup>o</sup> 1321 (QL); *Horn c. Canada et autre* (1994), 73 F.T.R. 301 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Langille et autres c. Canada* (1991), 44 F.T.R. 60 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada c. Tremblay* (1989), 28 F.T.R. 25 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada c. Lavoie* (1986), 5 F.T.R. 223 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada c. Brogan*, [1985] A.C.F. n<sup>o</sup> 1022 (QL); *Bielecki v. Obadiak* (1921), 61 D.L.R. 494; [1921] 3 W.W.R. 229 (B.R. Sask.); conf. par (1922), 65 D.L.R. 627; [1922] 2 W.W.R. 238 (C.A. Sask.); *Purdy v. Woznesensky*, [1937] 2 W.W.R. 116 (C.A. Sask.); *Abramzik et al. v. Brenner et al.* (1967), 65 D.L.R. (2d) 651; 62 W.W.R. 332 (C.A. Sask.); *Timmermans v. Buelow* (1984), 38 C.C.L.T. 136 (H.C. Ont.); *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; (1987), 42 D.L.R. (4th) 81; 42 C.C.L.T. 1; [1988] 1 C.N.L.R. 152; 78 N.R. 40; 23 O.A.C. 84; 9 R.F.L. (3d) 225; *Bettel et al. v. Yim* (1978), 20 O.R. (2d) 617; 88 D.L.R. (3d) 543; 5 C.C.L.T. 66 (C. Ct.); *Allan et al. v. New Mount Sinai Hospital et al.* (1980), 28 O.R. (2d) 356; 109 D.L.R. (3d) 634; 11 C.C.L.T. 299; 4 L. Med. Q. 146 (H.C.); inf. (1981), 33 O.R. (2d) 603; 125 D.L.R. (3d) 276; 19 C.C.L.T. 76 (C.A.); *Crown Diamond Paint Co. Ltd. c. R.*, [1980] 2 C.F. 794 (1<sup>re</sup> inst.); *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; (1992), 91 D.L.R. (4th) 289.

## AUTHORS CITED

- Cooper-Stephenson, Kenneth D. and Iwan B. Saunders. *Personal Injury Damages in Canada*. Toronto: Carswell, 1981.
- Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Company, 1992.
- Fridman, G. H. L. *Fridman on Torts*. London: Waterlow Publishers, 1990.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1989.
- Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.
- Irvine, John. Annot. (1984), 38 C.C.L.T. 136.

## DOCTRINE

- Cooper-Stephenson, Kenneth D. and Iwan B. Saunders. *Personal Injury Damages in Canada*. Toronto: Carswell, 1981.
- Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Company, 1992.
- Fridman, G. H. L. *Fridman on Torts*. London: Waterlow Publishers, 1990.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1989.
- Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.
- Irvine, John. Annot. (1984), 38 C.C.L.T. 136.

Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 5th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.

Posser, William L. "Insult and Outrage" (1956), 44 *Cal. L.Rev.* 40.

ACTION claiming damages for negligence, intentional infliction of nervous shock, wrongful dismissal of RCMP member who alleged that a lengthy period of sexual and other harassment by male colleagues and supervisors had caused her to resign. Action allowed except as to wrongful dismissal.

COUNSEL:

*Lorne E. Goddard* for plaintiff.

*Bruce Logan* for defendant.

SOLICITORS:

*Chapman Riebeek*, Red Deer, Alberta, for plaintiff.

*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

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

DUBÉ J.: This is an action in damages against the Crown launched by a former member of the Royal Canadian Mounted Police (RCMP, or the Force), who alleges that sexual and other harassment on the part of some of her male colleagues and supervisors caused her severe stress and depression and drove her to resign from the Force in July 1987. The plaintiff claims she was wrongfully dismissed, and that the actions of her colleagues and supervisors constituted a breach of the terms of her employment, discrimination under section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*<sup>1</sup> (the Charter), negligence and intentional infliction of nervous shock.

The four-day hearing into this matter at Edmonton, Alberta, in September 1993 (the period requested by the parties and granted by the Court) ended with no

<sup>1</sup> Being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 5th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.

Posser, William L. «Insult and Outrage» (1956), 44 *Cal. L.Rev.* 40.

ACTION en dommages-intérêts fondée sur la négligence, le délit qui consiste à causer délibérément un choc nerveux, le congédiement injustifié d'un membre de la GRC qui alléguait qu'une longue période de harcèlement sexuel et autre dont elle avait été victime de la part de ses collègues de sexe masculin et de ses superviseurs l'avait amenée à démissionner. Action accueillie sauf quant au congédiement injustifié.

AVOCATS:

*Lorne E. Goddard* pour la demanderesse.

*Bruce Logan* pour la défenderesse.

PROCUREURS:

*Chapman Riebeek*, Red Deer (Alberta), pour la demanderesse.

*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

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

LE JUGE DUBÉ: Il s'agit d'une action en dommages-intérêts intentée contre Sa Majesté par un ancien membre de la Gendarmerie royale du Canada (la GRC ou la Gendarmerie), qui allègue que le harcèlement de nature sexuelle ou autre dont elle a été victime de la part de certains de ses collègues et superviseurs de sexe masculin lui a causé énormément de stress et a entraîné une grave dépression, et l'a forcée à démissionner en juillet 1987. La demanderesse allègue qu'elle a fait l'objet d'un congédiement injustifié et que les actes commis par ses collègues et superviseurs constituaient une violation des conditions de travail, de la discrimination en vertu de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>1</sup> (la Charte) et de la négligence, et que cela a eu pour effet de lui causer délibérément un choc nerveux.

Les quatre jours réservés à l'audition de l'affaire, qui a eu lieu à Edmonton (Alberta) en septembre 1993, (soit le nombre de jours demandé par les par-

<sup>1</sup> Qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

time remaining for oral arguments. Two rounds of written submissions were completed March 15, 1994.

### 1. The evidence

On July 16, 1980, the plaintiff, then Alice Abernathy, became a member of the RCMP pursuant to the provisions of the *Royal Canadian Mounted Police Act* (the Act).<sup>2</sup> In September 1981, after completing basic and field training, she was assigned to the Red Deer City detachment (Red Deer City). She worked on a general duty shift until August 1982, when she was transferred to the traffic section.<sup>3</sup>

The plaintiff testified that she experienced problems in the traffic section under Corporal Warren McDonald's supervision, and that he showed favouritism to male members, and was unjustly critical of her performance. She also began to be subjected to unwelcome comments by male members on the general duty shift alongside which she frequently worked. She was told by the sergeant supervising this shift, in the presence of other members, that she wasn't a real woman until she had a child, that she should go home and start a family. Other members referred to her as a "butch" and a "metermaid". Such comments continued despite the plaintiff's objections.

On one occasion she was grabbed and kissed by a member who told her to call him when her husband

<sup>2</sup> R.S.C. 1970, c. R-9, now R.S.C., 1985, c. R-10.

<sup>3</sup> For purposes of clarity, it is useful to note that general duty shifts at Red Deer included seven and eight members each, plus the corporal supervising the shift and the sergeant watch commander. Because there were few female RCMP members at the time, only one was assigned to each shift. Members assigned to the traffic section worked out of the same office, alongside but separately from the general duty shifts.

ties et accordé par la Cour) ont pris fin sans qu'on ait eu le temps de présenter les arguments oraux. Deux séries d'observations écrites ont été présentées, lesquelles ont pris fin le 15 mars 1994.

### 1. La preuve

Le 16 juillet 1980, la demanderesse, qui s'appelait alors Alice Abernathy, est devenue membre de la GRC, conformément aux dispositions de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* (la Loi)<sup>2</sup>. En septembre 1981, après avoir terminé sa formation de base et sur le terrain, elle a été affectée au détachement de Red Deer City (Red Deer City). Elle a travaillé au sein de l'équipe des services généraux jusqu'en août 1982, lorsqu'elle a été mutée à la section de la circulation<sup>3</sup>.

La demanderesse a témoigné qu'elle avait fait face à des problèmes, au sein de la section de la circulation, sous la supervision du caporal Warren McDonald, et que ce dernier faisait preuve de favoritisme envers les membres de sexe masculin et critiquait injustement son rendement. La demanderesse a également commencé à faire l'objet de commentaires désagréables de la part des membres de sexe masculin de l'équipe des services généraux qui travaillaient fréquemment avec elle. Le sergent qui supervisait cette équipe lui a dit, en présence d'autres membres, qu'elle n'était pas une vraie femme tant qu'elle n'avait pas d'enfant, et qu'elle devrait s'en aller chez elle et fonder un foyer. D'autres membres la qualifiaient de [TRADUCTION] «lesbienne» et de [TRADUCTION] «surveillante de police». Malgré les protestations de la demanderesse, on a continué à faire des commentaires de ce genre.

À un moment donné, la demanderesse a été empoignée et embrassée par un membre qui lui a dit de

<sup>2</sup> S.R.C. 1970, ch. R-9, maintenant L.R.C. (1985), ch. R-10.

<sup>3</sup> Pour plus de clarté, il est bon de noter que les équipes affectées aux services généraux, à Red Deer, étaient composées de sept ou huit membres chacune, plus le caporal supervisant l'équipe et le sergent chef de veille. Étant donné qu'il y avait peu de femmes qui étaient membres de la GRC à ce moment-là, une seule femme était affectée à chaque équipe. Les membres affectés à la section de la circulation occupaient le même bureau, et travaillaient à côté des équipes affectées aux services généraux, mais séparément.

was away if she wanted a real man.<sup>4</sup> One night shift, a Corporal T. C. Steeves began viewing a pornographic movie in the same work area occupied by the plaintiff. She complained, and was told to "hit the road" if she didn't like it. The members on general duty told her bluntly they did not want her assistance on complaints called in, to mind her own business and stick to traffic work. The plaintiff found that the members responsible for the above actions were hostile toward her and other female members. She felt that she could not rely on them for assistance when needed and that she was not welcome on their shift.

In March 1984 the plaintiff was transferred back to general duties on Corporal Bruce Bishop's shift, under Sergeant Robert Williams' supervision. In September 1984, Corporal Fred Mazur replaced Cpl. Bishop as the plaintiff's supervisor. She remained on his shift until February 1987 and felt ostracized throughout that period. Harassing incidents continued. On one occasion, she arrived at her work station to find a pair of plastic breasts taped to her work station with her regimental number and "RCMP GIRL" written on them. Several male members present were laughing. The plaintiff complained to Cpl. Mazur who took no steps to discipline the constables. Cpl. Mazur testified that he could not say whether the breasts might be called offensive because he had not seen them.

On another occasion, members of the Force were displaying the centrefold of a Playboy magazine. When she objected to Cpl. Mazur, he told her they would appreciate it for her. There were also other incidents of pornographic movies being shown during night shifts. The plaintiff testified that sometimes Cpl. Mazur attended. A further gross experience

<sup>4</sup> Alice Abernathy married Bruce Clark, a fellow RCMP member, in 1983, and maintained her own surname while on the Force.

l'appeler lorsque son mari s'absentait, si elle voulait un vrai homme<sup>4</sup>. Pendant qu'elle effectuait un poste de nuit, un certain caporal T. C. Steeves a commencé à projeter un film pornographique dans le secteur de travail où était la demanderesse. Cette dernière s'est plainte, et on lui a dit de [TRADUCTION] «ficher le camp» si elle n'était pas contente. Les membres affectés aux services généraux lui ont carrément dit qu'ils ne voulaient pas qu'elle les aide, lorsqu'une plainte était faite, de se mêler de ses affaires et de ne s'occuper que de la circulation. La demanderesse trouvait que les membres qui agissaient ainsi étaient hostiles envers elle et envers les autres membres de sexe féminin. Elle croyait qu'elle ne pouvait pas compter sur eux pour l'aider lorsqu'elle en avait besoin et qu'elle n'était pas la bienvenue dans leur équipe.

En mars 1984, la demanderesse a de nouveau été mutée aux services généraux au sein de l'équipe du caporal Bruce Bishop, sous la supervision du sergent Robert Williams. En septembre 1984, le caporal Fred Mazur a remplacé le caporal Bishop à titre de superviseur de la demanderesse. Cette dernière a continué à faire partie de son équipe jusqu'en février 1987 et s'est sentie mise au ban pendant toute cette période. On a continué à la harceler. À un moment donné, elle est arrivée à son poste de travail et a trouvé une paire de seins en plastique collés à l'aide de ruban adhésif à son poste, avec son numéro de matricule et les mots [TRADUCTION] «FILLE DE LA GRC» écrits dessus. Plusieurs membres de sexe masculin qui étaient là riaient. La demanderesse s'est plainte au caporal Mazur, qui n'a rien fait pour imposer des mesures disciplinaires aux gendarmes. Le caporal Mazur a témoigné qu'il ne pouvait pas dire si l'on pouvait considérer la chose comme offensante parce qu'il n'avait pas vu les seins.

Une autre fois, des membres de la GRC déployaient la double page centrale d'un Playboy. Lorsque la demanderesse s'est plainte au caporal Mazur, ce dernier lui a dit qu'ils l'évalueraient pour elle. Il y a également eu d'autres cas où des films pornographiques avaient été projetés pendant les quarts de nuit. La demanderesse a témoigné que le

<sup>4</sup> En 1983, Alice Abernathy a épousé Bruce Clark, un collègue de la GRC; elle a conservé son propre nom de famille pendant qu'elle faisait partie de la Gendarmerie.



occurred when a suit of soft body-armor she had ordered was placed in her basket in an open area of the detachment with "Your playtex cross your heart soft-armor bra" written on the packaging.

Many of these allegations were confirmed by the evidence of Linda Ley, a secretary at the detachment at the time, who said the plaintiff would come into her office crying and appeared to be depressed. According to Ms. Ley, some members were "cruel" to the plaintiff, and "there was almost an attempt made to isolate her, to not let her be part of the office, to exclude her." None of the male constables named by the plaintiff at the trial was called as a witness by the defendant. The plaintiff's superiors who were called to testify did not specifically deny any of these offensive incidents. Some of them criticized the plaintiff's own performance.

The plaintiff stated that the work environment caused her unhappiness and began to affect her health. In particular, she noticed a worsening of an exertion-related asthma condition which had developed in the Red Deer climate and for which she had been treated with medication since 1982 by Dr. R. C. Cooper. She no longer looked forward to going to work. She felt "like a piece of dirt."

The plaintiff completed her five-year term of engagement in July 1985. She testified that at that point the possibilities were threefold: she could resign, re-enlist, or the RCMP could decide not to re-engage her. The plaintiff was re-engaged for "continuous service." The plaintiff stated she did not discuss her problems with Inspector D. C. Nielsen, the officer in charge of the detachment with whom she signed the document of re-engagement, as it was known he would be replaced by Inspector Lawrence Pearson in October 1985.

However, the plaintiff had decided to take steps to resolve the situation, and met with the four other female members posted to Red Deer City. All but one

caporal Mazur était parfois présent. Elle a eu une autre expérience choquante lorsqu'un gilet pare-balles souple qu'elle avait commandé a été placé dans son panier, dans une aire ouverte du détachement, avec les mots [TRADUCTION] «Ton gilet souple soutien-gorge playtex *cross your heart*» figurant sur l'emballage.

Un grand nombre de ces allégations ont été confirmées par le témoignage de Linda Ley, qui travaillait comme secrétaire au sein du détachement à ce moment-là, laquelle a dit que la demanderesse entrait dans son bureau en pleurant et semblait déprimée. Selon M<sup>me</sup> Ley, certains membres se montraient [TRADUCTION] «cruels» envers la demanderesse, et [TRADUCTION] «on tentait presque de l'isoler, de ne pas la laisser faire partie du personnel, de l'exclure». Aucun des agents de sexe masculin désigné par la demanderesse à l'instruction n'a été cité comme témoin par la défenderesse. Les supérieurs de la demanderesse qui ont été cités pour témoigner n'ont pas expressément nié que ces événements offensants s'étaient produits. Certains d'entre eux ont critiqué le propre rendement de la demanderesse.

La demanderesse a déclaré que le milieu de travail la rendait malheureuse et avait commencé à nuire à sa santé. En particulier, elle a remarqué que son asthme, relié au stress et contracté en raison du climat de Red Deer, et pour lequel le docteur R. C. Cooper la traitait à l'aide de médicaments depuis 1982, s'était aggravé. Elle n'aimait plus aller travailler. Elle se sentait comme une [TRADUCTION] «bonne à rien».

L'engagement de la demanderesse, pour la période de cinq ans, a pris fin en juillet 1985. La demanderesse a témoigné qu'à ce moment-là, il y avait trois possibilités: elle pouvait démissionner, s'enrôler de nouveau, ou la GRC pouvait décider de ne pas la réengager. La demanderesse a été réengagée aux fins du «service continu». Elle a déclaré qu'elle n'avait pas parlé de ses problèmes à l'inspecteur D. C. Nielsen, officier responsable du détachement avec lequel elle avait signé le document de réengagement, étant donné qu'on savait qu'il serait remplacé par l'inspecteur Lawrence Pearson en octobre 1985.

Toutefois, la demanderesse avait décidé de prendre des mesures pour remédier à la situation, et a rencontré les quatre autres collègues de sexe féminin affectés

agreed to reveal their concerns, without naming names. In August 1985, the plaintiff did disclose her concerns in a private interview with Insp. Pearson, during the course of an annual audit of the detachment and prior to his taking over as officer in charge at Red Deer City.

Insp. Pearson testified that the plaintiff complained of unequal treatment meted out to female members, but could not recall her mentioning specific incidents of sexual harassment. He thought she had probably organized the female members to complain, and that she had "the most at stake," as the other female members had no problems. He was sufficiently concerned when he did take over the detachment, however, that he included the subject on a list of expectations for improvement he communicated to all shifts. Yet he stated that he undertook no follow-up to ensure compliance, as "I never saw any unequal treatment."

The plaintiff said the situation did not improve with Insp. Pearson's intervention, and that, soon after, during a visit to the office, Insp. Pearson put his hand on her shoulder and asked her "How's it going, deary?" in front of all members present. Insp. Pearson denied using the term "deary," but said he had been using the term "dear" for forty years without anyone ever having complained. He did not consider using that term to a female RCMP member offensive. The plaintiff felt the episode was derogatory and condescending, and concluded Insp. Pearson would not resolve the situation. She determined to do her work, keep out of trouble and hope for a transfer.

From 1985 to 1986, the work environment affected the plaintiff's performance. She became tentative, hesitant to handle complaints and investigations, and even found it difficult just to go to the office. At that stage, the plaintiff sensed there was no point in mak-

tées à Red Deer City. Elles ont toutes convenu, sauf une, de faire part de leurs préoccupations, sans donner de noms. En août 1985, la demanderesse a de fait informé l'inspecteur Pearson de ses préoccupations au cours d'une entrevue privée, dans le cadre d'une vérification annuelle du détachement et avant que celui-ci n'assume les fonctions d'officier responsable à Red Deer City.

L'inspecteur Pearson a témoigné que la demanderesse s'était plainte du traitement inégal qui était réservé aux membres de sexe féminin, mais qu'il ne pouvait pas se rappeler qu'elle avait mentionné des cas précis de harcèlement sexuel. Il croyait qu'elle s'était probablement arrangée avec les membres de sexe féminin pour se plaindre, et que c'était elle qui avait [TRADUCTION] «le plus à perdre» puisque les autres membres de sexe féminin n'avaient pas de problèmes. Toutefois, lorsqu'il a assumé la direction du détachement, la chose l'inquiétait suffisamment pour qu'il inclue la question sur une liste de points à améliorer qu'il a communiquée à toutes les équipes. Pourtant, il a déclaré ne pas avoir fait de suivi pour s'assurer qu'on se conformait à ses instructions, car [TRADUCTION] «il n'avait jamais eu connaissance qu'il y ait eu traitement inégal».

La demanderesse a dit que, malgré l'intervention de l'inspecteur Pearson, la situation ne s'était pas améliorée et que, peu de temps après, pendant une visite au bureau, celui-ci a mis sa main sur son épaule et lui a dit: [TRADUCTION] «Comment ça va, ma chère?» devant tous les autres membres. L'inspecteur Pearson a nié avoir employé les mots [TRADUCTION] «ma chère», mais il a dit qu'il employait le mot [TRADUCTION] «chère» depuis quarante ans sans que personne ne se plaigne. À ses yeux, il n'y avait rien d'offensant à s'adresser ainsi à un membre de la GRC de sexe féminin. La demanderesse estimait que l'inspecteur Pearson s'était adressé à elle sur un ton méprisant et condescendant, et a conclu qu'il ne remédierait pas à la situation. Elle a décidé de faire son travail, d'éviter les ennuis et d'attendre une mutation.

Au cours des années 1985 et 1986, le milieu de travail a nui au rendement de la demanderesse. Elle est devenue indécise et hésitante lorsqu'il s'agissait de traiter les plaintes et les enquêtes, et il lui était même difficile d'aller travailler. À ce moment-là, la deman-

ing a formal grievance as she would obtain no support from her superiors.

In addition, in June 1986 her first annual performance evaluation after the meeting with Insp. Pearson went down. Cpl. Mazur wrote that the plaintiff was a poor investigator; his concerns were concurred in by Sgt. Williams. However, in February 1985, the plaintiff had attended an investigator course run by experienced criminal investigators and was assessed as having better than average ability.

Cpl. Mazur, endorsed by Sgt. Williams, strongly recommended that the plaintiff be transferred to traffic or administration, where "she could do a good job." Insp. Pearson opposed the plaintiff's transfer, although Cpl. Mazur's recommendation would normally have been an important factor, because he "wasn't about to transfer a member with poor performance" to another detachment. If he had recommended the plaintiff's transfer to traffic section, it would have gone through, whereas without his recommendation, the chances of transfer were minimal.

On August 29, 1986, the plaintiff herself requested a transfer, citing asthma as the motivating factor, and met with Sgt. Williams at his request that same day. According to the plaintiff, he advised her that she could either quit, accept a medical discharge, or that he would see her fired by the end of the year. When asked how she remembered Sgt. Williams' options so clearly, the plaintiff stated that the final option he had presented shocked her so much that "it just burned in" her memory.

Sgt. Williams testified that he never uttered such threats but merely mentioned that the RCMP was not happy with her performance and that it was time for her to move on. It is significant that Sgt. Williams testified that he had kept notes of the meeting, but did

deresse a senti qu'il ne servait à rien de présenter un grief officiel étant donné que ses supérieurs ne l'appuieraient pas.

De plus, en juin 1986, sa première évaluation annuelle du rendement depuis la rencontre avec l'inspecteur Pearson indiquait une baisse de rendement. Le caporal Mazur a déclaré que la demanderesse était une mauvaise enquêteuse; ses préoccupations étaient partagées par le sergent Williams. Toutefois, en février 1985, la demanderesse avait suivi un cours à l'intention des enquêteurs, donné par des enquêteurs criminels expérimentés, et son aptitude avait été évaluée comme étant supérieure à la moyenne.

Le caporal Mazur, à l'avis duquel souscrivait le sergent Williams, a fortement recommandé que la demanderesse soit mutée aux services de la circulation ou de l'administration, où [TRADUCTION] «elle pourrait faire un bon travail». L'inspecteur Pearson s'est opposé à la mutation de la demanderesse, bien que la recommandation du caporal Mazur eût normalement été un facteur important, parce qu'il [TRADUCTION] «n'allai[t] pas muter un membre dont le rendement était mauvais» à un autre détachement. S'il avait recommandé la mutation de la demanderesse à la section de la circulation, la mutation aurait été effectuée, alors qu'en l'absence de sa recommandation, les chances de mutation étaient minimes.

Le 29 août 1986, la demanderesse elle-même a demandé une mutation, en invoquant l'asthme comme motif et, le même jour, elle a rencontré le sergent Williams à la demande de celui-ci. La demanderesse affirme que ce dernier l'a informée qu'elle pouvait démissionner ou accepter un renvoi fondé sur des raisons d'ordre médical, ou qu'il la ferait congédier d'ici la fin de l'année. Lorsqu'on lui a demandé comment elle pouvait se rappeler aussi clairement les choix que le sergent Williams lui avait donnés, la demanderesse a déclaré que la dernière solution dont il avait parlé l'avait estomaquée à un point tel que [TRADUCTION] «cela [était] resté gravé» dans sa mémoire.

Le sergent Williams a témoigné n'avoir jamais proféré pareilles menaces, mais avoir simplement mentionné que la GRC n'était pas satisfaite du rendement de la demanderesse et qu'il était temps pour elle de continuer son chemin. Il importe de noter que le

not know where they were or if they had been destroyed.

At that time, many written comments and reprimands were being placed in her file. On her second working day following the meeting with Sgt. Williams, Cpl. Mazur issued three negative 1004s (unfavourable comments from her superiors as to her performance). In the ensuing period, she was inundated with negative 1004s.

Both the plaintiff and her husband testified to a deterioration in her condition from August 29, 1986. The latter stated that in the ensuing period he would arrive home from night shift to find the plaintiff had been sitting up in the dark all night crying. The plaintiff testified that her sleeping and eating were affected, she began to withdraw and couldn't stop crying.

On October 15, 1986, the plaintiff filed a complaint of harassment against Sgt. Williams and Cpl. Mazur relating to the August 29 meeting, unfair treatment in the detachment, and the 1004s. She met with Superintendent Phil Helfrich to discuss the situation. Supt. Helfrich testified that the plaintiff had been distraught, and that it was his opinion "that she had to take this type of action," and that "it wasn't an easy thing for her to do." A transfer was discussed at that meeting, but none ensued.

The plaintiff's condition worsened. Dr. Cooper testified that when he saw her in October 1986, she was depressed and weepy and having difficulty making decisions. Stress management techniques suggested by Dr. R. J. Huddleston, an outside psychologist to whom she had been referred by RCMP psychologist Yvon Bouchard, were only intermittently helpful.

sergent Williams a témoigné qu'il avait pris des notes lors de l'entrevue, mais qu'il ne savait pas où elles étaient ou si elles avaient été détruites.

<sup>a</sup> À ce moment-là, un grand nombre de commentaires et de réprimandes ont été versés dans le dossier de la demanderesse. Le deuxième jour de travail qui a suivi celui où elle a rencontré le sergent Williams, le caporal Mazur a émis trois 1004 défavorables (soit des commentaires défavorables des supérieurs de la demanderesse au sujet du rendement de celle-ci). Par la suite, la demanderesse a fait l'objet de nombreux 1004 défavorables.

<sup>c</sup> La demanderesse et son mari ont tous les deux témoigné que son état de santé s'était détérioré depuis le 29 août 1986. Le mari de la demanderesse a déclaré que, pendant la période qui a suivi, il arrivait à la maison après avoir effectué son poste de nuit pour trouver la demanderesse qui avait passé toute la nuit assise à la noirceur, à pleurer. La demanderesse a témoigné qu'elle ne pouvait plus dormir et manger, qu'elle a commencé à se renfermer en soi-même et qu'elle ne pouvait pas arrêter de pleurer.

<sup>f</sup> Le 15 octobre 1986, la demanderesse a déposé une plainte de harcèlement contre le sergent Williams et le caporal Mazur à l'égard de la rencontre du 29 août, du traitement injuste au sein du détachement, et des 1004. Elle a rencontré le surintendant Phil Helfrich pour discuter de la situation. Le surintendant Helfrich a témoigné que la demanderesse était affolée, et, qu'à son avis, [TRADUCTION] «elle devait prendre ce genre de mesure», et qu'[TRADUCTION] «il n'était pas facile pour elle de le faire». Pendant la rencontre, il a été question d'une mutation, mais aucune mutation n'a eu lieu.

<sup>i</sup> L'état de la demanderesse a empiré. Le docteur Cooper a témoigné que, lorsqu'il a vu la demanderesse, en octobre 1986, elle était déprimée et avait la larme à l'œil et qu'elle avait de la difficulté à prendre des décisions. Les techniques de lutte contre le stress proposées par le docteur R. J. Huddleston, psychologue indépendant auquel le psychologue Yvon Bouchard de la GRC avait référé la demanderesse, n'ont aidé celle-ci que d'une façon intermittente.

In late February 1987 the plaintiff felt unable to return to the detachment. Dr. Cooper recommended that she be granted two weeks' sick leave. After examining the plaintiff on February 24, 1987, Dr. David Shih, the divisional Health Services Officer, <sup>a</sup> agreed. According to his report the plaintiff was

... suffering from a stress-related illness causing excessive fear and depression whenever she returns to her worksite? ... [T]he continuation of her in this particular workplace would continue to cause stress-related symptoms and affect her by decreasing her ability to concentrate and increasing her emotional outbursts. <sup>b</sup>

He concluded that "in the present situation the member is undergoing a mental crisis."

As a result, on February 26, 1987 the plaintiff was posted temporarily to the Innisfail Freeway Patrol, where she performed "most satisfactorily." On April 22, 1987, she was transferred to the Beaverlodge Detachment. There, too, her supervisors found her work satisfactory in all respects. She was not subjected to any harassment at these two posts. <sup>d</sup>

In May 1987, the plaintiff learned she was under investigation to determine whether criminal assault charges would be laid for incidents with prisoners occurring in 1982, 1983 and August 1986. Her uncontradicted testimony was that each one of these had been known to her superiors at the time of its occurrence. For example, the incident of August 1986 had been witnessed by other members, including Sgt. Williams, who stated that in his opinion as an experienced criminal investigator, the incident had not warranted the laying of criminal charges. <sup>f</sup>

The plaintiff's husband testified that her condition, which had improved following her transfer away from Red Deer City, deteriorated markedly with news of the criminal investigation. The plaintiff stated that the investigation, coming at a time when she was doing well at Beaverlodge, away from the <sup>j</sup>

À la fin du mois de février 1987, la demanderesse s'est sentie incapable de retourner au détachement. Le docteur Cooper lui a recommandé de prendre deux semaines de congé de maladie. Après avoir examiné la demanderesse le 24 février 1987, le docteur David Shih, agent divisionnaire des Services de santé, a souscrit à cet avis. Selon le rapport qu'il a rédigé, la demanderesse

[TRADUCTION] ... souffrait d'une maladie associée au stress causant une crainte excessive et de la dépression dès qu'elle retourn[ait] à son lieu de travail ... [S]i elle continuait à travailler à cet endroit, elle continuerait à avoir des symptômes associés au stress et à être affectée en ce sens que sa capacité de se concentrer diminuerait et que ses crises émotives augmenteraient. <sup>c</sup>

Le médecin a conclu que, [TRADUCTION] «compte tenu de la situation actuelle, la patiente [était] atteinte d'une crise mentale».

Par conséquent, le 26 février 1987, la demanderesse a temporairement été affectée à la patrouille de la route d'Innisfail, où son rendement a été [TRADUCTION] «fort satisfaisant». Le 22 avril 1987, elle a été mutée au détachement de Beaverlodge. À cet endroit également, ses superviseurs ont trouvé son travail satisfaisant à tous les égards. Elle n'a pas été harcelée à ces deux postes. <sup>e</sup>

En mai 1987, la demanderesse a appris qu'elle faisait l'objet d'une enquête visant à déterminer si des accusations de voies de fait criminelles seraient portées à la suite d'événements mettant en cause des détenus, lesquels s'étaient produits en 1982, en 1983 et en août 1986. Le témoignage non contredit de la demanderesse était que ses supérieurs étaient au courant de chacun de ces événements, au moment où ceux-ci s'étaient produits. Ainsi, d'autres membres, dont le sergent Williams, avaient été témoins de l'événement qui s'était produit en août 1986, le sergent Williams ayant déclaré qu'à son avis, en sa qualité d'enquêteur criminel expérimenté, l'événement ne justifiait pas qu'on porte des accusations criminelles. <sup>g</sup>

Le mari de la demanderesse a témoigné au sujet de l'état de santé de cette dernière, qui s'était amélioré à la suite de sa mutation en dehors de Red Deer City, et qui s'était fortement détérioré lorsqu'elle avait été mise au courant de la tenue d'une enquête criminelle. La demanderesse a déclaré que l'enquête, qui avait <sup>i</sup>

discrimination and stress of Red Deer, pushed her to the limit and left her no alternative but to resign. She felt the RCMP would "keep hounding after me and hounding after me until I finally leave." In July 1987 she resigned from the RCMP, giving asthma as the reason. When asked why she had done so, she stated "I just wanted to go. I didn't want to go into details any more. I just wanted some peace."

The plaintiff believed that if she quit, the criminal investigation would be dropped. However, in November 1987, she was charged with assault in relation to the 1982 and 1986 incidents. Again her condition deteriorated. In September, 1988 the plaintiff underwent a jury trial and was found not guilty on both counts. None of the plaintiff's superiors testifying seems to know who laid these charges against her. Chief Superintendent R. K. Leatherdale speculated that the member named to conduct the internal criminal investigation was responsible.

My assessment of the evidence is that the plaintiff was in fact harassed by male constables and that her RCMP superiors failed to come to her assistance. I also find that the harassment was the major cause for her resignation. She did suffer from asthma and did indicate the condition was the reason for her transfer request. She also informed some people that she had resigned because of her sickness, but the real cause for her resignation was stress, depression and anxiety caused by harassment on the part of male members of the RCMP and failure to intervene by her superiors. I found her to be a credible witness.

Her own physician, Dr. Cooper, testified that her asthma could be aggravated by stress and that she was suffering from depression. He followed her from 1982 to 1987 and saw her situation worsen. This was confirmed by the report of the divisional Health Ser-

lieu à un moment où tout allait bien à Beaverlodge, loin de la discrimination et du stress auxquels elle avait fait face à Red Deer, l'avait mise à bout et qu'elle s'était vu obligée de démissionner. Elle croyait que la GRC [TRADUCTION] «s'acharnerait contre [elle] tant qu'[elle] ne partirai[t] pas». En juillet 1987, elle a démissionné, en invoquant l'asthme comme motif. Lorsqu'on lui a demandé pourquoi elle l'avait fait, elle a déclaré: [TRADUCTION] «Je voulais seulement m'en aller. Je ne voulais plus m'expliquer encore une fois. Je voulais seulement avoir la paix».

La demanderesse croyait que si elle démissionnait, l'enquête criminelle serait abandonnée. Toutefois, en novembre 1987, elle a été accusée de voies de fait relativement aux événements qui s'étaient produits en 1982 et en 1986. Son état s'est de nouveau détérioré. En septembre 1988, la demanderesse a subi un procès devant jury et a été reconnue non coupable, et ce, sous les deux chefs d'accusation. Aucun des supérieurs de la demanderesse qui a témoigné ne semblait savoir qui a porté les accusations contre elle. Le surintendant principal R. K. Leatherdale a émis l'hypothèse selon laquelle le membre désigné pour mener l'enquête criminelle interne avait porté les accusations.

Selon mon évaluation de la preuve, la demanderesse a de fait été harcelée par des gendarmes de sexe masculin et ses supérieurs, au sein de la GRC, ont omis de lui venir en aide. Je conclus également que le harcèlement était la principale cause de sa démission. Elle souffrait d'asthme et elle a fait savoir qu'elle avait demandé une mutation à cause de son état de santé. Elle a également informé certaines personnes qu'elle avait démissionné à cause de sa maladie, mais la véritable cause de sa démission était le stress, la dépression et l'anxiété causés par le harcèlement dont elle était victime de la part de membres de la GRC de sexe masculin et l'omission de ses supérieurs d'intervenir. J'ai trouvé que la demanderesse était un témoin digne de foi.

Le propre médecin de la demanderesse, le docteur Cooper, a témoigné que l'asthme dont était atteinte sa patiente pouvait être aggravé par le stress et que cette dernière souffrait de dépression. Il a suivi la demanderesse de 1982 à 1987 et a vu son état empirer. Cela

vices Officer, Dr. Shih, who described her condition in February 1987 as a “mental crisis.”

a été confirmé par le rapport de l’agent divisionnaire des Services de santé, le docteur Shih, qui a décrit l’état de la demanderesse, en février 1987, comme une [TRADUCTION] «crise mentale».

a

## 2. The relief sought

The plaintiff claims to be entitled to damages for wrongful dismissal without notice or just cause, and identifies the damages as “her loss of salary from September 1987 until (her reinstatement [*sic*] date).” Her prayer for relief reads:

## 2. La réparation recherchée

La demanderesse allègue avoir droit à des dommages-intérêts pour avoir fait l’objet d’un congédiement injustifié sans préavis ou sans motif valable, et décrit le préjudice subi comme étant [TRADUCTION] «la perte de salaire du mois de septembre 1987 jusqu’à (la date de son nouvel enrôlement [*sic*])». Sa demande de redressement est ainsi libellée:

### WHEREFORE THE PLAINTIFF CLAIMS:

(a) General damages and negligence in the amount of \$250,000.00;

(b) General damages for breach of contract of employment in the amount of \$250,000.00;

(c) General damages for pain and suffering in the amount of \$100,000.00;

(d) For violation of her rights under the Charter of Rights—\$250,000.00;

(e) Special damages in an amount to be proven at the trial;

(f) Costs;

(g) Interest;

### [TRADUCTION] PAR CONSÉQUENT, LA DEMANDE-RESSE RÉCLAME:

a) Des dommages-intérêts généraux et des dommages-intérêts fondés sur la négligence, jusqu’à concurrence de la somme de 250 000 \$;

b) Des dommages-intérêts généraux pour violation du contrat de travail, jusqu’à concurrence de la somme de 250 000 \$;

c) Des dommages-intérêts généraux pour souffrances et douleurs, jusqu’à concurrence de la somme de 100 000 \$;

d) La somme de 250 000 \$ pour la violation des droits qui lui sont reconnus par la Charte des droits;

e) Des dommages-intérêts spéciaux, jusqu’à concurrence du montant devant être établi à l’instruction;

f) Les dépens;

g) L’intérêt;

I propose to deal with the plaintiff’s claims in the following order: liability arising from the employment relationship, liability in tort under the *Crown Liability Act*<sup>5</sup> (CLA), discrimination under the Charter, and damages.

Je me propose d’examiner les réclamations de la demanderesse dans l’ordre suivant: la responsabilité découlant de la relation de travail, la responsabilité délictuelle fondée sur la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*<sup>5</sup> (la LRC), la discrimination fondée sur la Charte, et les dommages-intérêts.

h

## 3. The employment relationship per se

## 3. La relation de travail en soi

### a. The parties’ submissions

### a. Les observations des parties

Counsel for the plaintiff submits that implied terms of her employment by the RCMP included fair treatment, and the honouring of procedural policy in

L’avocat de la demanderesse soutient que les conditions de travail implicites de la demanderesse au sein de la GRC comprenaient un traitement juste

<sup>5</sup> R.S.C. 1970, c. C-38, now the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21].

<sup>5</sup> S.R.C. 1970, ch. C-38, maintenant *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21].

respect of termination of employment: the plaintiff should have been served with a notice of shortcomings, a hearing should have been held and a decision made. Instead the RCMP circumvented existing policies, choosing to harass her and drive her from the force "to save themselves the necessity of attempting to formally have her discharged . . . and having to deal with the allegations of sexual harassment."

Because subsection 13(1) of the Act provides explicitly that officers hold office during pleasure, it is arguable that the tenure of regular members, governed by the distinct terms of subsection 13(2), is not at pleasure but is a contract of employment. Such a contract need not be in writing in order for the Court to give it effect. The terms of that contract are as set out in the Act, the *Royal Canadian Mounted Police Regulations*<sup>6</sup> (the Regulations), and the Commissioner's Standing Orders<sup>7</sup> (CSOs): *McCleery v. The Queen*.<sup>8</sup> The defendant's conduct constituted a fundamental breach of the plaintiff's contract of employment.

On the other hand, counsel for the defendant argues that the plaintiff had access to a grievance process and did not use it: she therefore has no cause of action in this Court. Further, subsection 23(1) of the *Interpretation Act*<sup>9</sup> provides that every public servant is deemed to hold office during pleasure unless it is otherwise expressed in the relevant statute. The plaintiff was appointed under the Act, thereby becoming a servant of Her Majesty. Her terms of service were established by and subject to the Act, which sets out a complete code for recruitment, administration and discipline of the RCMP. The plaintiff was therefore not employed under a contract of employment. It is suggested this conclusion is supported, by analogy, by this Court's decisions holding that neither members of the armed forces nor members of the public

ainsi que le respect de la politique procédurale relativement à la cessation d'emploi: on aurait dû signifier un exposé des insuffisances à la demanderesse, une audience aurait dû être tenue et une décision rendue.

<sup>a</sup> Cependant, la GRC s'est soustraite aux politiques existantes, en choisissant de harceler la demanderesse et de la forcer à quitter la Gendarmerie [TRADUCTION] «pour ne pas avoir à essayer de la faire officiellement renvoyer . . . et à examiner les allégations de harcèlement sexuel».

Étant donné que le paragraphe 13(1) de la Loi prévoit expressément que les officiers sont nommés à titre amovible, il est possible de soutenir que les membres réguliers, qui sont régis par les dispositions distinctes du paragraphe 13(2), ne sont pas nommés à titre amovible, mais qu'ils sont plutôt assujettis à un contrat de travail. Pareil contrat n'a pas à être consigné par écrit pour que la Cour lui donne effet. Les conditions de ce contrat sont énoncées dans la Loi, dans le *Règlement de la Gendarmerie royale du Canada*<sup>6</sup> (le Règlement) et dans les ordres permanents du commissaire<sup>7</sup> (les OPC): *McCleery c. La Reine*.<sup>8</sup> La conduite de la défenderesse constituait une violation fondamentale du contrat de travail de la demanderesse.

<sup>f</sup> D'autre part, l'avocat de la défenderesse soutient que la demanderesse pouvait se prévaloir de la procédure de présentation des griefs et qu'elle ne l'a pas fait: il n'existe donc pas de cause d'action devant la Cour. En outre, le paragraphe 23(1) de la *Loi d'interprétation*<sup>9</sup> prévoit que, sauf disposition contraire de la loi pertinente, les fonctionnaires sont réputés avoir été nommés à titre amovible. La demanderesse a été nommée en vertu de la Loi, de sorte qu'elle est devenue préposée de Sa Majesté. Les conditions de service étaient établies par la Loi et assujetties à la Loi, qui renferme un code complet en matière de recrutement, d'administration et de discipline au sein de la GRC. La demanderesse n'était donc pas employée en vertu d'un contrat de travail. On laisse entendre que cette conclusion est étayée, par analogie, par les déci-

<sup>6</sup> C.R.C., c. 1391: the regulation-making authority is conferred by s. 21(1) of the Act.

<sup>7</sup> Issued pursuant to s. 21(2) of the Act, and published under the appropriate headings in the Administration Manual ("AM").

<sup>8</sup> [1974] 2 F.C. 339 (C.A.), at p. 348.

<sup>9</sup> R.S.C. 1970, c. I-23, now R.S.C., 1985, c. I-21.

<sup>6</sup> C.R.C., ch. 1391: le pouvoir de réglementation est conféré à l'art. 21(1) de la Loi.

<sup>7</sup> Émis conformément à l'art. 21(2) de la Loi, et publiés sous les rubriques appropriées dans le Manuel d'administration (le «MA»).

<sup>8</sup> [1974] 2 C.F. 339 (C.A.), à la p. 348.

<sup>9</sup> S.R.C. 1970, ch. I-23, maintenant L.R.C. (1985), ch. I-21.



service disposed of a legal remedy for wrongful dismissal.<sup>10</sup> Counsel also cites *McCleery*,<sup>11</sup> in which the Federal Court of Appeal rejected the respondent's argument that the engagement of a member of the RCMP was a contract with the Commissioner.

## b. Analysis and findings

Section 13 of the Act reads:

13. (1) Officers of the force hold office during the pleasure of the Governor in Council.

(2) Unless appointed for temporary duty, every member other than an officer shall upon appointment sign articles of engagement for a term of service not exceeding five years, but any such member may be dismissed or discharged by the Commissioner at any time before the expiration of his term of engagement.

The employment context of RCMP members has been considered in a number of decisions, the majority of which have involved applications for judicial review of administrative decisions or procedures relating to discharge, discipline or transfer.

In *Kedward v. The Queen*,<sup>12</sup> which does deal directly with an action for wrongful dismissal *per se* by an RCMP member, Sheppard D.J. found that in the absence of a contract of employment for a definite period, the position was held during pleasure, the prerogative of the Crown permitted dismissal at pleasure, and the plaintiff could not maintain his action, particularly since the power of dismissal or discharge established by the Act had not been exceeded. This ruling was upheld by the Federal Court of Appeal,<sup>13</sup> on the basis that the Commissioner's authority to discharge under subsection 13(2) of the Act, *supra*, had been exercised in accordance with the grounds and procedures set out in the Regulations and CSOs, and consequently the appellant had been lawfully discharged. *Kedward* does not dispose of the instant

sions dans lesquelles la Cour a statué que les membres des forces armées et les fonctionnaires ne pouvaient exercer aucun recours judiciaire en cas de congédiement injustifié<sup>10</sup>. L'avocat cite également *McCleery*<sup>11</sup>, dans lequel la Cour d'appel fédérale a rejeté l'argument invoqué par l'intimée, à savoir que l'engagement d'un membre de la GRC constituait un contrat avec le commissaire.

## b. Analyse et conclusions

L'article 13 de la Loi est ainsi libellé:

13. (1) Les officiers de la Gendarmerie détiennent leurs fonctions au gré du gouverneur en conseil.

(2) Sauf s'il est nommé pour une fonction temporaire, chaque membre autre qu'un officier doit, lors de sa nomination, signer un acte d'engagement pour une période n'excédant pas cinq ans, mais un tel membre peut être congédié ou renvoyé par le Commissaire en tout temps avant l'expiration de la durée de son engagement.

Le contexte de l'emploi des membres de la GRC a été examiné dans un certain nombre de décisions, dont la majorité se rapportaient à des demandes de contrôle judiciaire de décisions ou de procédures administratives en matière de renvoi, de discipline ou de mutation.

Dans l'arrêt *Kedward c. La Reine*<sup>12</sup> qui se rapporte directement à une action pour congédiement injustifié en soi intentée par un membre de la GRC, le juge suppléant Sheppard a conclu qu'en l'absence d'un contrat de travail pour une période déterminée, le membre de la GRC était nommé à titre amovible, que la prérogative de la Couronne permettait le congédiement au bon plaisir, et que le demandeur ne pouvait pas avoir gain de cause, étant donné en particulier que le pouvoir de congédiement ou de renvoi établi par la Loi n'avait pas été excédé. Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel fédérale<sup>13</sup>, pour le motif que le pouvoir conféré au Commissaire par le paragraphe 13(2) de la Loi, précité, en matière de renvoi avait été exercé conformément aux motifs et procédures énoncés dans le Règlement et dans les

<sup>10</sup> *Gallant v. The Queen in right of Canada* (1978), 91 D.L.R. (3d) 695 (F.C.T.D.) (armed forces), *Phillips v. The Queen*, [1977] 1 F.C. 756 (T.D.) (public service).

<sup>11</sup> Note 8, *supra*.

<sup>12</sup> [1973] F.C. 1142 (T.D.).

<sup>13</sup> [1976] 1 F.C. 57.

<sup>10</sup> *Gallant c. La Reine du chef du Canada* (1978), 91 D.L.R. (3d) 695 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (forces armées), *Phillips c. La Reine*, [1977] 1 C.F. 756 (1<sup>re</sup> inst.) (fonction publique).

<sup>11</sup> Note 8, précitée.

<sup>12</sup> [1973] C.F. 1142 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>13</sup> [1976] 1 C.F. 57.

case, however, as the plaintiff's cause of action, if any, is based on the alleged circumventing of dismissal or discharge procedures and forced resignation, in what amounts to a constructive dismissal claim.<sup>14</sup>

In view of its own findings, the Court of Appeal in *Kedward* did not address Sheppard D.J.'s conclusions that a contract of employment for a definite period was prerequisite to an action for wrongful dismissal, and that otherwise the unlimited prerogative of the Crown permitted dismissal at pleasure. In the instant case, the plaintiff's re-engagement in July 1985 was not for a definite period, but rather "for continuous service." However, the weight of authority from the Federal Court of Appeal is that under subsection 13(2) of the Act, provisions of the Regulations setting out the grounds of discharge,<sup>15</sup> and CSOs governing procedures related thereto,<sup>16</sup> members of the RCMP may not be dismissed at pleasure.<sup>17</sup>

In *Laroche*, the Court dismissed an application to quash the Commissioner's decision upholding a discharge recommendation. In discussing whether the decision was purely administrative or quasi-judicial

<sup>14</sup> In the case of *Huxter v. Canada*, [1985] F.C.J. No. 700 (QL) the Associate Chief Justice had directed that an RCMP member's action for declaratory relief concerning a purported resignation from the Force and for reinstatement be tried on issues of whether the resignation had been voluntary, and whether it had been revoked. In finding the resignation had been voluntary, Muldoon J. noted briefly that there had been "no imputation of constructive dismissal". I am unable to conclude that this implication that principles of constructive dismissal may be relevant to the severance of the employment relationship of RCMP members in certain circumstances is of assistance in disposing of this claim for damages.

<sup>15</sup> Then ss. 64 and 74.

<sup>16</sup> In particular, AM-53.

<sup>17</sup> *McCleery*, note 8, *supra*; *Laroche and Beirsdorfer, Re* (1982), 131 D.L.R. (3d) 152 (F.C.A.); *Lutes v. Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police*, [1985] 2 F.C. 326 (C.A.); see also *Poirier v. Canada (Royal Canadian Mounted Police (RCMP), Commissioner*, [1983] F.C.J. No. 605 (QL).

OPC et que l'appelant avait donc été licitement congédié. Toutefois, l'arrêt *Kedward* ne règle pas la présente espèce, étant donné que la cause d'action invoquée par la demanderesse, le cas échéant, est fondée sur le fait qu'on s'était soustrait aux procédures de congédiement ou de renvoi et sur la démission forcée, ce qui équivaut à un licenciement positif<sup>14</sup>.

Compte tenu des conclusions qu'elle avait elle-même tirées, la Cour d'appel, dans l'arrêt *Kedward*, n'a pas examiné les conclusions tirées par le juge suppléant Sheppard, selon lesquelles un contrat de travail pour une période déterminée était une condition préalable à une action pour congédiement injustifié, et qu'autrement, la prérogative illimitée de la Couronne autorisait le congédiement au bon plaisir. En l'espèce, le réengagement de la demanderesse en juillet 1985 n'était pas pour une période déterminée, mais plutôt [TRADUCTION] «aux fins d'un service continu». Toutefois, les jugements de la Cour d'appel fédérale qui font autorité disent en général qu'en vertu du paragraphe 13(2) de la Loi, des dispositions du Règlement énonçant les motifs de renvoi<sup>15</sup>, et des OPC régissant les procédures y afférentes<sup>16</sup>, les membres de la GRC ne peuvent pas être congédiés au bon plaisir<sup>17</sup>.

Dans *Laroche*, la Cour a rejeté une demande d'annulation de la décision qu'avait prise le Commissaire de confirmer une recommandation de congédiement. En examinant si la décision était purement adminis-

<sup>14</sup> Dans l'arrêt *Huxter c. Canada*, [1985] A.C.F. n° 700 (QL), le juge en chef adjoint avait ordonné que l'action intentée par un membre de la GRC, en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire concernant la démission alléguée de celui-ci et son réengagement, porte sur la question de savoir si la démission avait été volontaire et si elle avait été révoquée. En concluant que la démission avait été volontaire, le juge Muldoon a brièvement fait remarquer qu'il n'y avait pas «d'imputation de licenciement positif». Je ne puis conclure que cette implication, selon laquelle les principes concernant le licenciement positif peuvent être pertinents, lorsque les relations de travail d'un membre de la GRC sont rompues dans certaines circonstances, est utile aux fins de trancher la présente action en dommages-intérêts.

<sup>15</sup> Anciens art. 64 et 74.

<sup>16</sup> En particulier, le MA-53.

<sup>17</sup> *McCleery*, note 8, précitée; *Laroche et Beirsdorfer, Re* (1982), 131 D.L.R. (3d) 152 (C.A.F.); *Lutes c. Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada*, [1985] 2 C.F. 326 (C.A.); voir également *Poirier c. Canada (Gendarmerie royale (GRC), Commissaire)*, [1983] A.C.F. n° 605 (QL).

in nature, Le Dain J., as he then was, described the nature of members' employment as follows:<sup>18</sup>

The provisions of the [Act] . . . and in particular ss. 13 and 15, indicate that a member of the force other than an officer is not in the ordinary master-and-servant relationship but is the holder of an office that is recognized and regulated by statute. It is no less an office because upon appointment a member of the force is required to sign articles of engagement for a period not exceeding five years and by s. 53 of the Act (as well as [then] s. 37 of the *Federal Court Act*) he is deemed, for purposes of liability, to be a servant of the Crown. This has been the view taken of the status of a police constable to whom . . . a member of the force should be assimilated: see *A.-G. New South Wales v. Perpetual Trustee Co. (Ltd.) et al.*, [1955] A.C. 457; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Com'rs of Police* [[1979] 1 S.C.R. 311] . . . Nor, as a result of the Regulations . . . is the office, in so far as the power of discharge is concerned, one which is held at the pleasure of the Crown. I agree with the opinion expressed by Thurlow J. . . . in *McCleery* . . . that what is now s. 67 of the Regulations, which specifies the reasons for which a member other than an officer may be discharged from the force, must be regarded, in view of what is necessarily conferred by s-s. 21(2) of the Act, as a valid qualification of the apparently unqualified power of discharge contemplated by s-s. 13(2). Thus the discharge of a member other than an officer from the force on the ground of unsuitability would appear to fall within the last of the three classes of dismissal described by Lord Reid in *Ridge v. Baldwin et al.*, [1964] A.C. 40 at p. 65, as "dismissal of a servant by his master, dismissal from an office held during pleasure, and dismissal from an office where there must be something against a man to warrant his dismissal". [Emphasis added.]

The question arises whether the plaintiff, falling as she does within this last class of dismissal, may maintain an action in this Court on grounds associated traditionally and primarily with the master-servant employment relationship, and based on the contract of employment. It has long been recognized that the holding of public office may be characterized by "some contractual relations, whether it be as to salary or terms of employment, on the one hand, and duty to serve faithfully and with reasonable care and skill on the other".<sup>19</sup> Principles of contract have been found relevant where, for example, a collective agreement provision governing the dismissal of public servants

trative ou si elle était de nature quasi judiciaire, le juge Le Dain (tel était alors son titre) a décrit la nature de l'emploi des membres comme suit<sup>18</sup>:

a Les dispositions de la [Loi] . . . et en particulier les articles 13 et 15, montrent qu'un membre de la Gendarmerie autre qu'un officier se trouve dans une situation autre que celle d'employeur ou d'employé et qu'il détient une charge reconnue et réglementée par la loi. Cette charge en reste une même si, au moment de sa nomination, le membre de la Gendarmerie doit signer un acte d'engagement pour une période n'excédant pas cinq ans et si, en vertu de l'article 53 de la Loi (et de l'article 37 de la *Loi sur la Cour fédérale* [alors en vigueur]), il est réputé être un préposé de la Couronne, en matière de responsabilité. C'est l'opinion qui a été adoptée au sujet de la situation d'un agent de police à laquelle . . . devrait être assimilée celle d'un membre de la Gendarmerie. Voir *A.-G. for New South Wales v. Perpetual Trustee Co. (Ltd.) et al.*, [1955] A.C. 457; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police* [[1979] 1 R.C.S. 311] . . . Il ne découle pas non plus des règlements . . . que, du point de vue du congédiement, cette charge soit occupée à titre amovible. Je partage l'opinion exprimée par le juge Thurlow dans *McCleery* . . . selon lequel ce qui est maintenant l'article 67 du Règlement et précise les motifs de licenciement d'un membre autre qu'un officier, doit être considéré, compte tenu de ce que vise nécessairement le paragraphe 21(2) de la Loi, comme une réserve valable au pouvoir de licenciement apparemment illimité conféré par le paragraphe 13(2). Par conséquent, le pouvoir de licencier pour incompétence un membre autre qu'un officier de la Gendarmerie semblerait entrer dans la dernière catégorie de renvois décrits par lord Reid dans *Ridge v. Baldwin et al.*, [1964] A.C. 40, à la p. 65: «le congédiement d'un employé par son employeur, la destitution d'une charge occupée à titre amovible et la destitution d'une charge pour un motif déterminé.» [C'est moi qui souligne.]

g Il s'agit de savoir si la demanderesse, qui est visée par la dernière catégorie de congédiement, peut avoir gain de cause devant cette Cour pour des motifs habituellement et principalement associés à la relation de travail employeur-employé, et fondés sur le contrat de travail. Il est reconnu depuis longtemps que le fait d'occuper une charge publique peut être caractérisé par [TRADUCTION] «certaines relations contractuelles, que ce soit en ce qui concerne le salaire ou les conditions de travail, d'une part, et l'obligation de servir fidèlement et en faisant preuve d'une diligence et d'une compétence raisonnables, d'autre part»<sup>19</sup>. Les principes qui s'appliquent aux contrats ont été jugés

<sup>18</sup> At pp. 164-165.

<sup>19</sup> *Reilly v. The King*, [1934] 1 D.L.R. 434 (P.C.), at p. 436; affg [1932] S.C.R. 597.

<sup>18</sup> Aux p. 164 et 165.

<sup>19</sup> *Reilly v. The King*, [1934] 1 D.L.R. 434 (C.P.), à la p. 436; confirmant [1932] R.C.S. 597.

conflicts with a statutory power of dismissal at pleasure.<sup>20</sup>

These principles have also been applied to holders of police office, to whom Le Dain J. likened RCMP members: in *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police*<sup>21</sup> breach of contract was the basis for awarding damages to a police chief whose dismissal had been quashed in judicial review proceedings. Linden J., as he then was, reasoned as follows:<sup>22</sup>

It is clear that the relationship of a police chief or officer and his board is based on a statutory status which is not governed by the ordinary law of master and servant. . . . once appointed, police officers and police chiefs assume certain duties derived from statute and the common law which are not governed by the ordinary law of contracts. . . .

This does not mean, however, that the law of contract has no role to play in regulating the relations between the police and the boards that supervise them. These boards are granted the power to contract generally. . . . Hence, although the relations between the police and the boards cannot be governed *exclusively* by contract law, they are permitted to enter into contracts with one another that do not conflict with their statutory or historic common law duties.

There is no reason to prevent contracts being enforced, even though one of the parties may occupy a public office, carrying with it certain statutory duties and rights. Contractual arrangements here, as elsewhere, will be recognized by the courts as long as there is no conflict with any legislative or common law duty that may be in existence. [Underlining added.]

The Ontario Court of Appeal agreed with Linden J. that "[t]he failure of the board to grant to the plaintiff reasonable salary increases each year, and the customary fringe benefits . . . were undoubtedly breaches of contract".<sup>23</sup>

<sup>20</sup> *Crossman v. City of Peterborough and Peterborough Utilities Comm.*, [1966] 2 O.R. 712 (C.A.).

<sup>21</sup> (1982), 37 O.R. (2d) 277 (H.C.); *revd in part* (1983), 43 O.R. (2d) 113 (C.A.).

<sup>22</sup> At pp. 281-282.

<sup>23</sup> Note 21, *supra*, at p. 121.

pertinents lorsque, par exemple, une disposition d'une convention collective régissant le congédiement de fonctionnaires était en conflit avec un pouvoir légal de congédiement au bon plaisir<sup>20</sup>.

<sup>a</sup> Ces principes ont également été appliqués aux personnes qui détiennent une charge au sein d'un service de police, auxquelles le juge Le Dain a comparé les membres de la GRC; dans l'arrêt *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police*<sup>21</sup>, la violation du contrat constituait le fondement de l'octroi de dommages-intérêts à un chef de police dont le congédiement avait été annulé dans des procédures de contrôle judiciaire. Le juge Linden (tel était alors son titre) a fait le raisonnement suivant<sup>22</sup>:

<sup>b</sup> [TRADUCTION] Il est clair que les relations qui existent entre un chef ou un agent de police et la Commission sont fondées sur une situation légale qui n'est pas régie par les règles ordinaires s'appliquant à l'employeur et son employé . . . une fois qu'ils sont nommés, les agents et les chefs de police assument, en vertu de la loi et de la common law, certaines tâches qui ne sont pas régies par le droit ordinaire des contrats. . . .

<sup>c</sup> Toutefois, cela ne veut pas dire que le droit des contrats n'a pas sa place dans la réglementation des relations entre la police et les commissions qui supervisent les policiers. Ces commissions se voient conférer le pouvoir de contracter d'une façon générale . . . Par conséquent, bien que les relations entre la police et les commissions ne puissent pas être régies *exclusivement* par le droit des contrats, les commissions et les policiers peuvent passer des contrats, à condition que ceux-ci ne soient pas en conflit avec les obligations qui leur incombent en vertu de la loi ou de la common law.

<sup>d</sup> Il n'y a pas lieu d'empêcher l'exécution d'un contrat, et ce, bien qu'une des parties puisse occuper une charge publique, comportant des droits et obligations prévus par la loi. Les dispositions contractuelles dans ce cas-ci, comme dans d'autres cas, seront reconnues par les tribunaux dans la mesure où elles ne vont pas à l'encontre d'une obligation existante prévue par la loi ou la common law. [C'est moi qui souligne.]

<sup>e</sup> La Cour d'appel de l'Ontario a souscrit à l'avis du juge Linden, selon lequel [TRADUCTION] «l'omission de la commission d'accorder chaque année au demandeur des augmentations de salaire raisonnables, ainsi que les avantages sociaux habituels . . . constituait sans aucun doute une violation du contrat»<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> *Crossman v. City of Peterborough and Peterborough Utilities Comm.*, [1966] 2 O.R. 712 (C.A.).

<sup>21</sup> (1982), 37 O.R. (2d) 277 (H.C.); *infirmé en partie par* (1983), 43 O.R. (2d) 113 (C.A.).

<sup>22</sup> Aux p. 281 et 282.

<sup>23</sup> Note 21, *précitée*, à la p. 121.

These authorities are, in my view, of no assistance to the plaintiff, who was not governed by a collective agreement, nor party to the sort of contract found to have existed in the *Brown* case.

I find support for this opinion in the recent decision of the Federal Court of Appeal in *Gingras v. Canada*.<sup>24</sup> In the course of determining that members of the RCMP were entitled to the federal Public Service bilingual bonus, Décaré J.A. examined federal statutes' various characterizations of members' employment status, and commented:<sup>25</sup>

A distinction has to be made depending on whether one is dealing with the ordinary law or what I would call the internal law of the federal administration. The fact that a person is called an "employee" for the purposes of the internal law of the Government does not necessarily mean that he is an "employee" in the ordinary legal sense . . . .

In the ordinary law public servants form a special category of employees and by a long tradition the ordinary rules of contract are not applicable to them. The members of the police forces fall even more clearly outside these rules, as Viscount Simonds noted in *Attorney-General for New South Wales v. Perpetual Trustee Co. (Ld.)* ([1955] A.C. 457 (P.C.), at p. 482):

There appears to their Lordships to be ample justification for saying, as was said in the High Court, that the service of a constable is "different in nature" or "on a different plane" from the domestic relation, that it is "different both in its nature and "its incidents"", and that, even if some of the incidents which the law implies in the ordinary contract of services are present also in the relation of the constable to the Crown, there is a fundamental difference which makes it necessary to approach with caution the question whether a form of action available in the one case is available in the other also.

Though it is possible that certain distinctions have become obsolete over the years the fact remains that it is understandable for Parliament, in view of the special and ambiguous status of members of the RCMP in the ordinary law, to take care from time to time and for special purposes . . . to specify that RCMP members are or are not "servants" or "employees" of the Crown. [Emphasis added.]

I therefore conclude that in the particular circumstances of this case, and given the weight of existing authority, the admittedly ambiguous status of RCMP members, such as the plaintiff, does not enable her to

À mon avis, ces arrêts n'aident pas la demanderesse, qui n'était pas régie par une convention collective, et qui n'était pas partie au genre de contrat à l'existence duquel il a été conclu dans l'arrêt *Brown*.

a Cette opinion est étayée par la décision que la Cour d'appel fédérale a récemment rendue dans *Gingras c. Canada*.<sup>24</sup> En décidant que les membres de la GRC avaient droit à la prime au bilinguisme accordée aux fonctionnaires fédéraux, le juge Décaré, J.C.A., a examiné les diverses façons dont les lois qualifiaient le statut professionnel des membres, et a fait la remarque suivante<sup>25</sup>:

c Il s'impose en effet de distinguer selon qu'on traite de droit commun ou de ce que j'appellerais le droit interne de l'administration publique fédérale. Le fait qu'une personne soit dite «employée» aux fins du droit interne de l'administration, n'emporte pas nécessairement qu'elle soit une «employée» au sens du droit commun . . . .

d En droit commun, les fonctionnaires forment une catégorie spéciale d'employés et suivant une longue tradition, les règles contractuelles ordinaires ne leur sont pas applicables. Les membres des forces policières échappent encore davantage à ces règles ainsi que le soulignait le vicomte Simonds dans *Attorney-General for New South Wales v. Perpetual Trustee Co. (Ld.)* ([1955] A.C. 457 (P.C.), à la p. 482 (H.L.):

[TRADUCTION] Leurs seigneuries sont d'avis qu'il est suffisamment justifié de dire comme la Haute cour que le service d'un agent est «de nature différente» ou «sur un plan différent» à égard de la relation domestique, qu'il est «différent par sa nature et ce qui en découle», et que, même si certains des éléments que la loi sous-entend dans le contrat ordinaire de louage de services sont également présents dans la relation de l'agent envers la couronne, il existe une différence fondamentale portant qu'il faut examiner avec prudence la question de savoir si une forme d'action à laquelle on peut avoir recours dans un cas est disponible dans l'autre également.

Bien qu'il soit possible que certaines des distinctions soient devenues désuètes au fil des ans, il n'en reste pas moins qu'on peut comprendre que le Parlement, compte tenu du statut particulier et ambigu des membres de la GRC en droit commun, prenne le soin, à l'occasion et pour des fins particulières . . . de préciser que les membres de la GRC sont, ou ne sont pas, des «préposés» ou des «employés» de la Couronne. [C'est moi qui souligne.]

i Je conclus donc que, dans les circonstances particulières de l'espèce, et compte tenu du poids des arrêts existants, le statut reconnu comme ambigu des membres de la GRC, comme la demanderesse, ne

<sup>24</sup> [1994] 2 F.C. 734.

<sup>25</sup> At pp. 756-757.

<sup>24</sup> [1994] 2 C.F. 734.

<sup>25</sup> Aux p. 756 et 757.

maintain a cause of action for wrongful dismissal in this Court, despite the fact that she may not be dismissed at pleasure.

In concluding as I have, I have considered whether this result has the effect of precluding any recourse or monetary compensation for a member of the RCMP alleging similar circumstances. In view of the remedial jurisdiction of the Canadian Human Rights Tribunal, as set out at subsection 53(2) of the *Canadian Human Rights Act*<sup>26</sup> (CHRA), which provides for compensation for lost wages in the event a complaint is found to be substantiated, I am satisfied such is not the case. In the instant case, the plaintiff did not submit a complaint under that Act, as she might have done.

In view of my conclusion on this issue, it is not necessary to decide whether the plaintiff was theoretically or legally obliged to exhaust internal administrative remedies prior to seeking relief from this Court, or whether those remedies would, in theory, have provided an adequate remedy in the circumstances.

It is worth noting, however, that the "grievance" procedure applicable during the plaintiff's tenure was governed by sections 45 to 49 of the Regulations. Section 45 refers to a "complaint." In fact, the plaintiff did lodge a complaint in October 1986. Chapter II.16 of the AM during the relevant period also sets out a more detailed process for "grievances" *per se*.<sup>27</sup>

The decision of Rouleau J. in *Desjardins v. Commr. of Royal Cdn. Mounted Police*<sup>28</sup> suggests that the complaint procedure and the grievance procedure are distinct, and that no irregularity results from proceeding with the former rather than the latter. The

<sup>26</sup> S.C. 1976-77, c. 33, s. 41(2), now R.S.C., 1985, c. H-6.

<sup>27</sup> Part III of the current Act, R.S.C., 1985, c. R-10, now sets out a modified grievance process which no longer makes any reference to a "complaint" mechanism.

<sup>28</sup> (1986), 18 Admin. L.R. 314 (F.C.T.D., at p. 322.

permet pas à celle-ci d'invoquer devant la Cour une cause d'action fondée sur le congédiement injustifié, et ce, bien qu'elle ne puisse pas être congédiée au bon plaisir.

<sup>a</sup> En tirant cette conclusion, je me suis demandé si ce résultat a pour effet d'empêcher un membre de la GRC qui allègue des circonstances similaires d'exercer un recours ou de solliciter une compensation pécuniaire. Étant donné la compétence réparatrice que possède le Tribunal canadien des droits de la personne, laquelle est énoncée au paragraphe 53(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>26</sup> (LCDP), qui prévoit l'octroi d'une indemnité pour perte de salaire dans le cas où une plainte est jugée fondée, je suis convaincu que tel n'est pas le cas. En l'espèce, la demanderesse n'a pas présenté une plainte en vertu de la Loi susmentionnée, comme elle aurait pu le faire.

<sup>d</sup> Étant donné la conclusion que j'ai tirée sur ce point, il n'est pas nécessaire de décider si la demanderesse était théoriquement ou légalement tenue d'épuiser les recours administratifs internes avant de solliciter une réparation devant cette Cour, ou si ces recours auraient, en théorie, été adéquats, compte tenu des circonstances.

<sup>f</sup> Toutefois, il importe de noter que la procédure de présentation des «griefs» qui s'appliquait au moment où la demanderesse exerçait ses fonctions, était régie par les articles 45 à 49 du Règlement. L'article 45 parle d'une «réclamation». En fait, la demanderesse a déposé une réclamation en octobre 1986. Le chapitre II.16 du MA, pendant la période pertinente, énonçait également une procédure plus détaillée à l'égard des «griefs» en soi<sup>27</sup>.

<sup>h</sup> La décision que le juge Rouleau a rendue dans *Desjardins c. Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada*<sup>28</sup> laisse entendre que la procédure de présentation des réclamations et la procédure de présentation des griefs sont distinctes, et qu'il n'existe

<sup>26</sup> S.C. 1976-77, ch. 33, art. 41(2), maintenant L.R.C. (1985), ch. H-6.

<sup>27</sup> La partie III de la Loi actuelle, L.R.C. (1985), ch. R-10, énonce maintenant une nouvelle procédure de présentation des griefs dans laquelle il n'est plus fait mention du mécanisme des «plaintes».

<sup>28</sup> (1986), 18 Admin. L.R. 314 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 322.

relevance of the grievance procedure to the plaintiff, whose complaint was under investigation, therefore seems uncertain: it is not clear exactly what it is the defendant proposes she should have grieved, since her pending complaint involved a course of conduct, rather than discrete events susceptible of being grieved such as performance progress reports. Further, as I understand it the process outlined in the CSOs of Chapter II.16 would have required the plaintiff to submit her formal or informal "objection" with respect to those reports to the very immediate and intermediate supervisors she was having difficulty with.

#### 4. Liability in tort

##### a. The parties' submissions

The plaintiff's claim is two-fold: first, for the intentional infliction of nervous shock, and second for "ordinary" negligence. She contends, relying on the decision of Noël J. in *Boothman v. Canada*,<sup>29</sup> that she satisfies the requirements set out therein for establishing the tort of intentional infliction of nervous shock. It is submitted that she was subject to a concerted attempt by the RCMP as an entity to pressure her out of the force because she was expressing concerns over sexual harassment at Red Deer City. The repeated and deliberate harassment at the hands of members of the RCMP occurred within the employment context and led to psychological trauma. The liability of the Crown is thereby triggered, pursuant to section 4 (now section 10) of the CLA, in the same way that it would be if an RCMP officers' negligence in the operation of a motor vehicle caused personal injury.

The plaintiff identifies three classes of servants of the Crown as tort-feasors: individual constables, who harassed the plaintiff because she was a woman;

<sup>29</sup> [1993] 3 F.C. 381 (T.D.).

aucune irrégularité du fait qu'on a recours à la première procédure plutôt qu'à la seconde. L'application de la procédure de présentation des griefs à la demanderesse, dont la réclamation faisait l'objet d'une enquête, semble donc incertaine: on ne sait pas exactement ce sur quoi le grief de la demanderesse aurait dû porter, selon la défenderesse, étant donné que la réclamation pendante se rapportait à une façon d'agir, plutôt qu'à des événements distincts susceptibles de faire l'objet d'un grief, comme les rapports sur le rendement. En outre, si je comprends bien, la procédure énoncée dans les OPC du chapitre II.16 aurait obligé la demanderesse à présenter son «objection» officielle ou officieuse, relativement à ces rapports, aux supérieurs immédiats et intermédiaires avec lesquels elle avait des difficultés.

#### 4. Responsabilité délictuelle

##### a. Les observations des parties

La déclaration de la demanderesse est double: elle est fondée, en premier lieu, sur le fait qu'on lui a délibérément causé un choc nerveux et, en second lieu, sur une négligence «ordinaire». En s'appuyant sur la décision rendue par le juge Noël dans l'arrêt *Boothman c. Canada*<sup>29</sup>, la demanderesse soutient qu'elle satisfait aux exigences énoncées dans cet arrêt lorsqu'il s'agit d'établir le délit qui consiste à causer délibérément un choc nerveux. Elle prétend qu'elle faisait l'objet d'une tentative concertée de la part de la GRC dans son ensemble pour la contraindre à quitter la Gendarmerie parce qu'elle avait manifesté son inquiétude au sujet du harcèlement sexuel dont elle était victime au détachement de Red Deer City. Le harcèlement réitéré et délibéré à auquel des membres de la GRC ont assujéti la demanderesse s'est produit dans le contexte de l'emploi de celle-ci et lui a causé un traumatisme psychologique. La responsabilité de la Couronne est donc engagée, conformément à l'article 4 (maintenant article 10) de la LRC, de la même façon qu'elle le serait si la négligence qu'un agent de la GRC aurait commise en conduisant un véhicule à moteur avait causé des lésions corporelles.

La demanderesse désigne trois catégories de préposés de la Couronne comme auteurs du délit: les agents individuels, qui la harcelaient parce qu'elle

<sup>29</sup> [1993] 3 C.F. 381 (1<sup>re</sup> inst.).

supervising officers, who knew or ought to have known about the harassment and who chose to do nothing about it; supervising officers who, by their own conduct, contributed to the harassment and assisted in driving the plaintiff from the Force. The plaintiff points to the extensive use made of 1004s, the threat to dismiss her, the refusal to transfer her, and the laying of criminal charges relating to events occurring years previously and known to her supervisors from the outset. She submits that the RCMP's right to control internal conduct and discipline matters does not extend to the tortious conduct at issue here.

However, the defendant argues that the plaintiff neither pleaded nor proved a conspiracy to drive the plaintiff from the force through infliction of nervous shock. All the evidence establishes is that her supervisors did their duty in supervising her. The courts have no power to interfere with matters of RCMP conduct and discipline, and therefore an action does not lie against an RCMP officer even if the acts complained of are done maliciously and without reasonable cause.<sup>30</sup> Even if the conduct complained of did occur, the only remedies available to the plaintiff are the internal grievance process or the complaint mechanism under the CHRA.

Furthermore, the defendant argues that a cause of action in negligence arises only if such damage is suffered owing to the negligent conduct of a Crown servant, and only if the law recognizes a duty to avoid the damage. In the instant case, the doctrine of common employment limits the master's liability,<sup>31</sup> and the plaintiff's claim under this theory is barred by section 4 of the *Crown Liability Act* (CLA). In addition, to be recoverable as a head of damage, nervous shock must be a recognizable psychiatric condition attributable to the breach of an owed duty of care.<sup>32</sup> Finally, if nervous shock did occur during the course of her employment, the *Government Employees Com-*

était une femme; les superviseurs, qui étaient au courant du harcèlement, ou auraient dû l'être, et qui ont décidé de ne rien faire; les superviseurs qui, par leur conduite, ont contribué à la harceler et à la forcer à quitter la Gendarmerie. La demanderesse signale le grand nombre de 1004, les menaces de congédiement, le refus de la muter et le fait qu'on a porté des accusations criminelles se rapportant à des événements qui s'étaient produits plusieurs années auparavant et dont ses superviseurs étaient au courant dès le début. Elle soutient que le droit que possède la GRC de régler les questions internes de conduite et de discipline ne s'étend pas à la conduite délictuelle qui est ici reprochée.

Toutefois, la défenderesse soutient que la demanderesse n'a pas plaidé et n'a pas prouvé qu'on a comploté en vue de la forcer à quitter la Gendarmerie, en lui causant un choc nerveux. La preuve établit simplement que les superviseurs de la demanderesse se sont acquittés de leurs obligations en la supervisant. Les tribunaux ne sont pas autorisés à s'ingérer dans les affaires de conduite et de discipline de la GRC, et il n'est donc pas possible d'intenter une action contre un agent de la GRC, et ce, même s'il a agi avec malveillance et sans cause raisonnable<sup>30</sup>. Même si la conduite reprochée a eu lieu, les seuls recours dont la demanderesse peut se prévaloir sont la procédure interne de présentation des griefs ou le mécanisme prévu par la LCDP à l'égard des plaintes.

En outre, la défenderesse soutient qu'une cause d'action fondée sur la négligence n'existe que si le préjudice est attribuable à la conduite négligente d'un préposé de la Couronne, et uniquement si on reconnaît, en droit, l'obligation d'éviter le préjudice. En l'espèce, la théorie d'emploi commun limite la responsabilité de l'employeur<sup>31</sup> et l'article 4 de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* (LRC) empêche la demanderesse de présenter une réclamation fondée sur cette théorie. De plus, aux fins du recouvrement pour préjudice causé, le choc nerveux doit être un état psychiatrique identifiable, attribuable à la violation d'une obligation de prudence existante<sup>32</sup>. Enfin,

<sup>30</sup> *Queen, The and Archer v. White*, [1956] S.C.R. 154; *Dawkins v. Lord Paulet* (1869), L.R.5 Q.B. 94.

<sup>31</sup> *Marshment v. Borgstrom*, [1942] S.C.R. 374.

<sup>32</sup> *Beaulieu v. Sutherland* (1986), 35 C.C.L.T. 237 (B.C.S.C.).

<sup>30</sup> *Queen, The and Archer v. White*, [1956] R.C.S. 154; *Dawkins v. Lord Paulet* (1869), L.R.5 Q.B. 94.

<sup>31</sup> *Marshment v. Borgstrom*, [1942] R.C.S. 374.

<sup>32</sup> *Beaulieu v. Sutherland* (1986), 35 C.C.L.T. 237 (C.S.C.-B.).



*pensation Act*<sup>33</sup> (GECA) applies to the plaintiff and her claim is barred by subsection 4(1) (now section 9) of the CLA.

The plaintiff replies that the psychiatric condition of depression has been established, that she does not rely on common employment in order to establish the Crown's liability, and that, as she did not suffer an "accident," the GECA does not apply to her.

#### b. Analysis and findings

It is useful at the outset to dispose of three points raised by the defendant. First, I find that the common law doctrine of common employment is not relevant to this action, which falls to be decided strictly under the terms of the CLA. As the authorities have pointed out, that doctrine is "now abolished everywhere".<sup>34</sup>

Secondly, I do not find the decisions relied upon to argue against this Court's jurisdiction germane to the present case, as neither relates to the vicarious liability of the Crown under the CLA. In the *Archer* ruling<sup>35</sup> the issue was whether the civil courts had authority to quash convictions entered under the RCMP's Code of Discipline. The Supreme Court of Canada determined that they did not, in the absence of abuse of power or unauthorized action. In *Dawkins* a majority of the Court of Queen's Bench dismissed a libel suit against the plaintiff's superior officer, on the basis that the latter's motives were irrelevant where the letters in question were written as an act of military duty. I also note that this Court has entertained numerous applications involving the internal

si le choc nerveux s'est produit dans le cadre de l'emploi de la demanderesse, la *Loi sur l'indemnisation des employés de l'État* (la LIEE)<sup>33</sup> s'applique à cette dernière et le paragraphe 4(1) (maintenant article 9) de la LRC rend sa réclamation irrecevable.

La demanderesse répond que l'état psychiatrique, soit la dépression, a été établi, qu'elle ne s'appuie pas sur l'emploi commun afin d'établir la responsabilité de la Couronne et que, puisqu'elle n'a pas été victime d'un «accident», la LIEE ne s'applique pas à elle.

#### b. Analyse et conclusions

Il est utile au départ de régler trois questions que la défenderesse a soulevées. Premièrement, je conclus que la théorie de l'emploi commun existant en common law ne s'applique pas en l'espèce, la décision devant être strictement fondée sur les dispositions de la LRC. Comme certains auteurs l'ont souligné, cette théorie est [TRADUCTION] «maintenant disparue»<sup>34</sup>.

Deuxièmement, à mon avis, les décisions que la défenderesse invoque pour affirmer que la Cour n'a pas compétence n'ont aucun rapport avec la présente espèce, car elles ne visent ni l'une ni l'autre la responsabilité du fait d'autrui de la Couronne en vertu de la LRC. Dans l'arrêt *Archer*<sup>35</sup>, il s'agissait de savoir si les tribunaux civils étaient autorisés à annuler les déclarations de culpabilité inscrites en vertu du Code de discipline de la GRC. La Cour suprême du Canada a décidé que ces tribunaux n'avaient pas compétence, en l'absence d'un abus de pouvoir ou d'un acte non autorisé. Dans l'arrêt *Dawkins*, la majorité de la Cour du Banc de la Reine a rejeté une action en libelle intentée contre le supérieur de la partie demanderesse, parce que les motifs de ce dernier

<sup>33</sup> R.S.C. 1970, c. G-8, now R.S.C., 1985, c. G-5.

<sup>34</sup> Hogg, *Liability of the Crown*, 2nd ed. (Toronto: Carswell, 1989), at p. 99; see also Fleming, *The Law of Torts*, 8th ed. (Sydney: Law Book Company, 1992), at p. 515, Fridman, *Fridman on Torts* (London: Waterlow Publishers, 1990), at p. 404.

<sup>35</sup> Note 30, *supra*.

<sup>33</sup> S.R.C. 1970, ch. G-8, maintenant L.R.C. (1985), ch. G-5.

<sup>34</sup> Hogg, *Liability of the Crown*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto: Carswell, 1989), à la p. 99; voir également Fleming, *The Law of Torts*, 8<sup>e</sup> éd. (Sydney: Law Book Company, 1992), à la p. 515, Fridman, *Fridman on Torts* (Londres: Waterlow Publishers, 1990), à la p. 404.

<sup>35</sup> Note 30, précitée.

affairs of the RCMP in matters of “conduct and discipline,” and has granted many of them.<sup>36</sup>

Third, while it is true that section 9 of the CLA acts as a bar to proceedings under that statute where compensation has been paid or is payable out of the Consolidated Revenue Fund,<sup>37</sup> counsel for the defendant submitted no authority, and I am aware of none, which suggests the plaintiff’s claim falls within the GECA’s definition of “accident”.<sup>38</sup>

Turning now to the law governing the plaintiff’s claim, the relevant provisions of the CLA read as follows:

3. (1) The Crown is liable in tort for the damages for which, if it were a private person of full age and capacity, it would be liable

(a) in respect of a tort committed by a servant of the Crown,  
...

4. ...

(2) No proceedings lie against the Crown by virtue of paragraph 3(1)(a) in respect of any act or omission of a servant of the Crown unless the act or omission would apart from the provisions of this Act have given rise to a cause of action in tort against that servant or his personal representative.

It is trite law that in order to engage the vicarious liability of the Crown, the plaintiff must establish, first, that a tort has been committed by a servant of the

<sup>36</sup> *McCleery*, note 8, *supra*; *Danch v. Nadon*, [1978] 2 F.C. 484 (C.A.); *Lavoie and Beirsdorfer*, note 17, *supra*; *Lutes*, note 17, *supra*; *Desjardins*, note 28, *supra*; *Adams v. Canada (Royal Canadian Mounted Police, Commissioner—RCMP)*, [1993] F.C.J. No. 1321 (QL).

<sup>37</sup> See, for example, *Horn v. Canada et al.* (1994), 73 F.T.R. 301 (F.C.T.D.); *Langille et al. v. Canada* (1991), 44 F.T.R. 60 (F.C.T.D.).

<sup>38</sup> *Horn* (snowblower injury); *Canada v. Tremblay* (1989), 28 F.T.R. 25 (F.C.T.D.) (battery resulting in back injury); *Canada v. Dupont* (1986), 6 F.T.R. 197 (F.C.T.D.) (postman injured while running away from dog); *Canada v. Lavoie* (1986), 5 F.T.R. 223 (F.C.T.D.) (postman injured from fall); *Canada v. Brogan*, [1985] F.C.J. No. 1022 (QL) (postman suffering dog-bite).

n’étaient pas pertinents, puisque les lettres en question avaient été rédigées dans le cadre d’un devoir militaire. Je remarque également que la Cour a été saisie de nombreuses demandes concernant les affaires internes de la GRC en matière de «conduite et de discipline» et qu’elle a accueilli un grand nombre de ces demandes<sup>36</sup>.

Troisièmement, il est vrai que l’article 9 de la LRC rend irrecevables les poursuites engagées en vertu de cette loi pour toute perte ouvrant droit au paiement d’une indemnité sur le Trésor<sup>37</sup>, mais l’avocat de la défenderesse n’a invoqué aucun ouvrage ni aucun arrêt, et je n’en connais aucun, qui laisse entendre que la réclamation de la demanderesse est visée par la définition du mot «accident» figurant dans la LIEE<sup>38</sup>.

En ce qui concerne le droit régissant la réclamation de la demanderesse, les dispositions pertinentes de la LRC sont ainsi libellées:

3. (1) La Couronne est responsable des dommages dont elle serait responsable, si elle était un particulier majeur et capable,

a) à l’égard d’un délit civil commis par un préposé de la Couronne, ...

4. ...

(2) On ne peut exercer de recours contre la Couronne, en vertu de l’alinéa 3(1)a), à l’égard d’un acte ou d’une omission d’un préposé de la Couronne, sauf si, indépendamment de la présente loi, l’acte ou l’omission eût donné ouverture à une poursuite en responsabilité délictuelle contre ce préposé ou sa succession.

Il est de droit constant qu’afin d’engager la responsabilité du fait d’autrui de la Couronne, la demanderesse doit établir, en premier lieu, qu’un délit a été

<sup>36</sup> *McCleery*, note 8, précitée; *Danch c. Nadon*, [1978] 2 C.F. 484 (C.A.); *Lavoie et Beirsdorfer*, note 17, précitée; *Lutes*, note 17, précitée; *Desjardins*, note 28, précitée; *Adams c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [1993] A.C.F. n° 1321 (QL).

<sup>37</sup> Voir, par exemple, *Horn c. Canada et autre* (1994), 73 F.T.R. 301 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Langille et autres c. Canada* (1991), 44 F.T.R. 60 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>38</sup> *Horn* (blessure subie dans un accident de chasse-neige); *Canada c. Tremblay* (1989), 28 F.T.R. 25 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (coups occasionnant une blessure au dos); *Canada c. Dupont* (1986), 6 F.T.R. 197 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (facteur qui s’était blessé en cherchant à éviter un chien); *Canada c. Lavoie* (1986), 5 F.T.R. 223 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (facteur qui s’était blessé en tombant); *Canada c. Brogan*, [1985] A.C.F. n° 1022 (QL) (facteur qui s’était fait mordre par un chien).

Crown, and second, that the tort was committed in the course of the servant's employment. In the instant case the plaintiff bases her claim on both intentional infliction of nervous shock and negligence. I will deal with each issue separately.

(i) Intentional infliction of nervous shock

As noted by Noël J. in the *Boothman* case,<sup>39</sup> judicial recognition of this cause of action in tort originates with the *Wilkinson v. Downton* case, in which a practical joker informed a woman her husband had been seriously injured, thereby inducing a state of nervous shock and prolonged mental and physical suffering. In finding the defendant liable, Wright J. stated:<sup>40</sup>

The defendant has . . . wilfully done an act calculated to cause physical harm to the plaintiff—that is to say, to infringe her legal right to personal safety, and has in fact thereby caused physical harm to her. That proposition without more appears to me to state a good cause of action, there being no justification alleged for the act. This wilful injuria is in law malicious, although no malicious purpose to cause the harm which was caused nor any motive of spite is imputed to the defendant.

It is difficult to imagine that such a statement, made suddenly and with apparent seriousness, could fail to produce grave effects under the circumstances upon any but an exceptionally indifferent person, and therefore an intention to produce such an effect must be imputed, and it is no answer in law to say that more harm was done than was anticipated, for that is commonly the case with all wrongs. [Emphasis added.]

The *Wilkinson* principle has been adopted and applied in a number of Canadian cases.<sup>41</sup> In *Purdy*,

<sup>39</sup> Note 29, *supra*.

<sup>40</sup> [1897] 2 Q.B. 57, at pp. 58-59.

<sup>41</sup> In addition to *Boothman*, note 29, *supra*, see *Bielecki v. Obadiak* (1921), 61 D.L.R. 494 (Sask. K.B.); *affd* (1922), 65 D.L.R. 627 (Sask. C.A.) (nervous shock following repetition of false statement that plaintiff's son had committed suicide); *Purdy v. Woznesensky*, [1937] 2 W.W.R. 116 (Sask. C.A.) (nervous shock to wife witnessing assault on husband); *Abramzik et al. v. Brenner et al.* (1967), 65 D.L.R. (2d) (Sask. C.A.) (distinguishing *Wilkinson* cases from negligent infliction of ner-

commis par un préposé de la Couronne et, en second lieu, que le délit a été commis dans le cadre de l'emploi du préposé. En l'espèce, la demanderesse fonde sa réclamation tant sur le délit qui consiste à causer délibérément un choc nerveux que sur la négligence. J'examinerai chaque question séparément.

(i) Le délit qui consiste à causer délibérément un choc nerveux

Comme le juge Noël l'a fait remarquer dans l'arrêt *Boothman*<sup>39</sup>, la reconnaissance judiciaire de cette cause d'action de nature délictuelle émane de l'arrêt *Wilkinson v. Downton*, affaire dans laquelle un farceur avait informé une femme que son mari avait été sérieusement blessé, ce qui avait causé à cette dernière un choc nerveux ainsi que des souffrances morales et physiques prolongées. En concluant à la responsabilité du défendeur, le juge Wright a dit ceci<sup>40</sup>:

[TRADUCTION] Le défendeur a . . . intentionnellement commis un acte destiné à causer un préjudice physique à la demanderesse—c'est-à-dire violer son droit à la sécurité personnelle, et lui a causé, de fait, un préjudice physique en conséquence. Cette proposition à elle seule me semble représenter une bonne cause d'action, puisqu'on n'a pas tenté de justifier l'acte. Ce préjudice intentionnel est, sur le plan juridique, malicieux, bien que l'on n'impute au défendeur aucun but malicieux de causer le préjudice subi et aucun mobile malveillant.

Il est difficile d'imaginer qu'une telle déclaration, faite de manière spontanée avec un caractère sérieux apparent, pourrait ne pas produire de graves effets dans les circonstances sur toute personne qui n'est pas exceptionnellement indifférente et par conséquent, on doit imputer l'intention de produire un tel effet et dire qu'on a causé plus de tort que prévu ne constitue pas une réponse en droit, car c'est habituellement le cas de tous les préjudices. [C'est moi qui souligne.]

Le principe énoncé dans l'arrêt *Wilkinson* a été adopté et appliqué dans un certain nombre d'arrêts canadiens<sup>41</sup>. Dans l'arrêt *Purdy*, la Cour a

<sup>39</sup> Note 29, précitée.

<sup>40</sup> [1897] 2 Q.B. 57, aux p. 58 et 59.

<sup>41</sup> En plus de *Boothman*, note 29, précitée, voir *Bielecki v. Obadiak* (1921), 61 D.L.R. 494 (B.R. Sask.); confirmés par (1922), 65 D.L.R. 627 (C.A. Sask.) (choc nerveux subi à la suite de la répétition d'une déclaration fautive selon laquelle le fils du demandeur s'était suicidé); *Purdy v. Woznesensky*, [1937] 2 W.W.R. 116 (C.A. Sask.) (choc nerveux subi par une femme qui avait été témoin de voies de fait sur la personne de son mari); *Abramzik et al. v. Brenner et al.* (1967), 65 D.L.R.

the Court found<sup>42</sup> that an intention to cause the plaintiff nervous shock ought to be imputed to the defendant. In *Abramzik*, Culliton C.J.S. noted<sup>43</sup> “[t]here can be no doubt but that an action will lie for the wilful infliction of shock, or a reckless disregard as to whether or not shock will ensue from the act committed.” In *Rahemtulla*, McLachlin J., as she then was, applied three criteria gleaned from prior cases:<sup>44</sup> first, outrageous or flagrant and extreme conduct; second, conduct calculated “to produce some effect of the kind which was produced;” third, conduct producing actual harm, i.e., a visible and provable illness. In *Timmermans*, Catzman J. found<sup>45</sup> the defendant’s limited intention and motivation did not relieve him from liability, particularly in light of his knowledge of the plaintiff’s fragile emotional state.

The above cases involved single precipitating events. However the recent *Boothman* decision on which the plaintiff relies<sup>46</sup> concerned a course of harassing and intimidating conduct<sup>47</sup> over a seven-month period which caused a severe mental breakdown that was ongoing at the time of the trial seven years later. Noël J. found the defendant, who supervised the plaintiff and who was her sole co-worker, had hired the plaintiff because of her emotional vulnerability, exploited it in order to dominate her and,

(Continued from previous page)

vous shock); *Rahemtulla v. Vanfed Credit Union*, [1984] 3 W.W.R. 296 (B.C.S.C.) (bank teller suffering nervous shock following wrongful accusation of theft and dismissal); *Timmermans v. Buelow* (1984), 38 C.C.L.T. 136 (Ont. H.C.) (nervous shock induced by landlord’s actions when attempting to evict psychologically vulnerable tenant).

<sup>42</sup> At pp. 119-120.

<sup>43</sup> At p. 654.

<sup>44</sup> At pp. 311-313.

<sup>45</sup> At p. 150.

<sup>46</sup> Note 29, *supra*.

<sup>47</sup> Prosser states that in the American cases, liability “usually has rested on a prolonged course of hounding by a number of extreme methods”: “Insult and Outrage” (1956), 44 *Cal. L.Rev.* 40, at pp. 48-49.

conclu<sup>42</sup> que l’intention de causer à la partie demanderesse un choc nerveux devait être imputée à la partie défenderesse. Dans l’arrêt *Abramzik*, le juge en chef Culliton a fait remarquer qu’<sup>43</sup> [TRADUCTION] «il est certain que le fait de causer délibérément un choc, ou l’indifférence irréfléchie à l’égard de la question de savoir si l’acte commis occasionnera un choc ouvre droit à une action». Dans l’arrêt *Rahemtulla*, le juge McLachlin (tel était alors son titre) a appliqué trois critères tirés d’arrêts antérieurs<sup>44</sup>: premièrement, une conduite choquante, ou flagrante et extrême; deuxièmement, une conduite visant [TRADUCTION] «à produire un effet semblable à celui qui a été produit»; troisièmement, une conduite causant un préjudice réel, c.-à-d. une maladie visible et prouvable. Dans l’arrêt *Timmermans*, le juge Catzman a conclu<sup>45</sup> que l’intention et le mobile restreints de la partie défenderesse ne dégageaient pas celle-ci de sa responsabilité, étant donné en particulier qu’elle était au courant de l’état émotif fragile de la partie demanderesse.

Les arrêts susmentionnés se rapportaient à des événements déterminants isolés. Toutefois, dans la décision récemment rendue dans *Boothman*, sur laquelle la demanderesse s’appuie<sup>46</sup>, le harcèlement et l’intimidation<sup>47</sup> avaient duré sept mois et avaient causé une grave dépression mentale qui persistait toujours au moment de l’instruction, sept ans plus tard. Le juge Noël a conclu que le défendeur, qui supervisait la demanderesse et qui était son seul compagnon de travail, avait embauché cette dernière à cause de sa

(Suite de la page précédente)

(2d) 651 (C.A. Sask.) (faisant une distinction entre l’arrêt *Wilkinson* et le fait de causer un choc nerveux par négligence); *Rahemtulla v. Vanfed Credit Union*, [1984] 3 W.W.R. 296 (C.S.C.-B.) (caissière de banque qui avait subi un choc nerveux à la suite d’une accusation injustifiée de vol et de son congédiement); *Timmermans v. Buelow* (1984), 38 C.C.L.T. 136 (H.C. Ont.) (choc nerveux causé par les actions que le propriétaire avait commises lorsqu’il avait tenté d’expulser un locataire psychologiquement vulnérable).

<sup>42</sup> Aux p. 119 et 120.

<sup>43</sup> À la p. 654.

<sup>44</sup> Aux p. 311 à 313.

<sup>45</sup> À la p. 150.

<sup>46</sup> Note 29, précitée.

<sup>47</sup> Prosser dit que, dans les arrêts américains, la responsabilité [TRADUCTION] «découlait habituellement du fait qu’on s’était longuement acharné sur quelqu’un en utilisant un certain nombre de méthodes extrêmes»: «Insult and Outrage» (1956), 44 *Cal. L.Rev.* 40, aux p. 48 et 49.

when that failed, drove her to break down and quit. He concluded that the supervisor's authority had been exercised wrongfully to inflict mental pain and suffering, to harass, humiliate, interfere with and assault the plaintiff. He found wilful *injuria* of the *Wilkinson* type, combined with malicious purpose owing to knowledge of the plaintiff's psychological fragility, and awarded damages for assault and intentional infliction of nervous shock, in addition to exemplary damages.

Doctrinal authorities have summarized principles arising from the case law as follows. Fridman states<sup>48</sup> that:

The defendant may achieve this [emotional or mental] harm without any physical touching of the plaintiff, in the absence of any threat to the plaintiff's physical safety, and without in any way infringing the plaintiff's freedom of movement. It is essential that the defendant cause the harm by his own direct act.

Both extreme conduct and "objective and substantially harmful physical or psychopathological consequences," rather than "mere anguish or fright," are required in order for a cause of action to arise.<sup>49</sup> As to the former, Linden notes<sup>50</sup> that:

The quality of outrageousness might . . . be based on the special position of authority of the defendant. If a landlord, a police officer, or a school principal uttered insults or threats to someone over whose future well-being they had some control, these acts might be considered beyond the bounds of decency, and therefore actionable.

Prosser adds<sup>51</sup> that:

Still another basis on which extreme outrage may be found lies in the defendant's knowledge that the plaintiff is especially sensitive, susceptible and vulnerable to injury through mental distress at the particular conduct. . . .

<sup>48</sup> Fridman, *The Law of Torts in Canada*, vol. 1 (Toronto: Carswell, 1989), at p. 48.

<sup>49</sup> Fleming, note 34, *supra*, at pp. 33-34; Linden, *Canadian Tort Law*, 5th ed. (Markham, Ont.: Butterworths, 1993), at pp. 50-51; see also *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, at p. 128.

<sup>50</sup> Linden, at p. 52; see also Prosser, note 47, *supra*, at pp. 47-48.

<sup>51</sup> *Ibid.*, at p. 50.

vulnérabilité émotionnelle, l'avait exploitée afin de la dominer et, ayant échoué, l'avait amenée à tomber malade et à démissionner. Il a conclu que le superviseur avait exercé son pouvoir d'une façon injuste, de façon à infliger des douleurs et souffrances morales à la demanderesse, à la harceler, à l'humilier, à l'agresser et à lui nuire. Il a conclu à l'existence de dommages délibérés comme ceux qui avaient été causés dans l'arrêt *Wilkinson*, auxquels venait s'ajouter un but malveillant, étant donné que la fragilité psychologique de la demanderesse était connue, et a accordé des dommages-intérêts fondés sur les voies de fait et le délit qui consiste à causer délibérément un choc nerveux, en plus des dommages-intérêts exemplaires.

Les auteurs ont résumé comme suit les principes découlant de la jurisprudence. Fridman dit<sup>48</sup> que:

[TRADUCTION] Le défendeur peut causer pareil préjudice [émotionnel ou mental] sans physiquement toucher le demandeur, sans menacer sa sécurité physique, et sans aucunement entraver sa liberté de mouvement. Il faut absolument que le défendeur cause le préjudice en commettant lui-même directement un acte.

Pour que naisse une cause d'action, il faut à la fois une conduite extrême et des [TRADUCTION] «conséquences objectives et fortement nuisibles, sur le plan physique ou psychopathologique» plutôt qu'une [TRADUCTION] «simple angoisse ou crainte»<sup>49</sup>. Quant au premier cas, Linden fait remarquer<sup>50</sup> que:

[TRADUCTION] Le caractère choquant pourrait . . . découler de la situation spéciale d'autorité du défendeur. Si un propriétaire, un agent de police ou un directeur d'école insultait ou menaçait quelqu'un sur le bien-être futur duquel il exerce un certain contrôle, on pourrait considérer que ces actes dépassent les limites de la bienséance, de sorte qu'ils ouvriraient droit à une action.

Prosser ajoute<sup>51</sup> que:

[TRADUCTION] On peut également conclure au caractère choquant et extrême du fait que le défendeur sait que le demandeur est particulièrement sensible, susceptible et vulnérable lorsqu'un préjudice découlant de la détresse mentale lui serait causé par la conduite particulière . . .

<sup>48</sup> Fridman, *The Law of Torts in Canada*, vol. 1 (Toronto: Carswell, 1989), à la p. 48.

<sup>49</sup> Fleming, note 34, précitée, aux p. 33 et 34; Linden, *Canadian Tort Law*, 5<sup>e</sup> éd. (Markham, Ont.: Butterworths, 1993), aux p. 50 et 51; voir également *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, à la p. 128.

<sup>50</sup> Linden, à la p. 52; voir également Prosser, note 47, précitée, aux p. 47 et 48.

<sup>51</sup> *Ibid.*, à la p. 50.

The gist of the outrage is the defendant's knowledge of the plaintiff's vulnerability, and where there is no such knowledge, conduct which is not otherwise sufficiently extreme leads to no liability, even though the plaintiff may in fact suffer serious injury because of it.

Fleming comments on the intentional element as follows:<sup>52</sup>

Cases will be rare where nervous shock involving physical injury was fully intended. More frequently, the defendant's aim would have been merely to frighten, terrify or alarm his victim. But this is quite sufficient, provided his conduct was of a kind reasonably capable of terrifying a normal person, or was known or ought to have been known to the defendant to be likely to terrify the plaintiff for reasons special to him. Such conduct could be described as reckless.

“Calculated” to cause harm has not been narrowly interpreted . . .

Irvine suggests<sup>53</sup> that the interpretation of the term “calculated” that accords best with its use in *Wilkinson* and the subsequent case law is

. . . that nervous shock . . . was not even reasonably foreseeable, given the defendant's limited knowledge of his victim's frailties; still less intended; but that some unwelcome, uncomfortable or unpleasant emotional apprehension or sensation . . . was foreseen and intended, even though that apprehension or emotional discomfort so foreseen fell far short of the traumatic nervous shock in fact caused.

Irvine also cites case law to the effect that limitation of liability based on remoteness and lack of foreseeability is inapplicable in the field of intentional torts.<sup>54</sup>

The case at hand involves a situation unlike those occurring in any of the decisions reviewed. First, several of the plaintiff's fellow members and superiors are involved, as opposed to a single individual. A further distinction is that here the impugned behaviour involves both a course of conduct on the part of a number of those individuals, as well as discrete acts

<sup>52</sup> Note 34, *supra*, at pp. 32-33.

<sup>53</sup> Anno. to *Timmermans*, note 41, *supra*, at pp. 139-140.

<sup>54</sup> *Ibid.*, at p. 141: *Bettel et al. v. Yim* (1978), 20 O.R. (2d) 617 (Co. Ct.), *Allan et al. v. New Mount Sinai Hospital et al.* (1980), 28 O.R. (2d) 356 (H.C. Ont.); *revid* on other grounds (1981), 33 O.R. (2d) 603 (C.A.).

Le caractère choquant est fondé sur le fait que le défendeur est au courant de la vulnérabilité du demandeur; en l'absence de pareille connaissance, une conduite qui n'est pas par ailleurs suffisamment extrême n'entraîne aucune responsabilité, bien que le demandeur puisse de fait subir un préjudice grave à cause de pareille conduite.

Fleming fait remarquer ceci au sujet de l'intention<sup>52</sup>:

[TRADUCTION] Il est rare qu'on ait pleinement l'intention de causer un choc nerveux comportant un préjudice physique. En général, le défendeur cherche simplement à effrayer, à terrifier ou à alarmer sa victime. Cependant, cela est tout à fait suffisant, à condition que la conduite du défendeur ait été de nature à pouvoir raisonnablement terrifier une personne normale, ou que ce dernier ait su ou ait dû savoir que sa conduite terrifierait probablement le demandeur, pour des raisons qui lui sont propres. Pareille conduite pourrait être qualifiée d'insouciance.

Le mot «visant» à causer un préjudice n'a pas été interprété strictement . . .

Irvine laisse entendre<sup>53</sup> que l'interprétation du mot [TRADUCTION] «visant» qui est la plus conforme à la façon dont ce dernier est employé dans l'arrêt *Wilkinson* et dans les arrêts subséquents est

[TRADUCTION] . . . que le choc nerveux . . . n'était même pas raisonnablement prévisible, étant donné la connaissance restreinte qu'avait le défendeur de la fragilité de sa victime, et qu'il était encore moins envisagé, mais qu'une appréhension ou sensation émotionnelle ennuyeuse, gênante ou désagréable . . . était prévue et envisagée, bien que l'appréhension ou le malaise émotionnel ainsi prévus n'aient pas jusqu'au choc nerveux traumatique qui a de fait été causé.

Irvine cite également des arrêts selon lesquels la limitation de responsabilité fondée sur le caractère éloigné et sur l'imprévisibilité ne s'applique pas aux délits intentionnels<sup>54</sup>.

L'affaire dont nous sommes ici saisis se rapporte à une situation qui ne ressemble aucunement à celles qui existaient dans les décisions examinées. En premier lieu, plusieurs des collègues et supérieurs de la demanderesse sont en cause, par opposition à un seul individu. De plus, en l'espèce, le comportement reproché se rapporte tant à la façon d'agir d'un cer-

<sup>52</sup> Note 34, précitée, aux p. 32 et 33.

<sup>53</sup> Annotation, dans *Timmermans*, note 41, précitée, aux p. 139 et 140.

<sup>54</sup> *Ibid.*, à la p. 141: *Bettel et al. v. Yim* (1978), 20 O.R. (2d) 617 (C. Cté), *Allan et al. v. New Mount Sinai Hospital et al.* (1980), 28 O.R. (2d) 356 (H.C. Ont.); confirmé pour d'autres motifs par (1981), 33 O.R. (2d) 603 (C.A.).

or omissions on the part of the same or other individuals, over a four-year period. Given this unique set of circumstances, I am nevertheless satisfied that the above authorities support the plaintiff's claim for intentional infliction of nervous shock, for reasons already given.

I am satisfied that the evidence reviewed above establishes that the conduct directed toward the plaintiff was extreme, and calculated "to produce some effect of the kind which was produced".<sup>55</sup> I have also concluded that the plaintiff's mental and physical deterioration until her reassignment in February 1987 meets the third criterion outlined in *Rahemtulla*, i.e., actual harm in the form of illness. In my view the plaintiff's condition, attested to by both Drs. Cooper and Shih, was analogous to those for which damages were awarded in that case and in the *Timmermans* case.<sup>56</sup>

Further, the uncontradicted evidence concerning the plaintiff's condition in response to learning of the criminal investigation establishes that it, too, was more than "mere anguish and fright." That evidence is that the plaintiff's depression in Red Deer in 1986 was nothing compared to her depression when the investigation began. I note that in *Rahemtulla*,<sup>57</sup> McLachlin J. found the plaintiff's response to the defendant's tortious conduct met the third criterion of actual harm despite the absence of expert medical evidence. Noël J. noted in *Boothman*,<sup>58</sup> that the requirement that recognizable psychiatric illness be proven appears to be most stringently observed in claims for negligent infliction of nervous shock, which typically involve reactions to witnessing accidents or their victims, and in which the ordinary rules of negligence apply.

<sup>55</sup> *Rahemtulla*, note 41, *supra*.

<sup>56</sup> Note 41, *supra*; see also Prosser, note 47, *supra*, at p. 53.

<sup>57</sup> Note 41, *supra*, at p. 313.

<sup>58</sup> Note 29, *supra*, at p. 395.

tain nombre de ces personnes, qu'à des actes ou omissions isolés de la part de ces mêmes personnes ou d'autres personnes, sur une période de quatre ans. Étant donné cet ensemble de circonstances unique en son genre, je suis néanmoins convaincu que les arrêts susmentionnés étayaient la réclamation de la demanderesse en ce qui concerne le délit qui consiste à causer délibérément un choc nerveux, et ce, pour les motifs susmentionnés.

Je suis convaincu que la preuve ci-dessus examinée établit que la conduite dont on a fait preuve envers la demanderesse était extrême, et visait [TRADUCTION] «à produire un effet semblable à celui qui a été produit»<sup>55</sup>. J'ai également conclu que la détérioration de l'état mental et physique de la demanderesse jusqu'à sa réaffectation, en février 1987, satisfait au troisième critère énoncé dans l'arrêt *Rahemtulla*, c.-à-d. un préjudice réel qui a pris la forme d'une maladie. À mon avis, l'état de la demanderesse, attesté tant par le docteur Cooper que par le docteur Shih, était analogue à l'état à l'égard duquel des dommages-intérêts ont été accordés dans cet arrêt-là, et dans l'arrêt *Timmermans*<sup>56</sup>.

En outre, la preuve non contredite concernant l'état de la demanderesse, lorsqu'elle a été mise au courant de l'enquête criminelle, établit qu'il s'agissait également de plus qu'une [TRADUCTION] «simple angoisse ou crainte». Selon la preuve, la dépression dont la demanderesse avait souffert à Red Deer, en 1986, n'était rien comparativement à celle dont elle a été atteinte lorsque l'enquête a commencé. Je remarque que, dans l'arrêt *Rahemtulla*<sup>57</sup>, le juge McLachlin a conclu que la réaction qu'avait eue la partie demanderesse par suite de la conduite délictuelle de la partie défenderesse satisfaisait au troisième critère concernant le préjudice réel, et ce, malgré l'absence d'une preuve présentée par un médecin expert. Dans l'arrêt *Boothman*<sup>58</sup>, le juge Noël a fait remarquer que l'exigence voulant qu'une maladie psychiatrique reconnaissable soit prouvée semble être fort strictement observée dans les réclamations fondées sur le délit qui consiste à causer un choc nerveux par négligence,

<sup>55</sup> *Rahemtulla*, note 41, précitée.

<sup>56</sup> Note 41, précitée; voir également Prosser, note 47, précitée, à la p. 53.

<sup>57</sup> Note 41, précitée, à la p. 313.

<sup>58</sup> Note 29, précitée, à la p. 395.

Having concluded the plaintiff was subjected to the intentional infliction of nervous shock by servants of the Crown, I must consider whether the tortious conduct occurred during the course of their employment. In my view there can be no question that those acting in a supervisory capacity or in a position of authority with respect to the plaintiff were acting in the course of their employment. I concur with Noël J. in *Boothman*<sup>59</sup> that there is

... no difference in law between the case where a servant who, entrusted with the supervision of personnel, abuses that authority in the manner described in these reasons, and that of a servant entrusted with the care of goods who converts those goods for his or her own use. In both cases, the wrong is directly attributable and connected to the duty of responsibility conferred on the servant.

With respect to the plaintiff's fellow members or peers, the question is

... whether the activity was reasonably incidental to the performance of [their] authorized duties, or involved so substantial a departure that the servant must be regarded as a stranger *vis-à-vis* his master.<sup>60</sup>

In my view, the impugned conduct toward the plaintiff occurred strictly within the confines of the working relationship and was occasioned by it. I find that the servants of the Crown were acting during the course of employment.

## (ii) Negligence

In order to engage the Crown's vicarious liability under this heading, a plaintiff must show:<sup>61</sup>

... (i) that he was owed a duty of care by the [Crown servant]; (ii) that the [Crown servant] should have observed a particular standard of care in order to perform or fulfil that duty; (iii) that he broke his duty of care by failing to fulfil or observe the relevant standard of care; (iv) that such breach of duty caused damage or loss to the plaintiff; (v) that such damage

<sup>59</sup> *Ibid.*, at p. 393.

<sup>60</sup> *Crown Diamond Paint Co. Ltd. v. R.*, [1980] 2 F.C. 794 (T.D.), at pp. 799-800.

<sup>61</sup> Fridman, note 48, *supra*, at p. 233.

lesquelles visent habituellement la réaction d'une personne qui a été témoin d'un accident ou qui a vu la victime, et dans lesquelles les règles ordinaires de la négligence s'appliquent.

<sup>a</sup> Puisque j'ai conclu que les préposés de la Couronne ont délibérément causé un choc nerveux à la demanderesse, je dois me demander si la conduite délictuelle a eu lieu dans le cadre de leur emploi. À mon avis, il est certain que ceux qui ont agi en leur qualité de superviseurs ou de personnes ayant autorité à l'égard de la demanderesse agissaient dans le cadre de leur emploi. Je souscris à l'avis que le juge Noël a exprimé dans l'arrêt *Boothman*<sup>59</sup>, à savoir qu'il n'existe

<sup>b</sup> ... aucune différence, sur le plan juridique, entre le cas d'un préposé qui, alors qu'il était chargé de superviser du personnel, abuse de son pouvoir de la manière décrite dans les présents motifs, et celui d'un préposé, à qui on a confié des biens, qui détourne ces biens à son profit. Dans les deux cas, la faute est directement attribuable et liée à l'obligation ou à la responsabilité imposée au préposé.

<sup>c</sup> En ce qui concerne les collègues ou les compagnons de travail de la demanderesse, il s'agit de savoir

<sup>d</sup> ... si l'acte [des préposés] se rattache suffisamment à l'exercice de [leurs] fonctions ou en est tellement éloigné que l'intéressé doit être considéré comme un étranger à l'égard de son commettant<sup>60</sup>.

<sup>e</sup> À mon avis, la conduite reprochée s'est manifestée strictement dans les limites de la relation employeur-employé et a été occasionnée par cette relation. Je conclus que les préposés de la Couronne agissaient dans le cadre de leur emploi.

## (ii) Négligence

<sup>f</sup> Afin d'engager la responsabilité du fait d'autrui de la Couronne sous ce chef, le demandeur doit montrer<sup>61</sup>:

<sup>g</sup> [TRADUCTION] ... (i) que le [préposé de la Couronne] avait envers lui une obligation de prudence; (ii) que le [préposé de la Couronne] aurait dû faire preuve d'un degré particulier de prudence afin de remplir cette obligation ou de s'en acquitter; (iii) que le [préposé de la Couronne] a violé son obligation de prudence en omettant d'exercer le degré pertinent de prudence;

<sup>59</sup> *Ibid.*, à la p. 393.

<sup>60</sup> *Crown Diamond Paint Co. Ltd. c. R.*, [1980] 2 C.F. 794 (1<sup>re</sup> inst.), aux p. 799 et 800.

<sup>61</sup> Fridman, note 48, précitée, à la p. 233.



was not too remote a consequence of the breach so as to render the [Crown servant] not liable for its occurrence.

Canadian courts have used a two-step approach to the test of duty adapted from the classic cases of *Donoghue v. Stevenson*<sup>62</sup> and *Anns v. Merton London Borough Council*.<sup>63</sup>

- (1) is there a sufficiently close relationship between the parties . . . so that, in the reasonable contemplation of the [defendant], carelessness on its part might cause damage to that person? If so,
- (2) are there any considerations which ought to negative or limit (a) the scope of the duty and (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise.<sup>64</sup>

The question whether a duty exists in a given situation is one of law. As to the standard of care required, it is that of the reasonable ordinary man or woman. It is an objective standard. Fridman summarizes relevant considerations as follows:<sup>65</sup>

Negligence in law . . . means some failure to do some act which a reasonable man in the circumstances would do, or doing some act which a reasonable man in the circumstances would not do. The test of whether this act or failure is negligent is whether it would be adjudged so by the "man in the street".

I am satisfied that the evidence also establishes negligence that engages the Crown's vicarious liability. In my view there is no doubt that as the plaintiff's immediate supervisor, Cpl. Mazur owed the plaintiff a duty of care and breached that duty consistently. I find that over a lengthy period, he deliberately refused to exercise his authority to put an end to the conduct of harassment of which he was well aware and which he in fact participated in on occasion, thus condoning that behaviour. He further neglected utterly to respond to the plaintiff's distress signals as

<sup>62</sup> [1932] A.C. 562 (H.L.).

<sup>63</sup> [1977] 2 W.L.R. 1024 (H.L.).

<sup>64</sup> *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2, at pp. 10-11; see also *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, at p. 1145.

<sup>65</sup> Fridman, note 34, *supra*, at pp. 314-315.

(iv) que pareille violation de l'obligation en question a causé un dommage ou une perte au demandeur; (v) que pareil dommage n'était pas une conséquence si éloignée de la violation que le [préposé de la Couronne] n'était pas responsable de son existence.

Les tribunaux canadiens ont employé une méthode en deux étapes à l'égard du critère de l'obligation, en s'inspirant des arrêts classiques *Donoghue v. Stevenson*<sup>62</sup> et *Anns v. Merton London Borough Council*<sup>63</sup>:

- 1) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties . . . pour que [la défenderesse] aient pu raisonnablement prévoir que [son] manque de prudence pourrait causer des dommages à la personne en cause? Dans l'affirmative,
- 2) existe-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l'obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu<sup>64</sup>?

La question de savoir s'il existe une obligation dans un cas donné est une question de droit. Quant au degré de prudence requis, il s'agit de celui dont l'homme ou la femme raisonnable ordinaire fait preuve. Il s'agit d'un degré objectif de prudence. Fridman résume les considérations pertinentes comme suit<sup>65</sup>:

[TRADUCTION] La négligence en droit . . . signifie quelque omission de prendre la mesure que prendrait un homme raisonnable compte tenu des circonstances, ou la prise d'une mesure que ne prendrait pas un homme raisonnable compte tenu des circonstances. Le critère, lorsqu'il s'agit de savoir si la prise de cette mesure ou l'omission de prendre cette mesure, résultent d'une négligence, consiste à savoir si «monsieur tout le monde» jugerait qu'il en est ainsi.

Je suis convaincu que la preuve établit également l'existence d'une négligence qui engage la responsabilité du fait d'autrui de la Couronne. À mon avis, il est certain qu'en sa qualité de superviseur immédiat de la demanderesse, le caporal Mazur avait envers cette dernière une obligation de prudence et qu'il a régulièrement violé cette obligation. Je conclus que, sur une longue période, il a délibérément refusé d'exercer son pouvoir de façon à mettre fin à des actes de harcèlement dont il était parfaitement au courant et auxquels il a en fait parfois participé, par-

<sup>62</sup> [1932] A.C. 562 (H.L.).

<sup>63</sup> [1977] 2 W.L.R. 1024 (H.L.).

<sup>64</sup> *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2, aux p. 10 et 11; voir également *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, à la p. 1145.

<sup>65</sup> Fridman, note 34, précitée, aux p. 314 et 315.

his position of responsibility required him to do. And, as mentioned earlier, superior RCMP officers failed to come to the plaintiff's assistance.

In my view the circumstances of this case present no issue of remoteness or foreseeability. Cpl. Mazur was not an unconcerned bystander without authority to exert control over the behaviour of his subordinates: his negligence played a direct causative role in the damage suffered by the plaintiff, and he was clearly acting in the course of his employment.

#### 5. Discrimination under the Charter

In view of my finding that the defendant is liable in tort, it will not be necessary to deal with this issue.

#### 6. Damages

##### a. The parties' submissions

The plaintiff claims special damages, being lost wages, and general damages for negligence and for the pain and suffering resulting from the intentional infliction of nervous shock. In her written arguments, she also submits, citing the *Boothman* case<sup>66</sup> as authority, that it is within the Court's jurisdiction to award exemplary or punitive damages (such damages were not sought in her statement of claim).

On the issue of special damages, the plaintiff proposed three alternative scenarios for purposes of calculating her losses. The first relates to lost wages from September 1987 to the date of trial in September 1993 in the amount of \$201,000. This amount represents the projected amount of her RCMP wages minus the amount earned in part-time jobs over the relevant period. The second scenario involves lost wages from September 1987 to September 1990, when the plaintiff would have completed ten years' service with the RCMP, minus the plaintiff's earn-

<sup>66</sup> Note 29, *supra*.

donnant ainsi ce comportement. Il a en outre négligé d'une façon flagrante de répondre aux signaux de détresse de la demanderesse comme il était tenu de le faire en tant que titulaire d'un poste de responsabilité.

<sup>a</sup> Et, comme je l'ai ci-dessus mentionné, les officiers supérieurs de la GRC ont omis de venir en aide à la demanderesse.

<sup>b</sup> À mon avis, les circonstances de l'espèce ne soulèvent aucune question de caractère éloigné ou de prévisibilité. Le caporal Mazur n'était pas un simple spectateur non autorisé à exercer un contrôle sur le comportement de ses subalternes: sa négligence a directement causé le préjudice subi par la demanderesse, et il agissait clairement dans le cadre de son emploi.

#### 5. Discrimination fondée sur la Charte

<sup>d</sup> Étant donné que j'ai conclu que la responsabilité délictuelle de la défenderesse était engagée, il est inutile d'examiner cette question.

#### 6. Dommages-intérêts

##### a. Les observations des parties

<sup>e</sup> La demanderesse réclame des dommages-intérêts spéciaux, à savoir la perte de salaire, et des dommages-intérêts généraux fondés sur la négligence ainsi que sur les souffrances et douleurs résultant du fait qu'on lui a délibérément causé un choc nerveux. Dans ses arguments écrits, elle soutient également, en citant l'arrêt *Boothman*<sup>66</sup>, que la Cour a compétence pour accorder des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs (lesquels n'étaient pas sollicités dans la déclaration).

<sup>h</sup> Quant à la question des dommages-intérêts spéciaux, la demanderesse a proposé trois solutions de rechange aux fins du calcul de ses pertes. La première se rapporte au salaire perdu depuis le mois de septembre 1987 jusqu'à la date de l'instruction, en septembre 1993, à savoir 201 000 \$. Ce montant représente le salaire qu'elle aurait touché à la GRC, moins le montant qu'elle a gagné en travaillant à temps partiel pendant la période pertinente. La deuxième se rapporte au salaire perdu du mois de septembre 1987 au mois de septembre 1990, lorsque

<sup>66</sup> Note 29, précitée.

ings during that period. The amount is \$100,500. This option was explained on the basis that the plaintiff's intention upon enlistment in the RCMP was to complete at least ten years' service with the Force. The third amount projected is \$45,000 representing the amount of the plaintiff's medical discharge pension, or 60% of her 1987 salary times two. The plaintiff adds that she made every attempt to mitigate her damages by obtaining part-time employment within months of her separation from the Force.

As to general damages, the plaintiff claims that the evidence establishes the hardships and suffering she endured as a result of the defendant's tortious conduct, from which it took her three years to recover. It is also argued that awards of \$5,000 damages for the intentional infliction of nervous shock in previous cases are defined by the particular circumstances of those cases, and are not binding on this Court.

The defendant, on the other hand, claims that the plaintiff has not established that any damages she may have suffered were caused by the matters alleged. Furthermore, the plaintiff's failure to avail herself adequately of the RCMP's medical services represented both a breach in causation and a failure to mitigate. The defendant also claims that no evidence of any weight supports the plaintiff's claim to special damages and, in any event, special damages in cases of lost employment are limited to the appropriate reasonable notice period. However, according to the defendant, the plaintiff made no reasonable attempt to mitigate.

## b. Analysis and findings

### (i) Special damages

As Fleming points out:<sup>67</sup>

<sup>67</sup> Note 34, *supra*, at p. 229.

la demanderesse aurait complété dix années de service au sein de la GRC, moins la rémunération que la demanderesse a touchée pendant cette période. Le montant en cause est de 100 500 \$. On a expliqué cette solution en affirmant que, au moment de son engagement dans la GRC, la demanderesse avait l'intention d'effectuer au moins dix années de service dans la Gendarmerie. Le troisième montant projeté est de 45 000 \$; il représente la pension que la demanderesse aurait obtenue à la suite d'un congédiement fondé sur des raisons d'ordre médical, soit le double du montant représentant 60 % de son salaire en 1987. La demanderesse ajoute qu'elle a tout fait pour mitiger ses dommages en obtenant un emploi à temps partiel quelques mois seulement après avoir quitté la Gendarmerie.

Quant aux dommages-intérêts généraux, la preuve établit, selon la demanderesse, les tribulations et les souffrances auxquelles elle a été assujettie par suite de la conduite délictuelle de la défenderesse, et dont elle ne s'est rétablie que trois ans plus tard. Il est également soutenu que, dans les arrêts antérieurs, la somme de 5 000 \$ qui avait été accordée à l'égard du délit qui consiste à causer délibérément un choc nerveux était fondée sur les circonstances particulières de l'affaire, et que cela ne lie pas la Cour.

D'autre part, la défenderesse affirme que la demanderesse n'a pas établi que les dommages qu'elle a subis étaient attribuables aux événements allégués. En outre, en omettant de se prévaloir adéquatement des services médicaux de la GRC, la demanderesse a rompu le lien de causalité et a omis de mitiger les dommages. La défenderesse affirme également qu'aucun élément de preuve important n'étaye la réclamation de la demanderesse, en ce qui concerne les dommages-intérêts spéciaux, et que, de toute façon, dans le cas de la perte d'un emploi, les dommages-intérêts spéciaux sont limités au délai de préavis raisonnable approprié. Toutefois, selon la défenderesse, la demanderesse n'a fait aucune tentative raisonnable pour mitiger les dommages.

## b. Analyse et conclusions

### (i) Dommages-intérêts spéciaux

Comme le souligne Fleming<sup>67</sup>:

<sup>67</sup> Note 34, précitée, à la p. 229.

So far as special damages are concerned, the avowed aim is to put the victim in the same financial position he would have been in had the accident not happened. This is often expressed by saying that he is entitled to restitution in integrum.

It has also been stressed,<sup>68</sup> in relation to lost earnings, that:

... [T]he overwhelming weight of authority supports the view that the primary basis for assessment under this head is an estimation of loss of earnings, in the sense that the plaintiff's damages reflect what he would have earned but for the accident, rather than what he had the capacity or ability to earn.

This head of damages is intended to reflect "pecuniary loss". The person who would have chosen not to work at all has suffered no such loss.

The only evidence of lost earnings adduced during the trial consisted of a handwritten summary of calculations resulting in the above-mentioned figures.<sup>69</sup> Counsel for the defendant argues that little weight should be given to those figures, but has not in my view seriously challenged them, either during cross-examination or in written submissions. I am prepared to give weight to the plaintiff's figures as broad guidelines for the awarding of special damages. In light of the plaintiff's testimony, the second figure relating to lost earnings up to the completion of ten years' service, or \$100,500, appears to be the most appropriate basis on which to calculate an award.

I have considered the plaintiff's employment history since separating from the RCMP. She testified that she took off most of October, November and December 1987, and subsequently occupied part-time jobs, principally with various branches of the Royal Bank of Canada, until December of 1990. From December 1990 to the date of trial she worked part-time for the British Columbia Government.

<sup>68</sup> Cooper-Stephenson and Saunders, *Personal Injury Damages in Canada* (Toronto: Carswell, 1981), at pp. 198, 203.

<sup>69</sup> Exhibit P-7.

[TRADUCTION] En ce qui concerne les dommages-intérêts spéciaux, le but avoué est de mettre la victime dans la situation financière où elle aurait été si l'accident ne s'était pas produit. On exprime souvent la chose en disant que la victime a droit à la restitution intégrale.

En ce qui concerne la perte de rémunération, il a également été souligné<sup>68</sup> que:

[TRADUCTION] ... [L]a grande majorité des arrêts étaient l'opinion selon laquelle l'évaluation sous ce chef est avant tout fondée sur une estimation de la perte de rémunération, en ce sens que les dommages subis par le demandeur correspondent à ce qu'il aurait gagné si ce n'avait été de l'accident, plutôt que ce qu'il était en mesure de gagner.

Ce chef de dommages-intérêts est destiné à représenter une «perte pécuniaire». Celui qui aurait décidé de ne pas travailler du tout ne subit aucune perte de ce genre.

En ce qui concerne la perte de rémunération, seul un résumé manuscrit des calculs sur lesquels étaient fondés les chiffres susmentionnés a été présenté en preuve à l'instruction<sup>69</sup>. L'avocat de la défenderesse soutient qu'il faut accorder peu d'importance à ces chiffres, mais, à mon avis, il ne les a pas sérieusement contestés, que ce soit pendant le contre-interrogatoire ou dans ses observations écrites. Je suis prêt à considérer les chiffres mentionnés par la demanderesse comme des lignes directrices générales aux fins de l'octroi des dommages-intérêts spéciaux. À la lumière du témoignage de la demanderesse, le deuxième chiffre, qui représente la rémunération perdue jusqu'à la fin des dix années de service, lequel s'élève à 100 500 \$, semble constituer le fondement le plus approprié aux fins du calcul de la somme accordée.

J'ai tenu compte des emplois exercés par la demanderesse depuis qu'elle a quitté la GRC. La demanderesse a témoigné avoir pris congé pendant presque tous les mois d'octobre, de novembre et de décembre 1987 et que, par la suite, elle a travaillé à temps partiel, principalement dans diverses succursales de la Banque Royale du Canada, jusqu'en décembre 1990. Depuis le mois de décembre 1990 jusqu'à la date de l'instruction, elle a travaillé à

<sup>68</sup> Cooper-Stephenson et Saunders, *Personal Injury Damages in Canada* (Toronto: Carswell, 1981), aux p. 198, 203.

<sup>69</sup> Pièce P-7.

Based on the plaintiff's figures, I have concluded \$88,000 is a suitable award for lost earnings from September 1987 to September 1990. I have arrived at this figure on the basis that no award should be made for 1987, the final months of which the plaintiff testified she simply "took off."

(ii) General damages

Cooper-Stephenson and Saunders remark<sup>70</sup> that, as is the case for pecuniary loss,

The fundamental purpose of damages for non-pecuniary loss is also compensation, but it cannot be on the basis of restitution; . . . Nothing can erase the memory of past pain and suffering.

Canadian courts have adopted a functional approach to the assessment of damages for non-pecuniary loss. In *Smyth v. Szep*, the British Columbia Court of Appeal stated:<sup>71</sup>

Since *Lindal v. Lindal*, [1981] 2 S.C.R. 629 . . . if not before, the law has been clear that ultimately the appropriate solace for a plaintiff's pain and suffering is to be determined by the functional approach. The trial judge is to assess damages for that plaintiff based upon that plaintiff's injuries and that plaintiff's pain and suffering and taking into account all of the factors unique to the circumstances of that plaintiff.

In essence, then, the functional approach

. . . is not to quantify either an asset or lost happiness, but instead to assess the amount which in the particular case will provide a reasonable measure of consolation to the victim for his particular mental condition, . . .<sup>72</sup>

In determining an appropriate award for pain and suffering in the present case, I have taken into account evidence of the plaintiff's condition during her final year on the Force and her efforts to attenuate her difficulties with professional assistance provided

<sup>70</sup> Note 68, *supra*, at p. 342.

<sup>71</sup> [1992] 2 W.W.R. 673, at p. 694.

<sup>72</sup> Cooper-Stephenson and Saunders, note 68, *supra*, at p. 344.

temps partiel pour le gouvernement de la Colombie-Britannique.

En me fondant sur les chiffres fournis par la demanderesse, j'ai conclu qu'il convient d'accorder la somme de 88 000 \$ à l'égard de la rémunération perdue du mois de septembre 1987 au mois de septembre 1990. Je suis arrivé à ce chiffre en concluant qu'aucune somme ne doit être accordée pour 1987, étant donné que la demanderesse a témoigné avoir simplement [TRADUCTION] «pris congé» pendant les derniers mois de cette année-là.

(ii) Dommages-intérêts généraux

Cooper-Stephenson et Saunders font remarquer<sup>70</sup> que, comme dans le cas de la perte pécuniaire,

[TRADUCTION] L'octroi de dommages-intérêts pour une perte non pécuniaire vise aussi essentiellement à assurer l'indemnisation, mais cela ne peut pas être fondé sur la restitution; . . . Rien ne peut faire oublier les souffrances et douleurs passées.

Les tribunaux canadiens ont adopté la théorie fonctionnelle pour évaluer les dommages-intérêts dans le cas d'une perte non pécuniaire. Dans l'arrêt *Smyth v. Szep*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a dit ceci<sup>71</sup>:

[TRADUCTION] Depuis l'arrêt *Lindal c. Lindal*, [1981] 2 R.C.S. 629 . . . , sinon auparavant, il est clairement établi en droit qu'en fin de compte, la consolation appropriée en ce qui concerne les souffrances et douleurs qu'a éprouvées le demandeur doit être déterminée selon la théorie fonctionnelle. Le juge du procès doit évaluer les dommages-intérêts en se fondant sur le préjudice que le demandeur a subi ainsi que sur les souffrances et douleurs auxquelles il a été assujéti et en tenant compte de tous les facteurs propres à la situation du demandeur.

Fondamentalement, la théorie fonctionnelle

[TRADUCTION] . . . ne consiste pas à quantifier un bien ou le bonheur perdu, mais plutôt à évaluer le montant qui, dans ce cas particulier, constituera une consolation raisonnable compte tenu de l'état mental particulier de la victime, . . .<sup>72</sup>

En déterminant la somme qu'il convient d'accorder en l'espèce, pour les souffrances et douleurs, j'ai tenu compte de la preuve de l'état de la demanderesse au cours de la dernière année où elle a servi dans la Gendarmerie ainsi que des efforts qu'elle a faits pour

<sup>70</sup> Note 68, précitée, à la p. 342.

<sup>71</sup> [1992] 2 W.W.R. 673, à la p. 694.

<sup>72</sup> Cooper-Stephenson et Saunders, note 68, précitée, à la p. 344.

by, or on referral by, RCMP services. I have also considered the plaintiff's testimony that she did not recover from her experiences on the Force for three years, but that over that period she did not seek any professional assistance to relieve her problems or to assist her in speeding up the recovery process. In my view the fact that she did not actively seek out psychological or psychiatric help does not represent a failure to mitigate analogous to actual refusal of offers of professional help, but is still a factor to be weighed.

As Noël J. noted in *Boothman*,<sup>73</sup> precise measurement of non-pecuniary damages is always difficult. However, taking into account previous awards for intentional infliction of nervous shock,<sup>74</sup> I am of the view that, as in those cases, \$5,000 will provide the plaintiff "a reasonable measure of consolation" for her injured dignity arising from that tortious conduct.

### 7. Conclusion

Judgment is awarded to the plaintiff in the amount of \$93,000, being \$88,000 for special damages for lost earnings, and \$5,000 for general damages. She will also receive interest calculated pursuant to the provisions of the Alberta *Judgment Interest Act*,<sup>75</sup> as well as her costs in this action.

<sup>73</sup> Note 29, *supra*, at p. 397.

<sup>74</sup> *Boothman, Rahemtulla and Timmermans*, note 41, *supra*, *Bettel*, note 54, *supra*.

<sup>75</sup> S.A. 1984, c. J-0.5.

atténuer ses problèmes en obtenant l'aide professionnelle fournie par les services de la GRC, ou l'aide professionnelle à laquelle ces services l'ont renvoyée. J'ai également tenu compte du témoignage de la demanderesse, à savoir qu'il lui a fallu trois ans pour se rétablir de son expérience au sein de la GRC, mais que pendant cette période-là, elle n'a pas cherché à obtenir de l'aide professionnelle pour résoudre ses problèmes ou pour accélérer son rétablissement. À mon avis, le fait que la demanderesse n'a pas activement cherché à obtenir l'aide d'un psychologue ou d'un psychiatre ne constitue pas une omission de mitiger les dommages comme le serait le refus d'accepter les offres d'aide professionnelle, mais il reste néanmoins qu'il faut prendre ce facteur en considération.

Comme le juge Noël l'a fait remarquer dans l'arrêt *Boothman*<sup>73</sup>, il est toujours difficile de calculer avec exactitude le montant des dommages-intérêts non pécuniaires. Toutefois, compte tenu des diverses sommes accordées lorsqu'un choc nerveux a délibérément été causé<sup>74</sup>, j'estime que, comme dans ces cas-là, la somme de 5 000 \$ assurera à la demanderesse [TRADUCTION] «une consolation raisonnable» pour sa dignité blessée par suite de la conduite délictuelle reprochée.

### 7. Conclusion

Un jugement est rendu en faveur de la demanderesse au montant de 93 000 \$, soit 88 000 \$ à titre de dommages-intérêts spéciaux pour la perte de rémunération, et 5 000 \$ à titre de dommages-intérêts généraux. La demanderesse aura également droit à l'intérêt, calculé conformément aux dispositions de la *Judgment Interest Act*<sup>75</sup> de l'Alberta, ainsi qu'aux dépens de l'action.

<sup>73</sup> Note 29, précitée, à la p. 397.

<sup>74</sup> *Boothman, Rahemtulla et Timmermans*, note 41, précitée, *Bettel*, note 54, précitée.

<sup>75</sup> S.A. 1984, ch. J-0.5.

# DIGESTS

*Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

## ACCESS TO INFORMATION

Applications for orders preventing respondent from disclosing information pertaining to contracts for translation services—In context of Access to Information Act, s. 20(1), trade secrets must have reasonably narrow interpretation since one would assume they do not overlap to other categories—No need for any harm to be demonstrated from disclosure for it to be protected—Trade secret must be something, probably of technical nature, guarded very closely and of such peculiar value to owner of trade secret, harm would be presumed by mere disclosure—Whole of proposal of applicant cannot be of that nature, and applicant not identifying any particular aspect which must be regarded as trade secret—Most of proposal format which applicant striving to protect cannot be regarded as “secret” at all—When would-be contractor setting out to win government contract, should not expect terms upon which prepared to contract, including capacities firm bringing to task, to be kept fully insulated from disclosure obligations of government of Canada as part of accountability—Onus on person claiming exemption from disclosure to show material in question coming within one of criteria of Act, s. 20(1); claimant did not demonstrate material of confidential nature—Applicant not demonstrating success so precariously dependent on form of proposals instead of on competitive advantage based on past record and future capacity—No reasonable expectation of interference with future negotiations proven—Applications dismissed—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 20(1), 44.

SOCIÉTÉ GAMMA INC. v. CANADA (DEPARTMENT OF SECRETARY OF STATE) (T-1587-93, T-1588-93, Strayer J., order dated 27/4/94, 8 pp.)

## ANTI-DUMPING

Application for judicial review of Deputy M.N.R.'s final determination of dumping where decided dumping caused no material injury to production in Canada of like goods—Following Deputy M.N.R.'s determination, Canadian International Trade Tribunal conducted inquiry and determined no material injury caused or likely to be caused—In meantime, present proceedings have lain dormant—Court issued order requiring applicant to show why application, now moot, should not be dismissed—Applicant's fear Deputy M.N.R.'s determi-

## ANTI-DUMPING—Continued

nation could be used, in future, as evidence of propensity to dump—Court not concerned with hypothetical future use of ministerial determination—Court cannot adjourn matter *sine die* to be brought back at applicant's pleasure—Important public interest at stake when judges asked to review and set aside decisions of public authorities, and court's ability to respond quickly when called upon in order to protect important and fundamental rights and liberties, would be seriously compromised if proceedings could be kept in limbo at behest of applicant—As applicants not asking to proceed with matter, application dismissed as moot—Special Import Measures Act, R.S.C., 1985, c. S-15, ss. 47 (as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 34; 1990, c. 8, s. 71), 96.1 (as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 44; 1993, c. 44, s. 220).

SUNEZCO INTERNATIONAL INC. v. DEPUTY M.N.R., CUSTOMS AND EXCISE (A-1259-91, Hugessen J.A., judgment dated 6/5/94, 6 pp.)

Appeal from Canadian International Trade Tribunal's (CITT) decision wording of certain sections of Special Import Measures Act not allowing application of anti-dumping duties—Appellant initiated investigation into alleged dumping of class of electric motors “originating in or exported from U.S.A.” and other countries—After inquiry, Anti-dumping Tribunal found goods caused material injury to production of like goods in Canada—Tribunal held where goods originated in one country and exported to Canada from another country, definition of goods as “originating in or exported from” country named, definition could not, in law, cover goods unless both countries named in preliminary determination and injury finding—Appellant has sole jurisdiction to define “goods” for injury inquiry to be undertaken by CITT; Tribunal to redefine goods would be excess of jurisdiction—Tribunal obliged to address question whether goods “originating in or exported from”, not whether goods “originating in and exported from”, named country—By approaching question as it did, effectively redefined goods subject of preliminary determination and material injury finding that were binding on it and thereby exceeded jurisdiction—Tribunal erred in law in construing Act as not authorizing imposition of anti-dumping duties on goods produced in country not named in preliminary determination or subject of material injury inquiry; also erred in law in construing definition of goods in issue as necessarily being goods “originating in and exported from” named country—In context

**ANTI-DUMPING—Concluded**

“or” cannot be understood to contemplate notion of “and”—Respondent did not attempt with any force to justify decision as being correct in law; did resist attack based on jurisdiction and did rely on deference owed expert tribunal in construction and application of constituting statute—CITT unquestionably expert tribunal, but errors of law herein of character not attracting deference—Appeal allowed—Special Import Measures Act, R.S.C., 1985, c. S-15, s. 62(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 72).

DEPUTY M.N.R., CUSTOMS AND EXCISE V. GENERAL ELECTRIC CANADA INC. (A-388-93, Mahoney J.A., judgment dated 1/6/94, 8 pp.)

**ARMED FORCES**

Application for writ of *certiorari* in aid to prohibit respondent, President of Standing Court Martial, from continuing to try applicant and to quash proceedings to date in trial—Applicant, major in Canadian Armed Forces seeking prohibition and *certiorari* on two grounds: (1) respondent lacking independence required by Charter, s. 11(d) because of rules on appointment, tenure, and removal of such presidents; (2) President's conduct giving rise to reasonable apprehension of bias or lack of impartiality—With respect to both independence of tribunal and impartiality of particular decision-maker, criteria of informed and reasonable person applied—Unable to conclude well-informed objective observer of proceedings would likely conclude President biased against accused and could not fairly conduct remainder of trial—No evidence to suggest President doing other than describing nature of documents in fair and objective manner as understood at time—Application dismissed—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 11(d).

HARDING V. CANADA (PRESIDENT OF STANDING COURT MARTIAL) (T-1848-93, Strayer J., order dated 19/5/94, 9 pp.)

**BARRISTERS AND SOLICITORS**

Conflict of interest—Application by defendant to have firm of Burke-Robertson removed as solicitors for plaintiff and prohibiting firm from revealing confidential information obtained from lawyer employed at Burke-Robertson to any new counsel for plaintiff—Lawyer working at Smart & Biggar became associate with Burke-Robertson; Burke-Robertson acting for Almecon Ltd. in patent infringement action against Nutron and Smart & Biggar acting for Anchortek Ltd. also sued by Almecon for infringement of same patent—Firm defending Nutron in contact with Smart & Biggar defending Anchortek—Lawyer from Smart & Biggar, when moved to Burke-Robertson, actively involved on behalf of plaintiff in main action—In *Martin v. Gray*, [1990] 3 S.C.R. 1235, to determine presence of disqualifying conflict of interest, test whether reasonably informed person would be satisfied no use of confidential information would occur—Whether lawyer

**BARRISTERS AND SOLICITORS—  
Concluded**

received confidential information attributable to solicitor-client relationship and relevant to action against Nutron—Once shown previous relationship sufficiently related to retainer from which sought to remove solicitor, presumption confidential information attributable to solicitor-client relationship between them—“Reasonably informed person” knowing of history of litigation would assume through conversations, incidental information and opinions would have been transmitted between two law firms engaged in defence of two defendants in similar litigation brought by same plaintiff involving validity of same patent—Legal profession adopted standards of professional conduct consistent with recognition of confidential relationship in information flowing between one firm to another—In face of presumption confidential information has been conveyed, general statements to contrary not sufficient—Firm of Burke-Robertson ordered removed as solicitors for plaintiff and prohibited from revealing confidential information to plaintiff.

ALMECON INDUSTRIES LTD. V. NUTRON MANUFACTURING LTD. (T-762-88, Strayer J., order dated 26/4/94, 12 pp.)

Appeal from order removing firm of Fillmore & Riley as solicitors for plaintiffs on ground of conflict of interest—Whether Associate Senior Prothonotary's order was clearly wrong, in sense exercise of discretion by Prothonotary based upon wrong principle or upon misapprehension of facts—Plaintiffs sued for patent infringement; solicitors for plaintiffs were Fillmore & Riley closely associated with Ade & Company which also acted as patent agent for defendant—Relationship between patent agent and solicitor in closely associated firms and in relation to patent litigation much more akin to relationship between two solicitors in same firm than to relationship between solicitor and secretary employed by his or her firm—Application dismissed.

DECAP V. MIDLAND MANUFACTURING LTD. (T-2869-93, Gibson J., order dated 20/5/94, 11 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION****EXCLUSION AND REMOVAL***Immigration Inquiry Process*

Application for judicial review of immigrant officer's decision not recommending processing of application for landed immigrant status from within Canada—Interview of applicant and spouse conducted for purpose of determining *bona fides* of marriage; conclusion of immigrant officer marriage not *bona fide* and entered into for immigration purposes only—Applicant alleged interviewing officer failed to comply with rules of natural justice or duty to act fairly by failing to provide applicant and spouse with opportunity to respond to concerns leading interviewing officer to conclusion applicant's marriage not *bona fide*—Applicant married in civil ceremony conducted by Rabbi; both applicant and spouse Roman Catholic—Procedural fairness not requiring applicant be given opportunity to respond to discrepancies arising from spousal interviews; interview process conducted separately for purpose of avoiding



## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

collusion: *Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, ([1993] 2 F.C., D-24 (T.D.))—Although interviewing officer may have failed to put discrepancies to parties to spousal interviews, not constituting breach of procedural fairness and not fatal to resulting decision—But failure to provide applicant and spouse opportunity to respond to concern regarding marriage of two Roman Catholics by Rabbi not justifying—Application allowed.

SORRENTI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-1979, Gibson J., order dated 2/6/94, 6 pp.)

### *Inadmissible Persons*

Application for judicial review of immigration officer's decision applicant did not satisfy terms and conditions imposed on visa upon landing in Canada—Applicant, citizen of Hong Kong, applied for visa to enter Canada as landed immigrant in entrepreneur category—Conditions attached to landing in Immigration Regulations, R. 23(1)(d)(iv)(A); instead of investing in printing business, applicant invested in Universal Broadcasting Academy Inc. and assumed managerial position with company—Issue validity of words "that will make a significant contribution to the economy" in relation to business in Canada as words contained in definition "entrepreneur" and in former R. 23(1)(d)(iv)(A)—Immigration Act, s. 114 empowering Governor in Council to make regulations—Words of R. 23(1)(d)(iv) not pertaining to skill, occupation, experience or other personal attributes or attainments of immigrant as envisaged by Immigration Act, s. 114(1)(a); no authority to include words in conditions attached to landing—Immigration Act, s. 3 directing rules and regulations to recognize need to promote domestic and international interests in Canada—Personal attributes and attainments requiring description and Parliament left to Governor in Council authority to provide additional descriptions—Words "that will make a significant contribution to the economy" in definition of "entrepreneur" and in former R. 23(1)(d)(iv)(A) on Immigration Regulations, 1978 not *ultra vires* Immigration Act—Regulations providing for attaching of terms and conditions on landing constituting application of selection standards envisaged by former s. 114(1)(a)—Immigration officer must be permitted scope, without holding up cancellation of conditions indefinitely or arbitrarily, to reasonably satisfy himself or herself that business or commercial venture has and will make significant contribution and that employment opportunities will be created in meaningful way—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 3, 114(1)(a) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102)—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, R. 23(1)(d)(iv)(A).

CHAN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-1825, Rothstein J., order dated 12/5/94, 14 pp.)

Appeal from decision appellant not entitled to receive visa—Appellant, citizen of Guyana, landed in Canada as dependant of his mother—Appellant married widow with children in Guyana and sponsored his wife's application for landing with her three children—Visa officer concluded marriage not *bona fide*; age discrepancy taken into account—Immigration Regulations, s. 4(3) requiring visa officer to enter into enquiry—

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

Age discrepancy relevant to enquiry visa officer obliged to undertake; not sole determining factor in conclusion marriage not *bona fide* for purposes of sponsorship—No infringement of Charter, s. 15—Appeal dismissed—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 4(3)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15.

RAMSAHOYE V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-309-92, Mahoney J.A., judgment dated 11/5/94, 2 pp.)

### IMMIGRATION PRACTICE

Application for judicial review of decision of single member of Convention Refugee Determination Division (CRDD) dismissing applicant's motion for rehearing of claim—Applicant, citizen of Mexico, arrived in Canada in 1989—Convention refugee status denied in 1991—Application for leave to appeal dismissed for failure to file affidavit on time—Application for reconsideration of denial of leave application dismissed—New counsel retained and rehearing application brought pursuant to R. 30 of Convention Refugee Redetermination Division Rules based on: (1) new evidence; (2) applicant not properly heard as suffered from post-traumatic stress syndrome resulting in ineffective communication—Motion denied—No explicit statutory authority to reopen or rehear CRDD's decision—R. 30 cannot, in absence of specific statutory authority, provide basis for reopening or rehearing once final decision made—Examination of finality of tribunal proceedings competing with opportunity to have new or additional evidence which may affect tribunal's findings in determination of whether to reopen hearing—Board member exercised discretion in allowing applicant opportunity to have new evidence heard and assessed by authoritative body, interpreted role correctly, assessed appropriate case law, addressed questions of natural justice, right to be heard, assessed whether new evidence might render original decision nullity—Application dismissed—Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/89-103, R. 30.

CAMACHO-SOUZA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-406-93, Wetston J., order dated 28/2/94, 5 pp.)

Motion for order granting stay of execution of removal order or motion for extension of time to commence application for leave and for judicial review in regard to Convention Refugee Determination Division's (CRDD) decision applicant not Convention refugee—Purpose of Immigration Act, s. 49(1)(c)(i), to provide by statute for stay of removal of person applying for leave to seek judicial review of negative decision in regard to claim to be Convention refugee—Removal of person who availed himself or herself of only process available to question negative decision on claim to be refugee, unfair before disposition of application for judicial review—Stay of execution of removal order becoming effective by operation of s. 49(1)(c)(i) of Act once applicant files in Federal Court application for leave and for judicial review, even if filed beyond 15-day period ordinarily provided by s. 82.1(2) for filing application for extension of time—Inconsistent to construe

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

s. 49(1)(c)(i) as not providing for stay of execution of removal order once application is before Court by filing, pending determination of whether special reasons for extension warrant commencement of proceedings—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 49(1)(c)(i) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 41), 82.1(2) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1990, c. 8, s. 53; 1992, c. 49, s. 73).

SHOLEV v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-2367-94, MacKay J., order dated 17/5/94, 6 pp.)

### JUDICIAL REVIEW

#### *Federal Court Jurisdiction*

Application for stay of removal order and certification of questions for consideration by Court of Appeal—Applicant, citizen of St. Vincent, remained continuously in Canada after visitor's status expired—In 1992, married permanent resident of Canada and applied for permanent residence from within Canada, based upon humanitarian and compassionate grounds of *bona fide* marriage—Departure notice sent to applicant on basis remained in Canada illegally and because no humanitarian or compassionate reasons—Unclear whether Federal Court has jurisdiction to grant stay of removal order where validity of order itself not under attack—Conflicting case law—Reasoning in *Hamilton v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 1 F.C. 3 (T.D.) compelling—There, as here, issue of whether serious question to be tried already determined in applicant's favour—Thus, although validity of deportation order not impugned, some question as to whether immigration officer's conclusion no humanitarian grounds correct—Federal Court Act, s. 18.2 giving Federal Court expanded jurisdiction necessary before stay could be granted—Whether jurisdiction including power to stay operation of transitional provisions in Act to Amend Immigration Act, s. 113 so as to interrupt period of time during which departure notice must be honoured before converted into deportation order—Application before Court not seeking declaration s. 113 of transitional provisions invalid—Rather, Court asked to exercise discretion to issue interim order which would suspend operation of provision, under particular circumstances of case, in order to preclude section from frustrating intentions of Court and undermining intended outcome of application—Court was called upon to exercise inherent jurisdiction to intervene in order to prevent relief sought from being rendered nugatory—In light of inherent jurisdiction and jurisdiction conferred by Federal Court Act, s. 18.2, Federal Court has (a) authority to grant relief from effect of s. 113 of transitional provisions converting applicant's departure notice into deportation order and (b) power to stay execution of removal order—Application granted—Three questions certified for appeal: (1) on application for interim relief, whether jurisdiction in trial judge to certify question for appeal under s. 83(1); (2) whether jurisdiction in Court to stay removal order where its validity not under attack; (3) whether jurisdiction in Court to stay operation of s. 113 of Transitional provisions so as to interrupt period during which departure notice must be honoured before conversion into deportation order—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.2 (as enacted by S.C.

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

1990, c. 8, s. 5)—An Act to amend Immigration Act and Other Acts in consequence thereof, S.C. 1992, c. 49, s. 113.

LLEWELLYN v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-2147, Jerome A.C.J., order dated 23/3/94, 15 pp.)

### STATUS IN CANADA

#### *Citizens*

Application for *mandamus* directing respondent to allow applicants to take oath of citizenship and requiring Minister to issue certificates of citizenship—Applicant and husband signed joint application for permanent residence and landed in Canada with children—Applicant's spouse became subject to inquiry under Immigration Act, s. 27—Immigration adjudicator found misrepresentations and missing matters on application for permanent residence such as criminal convictions, refusal of admission into another country, association with political organizations, place of birth, education, work history—Applicant's spouse found inadmissible by adjudicator—Applicant applied under Citizenship Act, s. 5 for Canadian citizenship for herself and three children—After interview, applicant was informed she met requirements and would be called to take oath of citizenship—Since spouse would gain permanent residence as accompanying spouse of principal applicant, Employment and Immigration decided applicant liable to inquiry; respondent declined to offer opportunity to take oath of citizenship—Basis of present application approval by Citizenship Judge has never been appealed; duty on respondent to finalize applicant's citizenship by issuing certificate of citizenship; as respondent failed to comply with duty, *mandamus* should be issued—Minister's duty under Immigration Act, s. 12(2) to issue certificate of citizenship not arising until approval of application by Citizenship Judge—No documentary evidence to indicate Citizenship Judge, in accordance with s. 14(2) and (3), has ever approved application or provided written reasons for determination to appropriate parties; until that occurs, Federal Court not in position to require Minister to issue certificate of citizenship—Appropriate recourse to issue order of *mandamus* requiring Citizenship Judge to comply with statutory duty under s. 14 of Act—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 27 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16)—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 5, 12(2), 14(2), (3).

KHALIL v. CANADA (SECRETARY OF STATE) (T-2179-92, Jerome A.C.J., order dated 17/5/94, 4 pp.)

#### *Convention Refugees*

Application for judicial review of Convention Refugee Determination Division's (CRDD) decision applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of Somalia, member of Issa clan, born and lived in Ethiopia without civil status—Fighting between rival groups in Ethiopia resulted in shelling of family house—Claim based on fear of persecution if returned to Ethiopia and risk of being killed if returned to Somalia because of inter-clan rivalry—CRDD found no possibility of persecution in definition of Convention refugee under Immigration Act, s. 2(1) if returned to Somalia—Tribunal's decision erred in not assessing applicant's claim to fear perse-

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

cution because of membership in Issa clan, and in not referring to particulars of applicant's own situation—Reasons for tribunal's conclusion not set out and not supported on basis of evidence and inferences properly drawn from evidence—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1).

ALI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-39-93, MacKay J., order dated 9/6/94, 9 pp.)

Application for judicial review of Board's decision applicants, citizens of People's Republic of China, not Convention refugees—Substantive issue relating to China's family planning laws and forced abortion undergone by female applicant—*Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 314 (C.A.) and *Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 675 (C.A.) changed law with respect to forced sterilization being considered persecution—Forced abortion equivalent or worse than forced sterilization—Proper question not whether female claimant forced to undergo abortion in past, but whether reasonable chance of her being forced to undergo one if returned to China—Previous forced abortion relevant to answer to proper question, but other evidence will have to be considered, such as local practices—Case distinguishable from *Chan* as woman herein has already undergone forced abortion, whereas in *Chan* claimant left country before undergoing sterilization—Application allowed.

LAI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-307-93, McKeown J., order dated 20/5/94, 3 pp.)

Application for judicial review of Convention Refugee Determination Division's decision applicants not Convention refugees—Applicants, citizens of Sri Lanka, allegedly victims of persecution by army—Applicants' fear subjective, without reasonable foundation—Facts not suggesting claimants must be regarded as without Internal Flight Alternative (IFA) anywhere else in Sri Lanka—Applicants not personally persecuted by army: bombardment part of ongoing battle and not directed personally at applicants—Tribunal had discretion to decide IFA for claimants in Colombo or similar area—Application dismissed.

KARTHIKESU V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-2998-93, Strayer J., order dated 26/5/94, 5 pp.)

Application for judicial review of Convention Refugee Determination Division's (CRDD) decision applicant not Convention refugee—Applicant, school teacher, citizen of People's Republic of China, claiming to have well-founded fear of persecution on basis of political opinion; participated in pro-democracy movement—Arrested and detained until confessed participation, then deprived forever of right to practice profession and live where she choose—Forced to return to country village and become farmer—Board erred in law when said "if claimant had signed confession earlier, she would have spent less than one month in detention"; imprisonment cannot be dis-

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

counted on basis could have been avoided by early confession—Board's finding applicant's imprisonment not persecution as caught up in country-wide combing out operation to test population's political attitudes was perverse—Evidence clear and credible arrest at school and subsequent imprisonment direct result of political beliefs and participation in demonstrations; fact country-wide ideological purge conducted at same time irrelevant—To permanently deprive teacher of profession and to forever convert educated young woman into farm hand and garment worker, added to deprivation of mobility and freedom to choose where she would live constituted persecution—Application allowed.

HE V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-3024-93, Simpson J., order dated 1/6/94, 4 pp.)

Application for judicial review of Convention Refugee Determination Division's decision applicants not Convention refugees—Applicant and daughter, citizens of Ghana, claiming refugee status on basis of political opinion and membership in particular social group—Applicant fears she will be imprisoned indefinitely, as hostage in place of uncle, if returns to Ghana—Board misstated evidence—Onus not on applicant to demonstrate authorities continued to search for applicant after departure—In determining whether applicant meeting definition of Convention refugee, Refugee Division has jurisdiction to consider evidence to determine whether Immigration Act, s. 2(3) applying, allowing applicant to be granted Convention refugee status even though objective basis for fear of persecution no longer existing—Whether Board's finding in respect of changed country conditions withstanding judicial review—Applicant cannot succeed in Convention Refugee claim if changed country conditions removed objective foundation for fear of persecution—Whether changes meaningful and effective enough to render genuine fear of appellant unreasonable and without foundation—Unlikely for authorities to free convicted dissidents and to continue persecuting relative of dissident, who has never been convicted and no longer living in Ghana—If credible evidence of past persecution and s. 2(3) argued on applicant's behalf, Board should deal with issue in reasons if only to say facts do or do not justify application of s. 2(3)—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(3).

GYAMFUAH V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-3168-93, Simpson J., order dated 3/6/94, 8 pp.)

Application for judicial review of Immigration and Refugee Board's decision applicant, stateless person, not Convention refugee—Board erred when stated person without right to claim Convention refugee status if claimant not "formally returnable" to any state; not test for determining limitation to right to claim Convention refugee status—Test used by Board not conform with definition of Convention refugee—Proceeding should be exercised herein within powers conferred on Trial Division under Federal Court Act, s. 18.1(3)(b)—Matter returned to Board and direction applicant be determined Convention refugee—Application allowed—Federal Court Act,

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(3)(b) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

**BOHAISY V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)** (IMM-3397-93, McKeown J., order dated 9/6/94, 3 pp.)

Application for judicial review of credible basis hearing Tribunal's decision applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of Columbia, claimed Convention refugee status on basis of membership in particular social group—Applicant submitted Tribunal misinterpreted definition of Convention Refugee; misapplied credible basis test by finding since applicant feared random violence, not member of particular social group having well-founded fear of persecution—Tribunal did not err in concluding no connection between applicant's fear of persecution and Convention ground—No evidence applicant or family have been specifically targeted by either guerilla organization or members of drug cartel; no identifiable risk distinct from rest of population; no evidence death of brother politically motivated or drug related—Applicant informed of right to counsel at commencement of inquiry; no violation of principle of natural justice—Beneficial for Tribunal to advise claimants about possibility of obtaining legal aid but failure to do so must be examined in context of each case—Applicant herein advised to contact community organizations or law schools at second appearance before Tribunal—Applicant had sufficient opportunity to obtain information regarding availability of legal aid—Application dismissed.

**VARGAS V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)** (T-1301-92, Wetston J., order dated 25/5/94, 4 pp.)

Application for judicial review of Immigration and Refugee Board's decision applicants, citizens of Somalia, not Convention refugees—Whether applicant invoking Immigration Act, s. 2(3) must demonstrate existing or ongoing fear of persecution both subjectively and objectively—In *Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 680 (C.A.) test to apply in usual case of interpretation of s. 2(3): if applicant has reasonable or serious possibility of suffering persecution if returned to country of origin—Test to apply in exceptional circumstances (where claimants suffered such appalling persecution that experience alone compelling reason not to return them even though no longer any objective reason to fear further persecution): s. 2(3) should apply to anyone who has been recognized as refugee at any time: *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Obstoj*, [1992] 2 F.C. 739 (C.A.)—Convention refugee determination not necessary before s. 2(3) may be applied—Board erred in law by finding Act, s. 2(3) requiring existing fear, both objectively and subjectively—Act, s. 2(3) applying only to tiny minority of present day claimants, those in special and limited category who can demonstrate suffered persecution, experience alone compelling reason not to return to country where suffered persecution—Nature of persecution involving death, physical harm or other penalties—S. 2(3) applying to extraordinary cases in which persecution relatively exceptional, that even in wake of changed circumstances, would be wrong to return refugee

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

claimants—Application granted—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(3).

**HASSAN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)** (A-653-92, Rothstein J., order dated 4/5/94, 7 pp.)

Application for order transitional provisions of An Act to Amend the Immigration Act and Other Acts in consequence thereof, constitutionally invalid on grounds violating Charter, s. 7—Effect of provisions to unify judicial review procedures with respect to immigration matters by deeming all immigration appeals, including those before Court of Appeal not scheduled for hearing, to be applications for judicial review before Trial Division under Federal Court Act, s. 18.1—Applicant submitting transitional provisions infringing rights under Charter, s. 7 as eliminating right to appeal and possible remedy of having Court of Appeal give decision Refugee Division should have given—Federal Court Act, s. 52(c)(i) allowing Court of Appeal to give decision administrative tribunal should have given but remedy entirely discretionary—Applicant may have been awarded same remedy on appeal as will receive in judicial review and any arguments with respect to delay speculative—Whether principles of fundamental justice denied by procedures set out in impugned transitional provisions—Charter, s. 7 rights well protected by judicial review procedures of Federal Court Act, s. 18.1(3) and (4)—Transitional provisions not infringing applicant's rights under Charter, s. 7—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1(3),(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 52(c)(i)—An Act to Amend the Immigration Act and Other Acts in consequence thereof, S.C. 1992, c. 49—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

**XU V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)** (A-828-92, Jerome A.C.J., order dated 20/5/94, 8 pp.)

### *Permanent Residents*

Appeal from Immigration Appeal Division's decision allowing appeal of respondent and overturning refusal by immigration officer of sponsored application for landing of spouse; sufficient humanitarian or compassionate grounds to grant permanent residence—Whether Immigration Appeal Division exceeded jurisdiction or erred in law in interpretation and application of Immigration Act, s. 77(3)(b) by allowing appeal and granting special relief, notwithstanding ss. 19(1)(i) and 55(1) of Act—Even if limitation of Board's equitable jurisdiction under s. 77(3) more in accordance with what appears to be scheme of Act, such limitation finds no clear support in wording of legislation—Determination by Board of question relating to its jurisdiction clear and express and should not be disturbed by court of review as long as support can be found in wording of legislation—Appeal dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(i), 55(1) (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 45), 77(3)(b).

**CANADA (SOLICITOR GENERAL) V. KAINTH** (A-34-94, Marceau J.A., judgment dated 10/6/94, 7 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Concluded

### *Persons with Temporary Status*

Visitors—Application for judicial review of adjudicator's decision applicants not genuine visitors to Canada and ordered excluded from Canada—Issues concerning meaning of definition of visitor in Immigration Act, s. 2 and adjudicator's failure to entertain submissions from counsel in course of delivering decision—"Visitor" person lawfully in Canada, or seeking to come into Canada, for temporary purpose—Applicants' purpose temporary in sense once father's refugee claim determined, applicants would cease to be visitors—*Chan v. Minister of Manpower and Immigration*, [1978] 1 F.C. 217 (C.A.) and *Gill v. Minister of Employment and Immigration*, [1981] 1 F.C. 615 (C.A.) authorities for proposition temporary purpose can only be established if period of visit not indefinite in duration; but no specific departure date required to demonstrate definite duration—Adjudicator correctly applied law when concluded applicants not visitors—Adjudicator has discretion not only over initial submissions but also over any supplementary submissions counsel may seek to make—Adjudicator's approach to counsel's submission reasonable in all circumstances and did not contravene Immigration Regulations, s. 34(2)—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2, 82.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1990, c. 8, s. 53; 1992, c. 49, s. 73)—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 34(2).

PAREDIZ V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-2087, Simpson J., order dated 1/6/94, 5 pp.)

## CROWN

### TORTS

Plaintiff struck by cart operated by porter at international airport and suffered injury to knee—Porter employed by company which had no general liability insurance—Company leased space at airport from government—Whether government liable in law for injuries, losses and damages suffered by plaintiff as result of accident—Plaintiff contending government owed private law duty of care as result of negligent implementation of porter service policy; as operator of public facility, government had duty to ensure compensation would be available for damage caused to individual by any entity operating on premises—Action dismissed—Position advanced by counsel for plaintiff untenable at law—Officials in department made pure policy decision dictated by financial considerations operation of porter service at airport would be responsibility of airlines—Department without duty of care in situations arising from policy decision and shielded from application of private law tort liability: *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228—Failure of Department to ensure strict compliance by company with terms of lease may not properly be characterized at law as acts of negligence committed in course of carrying out policy decision—Even if inaction of Department in circumstances herein constituted negligence at law, no nexus between negligence and injuries—To adopt position of plaintiff would require to conclude government

## CROWN—Concluded

should act as ultimate insurer in all circumstances where compensation unavailable through other sources to person injured on government property—No order as to costs.

BYK V. CANADA (T-280-89, McGillis J., judgment dated 25/5/94, 5 pp.)

## CUSTOMS AND EXCISE

### EXCISE TAX ACT

Appeal by way of action seeking to vacate notice of determination whereby claim for refund of federal sales tax paid on goods sold to retail customers, disallowed—Plaintiff, licensed manufacturer pursuant to Excise Tax Act, s. 2(1)(i)—Goods underlying claim imported goods purchased by plaintiff in one instance from importer, and in other, from person other than importer; no production or manufacturing activity took place in Canada—Plaintiff arguing paid federal sales tax in error at time of sale to retail customers, and entitled to refund of taxes—Whether plaintiff entitled to refund of federal sales tax; whether plaintiff "producer or manufacturer" of said goods within meaning of Act, s. 50(1)(a) at time goods sold—If plaintiff producer or manufacturer, tax properly payable and no refund exigible—Whether s. 2(1)(i) and 2(3) have effect of deeming plaintiff to have been producer or manufacturer of goods in issue so as to make it liable to tax on sale to retailers—Deeming provision of Act, s. 2(1) deeming person importing goods to be person manufacturing these goods and not importer; (2) attaching to goods themselves irrespective of whose hands they are in—Tax imposed by s. 50(1)(a) not personal tax levied on manufacturer, but tax levied on goods and imported goods could not be transformed into manufactured goods only because importer of goods deemed to be manufacturer: *Caloil Inc. v. The Queen*, [1972] F.C. 1217 (T.D.)—Regulation-making power embodied in s. 54(2) not restricted to persons manufacturing or producing goods, but also extending to persons deemed by Act to do so—S. 2(3) has effect of deeming Schedule III.1 goods sold by plaintiff to be goods manufactured and produced in Canada and not imported goods—Deeming provisions cannot be construed in isolation; must be interpreted in light of scheme and purpose of legislation—S. 2(1)(i) operating with respect to person actually selling Schedule III.1 goods, and not to person merely seller of such goods—Action dismissed—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 2(1)(i) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 12, s. 1), (3), 50(1)(a), 54(2).

W.R. McRAE CO. V. CANADA (T-1595-93, Noël J., judgment dated 22/4/94, 24 pp.)

## ENVIRONMENT

Motion by applicant Ministers to dismiss application for judicial review brought by respondent Friends of Oak Hammock Marsh Inc. (FOHM)—Ducks Unlimited (Canada), private, non-profit, conservation organization to preserve waterfowl breeding habitat in Canada, received funding from Western Economic Diversification (WED) for interpretive and

**ENVIRONMENT—Concluded**

educational centre at Oak Hammock Marsh, to be combined with office complex—Office complex approved by government, built, completed in December 1992, centre opened in Spring 1993—Respondent opposed to project—Whether FOHM's application out of time and whether relief sought by it should be granted—FOHM aware of Minister's decision project not requiring public environmental assessment as early as 1991—Applicant opposed municipal by-law amendment and granting of provincial licence for project—Even if application not out of time, ought to be dismissed—Futile to grant relief sought by FOHM; even if order of establishment of environmental assessment panel, any findings made with respect to environmental effects would have no practical effect—Project built and operating, funding paid not recoverable, federal government without power to impose terms and conditions on operation of project—Since licenses and permits for building and lagoon granted by provincial authorities operating under relevant Manitoba statutes, all possible remedies lying with provincial authorities—Federal government without authority to revoke such licenses or suspend such permits—To do so would be invasion on areas of provincial responsibility—EARP Guidelines Orders cannot be used as colourable device to invade areas of provincial jurisdiction unconnected to relevant heads of federal power—Motion granted—Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-478.

FRIENDS OF OAK HAMMOCK MARSH INC. v. CANADA (MINISTER OF WESTERN ECONOMIC DIVERSIFICATION) (T-612-93, Rouleau J., order dated 9/6/94, 6 pp.)

**EVIDENCE**

Claim by Correctional Investigator to declare evidence, to be given by witness called by plaintiff, inadmissible—Claim based on Corrections and Conditional Release Act, s. 189 or alternatively, claim for public interest privilege under Canada Evidence Act, s. 37—Witness had previous conversations and communications as correctional investigator with plaintiff; matters relevant for purposes of litigation—Witness could not be allowed to give evidence on ground disclosure of any information obtained by witness in course of previous employment would impair functioning of office of Correctional Investigator—S. 189 only applying to investigations carried on by office of Correctional Investigator after s. 189 became operative in November 1992—Nothing in 1992 legislation making s. 189 operating retroactively so as to extend absolute immunity to investigations under earlier legislative scheme; thus, s. 189 not applicable herein—Purpose of enacting s. 37 to answer criticisms associated with claims for absolute immunity based on class of information into which evidence fell—No harm to public interest will ensue from allowing evidence to be given—Motion dismissed—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 37—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 189.

KELLY v. CANADA (T-1087-92, Reed J., order dated 26/5/94, 7 pp.)

Application under R. 332(1) for order striking out certain paragraphs of respondent's affidavit as irrelevant, hearsay and

**EVIDENCE—Concluded**

opinion evidence—Argued respondent's affidavit not made on interlocutory motion and should be limited to facts within personal knowledge—*Éthier v. Canada (RCMP Commissioner)*, [1993] 2 F.C. 659 (C.A.) can be reconciled with R. 332(1) if Rule read as being subject to common law exceptions to hearsay rule (reliability and necessity); admission of proposed reliable and necessary evidence, with appropriate weight to be given to such evidence to be determined by trial judge—Whether evidence sought to be introduced by respondent reliable and necessary—Traditional approach of presumptive rule of exclusion of hearsay unless evidence in question could fit into one of "set of ossified judicially created categories" replaced by approach permitting admission where necessity for such evidence shown and where sufficient circumstantial guarantees of trustworthiness existing—Two paragraphs shall be struck: clearly hearsay evidence—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 332(1).

LECOUPE v. CANADA (CHIEF OF DEFENCE STAFF) (T-1650-93, Nadon J., decision dated 29/4/94, 11 pp.)

**HUMAN RIGHTS**

Application for order of *certiorari* quashing Canadian Human Rights Commission's (CHRC) decision—Plaintiff worked as gang labourer at Canadian National Railway (CNR); in 1988, injured knee at work and applied later for light duties position—CNR refused on basis problem with knee and continuing obesity disqualified plaintiff from doing full-time labour—Plaintiff filed complaint with CHRC claiming discrimination on ground of disability, contrary to Canadian Human Rights Act, s. 7—Investigation of plaintiff's complaint made in accordance with Act, s. 43(1)—Defendant requested Commission to conduct further investigation—When complaint considered by Commission, material included investigation report of second investigator and plaintiff's response but not including first investigation report—Defendant maintaining second investigation conducted was continuation of first one commenced—First investigation not incomplete and second investigation not continuation—First investigator's report and plaintiff's submissions were germane to question which Commission had to decide, not entitled to render its decision without having regard to them—Application granted—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7, 43(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 63)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

LUKIAN v. CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. (T-641-93, Jerome A.C.J., order dated 2/5/94, 5 pp.)

Application for judicial review of Human Rights Tribunal's decision dismissing 26 employees' complaints on ground of age in matter related to employment—Complainants employees of Department of Transport working in Executive Flight Service (EFS) as pilots or flight attendants—Service operated by two separate ministries, Department of Transport (DOT) and Department of National Defence (DND)—In 1984, responsibility for EFS transferred to DND—EFS staffers considered too old to join military pilots as to transfer of pension benefits—(1) Whether Tribunal erred in not addressing issue

**HUMAN RIGHTS—Concluded**

of paramountcy of Public Service Rearrangement and Transfer of Duties Act; (2) Whether Tribunal erred in ruling employees not victims of direct nor indirect discrimination; (3) Whether Tribunal erred by basing its decision on erroneous findings of facts made without regard to material before it—(1) Tribunal did not err in expressly discussing issue of paramountcy as Tribunal, in reviewing transfer and reasons behind it, clearly had in mind requirements and regime of Act and role it plays in scrutiny of such decision—(2) Burden of proof resting on Commission and complainants to show *prima facie* case and only then will evidentiary burden shift to respondent Minister to show discriminatory practice necessary because of occupational requirements and qualifications—Age was factor in implementation of decision to transfer service from one Ministry to another; Court may interfere when satisfied Tribunal failed to have regard to material before it—Tribunal committed errors in reviewing evidence and in apparent disregard for totality of material before it on question of age as concern in implementation of decision to transfer EFS from DOT to DND—(3) Key components of adverse effect discrimination: (i) employment rule or standard; (ii) honestly made and neutral on its face but; (iii) having effect of discrimination on prohibited ground—If satisfied, burden shifting to respondent employer to show it satisfied duty to accommodate affected employees up to level of undue hardship for employer—Tribunal did err in ruling employees not victims of indirect discrimination as employer failed to show reasonable steps to accommodate—(4) Finding of fact by Tribunal made in perverse manner or without regard to material before it on grounds of Federal Court Act, s. 18.1(4)—Decision woefully insufficient in its review of evidence—Tribunal has role to hear allegations and thoroughly consider and review material—Employees entitled to know exactly what in their case was rejected and, more important, why—Application allowed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Public Service Arrangement and Transfer of Duties Act, R.S.C., 1985, c. P-34.

CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. CANADA  
(T-672-93, Cullen J., order dated 5/4/94, 22 pp.)

Application for *certiorari* against Canadian Human Rights Commission's (CHRC) decision refusing to order inquiry in respect of complaint against RCMP—During interview for position with RCMP, applicant could not answer two questions because suffered from mild dyslexia—Two marks short of passing score required to qualify for next level of consideration for competition—Applicant filed complaint RCMP discriminated against him in employment by refusing to employ him because of disability—CHRC decided pursuant to Canadian Human Rights Act, s. 44(3)(b)(i) to dismiss complaint on evidence allegation of discrimination unfounded; discretionary decision—Court should not intervene unless discretion exercised on wrong principle or irrelevant consideration—Evidence even if applicant obtained perfect marks on questions, still would not have been successful—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 44(3)(b)(i) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64).

MCDONALD v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION)  
(T-1354-93, Strayer J., order dated 19/5/94, 4 pp.)

**INCOME TAX****INCOME CALCULATION***Deductions*

Appeal from Tax Court's decision dismissing plaintiffs' appeal from reassessment for 1984 taxation year—Plaintiffs engaged in business of manufacturing and selling furniture; in effort to diversify business interests, acquisition of rental property, by purchasing condominium near lake and ski hills—Plaintiffs did rent unit for 1981, 1982, 1983 where MNR accepted purpose of condominium investment as rental business and allowed to claim deductions for expenses and capital cost allowance in respect of unit—In 1984, unit not rented and Minister disallowed rental loss claim—Plaintiffs appealing on ground Tax Court erred in disallowing rental loss in so far as losses claimed in respect of condominium incurred for purpose of gaining or producing income from business or property—Minister entitled to disallow losses with respect to business venture which have been accepted in previous taxation years—However, fairness and consistency requiring that where there has been dramatic change in circumstances, reasonable period of time be granted before such losses disallowed—Plaintiffs had reasonable expectation of profit from rental income—Economic conditions of area and by-laws passed by condominium association restricting rental possibilities, were sudden dramatic changes in circumstances beyond plaintiffs' control which ultimately led to demise of business venture—Appeal allowed.

McGOVERN v. CANADA (T-3088-90, T-3089-90, Jerome A.C.J., judgment dated 24/5/94, 6 pp.)

**PENALTIES**

Application for judicial review of decision denying applicants' request for waiver of interest—Applicants seeking writ of *certiorari* quashing MNR's decision and order to review request for waiver of interest on basis Income Tax Act, s. 220(3.1) applicable in respect of interest accruing and payable in 1985 and subsequent taxation years—MNR denied applicants' request on ground interest arising on debt originating from assessment with respect to 1984 taxation year cannot be waived pursuant to s. 220(3.1)—Whether respondent correctly interpreted s. 220(3.1) when decided applying only to interest and penalties arising from assessments of tax for 1985 and subsequent taxation years—S. 220(3.1) containing no limitation as to over what period MNR's discretion can be exercised; restriction contained in Act to Amend Income Tax Act, s. 127(5)—Interpretation of statute requiring consideration of distinct elements: (1) words; (2) immediate context; (3) purpose of statute as manifested throughout legislation; (4) extrinsic evidence of parliamentary intent to extent admissible—Greater weight to be given to clear words supported by immediate context than to larger assertions of parliamentary intention—Words should be given ordinary meaning unless context requiring otherwise—Taxation year referring to year, fiscal or calendar, for which tax computed—Parliament's intent to limit MNR's discretion to waive interest payable on returns filed for 1985 taxation year and for subsequent taxation years—Not enough reasonable uncertainty or factual ambiguity resulting from lack of explicitness to decide in favour of taxpayers—Application dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c.

**INCOME TAX—Concluded**

63, s. 220(3.1) (as enacted by S.C. 1991, c. 49, s. 181(1))—An Act to Amend the Income Tax Act, S.C. 1993, c. 24, s. 127(5).

MONTGOMERY v. M.N.R. (T-2818-93, Pinard J., order dated 2/5/94, 6 pp.)

**PRACTICE**

Application for judicial review of Tax Court decision allowing taxpayer's appeal by reason of MNR's failure to comply with order directing production of all documents in MNR's possession or control relating to matter within scope of proceeding—Respondent, lawyer, assessed Unemployment Insurance premiums, penalties and interest in respect of employment of persons engaged by him from time to time through secretarial service—Disputed assessments, took appeal to Tax Court and applied for discovery—Tax Court made order allowing him to examine officer of Department of National Revenue to examine and required officer to make discovery of all of papers in MNR's possession or control relating to matter within scope of proceeding—Pursuant to order, respondent demanded production of personal income tax returns of 5 of employees supplied by secretarial service—MNR sought consent of individuals—Three refused and MNR refused to produce returns—Respondent's appeal allowed by reason of MNR's failure to comply with order—Order made pursuant to Tax Court of Canada Rules of Procedure respecting the Unemployment Insurance Act, R. 18—Words "relating to any matter in question" in R. 18 broad enough to support order made and words "relating to the matter within the scope of this proceeding" in order broad enough to require production of tax returns in issue—Not necessary to be relevant to any issue to be resolved in litigation; only need to relate to matter in question—Given importance of confidentiality to viability of Canada's self-assessing income tax system, desirable to ensure taxpayer have opportunity to assert it—Order can be made without taxpayer knowing his return required to be disclosed in its entirety to business connection—Public policy arguments provide no excuse for failure or refusal to obey order and no basis for finding error by Tax Court Judge—Application dismissed—Tax Court of Canada Rules of Procedure respecting the Unemployment Insurance Act, SOR/90-690, R. 18.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. BASSERMANN (A-499-93, Mahoney J.A., judgment dated 13/4/94, 6 pp.)

**JUDICIAL REVIEW****PREROGATIVE WRITS***Habeas Corpus*

Practice—Application for writ of *habeas corpus* to allow plaintiff to be present in Court to present evidence in litigation commenced against defendant—Plaintiff, ex-RCMP officer convicted of murdering wife, alleging Correctional Service of Canada was negligent in treatment upon incarceration; no change of name and placed in Kingston Penitentiary as part of general population—Defendant not objecting to issuance of

**JUDICIAL REVIEW—Concluded**

writ of *habeas corpus* but asking condition be attached requiring plaintiff to pay cost of transportation and other expenses—Plaintiff, as inmate, cannot pursue normal income earning activities—To impose cost conditions would allow defendant to prevent pursuit of litigation without ever having to answer merits of plaintiff's claim—Not appropriate to impose cost conditions.

KELLY v. CANADA (T-1087-92, Reed J., order dated 18/5/94, 3 pp.)

**LABOUR RELATIONS**

Application for judicial review of Canada Labour Relations Board's decision purporting to certify respondent as bargaining agent for bargaining unit composed of office employees of applicant—Respondent filed application for certification of unit of employees; representation vote was taken pursuant to Canada Labour Code, s. 29(1) among employees in bargaining unit to determine whether or not employees wished to be represented by respondent or by no union: 44 employees agreed and 43 refused—No evidence Board acted on basis of improper considerations or oblique motives—Although four panels of CLRB were involved in case, internal struggle within Board did not affect outcome nor was it brought to bear on rights of parties—Decision to grant certification application without representation vote not patently unreasonable so as to justify intervention of Federal Court—Application dismissed—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 29(1).

BYERS TRANSPORT LTD v. WESTERN CANADA COUNCIL OF TEAMSTERS (A-469-93, Létourneau J., judgment dated 26/4/94, 8 pp.)

Application for judicial review of Canada Labour Relations Board's decision respondent's union violated duty of fair representation under Canada Labour Code, s. 37—Respondent, flight attendant, suspended without pay for three days after failed recurrent training examination—Applicant union arguing Code, s. 37 requiring Board to decide not only whether union fulfilled duty of fair representation, but if conclusion negative, whether rights covered under applicable collective agreement, or whether evidence collective agreement applying to matter—Board did not address issue in decision, and said to have acted without jurisdiction in referring grievance to arbitration—Board's interpretation of s. 37, taken in conjunction with s. 60(1), under s. 37 Board to address only question of fair representation, and all issues as to whether matter arbitrable, in particular application of collective agreement to grievance, to be left to arbitrator to decide—Given factual complexity of matters (whether examination marking accurate, whether suspension disciplinary, whether it was justified), wisdom on Board's part in believing relationship of facts to collective agreement best determined by arbitrator, and Parliament's intention—Court not in position to say such interpretation irrational—No inconsistency between Board's avoiding jurisdictional issue and order that "any compensation respondent might be awarded by arbitration shall be borne by union"—



**LABOUR RELATIONS—Concluded**

Board entitled to segregate remedy from arbitrability—Application dismissed.

CANADIAN UNION OF PUBLIC EMPLOYEES v. ASHTON (A-489-93, MacGuigan J.A., judgment dated 2/6/94, 5 pp.)

**MARITIME LAW**

Action for damages plus interest involving hull damage caused to plaintiff's vessel—Grounding caused by interaction with defendants' ship passing plaintiff's vessel—Cost of repairs to hull amounting to \$1,271,271.85—To what extent defendant, plaintiff responsible for damage—Collision Regulations, R. 2(a) making clear every vessel has responsibility, *inter alia* to exercise such care as required by special circumstances or by ordinary practice of seamen—Plaintiff was navigating normally and safely—Defendant failed to observe RR. 5, 6 and 13; combination of failure to observe danger of situation (narrow channel) combined with fixed speed some five knots in excess of speed of plaintiff which put defendant in position of being unable to avoid accident during overtaking becoming inevitable—Defendant failed to act in reasonable way and neglected to take precautions required by circumstances, general obligation imposed by R. 2(a)—Plaintiff's negligence in not answering to radiotelephone signal sent by defendant contributed to accident—Plaintiff acted with promptitude in circumstances ("agony of collision") and defendant cannot demand higher standard of care—Defendant liable for payment of 80% of damages amounting to \$1,271,271.85—Collision Regulations, C.R.C., Sch. I, c. 1416, RR. 2(a), 5, 6, 13 (as am. by SOR/83-202).

ALGOMA CENTRAL CORP. v. PRESTIGIOUS (THE) (T-2287-88, Strayer J., judgment dated 25/3/94, 29 pp.)

**CARRIAGE OF GOODS**

Limitation of liability clause—Statement of claim seeking damages, interest and costs of action arising out of alleged gross negligence and contractual breaches in relation to performance of contract to inventory, number, pack, crate, transport and deliver certain belongings on full "door to door" basis from residence in Toronto to new residence in London, England—Plaintiff, expert in valuation and appraisal of antiques and decorative arts, relocated in England—Belongings, including works of art and valuable antiques, transported in two separate shipments by sea—Plaintiff insured belongings himself but not to full value—Number of plaintiff's belongings not delivered at new residence in England and others damaged when arrived in London—Plaintiff submitted conditions found on back of proposed contract cannot form part of contract between plaintiff and defendant since preamble to conditions in formal quotation stated contracting party to which conditions applied was Scotpac Scotland—Defendant submitted there was no fundamental breach or gross negligence since plaintiff was aware of limitation of liability clause and because of his personal experiences—Whether terms of contract compromised—Although Scotpac Scotland referred to in promotional material and preamble to conditions on reverse of contract, contract between plaintiff and defendant—Case of

**MARITIME LAW—Concluded**

mistake or misdescription as opposed to interpreting contract *contra proferentem*—Plaintiff in no way misled as to whom contracting with—No evidence container used to transport plaintiff's belongings was sealed or even present and loaded at plaintiff's apartment building in Toronto—Defendant failed to fulfill its obligations to plaintiff in performance with respect to plaintiff's belongings—Preparation and completion of inventory lists woefully inadequate—Storage and packing of belongings haphazard and left to chance some of belongings would arrive at plaintiff's residence in London—Container ordered not even close to being of size necessary to accommodate all of plaintiff's belongings—Actions of defendant played significant part in object's disappearance and damage—Well established that limitation clause of no effect if party against whom limitation clause would take effect not made aware of limitation clause when contract signed—On facts, limitation clause properly brought to attention of plaintiff—Negotiation process with respect to insurance demonstrating certain awareness on behalf of plaintiff than persons less experienced in such matters—Notice given to plaintiff of limitation of liability clause adequate, reasonable for defendant to conclude true assent given to limitation of liability clause on reverse of proposed contract and limitation of liability clause formed part of contract between plaintiff and defendant—To determine whether agreement can be read to include limitation for negligence, focus should be on terms of conditions themselves—Herein, clause wide enough to limit liability arising from defendant's negligence—Exclusion (or limitation) clauses should, *prima facie* be enforced according to their true meaning, even in case of fundamental breach; however, relief can be granted where clause found "unconscionable" or where "unfair or unreasonable" to give effect to it—Plaintiff not dealing with defendant from position of weakness or unequal bargaining power—Not at all unconscionable or unreasonable to allow defendant to rely on limitation of liability clause herein—Plaintiff should receive damages, but, payable by defendant calculated in accordance with limitation of liability clause in contract.

MACKAY v. SCOTT PACKING AND WAREHOUSING CO. (T-2015-89, Gibson J., judgment dated 31/3/94, 54 pp.)

**PAROLE**

Application for *certiorari* quashing National Parole Board's decision revoking applicant's parole and *mandamus* requiring Board to conduct post-suspension hearing—Application based on grounds Board exceeded jurisdiction in conducting impugned hearing pursuant to provisions of Conditional Release Act and not Parole Act; Board failed to hold hearing in timely fashion, thereby breaching duty to act fairly and Charter, s. 7; Board failed duty to act fairly and breached Charter, s. 7 in taking into consideration material not presented at hearing and for which no opportunity given to applicant at hearing to respond—Applicant, inmate at institution, released on day parole on condition not to drink alcohol—Applicant did not respect condition and parole was revoked—Law existing at time post-suspension hearing took place which must be applied—No retroactivity to be found in Conditional Release Act as relating to facts herein—Board did not apply wrong statute

**PAROLE—Concluded**

when it considered applicant's case under Conditional Release Act—Applicant's burden to establish deprivation of liberty and that it was contrary to fundamental interests of justice—No evidence delay to transfer applicant attributable to any specific action or inaction by Board—Fundamental justice requiring procedural fairness commensurate with interest affected—While judicialized process not obligatory, fairness requiring parolee be given outline of allegations being considered by Board and right for inmate to know case against him and be given right to respond—Applicant aware of information before Board; based on evidence, information provided to applicant did not so lack sufficient detail that could not defend himself—Board did not fail in duty to act fairly and did not breach Charter, s. 7—Application denied—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 135—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

ROXBOROUGH V. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD) (T-2242-93, Teitelbaum J., order dated 20/5/94, 15 pp.)

Application for *mandamus* requiring National Parole Board to recalculate day parole eligibility date—Whether Board should apply provisions of Parole Act to sentence imposed prior to coming into force of Corrections and Conditional Release Act, and apply provisions of new Act to second sentence imposed on applicant after new Act came into force—S. 139(1) of new Act not transitional section such as s. 225; only governing situations where multiple sentences imposed after coming into force of new Act—Although not necessary for these reasons, even if s. 139(1) applicable, stating term of imprisonment commencing "at the beginning of the first of those sentences to be served"—Herein, sentence commenced at time when Parole Act in force, and accordingly Parole Act should govern, not new Act—To simply add sentences up as suggested by respondent would lead to result where applicant's eligibility date would be postponed for full year as result of 60-day sentence; if Parliament intended such unfair result, would have specifically stated in new Act—Application granted—Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20.

HOLLWEY V. CANADA (CHAIRMAN, NATIONAL PAROLE BOARD) (T-2592-93, McKeown J., order dated 6/5/94, 4 pp.)

**PATENTS****PRACTICE**

Notice of motion by respondent asking that originating notice of motion of applicants be struck out on ground disclosing no reasonable cause of action—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 419 not available in circumstances, nor on basis of gap rule, as proceeding not action and notice of motion not pleading—One cannot assert pleading so defective as to show no reasonable cause of action or to be frivolous or vexatious or abuse of process of Court if

**PATENTS—Continued**

not clear pleading failed to take position necessary to maintain claim or defence—Notice of allegation filed by respondent not squarely asserting position to which respondent says applicants failed to provide response—For respondent to attack applicants' originating notice of motion, must first amend notice of allegations—Wish of Federal Court to deal with matters as quickly as possible, and to waste as little time as possible in myriad of interlocutory motions—Court may have to make special rulings as to costs where evident such motions essentially for purpose of delay—In interest of respondent to conduct itself so as to minimize excuses for interlocutory motions, including providing complete and detailed notice of allegations and statement of legal and factual bases for such allegations; and to provide these at outset prior to filing of any notice of motion by applicant—Respondent failed to do so—Application dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 419.

ELI LILLY AND Co. V. NOVOPHARM LTD. (T-1946-93, Strayer J., order dated 24/5/94, 6 pp.)

Motion by defendants for order requiring plaintiffs to provide certain particulars and file documents in respect of trade mark infringement action and claim under Trade-marks Act, s. 7—Defendants also filed amended application to strike out certain paragraphs of statement of claim; defendants argued allegations in statement of claim relating to issues of trade dress, matter of civil law and not within jurisdiction of Federal Court—Application dealing with particulars required for purpose of pleading as opposed to particulars for trial; particulars required for pleading not nearly as broad as for trial and defendant should not use particulars to find out scope of evidence going to be lead at trial—Distinction to be made between request for particulars for defence and particulars for trial—Details of promotion and advertising not necessary to enable defendants to plead to statement of claim; these details more properly dealt with in context of examinations for discovery—Copies of licenses do not have to include any commercially sensitive numbers relating to fees, sales, etc., but must be complete with exception of these numbers—Defendants entitled to know since when each trade mark used by each plaintiff—Not necessary to know and to have outlined in statement of claim details as to what and how each plaintiff made each mark well known in Canada; if nature of information essential to defendants, opportunity to obtain information during examinations for discovery—Defendants' request relating to nature of goodwill and where depreciation occurred, requests for evidence rather than particulars necessary to enable defendants to plead; particulars provided by plaintiffs in letter, sufficient to allow defendants to plead to allegations outlined in statement of claim—Situation of continuous infringement—Defendants must know what business they have carried on and do not need any particulars with respect to general allegation—Plaintiffs have provided sufficient details to enable defendants to plead to allegations in statement of claim; reply provided by plaintiffs sufficient for purposes of pleading—Allegations relating to damages sufficient for purpose of pleading—Defendants in best position to know whether or not they continue to make profit and therefore plaintiffs not required to provide particulars with respect to claim defendants making profit—Motion

**PATENTS—Concluded**

for particulars granted on limited terms—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 7.

INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES CORP. v PRINTECH RIBBONS INC. (T-2116-93, Teitelbaum J., order dated 25/4/94, 18 pp.)

Notice of motion seeking order directing respondent to issue Apotex notice of compliance in respect of drug and declaring Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations *ultra vires* of Patent Act, s. 55.2(4)—Interests of applicants and interests of justice in effective and complete determination of all issues favour participation of applicants in main application—Unless patent holder identified, all facts and issues relating to Apotex' request for notice of compliance will not be before Court—Order directing Apotex to disclose name of patent holder—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 55.2(4) (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4)—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

APOTEX INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2424-93, Simpson J., order dated 6/6/94, 8 pp.)

Motion for interim and interlocutory injunction restraining defendant from manufacturing or selling mattress cover in infringement of patent—Serious issue to be tried as affidavit in support of invalidity of patent unsatisfactory—Improper to have affidavit from partner in firm of patent agents which is in partnership with lawyers for client for whom expert affidavit produced—Also in view of fact affiant not expert in technology in question—Issue of irreparable harm resolved in favour of plaintiff as financial ability of defendant to pay damages raising concerns—Defendant's existing financial structure would not permit payment of amount if damages awarded against it—Balance of convenience favouring plaintiffs—Injunction granted.

LOUISVILLE BEDDING CO. v. KWILT-KRAFT INDUSTRIES LTD. (T-749-94, McKeown J., judgment dated 20/5/94, 9 pp.)

Appeal from Patented Medicine Prices Review Board's decision refusing appellant's request of disclosure of documents in hands of Board—Issue effect to be given in non-criminal case to powerful reasons for decision in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326: in criminal case Crown has legal duty to make total disclosure to defence—Serious economic consequences for unsuccessful patentee at Patent Act, s. 83 hearing and possible effect on corporation's reputation in market place—But administrative tribunal herein has economic regulatory functions and no power to affect human rights in way akin to criminal proceedings—Law and policy requiring that some leeway be given administrative tribunal with economic regulatory functions in pursuing its mandate—Appeal dismissed—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 83 (as enacted by S.C. 1993, c. 3, s. 7).

CIBA-GEIGY CANADA LTD v. CANADA (PATENTED MEDICINE PRICES REVIEW BOARD) (A-209-94, MacGuigan J.A., judgment dated 7/6/94, 5 pp.)

**PRACTICE****COSTS**

Following plaintiff's lawsuit, based on Petroleum Incentives Program Act, plaintiff awarded incentives of \$3,203,402.24 plus interest and party and party costs—Appeal and cross-appeal dismissed by Federal Court of Appeal with costs—Plaintiff presented bill of costs of \$15,050 in fees and \$123,150.33 in disbursements—At taxation, plaintiff's counsel indicated \$32,306.63, including all fees, had been settled and paid leaving \$105,893.70 in issue—R. 346(1) specifying basis for taxation—Potential issues and factors in lawsuit considerable notwithstanding fact some did not need to be raised—Taxation of costs should not be predicated on hindsight—Length of some lawsuits and variances of record keeping often result in proof not being absolute—Rules and Tariffs not expressed in absolute terms but rather in broad or discretionary terms, suggesting evaluation of items against parameters existing other than in absolute terms—That view not endorsing lax proof nor suggesting taxing parties benefit from less detail for potentially questionable items on hope taxing officer may be liberal with discretion—Taxing officer evaluating and applying discretion along continuum of proof from obscure to absolute—Plaintiff's solicitor had to prepare for several problems—Part of his professional obligation relating thereto would have included recommendation for disbursements for services considered essential—Manner in which lawsuit unfolded may have rendered said services moot but solicitor would have been remiss, assuming essentiality and reasonableness as givens, in not addressing potential issues with and for client—Unlikely that plaintiff's solicitor meeting with consultant for superfluous reasons—Purchased expertise fell outside ordinary expertise of solicitor—Payment of GST inescapable and if not fee, must be disbursement—Principle of partial indemnity existing to ensure potential litigants initiating or responding to lawsuits do not shrink from so doing by reason of apprehension of onerous indemnification of costs—Bill of costs of plaintiff presented at \$138,200.33 taxed and allowed at \$83,715.75—Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, R. 346(1), Tariff B, item 1(2)(b).

MON-OIL LTD. v. CANADA (T-266-88, Stinson T.O., taxation dated 12/11/93, 34 pp.)

Application for order directing Taxing Officer to allow costs not specifically provided for, or in excess of those provided, within Federal Court's Rules for party and party costs—Discretion of Court exercised in making order only where circumstances may be considered exceptional—Examinations for discovery not unduly extensive—Geographic and locational factors to be taken into account—When personal injury suffered by one in course of vacation at resort seeking to cater to clientele, including vacationers from afar or abroad, and claim for damages established, increased costs to successful claimant arising from geographical locational factors warrant recognition in award of costs, even though recognition ought not to take account of actual costs incurred on solicitor-client billed basis—Preparation of documentary evidence, in advance of discoveries or thereafter, not warranting consideration in relation to increase in costs, except as production would require more time because of geographical locational factors relating to communications generally between counsel and plaintiffs—Order directing Taxing Officer to include \$500 for extended services of counsel for plaintiffs in preparation for examina-

**PRACTICE—Concluded**

tions for discovery; \$1,250 for preparation for attendances at pre-trial conferences; \$500 for services in consultations and preparation of affidavits of expert witnesses.

JACKSON v. UCLUELET PRINCESS (THE) (T-1865-90, MacKay J., order dated 9/5/94, 11 pp.)

**JUDGMENTS AND ORDERS**

Summary judgment—Application for three motions brought in summary judgment—Plaintiff seeking summary judgment with respect to debt of \$185,292 owed by defendant and defendants bringing motion for summary judgment dismissing actions against them—Plaintiff and defendants in joint venture in travelling business—Issue whether summary judgment appropriate—Irrelevant whether case one of set-offs or counterclaims—Federal Court Rules 432.1 and following (governing summary judgments) should be interpreted by reference to own textual framework—Rule 432.3(4) providing summary judgment should not be granted on issue when (1) on whole of evidence judge cannot find necessary facts or (2) would be unjust to do so—Not appropriate situation in which to give summary judgment as amount of claim still in dispute—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 432.1, 432.3(4).

MARINE ATLANTIC INC. v. BLYTH (T-1571-93, Reed J., orders dated 20/4/94, 13 pp.)

**PARTIES**

Defendant moved for order dismissing claim for want of prosecution—Action commenced by three plaintiffs all represented by same solicitors—Plaintiff's solicitors obtained order removing them as solicitors for one of plaintiff's on grounds solicitors could not obtain instructions from that plaintiff—One of plaintiff has not been served and has no notice of motion—Insufficient delay to support dismissal for want of prosecution—All plaintiffs must act together and appear by one solicitor and one set of counsel—Proper course when one plaintiff no longer wishing to proceed would be to strike plaintiff and add as defendant—Herein, adding plaintiff as defendant would not enable action to proceed expeditiously—Federal Court Rule 1716(2)(a) indicating solution—Because one of plaintiffs not represented by same solicitors, ceased to be proper party to action—Order creation of new file, case and trial date for that plaintiff—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1716(2)(a).

TAYLOR v. CANADA (T-345-88, Giles A.S.P., order dated 18/5/94, 3 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Application for judicial review of Umpire's decision reversing Board's conclusions respondent disentitled from receiving benefits as newborn child, having remained in hospital for sur-

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—  
Concluded**

gery, did not arrive home during period required by Unemployment Insurance Act, s. 20—Respondent left employment to care for child born on July 20, 1991 who did not physically arrive at family residence until August 20, 1991—Respondent personally cared for child at hospital for periods of 12 to 16 hours a day—Respondent filed application for parental benefits; disentitled because no proof child had "arrived at home" during period of July 28 to August 17—Whether right to receive parental benefits while newborn child in hospital before being taken to family residence; proper interpretation of Unemployment Insurance Act, s. 20—Object of parental leave to facilitate element of emotional bonding between parent and child; should not matter whether child physically in claimant's house or in hospital, more particularly when claimant at hospital or hotel most of time; but Act specifically providing benefits payable to claimant to remain at home to care for child—Wording in s. 20 clear and unambiguous; phrase "arrives at the claimant's home" not susceptible of more than one meaning—Provision admitting of no other interpretation than that child must have left hospital and arrived at claimant's ordinary place of residence in order for parental benefits to be payable—Application allowed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 20 (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 14).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. INNES (A-167-93, McDonald J.A., judgment dated 2/5/94, 9 pp.)

**VETERANS**

Application for judicial review of Veterans Appeal Board's decision respondent met service requirements of War Veterans Allowance Act—Issue proper interpretation of amendments made to War Veterans Allowance Act; amendments removed resistance fighters from category of persons to whom benefits under Act would be payable—Respondent filed application for benefits as resistance fighter in Greece—When legislation changed, excluding resistance fighters as veterans, respondent's application not fully determined—Under system with respect to payment of allowance, once application determined to meet requirements for granting of benefits, allowance would be paid, calculated from date application filed, not from date of decision—Act, s. 6.1(1), making continued payment of allowances to resistance fighters possible only when allowance was being paid to individual, if individual's application for allowance had been finally determined and decision to grant allowance had been made—Legislative text not ambiguous; at time legislation being passed by Parliament, unequivocally clear amendment intended to operate so as to deny benefits to all applicants whose applications had not been approved on or before March 2, 1992—Respondent's application allowed on March 25, 1993—Application allowed—War Veterans Allowance Act, R.S.C., 1985, c. W-3, s. 6.1(1) (as enacted by S.C. 1992, c. 24, s. 10).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. ANDRITSOPOULOS (T-1888-93, Reed J., order dated 9/6/94, 8 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.*

## ACCÈS À L'INFORMATION

Demandes en vue de l'obtention d'ordonnances empêchant l'intimé de divulguer des renseignements concernant des contrats de services de traduction—Dans le contexte de l'art. 20(1) de la Loi sur l'accès à l'information, la notion de secrets industriels doit s'interpréter plutôt restrictivement puisqu'il faut supposer que cette catégorie ne chevauche pas les autres—Il n'est pas nécessaire qu'on fasse la preuve d'un préjudice résultant de la divulgation des renseignements pour que ceux-ci soient protégés—Un secret industriel doit être un renseignement, probablement de caractère technique, que l'on garde très jalousement et qui est, pour celui qui le possède, tellement précieux que sa seule divulgation ferait naître une présomption de préjudice—Telle n'est pas la nature de l'ensemble de la proposition de la requérante et celle-ci n'en a indiqué aucun aspect particulier qui doive être considéré comme constituant un secret professionnel—La majeure partie du mode de présentation d'une proposition que la requérante s'efforce de protéger ne peut pas du tout être considérée comme «secrète»—L'entrepreneur éventuel qui cherche à se faire adjuger un contrat par le gouvernement ne doit pas s'attendre que les conditions selon lesquelles il est prêt à contracter, entre autres celles touchant la capacité de rendement de son entreprise, échappent totalement à l'obligation de divulgation incombant au gouvernement du Canada par suite de son devoir de rendre compte aux électeurs—Il incombe à celui qui fait valoir l'exemption de communication de démontrer que les documents en question relèvent de l'un des critères énoncés à l'art. 20(1) de la Loi; la requérante n'a pas démontré que les documents revêtaient un caractère confidentiel—La requérante n'a pas démontré que son succès tient si précairement à la forme de ses propositions plutôt que de dépendre de l'avantage que lui procure, par rapport à ses concurrents, ses réalisations antérieures ainsi que sa capacité future de rendement—La preuve d'un risque vraisemblable d'une entrave aux négociations futures n'a pas été faite—Demandes rejetées—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 20(1), 44.

SOCIÉTÉ GAMMA INC. C. CANADA (SECRÉTARIAT D'ÉTAT)  
(T-1587-93, T-1588-93, juge Strayer, ordonnance en date du 27-4-94, 10 p.)

## ANCIENS COMBATTANTS

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal d'appel des anciens combattants avait statué que l'intimé satisfaisait aux exigences de la Loi sur les allocations aux anciens combattants—La question en litige porte sur l'interprétation qu'il convient de donner aux modifications apportées à la Loi sur les allocations aux anciens combattants; les modifications avaient pour effet de soustraire les résistants à la catégorie de personnes auxquelles les prestations prévues par la Loi seraient payables—L'intimé a présenté une demande de prestations, en invoquant son service de guerre au sein de la résistance grecque—Lorsque la loi a été modifiée, de façon à exclure les résistants de la définition des «anciens combattants», la demande présentée par l'intimé n'avait pas encore été tranchée—Le système relatif au versement d'une allocation prévoit qu'une fois qu'il a été déterminé qu'une demande satisfait aux exigences, relativement à l'octroi de prestations, l'allocation est versée et son montant est calculé, à partir de la date du dépôt de la demande, et non à compter de la date de la décision—L'art. 6.1(1) de la Loi ne rend possible le versement continu d'allocations à des résistants que lorsqu'une allocation était effectivement versée à l'intéressé, c'est-à-dire si la demande d'allocation présentée par l'intéressé avait été tranchée de façon définitive et qu'une décision d'octroyer une allocation avait été prise—Le texte législatif n'est pas ambigu; au moment où la loi a été adoptée par le Parlement, il était tout à fait clair que les modifications visaient à rendre inadmissibles aux prestations toutes les personnes dont les demandes n'avaient pas été approuvées au plus tard le 2 mars 1992—La demande de l'intimé a été accueillie le 25 mars 1993—Demande accueillie—Loi sur les allocations aux anciens combattants, L.R.C. (1985), ch. W-3, art. 6.1(1) (édicte par L.C. 1992, ch. 24, art. 10).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. ANDRITSOPOULOS  
(T-1888-93, juge Reed, ordonnance en date du 9-6-94, 9 p.)

## ANTIDUMPING

Demande de contrôle judiciaire de la décision définitive relative au dumping par laquelle le sous-ministre du Revenu national avait décidé que le dumping ne causait pas de préjudice sensible à la production, au Canada, de marchandises ana-

**ANTIDUMPING—Suite**

logues—À la suite de la décision du sous-ministre, le Tribunal canadien du commerce extérieur a mené une enquête et a décidé qu'aucun préjudice sensible n'était causé ou n'était susceptible de l'être—Entre-temps, les procédures en l'espèce n'ont pas évolué—La Cour a rendu une ordonnance enjoignant à la requérante de montrer pourquoi la demande, qui était devenue théorique, ne devait pas être rejetée—La requérante craint que la décision du sous-ministre ne soit utilisée dans l'avenir comme preuve d'une propension à pratiquer le dumping—La Cour ne se préoccupe pas de l'utilisation future hypothétique de la décision ministérielle—La Cour ne peut pas ajourner l'affaire *sine die* et permettre à la requérante de la présenter au moment jugé opportun—Un intérêt public important est en jeu lorsqu'on demande aux juges de réviser et d'annuler des décisions rendues par les autorités publiques; le pouvoir de la Cour d'intervenir rapidement, lorsqu'on le lui demande pour protéger des droits et libertés importants et fondamentaux, serait sérieusement compromis si des procédures de cette nature pouvaient demeurer en suspens selon le bon vouloir du requérant—Comme les requérants ne demandent pas à la Cour d'entendre l'affaire, la demande est rejetée parce qu'elle est théorique—Loi sur les mesures spéciales d'importation, L.R.C. (1985), ch. S-15, art. 47 (mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 34; 1990, ch. 8, art. 71), 96.1 (édicte par L.C. 1988, ch. 65, art. 44; 1993, ch. 44, art. 220).

SUNEZCO INTERNATIONAL INC. C. SOUS-MINISTRE M.R.N.,  
DOUANES ET ACCISE (A-1259-91, juge Hugessen, J.C.A.,  
jugement en date du 6-5-94, 6 p.)

Appel de la décision par laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur (le TCCE) avait statué que le libellé de certaines dispositions de la Loi sur les mesures spéciales d'importation ne permettaient pas l'imposition de droits antidumping—L'appelant avait ouvert une enquête sur le dumping présumé d'une catégorie de moteurs électriques «originaires ou exportés des États-Unis» ainsi que d'autres pays—Après avoir mené l'enquête, le tribunal antidumping a conclu que les marchandises causaient un préjudice sensible à la production au Canada de marchandises similaires—Le tribunal a statué que, lorsque des marchandises en provenance d'un pays sont exportées vers le Canada depuis un autre pays, la définition des marchandises comme étant «originaires ou exportées» d'un pays donné, ne pouvait pas juridiquement s'appliquer aux marchandises en question à moins que les deux pays soient nommés dans la décision provisoire et dans la décision concluant à l'existence d'un préjudice sensible—Seul l'appelant a compétence pour définir les «marchandises» aux fins de l'enquête sur le préjudice que peut entreprendre le TCCE; la redéfinition des marchandises constitue, de la part du tribunal, un excès de compétence—Le tribunal était tenu de se pencher sur la question de savoir si ces marchandises étaient «originaires et exportées» d'un pays ayant fait l'objet d'une enquête—En abordant la question comme il l'a fait, le tribunal a, en fait, redéfini les marchandises ayant fait l'objet d'une décision provisoire et d'une décision concluant à l'existence d'un préjudice sensible; ces décisions liaient le tribunal et celui-ci a donc outrepassé sa compétence—Le tribunal a commis une erreur de droit en interprétant la Loi comme n'autorisant pas l'imposi-

**ANTIDUMPING—Fin**

tion de droits antidumping sur des marchandises produites dans un pays qui n'était pas nommément désigné dans la décision provisoire ou qui n'avait pas fait l'objet d'une enquête visant à vérifier l'existence d'un préjudice sensible; il a également commis une erreur de droit en interprétant la définition des marchandises en question comme s'appliquant nécessairement à des marchandises «originaires et exportées» d'un pays visé nommément par une décision—Dans le contexte en question, on ne peut pas considérer le «ou», soit le terme utilisé dans les textes applicables, comme englobant la notion de «et»—L'intimé n'a pas vraiment tenté de justifier le bien-fondé de la décision en cause; elle a réfuté les arguments concluant à l'excès de compétence et a invoqué la retenue dont il y a lieu de faire preuve envers un tribunal expert quant à l'interprétation ou à l'application de son texte constitutif—Le TCCE est indéniablement un tribunal expert, mais vu les erreurs de droit commises en l'espèce, il n'y a pas lieu de manifester une telle retenue—Appel accueilli—Loi sur les mesures spéciales d'importation, L.R.C. (1985), ch. S-15, art. 62(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 72).

SOUS-MINISTRE M.R.N., DOUANES ET ACCISE C. GÉNÉRALE  
ÉLECTRIQUE DU CANADA INC. (A-388-93, juge Mahoney,  
J.C.A., jugement en date du 1-6-94, 7 p.)

**ASSURANCE-CHÔMAGE**

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le juge-arbitre avait annulé les conclusions tirées par la Commission, à savoir que l'intimé n'avait pas le droit de toucher des prestations parentales étant donné que son enfant, qui était resté à l'hôpital pour subir une intervention chirurgicale, n'était pas arrivé à la maison pendant la période requise, en vertu de l'art. 20 de la Loi sur l'assurance-chômage—L'intimé a quitté son emploi afin de prendre soin de son fils né le 20 juillet 1991, ce dernier n'étant arrivé à la résidence familiale que le 20 août 1991—L'intimé est demeuré personnellement au chevet de son enfant à l'hôpital de douze à seize heures par jour—Il a présenté une demande de prestations parentales, qui a été rejetée, parce qu'il n'avait pas prouvé que l'enfant était «arrivé à la maison» entre le 28 juillet et le 17 août—Le litige porte sur la question de savoir si l'intimé avait le droit de toucher des prestations parentales pendant la période ou son nouveau-né était à l'hôpital avant d'être amené à la résidence familiale ainsi que sur l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 20 de la Loi sur l'assurance-chômage—Le but des prestations parentales est de faciliter la création de liens émotionnels entre le parent et le nouveau-né; il ne devrait pas y avoir de différences entre le fait que l'enfant se trouve physiquement à la maison du prestataire ou dans un hôpital, surtout lorsque le prestataire est à l'hôpital ou à l'hôtel la plupart du temps; cependant, la Loi prévoit expressément que les prestations sont payables au prestataire qui demeure à la maison afin de prendre soin de son enfant—Le libellé de l'art. 20 est clair et non ambigu; l'expression «arrive à la maison» ne peut avoir plusieurs significations—La disposition n'autorise aucune autre interprétation que celle selon laquelle l'enfant doit avoir quitté l'hôpital et être arrivé à la maison, au lieu de résidence habituel du prestataire, pour que celui-ci ait droit au paiement de presta-

**ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin**

tions parentales—Demande accueillie—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 20 (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 14).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. INNES (A-167-93, juge McDonald, J.C.A., jugement en date du 2-5-94, 10 p.)

**AVOCATS ET PROCUREURS**

Conflit d'intérêts—Demande présentée par la défenderesse afin d'obliger le cabinet Burke-Robertson à cesser d'agir à titre de procureur de la demanderesse et d'interdire à ce cabinet de divulguer aux nouveaux avocats de la demanderesse les renseignements confidentiels obtenus de l'avocat employé par Burke-Robertson—L'avocat travaillant chez Smart & Biggar s'est associé au cabinet Burke-Robertson; Burke-Robertson représentait Almecon Ltd. dans une action en contrefaçon de brevet intentée contre Nutron, et Smart & Biggar représentait Anchortex Ltd., qui avait également été poursuivie par Almecon pour la contrefaçon du même brevet—Le cabinet qui défendait Nutron avait été en contact avec Smart & Biggar—L'avocat de Smart & Biggar, lorsqu'il s'était joint au cabinet Burke-Robertson, représentait la demanderesse dans le cadre de l'action principale—Dans *Martin c. Gray*, [1990] 3 R.C.S. 1235, il a été déclaré que, pour déterminer s'il existe un conflit d'intérêts de nature à rendre l'avocat inhabile à agir, le critère est de savoir si une personne raisonnablement informée serait convaincue qu'il ne sera fait aucun usage des renseignements confidentiels—Il s'agit de savoir si l'avocat a reçu des renseignements confidentiels par suite de la relation avocat-client, lesquels se rapportent à l'action contre Nutron—Dès qu'on a prouvé l'existence d'un lien antérieur dont la connexité avec le mandat dont on veut priver l'avocat est suffisante, il existe une présomption que des renseignements confidentiels ont été transmis par suite de la relation avocat-client—La «personne raisonnablement informée» qui est au courant de l'histoire du litige présumerait que, lors de leurs conversations, les avocats des deux cabinets chargés de représenter deux défenderesses dans des poursuites similaires intentées par la même demanderesse et portant sur la validité du même brevet ont échangé des renseignements et des opinions connexes—La profession juridique s'est dotée, en matière de conduite professionnelle, de normes compatibles avec la reconnaissance d'un rapport confidentiel visant les renseignements échangés entre deux cabinets—Compte tenu de la présomption voulant que des renseignements confidentiels aient été transmis, les déclarations générales à l'effet contraire ne sont pas suffisantes—Il est ordonné au cabinet Burke-Robertson de cesser d'agir à titre de procureurs de la demanderesse et de ne pas divulguer à cette dernière des renseignements confidentiels.

ALMECON INDUSTRIES LTD. C. NUTRON MANUFACTURING LTD. (T-762-88, juge Strayer, ordonnance en date du 26-4-94, 16 p.)

Appel d'une ordonnance enjoignant au cabinet Fillmore & Riley de cesser d'occuper pour les demandeurs en raison d'un conflit d'intérêts—Il s'agit de savoir si l'ordonnance du notaire adjoint est entachée d'une erreur flagrante, en ce sens que ce dernier a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise interprétation des

**AVOCATS ET PROCUREURS—Fin**

faits—Les demandeurs avaient intenté une action en contrefaçon de brevet; les procureurs des demandeurs étaient Fillmore & Riley, cabinet étroitement lié à Ade & Company, qui agissait également comme agent de brevet de la défenderesse—Les liens existant entre un agent de brevets et un procureur qui font partie de cabinets étroitement liés et qui participent à des procès portant sur des brevets ressemblent beaucoup plus aux liens existant entre deux avocats du même cabinet que ceux qui existent entre un procureur et la secrétaire employée par le cabinet de ce dernier—Demande rejetée.

DECAP C. MIDLAND MANUFACTURING LTD. (T-2869-93, juge Gibson, ordonnance en date du 20-5-94, 10 p.)

**BREVETS****PRATIQUE**

Avis de requête présenté par l'intimée, qui demande que l'avis de requête introductif d'instance des requérantes soit radié au motif qu'il ne révèle aucune cause raisonnable d'action—L'art. 419 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) ne peut pas être invoqué en l'espèce, et on ne peut pas se fonder sur la règle des lacunes, puisque la présente espèce n'est pas une action et l'avis de requête n'est pas une plaidoirie—On ne peut pas affirmer qu'une plaidoirie est à ce point viciée qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action ou qu'elle est futile ou vexatoire, et qu'elle constitue un emploi abusif des procédures de la Cour, s'il n'est pas clair qu'elle n'énonce pas une position nécessaire pour étayer une demande ou une défense—L'avis d'allégation déposé par l'intimée n'a pas fait valoir la position à laquelle les requérantes n'auraient pas opposé de réponse, comme le dit maintenant l'intimée—Pour contester l'avis de requête introductif d'instance, l'intimée doit d'abord modifier l'avis d'allégations—La Cour fédérale veut statuer sur ces questions le plus rapidement possible et perdre aussi peu de temps que possible à examiner une multitude de requêtes interlocutoires—Il se peut que la Cour doive donner des instructions spéciales relativement aux dépens s'il est évident que ce type de requête vise essentiellement à gagner du temps—Il y va de l'intérêt de l'intimée d'agir de façon à réduire au minimum les prétextes pour des requêtes interlocutoires, notamment en remettant des avis d'allégations et des exposés du droit et des faits complets et détaillés à l'appui de telles allégations, et ce, dès le début, avant que la requérante ait déposé un avis de requête—L'intimée a omis de le faire—Demande rejetée—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 419.

ELI LILLY AND CO. C. NOVOPHARM LTD. (T-1946-93, juge Strayer, ordonnance en date du 24-5-94, 7 p.)

Requête présentée par les défenderesses en vue de l'obtention d'une ordonnance obligeant les demanderesse à fournir certains détails et à déposer des documents relativement à leur action en contrefaçon d'une marque de commerce et à la demande qu'elles avaient présentée sous le régime de l'art. 7 de la Loi sur les marques de commerce—Les défenderesses ont également déposé une requête amendée pour faire radier certains paragraphes de la déclaration; elles soutiennent que les allégations énoncées dans la déclaration au sujet de la présenta-

**BREVETS—Suite**

tion relèvent du droit civil et que la Cour fédérale n'a pas compétence à cet égard—La demande vise des détails nécessaires à la plaidoirie et non au procès; les détails requis pour la plaidoirie sont loin d'être aussi vastes que ceux qui sont nécessaires au procès, et la défenderesse ne doit pas se servir de la requête pour détails en vue de découvrir l'étendue de la preuve qui sera présentée au procès—Une distinction doit être faite entre la requête pour détails présentée aux fins de la préparation de la défense et la requête pour détails en vue du procès—En ce qui a trait à la publicité et à la promotion, les défenderesses n'ont pas besoin de détails concernant ces activités pour répondre à la déclaration; ces détails peuvent être examinés de façon plus adéquate dans le cadre d'interrogatoires préalables—Les copies des licences n'ont pas à faire état de renseignements d'ordre commercial délicats concernant les frais, les ventes, etc., mais elles doivent par ailleurs être complètes—Les défenderesses ont le droit de savoir depuis quand chaque marque de commerce a été employée par chaque demanderesse—Il n'est pas nécessaire de connaître, ni de faire préciser dans la déclaration, les détails concernant le moment où chaque demanderesse a bien fait connaître, au Canada, chaque marque de commerce et la façon utilisée pour y arriver; si la nature de cette information est essentielle aux défenderesses, elles peuvent l'obtenir au moyen des interrogatoires préalables—La requête des défenderesses, en ce qui a trait à la nature de l'achalandage et aux endroits où l'on a constaté une diminution de la valeur de cet achalandage, constitue davantage une demande de communication de la preuve qu'une requête pour détails dont les défenderesses auraient besoin pour préparer leur plaidoirie; les détails fournis par les demandereses dans leur lettre sont suffisants pour permettre aux défenderesses de répondre aux allégations énoncées dans la déclaration—Il s'agit d'un cas de violation «d'une certaine durée»—Les défenderesses savent certainement quel genre d'entreprise elles exploitaient et elles n'ont pas besoin de détails en ce qui a trait à cette allégation générale—Les demandereses ont fourni suffisamment de détails pour que les défenderesses soient en mesure de répondre aux allégations faites dans la déclaration; les réponses données par les demandereses suffisent pour les besoins de la plaidoirie—Les allégations relatives aux dommages subis sont suffisantes aux fins de la plaidoirie—Les défenderesses sont les mieux placées pour savoir si elles continuent ou non à faire des profits et, par conséquent, les demandereses ne sont pas obligées de fournir des détails à ce sujet—La requête pour détails est accueillie à certaines conditions—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 7.

INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES CORP. C. PRINTECH RIBBONS INC. (T-2116-93, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 25-4-94, 23 p.)

Avis de requête sollicitant une ordonnance enjoignant à l'intimé de délivrer à Apotex un avis de conformité relativement au médicament en cause et déclarant que le Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) est *ultra vires* de l'art. 55.2(4) de la Loi sur les brevets—Les intérêts des parties requérantes et les intérêts de la justice en ce qui concerne un règlement efficace et complet de toutes les questions en litige

**BREVETS—Fin**

favorisent la participation des parties requérantes à la demande principale—Tant que le titulaire du brevet ne sera pas identifié, la Cour ne sera pas saisie de tous les faits et de toutes les questions litigieuses relatives à la demande d'avis de conformité présentée par Apotex—La Cour rend une ordonnance enjoignant à Apotex de divulguer le nom du titulaire du brevet—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55.2(4) (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4)—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

APOTEX INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-2424-93, juge Simpson, ordonnance en date du 6-6-94, 9 p.)

Requête en vue de l'obtention d'une injonction interlocutoire provisoire interdisant à la défenderesse de fabriquer ou de vendre un couvre-matelas violant son brevet—Il existe une question sérieuse à trancher étant donné que l'affidavit produit à l'appui de l'invalidité du brevet n'est pas satisfaisant—Il ne convient pas d'avoir un affidavit d'un associé d'un cabinet d'agents de brevets qui s'associe avec les avocats du client pour lequel l'affidavit d'expert est produit—De plus, l'auteur de l'affidavit n'est pas un expert en la matière—La question du préjudice irréparable est réglée en faveur de la demanderesse étant donné que la capacité financière de la défenderesse de payer les dommages-intérêts soulève des préoccupations—La structure financière existante de la défenderesse ne lui permettrait pas de payer une telle somme si elle était tenue de payer les dommages-intérêts—La prépondérance des inconvénients favorise les demandereses—Injonction accordée.

LOUISVILLE BEDDING CO. C. KWLIT-KRAFF INDUSTRIES LTD. (T-749-94, juge McKeown, jugement en date du 20-5-94, 9 p.)

Appel de la décision par laquelle le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés avait refusé la demande que l'appelante avait présentée en vue d'obtenir la communication de documents qui étaient en sa possession—La question en litige concerne l'application, dans une affaire non criminelle, des puissants motifs de décision prononcés dans *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326: en matière criminelle, le ministère public est tenu en droit de divulguer à la défense tous les renseignements pertinents—Il y a des conséquences économiques importantes pour le breveté qui n'obtient pas gain de cause à l'audience tenue aux termes de l'art. 83 de la Loi sur les brevets et peut-être même une atteinte à l'image publique de la société—Cependant, le tribunal administratif en l'espèce exerce des fonctions de réglementation économique et ne peut porter atteinte aux droits de la personne d'une façon comparable à ce qui risque de se produire en matière criminelle—Le droit et des questions de principe exigent qu'une certaine latitude soit accordée à un tribunal administratif exerçant des fonctions de réglementation économique, dans l'exercice de son mandat—Appel rejeté—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 83 (édicte par L.C. 1993, ch. 3, art. 7).

CIBA-GEIGY CANADA LTD. C. CANADA (CONSEIL D'EXAMEN DU PRIX DES MÉDICAMENTS BREVETÉS) (A-209-94, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 7-6-94, 5 p.)



## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

## CONTRÔLE JUDICIAIRE

*Compétence de la Cour fédérale*

Demande de sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi et de certification de questions devant être examinées par la Cour d'appel—Le requérant, un citoyen de Saint-Vincent, est resté au Canada de façon continue après l'expiration de son statut de visiteur—En 1992, il a épousé une résidente permanente du Canada et a présenté une demande de résidence permanente à partir du Canada, pour des raisons d'ordre humanitaire, en invoquant le caractère véritable de son mariage—Un avis d'interdiction de séjour a été envoyé au requérant parce qu'il était resté au Canada illégalement et parce qu'il n'existait aucune raison d'ordre humanitaire—Il n'est pas clair que la Cour fédérale ait compétence pour surseoir à l'exécution d'une mesure de renvoi lorsque la validité de la mesure elle-même n'est pas contestée—Les arrêts sont contradictoires—Le raisonnement qui a été fait dans *Hamilton c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 1 C.F. 3 (1<sup>re</sup> inst.) est convaincant—Dans cet arrêt-là comme en l'espèce, la question de savoir s'il existait une question grave à trancher avait déjà été réglée en faveur du requérant—Par conséquent, même si la validité de la mesure d'expulsion n'est pas contestée, il s'agit de savoir si l'agent d'immigration a eu raison de conclure qu'il n'existait pas de raisons d'ordre humanitaire—L'art. 18.2 de la Loi sur la Cour fédérale donne à la Cour fédérale le pouvoir étendu nécessaire pour accorder le sursis—Il s'agit de savoir si cette compétence comprend le pouvoir de surseoir à l'application de l'art. 113 des dispositions transitoires de la Loi modifiant la Loi sur l'immigration de façon à interrompre la période pendant laquelle un avis d'interdiction de séjour doit être respecté avant de se transformer en mesure d'expulsion—La demande dont la Cour a été saisie ne vise pas à obtenir un jugement déclarant invalide l'art. 113 des dispositions transitoires—On demande plutôt à la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder une mesure provisoire suspendant l'application de la disposition, compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, afin d'empêcher que l'article aille à l'encontre des intentions de la Cour et sape l'issue recherchée dans la demande—La Cour est appelée à exercer son pouvoir inhérent d'intervenir afin d'empêcher que le redressement recherché ne devienne inopérant—Compte tenu de sa compétence inhérente et de la compétence qui lui est conférée par l'art. 18.2 de la Loi sur la Cour fédérale, la Cour peut accorder le redressement découlant de l'application de l'art. 113 des dispositions transitoires transformant l'avis d'interdiction de séjour en une mesure d'expulsion et a le pouvoir de surseoir à l'exécution de la mesure de renvoi—Demande accueillie—Trois questions sont certifiées aux fins de l'appel, à savoir: (1) si, dans le cas d'une demande de redressement provisoire, le juge de première instance a le pouvoir de certifier une question en vue d'un appel conformément à l'art. 83(1); (2) si la Cour a le pouvoir de surseoir à l'exécution d'une mesure de renvoi lorsque la validité de cette mesure n'est pas contestée; (3) si la Cour a le pouvoir de surseoir à l'application de l'art. 113 des dispositions transitoires de façon à interrompre la période pendant laquelle un avis d'interdiction de séjour doit être respecté avant qu'il se transforme en mesure d'expulsion—Loi sur la Cour

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—  
Suite

fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.2 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence, L.C. 1992, ch. 49, art. 113.

LLEWELYN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-2147, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 23-3-94, 15 p.)

## EXCLUSION ET RENVOI

*Personnes non admissibles*

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent d'immigration a conclu que le requérant n'avait pas satisfait aux conditions qui avaient été annexées à son visa, à son arrivée au Canada—Le requérant, un citoyen de Hong Kong, avait demandé un visa pour entrer au Canada à titre d'immigrant ayant reçu le droit d'établissement, appartenant à la catégorie des entrepreneurs—Les conditions prévues à la Règle 23(1)d(iv)(A) du Règlement sur l'immigration ont été annexées au document attestant du droit d'établissement; au lieu d'investir des capitaux dans le secteur de l'imprimerie, le requérant a investi dans l'Universal Broadcasting Academy Inc. et a assumé un poste de direction au sein de la société—Le litige porte sur la validité des mots «de façon à contribuer de manière significative à la vie économique» relativement à une entreprise au Canada, lesquels figurent dans la définition d'«entrepreneur» et dans l'ancienne Règle 23(1)d(iv)(A)—L'art. 114 de la Loi sur l'immigration permet au gouverneur en conseil de prendre des règlements—Les mots figurant à la Règle 23(1)d(iv) ne se rapportent pas à la compétence, à la profession, à l'expérience ou à d'autres qualités ou connaissances personnelles de l'immigrant au sens de l'art. 114(1)a) de la Loi sur l'immigration; rien ne permet de les inclure dans les conditions liées au droit d'établissement—L'art. 3 de la Loi sur l'immigration dit que les règles et règlements visent à reconnaître la nécessité de promouvoir les intérêts du pays sur les plans intérieur et international—Les qualités et connaissances personnelles doivent être décrites et le législateur a laissé au gouverneur en conseil le soin de le faire—Les mots «de façon à contribuer de manière significative à la vie économique» figurant dans la définition d'«entrepreneur» et dans l'ancienne Règle 23(1)d(iv)(A) du Règlement de 1978 sur l'immigration ne sont pas inconstitutionnels—Les règlements prévoyant que le droit d'établissement est assorti de conditions constitue une application des normes de sélection envisagées par l'ancien art. 114(1)a)—L'agent d'immigration doit avoir la latitude voulue, sans pour autant suspendre l'annulation des conditions indéfiniment ou arbitrairement, pour s'assurer d'une façon raisonnable que l'entreprise ou le commerce a contribué et contribuera de manière significative à la vie économique et que des possibilités d'emploi seront véritablement créées—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 3, 114(1)a) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102)—Règlement de 1978 sur l'immigration, DORS/78-172, Règle 23(1)d(iv)(A).

CHAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-1825, juge Rothstein, ordonnance en date du 12-5-94, 12 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

Appel de la décision selon laquelle l'appelant n'avait pas le droit de recevoir un visa—L'appelant, qui est citoyen du Guyana, a obtenu le droit d'établissement au Canada à titre de personne à charge de sa mère—L'appelant a épousé au Guyana une veuve qui avait des enfants et a parrainé la demande de droit d'établissement que celle-ci avait présentée pour ses trois enfants et pour elle—L'agent des visas a conclu que le mariage n'avait pas été contracté de bonne foi et il a tenu compte de la différence d'âge—L'art. 4(3) du Règlement sur l'immigration oblige l'agent des visas à mener une enquête—La différence d'âge se rapportait à l'enquête que l'agent des visas était obligé de mener; ce n'était pas l'unique facteur déterminant sur lequel reposait sa conclusion, tirée aux fins du parrainage, à savoir que le mariage n'avait pas été contracté de bonne foi—L'art. 15 de la Charte n'a pas été violé—Appel rejeté—Règlement de 1978 sur l'immigration, DORS/78-172, art. 4(3)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 15.

RAMSAHOYE C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-309-92, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 11-5-94, 3 p.)

### *Procédure en matière d'immigration*

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent d'immigration a décidé de ne pas recommander le traitement de la demande que la requérante avait présentée à partir du Canada afin d'obtenir le droit d'établissement—Une entrevue a été ménagée avec la requérante et son conjoint afin de déterminer s'ils avaient contracté un mariage de bonne foi; l'agent d'immigration a conclu qu'il ne s'agissait pas d'un mariage de bonne foi et que celui-ci avait été contracté à des fins d'immigration seulement—La requérante allègue que le préposé à l'entrevue n'a pas respecté les règles de justice naturelle et l'obligation d'agir équitablement parce qu'il n'a pas donné aux conjoints l'occasion de dissiper les doutes qui l'avaient amené à croire que le mariage n'était pas de bonne foi—Les conjoints s'étaient mariés au cours d'une cérémonie civile célébrée par un rabbin; la requérante et son mari sont catholiques—L'équité en matière de procédure n'exige pas que le requérant ait la possibilité d'expliquer les contradictions relevées au cours de l'entrevue avec les conjoints; l'entrevue est menée séparément pour éviter toute collusion; *Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, ([1993] 2 C.F., F-28 (1<sup>re</sup> inst.))—Même si le préposé à l'entrevue peut avoir omis de signaler les contradictions aux parties à l'entrevue avec les conjoints, cela ne constitue pas un manquement à l'équité procédurale et ne porte pas un coup fatal à la décision qu'il a rendue—Toutefois, l'omission de donner à la requérante et à son conjoint l'occasion de dissiper tout doute concernant le mariage de deux catholiques par un rabbin n'est pas justifiée—Demande accueillie.

SORRENTI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-1979, juge Gibson, ordonnance en date du 2-6-94, 6 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

### PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un seul membre de la section du statut de réfugié (la SSR) avait rejeté la requête que le requérant avait présentée en vue d'obtenir une nouvelle audition de sa revendication—Le requérant, qui est citoyen mexicain, est arrivé au Canada en 1989—Le statut de réfugié au sens de la Convention lui a été refusé en 1991—La demande d'autorisation d'appel a été rejetée parce que le requérant n'avait pas déposé son affidavit dans les délais—La demande de nouvel examen du rejet de la demande d'autorisation a été rejetée—Les services d'un nouvel avocat ont été retenus et une demande de nouvelle audience fondée sur la Règle 30 des Règles de la section du statut de réfugié a été présentée, compte tenu: (1) de nouveaux éléments de preuve, (2) du fait que le requérant n'avait pas été entendu d'une façon appropriée étant donné qu'il souffrait du syndrome de stress post-traumatique et ne pouvait communiquer efficacement—La requête est rejetée—La Loi ne prévoit pas expressément la réouverture ou la nouvelle audition de l'affaire—En l'absence d'une autorisation législative express, la Règle 30 ne saurait permettre une réouverture ou une nouvelle audience une fois qu'une décision définitive a été rendue—Examen du caractère définitif des procédures d'un tribunal par opposition à la possibilité d'avoir des éléments de preuve nouveaux ou additionnels qui peuvent influencer sur les conclusions que le tribunal tire dans la détermination de la question de savoir si l'audience doit être rouverte—Le membre de la Commission a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière à permettre au requérant de faire entendre et évaluer par une autorité compétente les nouveaux éléments de preuve; il a interprété son rôle correctement; il a examiné la jurisprudence appropriée; il a abordé la question de la justice naturelle et du droit d'être entendu, et il a examiné la question de savoir si les nouveaux éléments de preuve pouvaient rendre nulle la décision initiale—Demande rejetée—Règles de la section du statut de réfugié, DORS/89-103, Règle 30.

CAMACHO-SOUZA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-406-93, juge Wetston, ordonnance en date du 28-2-94, 6 p.)

Requête en vue de l'obtention d'une ordonnance accordant un sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi ou requête en prorogation du délai de présentation de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire concernant la décision par laquelle la section du statut de réfugié (la SSR) avait conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—L'art. 49(1)c(i) de la Loi sur l'immigration vise à prévoir, au moyen d'une disposition législative, la suspension du renvoi d'une personne qui sollicite l'autorisation de demander le contrôle judiciaire d'une décision défavorable à l'égard de sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention—Il serait injuste de renvoyer une personne qui s'est prévalué du seul processus disponible pour remettre en question la décision défavorable rendue à l'égard de sa revendication, avant qu'il ait été statué sur la demande de contrôle judiciaire—Le sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi entre en vigueur, en application de l'art. 49(1)c(i) de la Loi, dès que le requérant dépose devant la Cour fédérale une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, même si cette demande a été déposée après

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

l'expiration du délai normal de 15 jours prévu par l'art. 82.1(2), dans la mesure ou la demande comprend une demande de prorogation de délai—Ce serait une contradiction que d'interpréter l'art. 49(1)c(i) comme ne prévoyant pas le sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi, une fois que la Cour est saisie de la demande au moyen du dépôt, en attendant qu'il soit statué sur la question de savoir si des raisons spéciales permettent une prorogation et justifient le commencement des procédures—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 49(1)c(i) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 41), 82.1(2) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1990, ch. 8, art. 53; 1992, ch. 49, art. 73).

SHOLEV C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2367-94, juge MacKay, ordonnance en date du 17-5-94, 6 p.)

### STATUT AU CANADA

#### *Citoyens*

Demande en vue de l'obtention d'un bref de *mandamus* enjoignant à l'intimé de permettre aux requérants de prêter le serment de citoyenneté et contraignant le ministre à leur délivrer des certificats de citoyenneté—La requérante et son mari ont signé une demande conjointe de résidence permanente et ont obtenu le droit d'établissement au Canada, avec leurs enfants—L'époux de la requérante a fait l'objet d'une enquête conformément à l'art. 27 de la Loi sur l'immigration—Un arbitre de l'immigration a conclu que la demande de résidence permanente contenait de fausses déclarations et des omissions au sujet des déclarations de culpabilité dont le mari avait fait l'objet, du fait que celui-ci n'avait pas été admis dans un autre pays, de ses liens avec des organisations politiques, de son lieu de naissance, de son instruction, de ses emplois antérieurs—L'arbitre a jugé le mari de la requérante inadmissible—La requérante a demandé la citoyenneté canadienne pour ses trois enfants et pour elle-même en vertu de l'art. 5 de la Loi sur la citoyenneté—Après l'entrevue, elle a été informée qu'elle remplissait les conditions et qu'elle serait invitée à prêter le serment de citoyenneté—Étant donné que le mari obtiendrait la résidence permanente en sa qualité de conjoint accompagnant la requérante principale, Emploi et Immigration a décidé que la requérante devait faire l'objet d'une enquête; l'intimé a refusé de donner à la requérante la possibilité de prêter le serment de citoyenneté—La présente demande est fondée sur le fait que l'approbation par le juge de la citoyenneté n'a jamais fait l'objet d'un appel; l'intimé a le devoir de clore la demande de citoyenneté de la requérante en lui délivrant un certificat de citoyenneté; comme l'intimé n'a pas respecté cette obligation, un *mandamus* devrait le contraindre à le faire—L'obligation imposée au ministre par l'art. 12(2) de la Loi sur l'immigration, à savoir délivrer un certificat de citoyenneté, n'existe que si un juge de la citoyenneté a approuvé la demande—Aucune preuve documentaire ne montre que le juge de la citoyenneté a, conformément aux art. 14(2) et (3), approuvé la demande ou fait connaître par écrit les motifs de sa décision aux parties intéressées; tant que cela n'est pas fait, la Cour n'est pas en mesure de contraindre le ministre à délivrer un certificat de citoyenneté—Il convient d'émettre un bref de *mandamus* contraignant le juge de la citoyenneté à respecter l'obligation pré-

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

vue à l'art. 14 de la Loi—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16)—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5, 12(2), 14(2),(3).

KHALIL C. CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT) (T-2179-92, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 17-5-94, 4 p.)

### *Personnes ayant un statut temporaire*

Visiteurs—Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'arbitre a statué que les requérantes n'étaient pas de véritables visiteurs au Canada et a ordonné leur exclusion—Le litige porte sur le sens de la définition de visiteur figurant à l'art. 2 de la Loi sur l'immigration et sur l'omission de l'arbitre d'entendre les arguments de l'avocat en rendant sa décision—Un «visiteur» est une personne qui, à titre temporaire, se trouve légalement au Canada ou cherche à y entrer—Les requérantes étaient temporairement venues au Canada en ce sens que lorsque la revendication du statut de réfugié de leur père serait tranchée, elles cesseraient d'être des visiteurs—Les arrêts *Chan c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1978] 1 C.F. 217 (C.A.) et *Gill c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1981] 1 C.F. 615 (C.A.) font autorité en ce qui concerne la proposition selon laquelle une fin temporaire peut uniquement être établie si la période du séjour n'est pas de durée indéfinie; cependant, aucune date de départ précise n'est requise pour démontrer que la durée du séjour est déterminée—L'arbitre a correctement appliqué le droit en concluant que les requérantes n'étaient pas des visiteurs—L'arbitre a un pouvoir discrétionnaire non seulement à l'égard des arguments initiaux, mais aussi à l'égard des arguments supplémentaires que l'avocat peut chercher à présenter—L'attitude de l'arbitre à l'égard des arguments de l'avocat était raisonnable compte tenu de toutes les circonstances et celui-ci n'a pas violé l'art. 34(2) du Règlement sur l'immigration—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2, 82.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1990, ch. 8, art. 53; 1992, ch. 49, art. 73)—Règlement de 1978 sur l'immigration, DORS/78-172, art. 34(2).

PAREDIZ C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-2087, juge Simpson, ordonnance en date du 1-6-94, 5 p.)

### *Réfugiés au sens de la Convention*

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section du statut de réfugié (la SSR) avait statué que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant, qui est citoyen somalien et fait partie du clan des Issas, est né en Éthiopie et y a vécu, sans état civil—La maison familiale a été bombardée par suite des luttes entre des groupes rivaux en Éthiopie—Le requérant allègue craindre d'être persécuté s'il est renvoyé en Éthiopie, et risquer d'être tué s'il est renvoyé en Somalie, par suite des luttes que se livrent les clans rivaux—La SSR a conclu qu'il n'y avait qu'une simple possibilité que le requérant soit persécuté pour l'un des motifs énumérés dans la définition de réfugié au sens de la Convention, figurant à l'art. 2(1) de la Loi sur l'immigration, s'il était renvoyé en Éthiopie—Le tribunal a commis une erreur en n'éva-

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—

Suite

luant pas l'affirmation du requérant selon laquelle il craignait d'être persécuté en raison de son appartenance au clan des Issas, et en ne se reportant pas à la situation particulière du requérant—Le tribunal n'a pas exposé les motifs de sa conclusion, et cette dernière ne s'appuie pas sur la preuve et sur des déductions correctement faites à partir de cette preuve—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1).

ALI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-39-93, juge MacKay, ordonnance en date du 9-6-94, 11 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission avait statué que les requérants, des citoyens de la République populaire de Chine, n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—La question de fond porte sur les lois chinoises de planification familiale et l'avortement que la requérante a été contrainte à subir—Les arrêts *Cheung c. Canada* (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1993] 2 C.F. 314 (C.A.) et *Chan c. Canada* (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1993] 3 C.F. 675 (C.A.) ont modifié le droit relativement au fait que la stérilisation forcée est considérée comme une persécution—L'avortement forcé est équivalent à la stérilisation forcée et voire pire—La bonne question n'est pas de savoir si la requérante a été contrainte à subir un avortement, mais si elle court un risque raisonnable d'y être contrainte si elle retourne en Chine—L'avortement forcé antérieur est pertinent quant à la réponse à la question appropriée, mais d'autres éléments de preuve devront être considérés, comme les pratiques des autorités locales—L'affaire se distingue de l'arrêt *Chan* parce qu'en l'espèce, la femme a déjà été contrainte à subir l'avortement alors que dans *Chan*, l'intéressé avait quitté le pays avant de subir la stérilisation—Demande accueillie.

LAI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-307-93, juge McKeown, ordonnance en date du 20-5-94, 3 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section du statut de réfugié (la SSR) avait statué que les requérants n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—Les requérants, qui sont citoyens sri lankais, avaient apparemment été persécutés par l'armée—La crainte des requérants est subjective et n'est pas raisonnablement fondée—Les faits ne donnent pas à entendre que les intéressés doivent être considérés comme n'ayant pas de possibilité de refuge dans une autre partie du même pays—Ils ne sont pas personnellement persécutés par l'armée: les bombardements ont eu lieu dans le cadre de combats continus et ne visaient pas personnellement les requérants—Le tribunal avait le pouvoir discrétionnaire de décider que les intéressés avaient une possibilité de refuge à Colombo ou dans une région similaire—Demande rejetée.

KARTHIKESU C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2998-93, juge Strayer, ordonnance en date du 26-5-94, 6 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section du statut de réfugié (la SSR) avait conclu que la requérante n'était pas une réfugiée au sens de la Convention—La

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—

Suite

requérante, une enseignante qui est citoyenne de la République populaire de Chine, allègue avoir raison de craindre d'être persécutée du fait de ses opinions politiques; elle a participé au mouvement pro-démocratique—Elle a été arrêtée et détenue jusqu'à ce qu'elle avoue sa participation, puis elle a été privée pour toujours du droit d'exercer sa profession et de vivre là où elle le voulait—Elle a été contrainte à retourner dans son village et à y cultiver la terre—La Commission a commis une erreur de droit en disant que «si la demanderesse avait signé la confession plus tôt, elle aurait été détenue moins longtemps»; on ne saurait ne pas tenir compte de l'emprisonnement pour le motif qu'il aurait pu être évité grâce à une confession plus rapide—La conclusion de la Commission portant que l'emprisonnement de la requérante ne constitue pas de la persécution parce que cette dernière s'est trouvée prise dans une rafle visant à vérifier, partout au pays, les attitudes politiques de la population, a été tirée de façon abusive—Selon la preuve, qui est claire et crédible, l'arrestation de la requérante à l'école et son emprisonnement subséquent découlaient directement de ses convictions politiques et de sa participation aux manifestations; le fait qu'une épuration idéologique a été effectuée au même moment partout au pays n'était pas pertinent—Priver de façon permanente un enseignant de sa profession et convertir à jamais une jeune femme instruite en une ouvrière agricole et en une travailleuse du vêtement, et priver en outre la requérante de sa mobilité et de la liberté de choisir son lieu de résidence, constitue de la persécution—Demande accueillie.

HE C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3024-93, juge Simpson, ordonnance en date du 1-6-94, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section du statut de réfugié avait statué que les requérants n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—La requérante et sa fille, qui sont citoyennes ghanéennes, ont revendiqué le statut de réfugié du fait de leurs opinions politiques et de leur appartenance à un groupe social—La requérante craint d'être emprisonnée indéfiniment en tant qu'otage, à la place de son oncle, si elle retourne au Ghana—La Commission a mal exposé les éléments de preuve—Il n'incombait pas à la requérante de prouver que les autorités avaient continué à la chercher après son départ—Pour déterminer si un requérant remplit les conditions de la définition de réfugié au sens de la Convention, la section du statut de réfugié a compétence pour tenir compte des éléments de la preuve, afin de déterminer si l'art. 2(3) de la Loi sur l'immigration s'applique de façon qu'un requérant puisse se voir accorder le statut de réfugié au sens de la Convention même si le fondement objectif de sa crainte de persécution n'existe plus—Il s'agit de savoir si la conclusion de la Commission concernant le changement de situation dans le pays d'origine résiste au contrôle judiciaire—La requérante ne peut avoir gain de cause dans sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention si le changement de situation dans le pays d'origine est tel que sa crainte de persécution n'a plus de fondement objectif—Il s'agit de savoir si les changements étaient suffisamment réels et effectifs pour faire de la crainte authentique de l'appelant une crainte déraisonnable et non fondée—Il est peu probable que les autorités libéreraient des dissidents condamnés et continueraient à persécuter la parente d'un dissident qui n'a jamais été con-

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

damné et dont elles savent qu'il ne vit plus au Ghana—S'il existe une preuve digne de foi de persécution passée et que l'art. 2(3) est invoqué au nom de la requérante, la Commission doit statuer sur la question dans ses motifs, ne serait-ce que pour dire que les faits justifient ou ne justifient pas l'application de l'art. 2(3)—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(3).

GYAMFUAH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3168-93, juge Simpson, ordonnance en date du 3-6-94, 10 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié avait statué que le requérant, qui était apatride, n'était pas un réfugié au sens de la Convention—La Commission a commis une erreur en déclarant que l'intéressé n'a pas le droit de revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention s'«[il] ne peut pas officiellement être renvoyé» dans un pays; ce n'est pas un critère qui permet de restreindre le droit de revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention—Le critère utilisé par la Commission n'est pas conforme à la définition de réfugié au sens de la Convention—Il s'agit en l'espèce d'une procédure dans laquelle la Section de première instance devrait exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 18.1(3)b) de la Loi sur la Cour fédérale—L'affaire est déferée à la Commission avec l'instruction de décider que le requérant est un réfugié au sens de la Convention—Demande accueillie—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(3)b) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

BOHAISY C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3397-93, juge McKeown, ordonnance en date du 9-6-94, 3 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le tribunal chargé d'établir l'existence d'un minimum de fondement avait conclu que la requérante n'était pas une réfugiée au sens de la Convention—La requérante, qui est citoyenne colombienne, a revendiqué le statut de réfugiée au sens de la Convention du fait de son appartenance à un groupe social—Elle soutient que le tribunal a mal interprété la définition de réfugié au sens de la Convention et qu'il a mal appliqué le critère du minimum de fondement en concluant que, puisqu'elle craignait d'être une victime accidentelle de la violence, elle n'appartenait pas à un groupe social ayant une crainte fondée d'être persécuté—Le tribunal n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il n'y avait aucun lien entre la crainte de persécution de la requérante et les motifs prévus par la Convention—Il n'y a aucune preuve que la requérante ou sa famille aient expressément été visées par une organisation de guérilleros ou par les membres d'un cartel de la drogue; la requérante ne courait pas de risques différents de ceux que courait le reste de la population; rien ne montre que la mort de son frère soit due à des raisons politiques ou au trafic de la drogue—La requérante a été informée de son droit à un avocat au début de l'enquête; aucun principe de justice naturelle n'a été violé—Il est opportun pour le tribunal d'informer les demandeurs de la possibilité d'obtenir de l'aide juridique, mais l'omission de le faire doit être examinée dans le contexte de chaque cas—En l'espèce, on

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

a conseillé à la requérante de communiquer avec des organismes communautaires ou des facultés de droit, lors de sa deuxième comparution devant le tribunal—La requérante a eu une possibilité suffisante d'obtenir l'information nécessaire au sujet de la disponibilité de l'aide juridique—Demande rejetée.

VARGAS C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1301-92, juge Wetston, ordonnance en date du 25-5-94, 6 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a statué que les requérants, des citoyens somaliens, n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—Il s'agit de savoir si le requérant qui invoque l'art. 2(3) de la Loi sur l'immigration doit démontrer, tant subjectivement qu'objectivement, qu'il craint ou continue de craindre d'être persécuté—Selon l'arrêt *Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 680 (C.A.), le critère à appliquer habituellement, lorsqu'il est question de l'interprétation de l'art. 2(3), est de savoir s'il existe une possibilité raisonnable ou sérieuse que le requérant soit persécuté si on le renvoie dans son pays d'origine—Dans ces circonstances exceptionnelles (lorsque la persécution subie par l'intéressé est si épouvantable qu'elle représente à elle seule une raison impérieuse de ne pas le renvoyer dans son pays même s'il y n'y a plus de motifs objectifs de craindre d'être persécuté), le critère pertinent est que l'art. 2(3) devrait s'appliquer à quiconque a été reconnu comme réfugié à un moment donné: *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Obstoj*, [1992] 2 C.F. 739 (C.A.)—Il n'est pas nécessaire que le statut de réfugié d'un requérant ait été reconnu pour que l'art. 2(3) puisse s'appliquer—La Commission a commis une erreur de droit en concluant que l'art. 2(3) ne s'applique qu'aux requérants qui continuent de craindre d'être persécutés, tant objectivement que subjectivement—L'art. 2(3) ne s'applique qu'à une petite minorité de demandeurs actuels, soit ceux qui appartiennent à une catégorie spéciale et restreinte et qui peuvent démontrer qu'ils ont été persécutés de manière si épouvantable que cela seul constitue une raison impérieuse de ne pas les renvoyer dans le pays où ils ont subi cette persécution—Toute forme de persécution est associée par définition à la mort, à des blessures physiques ou à d'autres sévices—L'art. 2(3) ne s'applique qu'à des cas extraordinaires de persécution si exceptionnelle que même l'éventualité d'un changement de circonstances ne justifiera pas le renvoi du demandeur de statut—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(3).

HASSAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-653-92, juge Rothstein, ordonnance en date du 4-5-94, 8 p.)

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance déclarant inconstitutionnelles les dispositions transitoires de la Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence, pour le motif qu'elles violent l'art. 7 de la Charte—Ces dispositions visaient à unifier les procédures de contrôle judiciaire en matière d'immigration, tous les appels en la matière, y compris ceux dont la Cour d'appel était saisie mais à l'égard des-

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

quels aucune date d'audition n'avait été fixée, étant réputés être des demandes de contrôle judiciaire devant la Section de première instance, en application de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale—Le requérant soutient que les dispositions transitoires violent les droits qu'il tient de l'art. 7 de la Charte parce qu'elles éliminent son droit à un appel et la réparation possible consistant à demander à la Cour d'appel de rendre la décision que la section du statut de réfugié aurait dû rendre—L'art. 52c(i) de la Loi sur la Cour fédérale permet à la Cour d'appel de rendre la décision qu'un tribunal administratif aurait dû rendre, mais cette réparation est entièrement discrétionnaire—Le requérant peut bien s'être vu accorder en appel la même réparation que celle qu'il recevra à l'occasion du contrôle judiciaire, et tout argument à l'égard du retard n'est que conjectural—Il s'agit de savoir si les procédures énoncées dans les dispositions transitoires contestées respectent les principes de justice fondamentale—Les droits garantis par l'art. 7 de la Charte sont bien protégés par les procédures de contrôle judiciaire énoncées à l'art. 18.1(3) et (4) de la Loi sur la Cour fédérale—Les dispositions transitoires ne portent pas atteinte aux droits que l'art. 7 de la Charte reconnaît au requérant—Demande rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(3),(4) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 52c(i)—Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence, L.C. 1992, ch. 49—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.

XU C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-828-92, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 20-5-94, 10 p.)

### *Résidents permanents*

Appel de la décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration a accueilli l'appel de l'intimée et a annulé le refus d'un agent d'immigration d'accueillir la demande de droit d'établissement parrainée soumise par l'époux de celle-ci; il existait des raisons d'ordre humanitaire permettant d'accorder la résidence permanente—Il s'agit de savoir si la Section d'appel de l'immigration a outrepassé sa compétence ou commis une erreur de droit dans la manière dont elle a interprété et appliqué l'art. 77(3)b) de la Loi sur l'immigration en accueillant l'appel et en accordant une mesure spéciale, malgré les art. 19(1)i) et 55(1) de la Loi—Même si la restriction de la compétence en *equity* conférée à la Commission en vertu de l'art. 77(3) est plus conforme à ce qui paraît être l'esprit de la Loi, cette restriction ne trouve aucun appui explicite dans le libellé de la Loi—La Commission a rendu une décision claire et explicite sur une question ayant trait à sa compétence, et cette décision ne devrait pas être modifiée par un tribunal assorti du contrôle judiciaire tant et aussi longtemps qu'elle pourra trou-

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

ver un appui dans le libellé de la Loi—Appel rejeté—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)i), 55(1) (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 45), 77(3)b).

CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) C. KAINTH (A-34-94, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 10-6-94, 8 p.)

## CONTRÔLE JUDICIAIRE

### BREFS DE PRÉROGATIVE

#### *Habeas Corpus*

Pratique—Demande en vue de l'obtention d'un bref d'*habeas corpus* visant à permettre au demandeur de comparaître devant la Cour afin de présenter une preuve ayant trait à une poursuite qu'il avait engagée contre la défenderesse—Le demandeur, un ancien agent de la GRC, qui avait été reconnu coupable du meurtre de son épouse, soutient que le Service correctionnel du Canada a été négligent dans la façon dont il l'a traité pendant son incarcération; il n'avait pas reçu de nouveau nom et il avait été placé avec les autres détenus du pénitencier de Kingston—La défenderesse ne s'oppose pas à la délivrance d'un bref d'*habeas corpus*, mais elle demande que sa délivrance soit assortie d'une condition selon laquelle le demandeur devra payer ses propres frais de transport ainsi que les autres frais—Le demandeur, puisqu'il est détenu, ne peut pas gagner normalement sa vie—Imposer au demandeur des conditions à l'égard des frais permettrait à la défenderesse de l'empêcher de poursuivre l'instance et d'éviter ainsi de répondre aux allégations du demandeur quant au fond—Il n'est pas opportun d'imposer des conditions quant aux frais.

KELLY C. CANADA (T-1087-92, juge Reed, ordonnance en date du 18-5-94, 3 p.)

## COURONNE

### RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

La demanderesse a été frappée par un chariot conduit par un bagagiste dans un aéroport international et a subi des blessures au genou—Le bagagiste travaillait pour une entreprise qui ne détenait pas d'assurance de responsabilité civile—L'entreprise louait à l'aéroport des locaux appartenant au gouvernement—Il s'agit de savoir si le gouvernement est responsable en droit des blessures, des pertes et des dommages subis par la demanderesse en raison de l'accident—La demanderesse soutient que le gouvernement avait envers elle une obligation de diligence en droit privé parce que le Ministère avait mis en œuvre avec négligence la politique relative au service de bagagistes; en sa qualité d'exploitant d'une installation publique, le gouvernement était tenu de s'assurer que tout particulier auquel une entité exerçant ses activités sur les lieux causerait un préjudice pourrait être indemnisé—Action rejetée—La thèse proposée par l'avocat de la demanderesse ne peut être retenue en droit—Les représentants du Ministère ont pris, purement et simplement, une décision de principe dictée par des considérations

**COURONNE—Fin**

financières et portant que l'exploitation d'un service de bagagistes dans un aéroport devait relever des lignes aériennes—Le Ministère n'avait aucune obligation de diligence relativement aux situations découlant de cette décision et il était à l'abri de l'application du droit privé de la responsabilité délictuelle: *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228—L'omission du Ministère de s'assurer que l'entreprise respecterait de façon stricte les stipulations du bail ne peut être à proprement parler qualifiée en droit d'actes de négligence commis dans l'application d'une décision de principe—Même si l'inaction du Ministère dans les circonstances de l'espèce constituait de la négligence en droit, il n'existe pas de lien entre cette négligence et les blessures—Pour retenir la thèse de la demanderesse, il faudrait conclure que le gouvernement doit agir à titre d'assureur ultime dans toutes les circonstances où une personne qui subit des blessures dans des lieux appartenant à celui-ci ne peut obtenir une indemnité d'une autre source—Aucune ordonnance n'est rendue quant aux dépens.

BYK C. CANADA (T-280-89, juge McGillis, jugement en date du 25-5-94, 6 p.)

**DOUANES ET ACCISE****LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Appel interjeté sous forme d'une action en vue de l'annulation de l'avis de détermination portant rejet d'une demande de remboursement de la taxe de vente fédérale sur des marchandises vendues à des détaillants—La demanderesse est un fabricant titulaire de licence au sens de l'art. 2(1)i) de la Loi sur la taxe d'accise—Les marchandises visées par la demande sont des marchandises importées que la demanderesse avait achetées dans un cas d'un importateur, et dans l'autre, d'une personne autre qu'un importateur; il n'y a pas eu production ou fabrication au Canada—La demanderesse soutient qu'elle a payé la taxe de vente fédérale par erreur au moment où elle a vendu les marchandises aux détaillants, et qu'elle a droit au remboursement de la taxe—Il s'agit de savoir si la demanderesse a droit au remboursement et si elle était un «producteur ou fabricant» desdites marchandises au sens de l'art. 50(1)a) de la Loi au moment de la vente—Si elle était producteur ou fabricant, elle était vraiment tenue de payer la taxe et n'a pas droit au remboursement—Il s'agit de savoir si la demanderesse est réputée être le fabricant ou producteur des marchandises en cause par application des art. 2(1)i) et 2(3), de sorte qu'elle était tenue de payer la taxe lors de la vente aux détaillants—Selon l'art. 2 de la Loi, qui est une disposition assimilatrice, (1) la personne qui importe des marchandises est réputée être le fabricant et non l'importateur; (2) la disposition s'attache aux marchandises elles-mêmes peu importe la personne entre les mains desquelles elles se trouvent—La taxe prévue par l'art. 50(1)a) n'est pas une taxe personnelle frappant le fabricant, mais une taxe frappant les marchandises elles-mêmes, et les marchandises importées ne peuvent pas être transformées en marchandises fabriquées du seul fait que l'importateur est réputé en être le fabricant: *Caloil Inc. c. La Reine*, [1972] C.F. 1217 (1<sup>re</sup> inst.)—Le pouvoir de réglementation prévu à l'art. 54(2) n'est pas limité aux personnes qui fabriquent ou produisent des marchandises, mais s'étend aussi aux personnes

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

réputées telles par la Loi—Par application de l'art. 2(3), les marchandises mentionnées à l'annexe III.1 et vendues par la demanderesse sont réputées être des marchandises fabriquées et produites au Canada et non des marchandises importées—Les dispositions assimilatrices ne peuvent s'interpréter dans le vide; elles doivent être interprétées à la lumière de l'économie et du but de la loi—L'art. 2(1)i) vise la personne qui vend effectivement les marchandises mentionnées à l'annexe III.1 et non la personne qui est simplement un vendeur des marchandises de cette catégorie—Action rejetée—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 2(1)i) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 12, art. 1), (3), 50(1)a), 54(2).

W.R. McRAE CO. C. CANADA (T-1595-93, juge Noël, jugement en date du 22-4-94, 23 p.)

**DROIT MARITIME**

Action en dommages-intérêts découlant des avaries subies par la coque du navire de la demanderesse—L'échouage est le résultat de l'interaction produite lorsque le navire des défendeurs a dépassé celui de la demanderesse—Le coût des réparations apportées à la coque s'élevait à 1 271 271,85 \$—Dans quelle mesure le navire défendeur, et la demanderesse sont-ils responsables du dommage?—Selon la Règle 2a) du Règlement sur les abordages, il est clair que tous les navires ont notamment la responsabilité de prendre toute précaution que commande l'expérience ordinaire du marin ou les circonstances particulières—La demanderesse naviguait normalement et prudemment—Les défendeurs ont contrevenu aux Règles 5, 6 et 13; c'est par son omission d'observer le risque éventuel (chenal étroit) ainsi qu'à cause de la vitesse fixe égale à quelque cinq nœuds de plus que la vitesse du navire de la demanderesse que le navire des défendeurs n'a pu être en mesure d'éviter l'accident lorsqu'il a rattrapé le navire de la demanderesse et que la manœuvre est alors devenue inévitable—Les défendeurs ont omis d'agir de manière raisonnable et ont négligé de prendre les précautions requises dans les circonstances, obligation générale imposée par la Règle 2a)—La négligence de la demanderesse, qui n'a pas répondu à l'appel envoyé par radio-téléphone par les défendeurs, a contribué à l'accident—La demanderesse a agi avec promptitude dans les circonstances («agonie de la collision») et les défendeurs ne peuvent exiger une diligence plus stricte—Les défendeurs sont responsables du paiement de 80 % des dommages, qui s'élèvent à 1 271 271,85 \$—Règlement sur les abordages, C.R.C., ann. I, ch. 1416, Règles 2a), 5, 6, 13 (mod. par DORS/83-202).

ALGOMA CENTRAL CORP. C. PRESTIGIOUS (LE) (T-2287-88, juge Strayer, jugement en date du 25-3-94, 30 p.)

**TRANSPORT DE MARCHANDISES**

Clause de limitation de responsabilité—Dans sa déclaration, le demandeur réclame des dommages-intérêts et les dépens de l'action en alléguant une négligence grave et le manquement à des obligations contractuelles dans l'exécution d'un contrat suivant lequel la demanderesse devait inventorier, dénombrer, emballer, mettre en caisse, transporter et livrer certains effets, suivant une formule «service complet porte-à-porte» de sa résidence à Toronto à sa nouvelle résidence à Londres (Angleterre)

**DROIT MARITIME—Suite**

—Le demandeur, un expert en évaluation et en estimation d'antiquités et d'œuvres d'art décoratif, s'est réinstallé en Angleterre—Ses effets, y compris des œuvres d'art et des antiquités de valeur, ont été transportés par mer en deux envois distincts—Le demandeur a assuré ses effets, mais pas à leur pleine valeur—Un certain nombre des effets du demandeur n'ont pas été livrés à sa nouvelle adresse, en Angleterre, et d'autres étaient endommagés à leur arrivée à Londres—Le demandeur a soutenu que les conditions figurant au verso du contrat proposé ne pouvaient pas faire partie du contrat entre le demandeur et la défenderesse, puisque dans le préambule aux conditions énoncées dans le devis officiel, il était énoncé que la partie contractante visée par les conditions était Scotpac Écosse—La défenderesse a affirmé qu'il n'y avait pas eu d'inexécution fondamentale ou de négligence grave puisque le demandeur était au courant de la clause limitative de responsabilité ainsi que compte tenu de ses expériences passées—Il s'agit de savoir ce qui faisait partie de conditions du contrat—Scotpac Écosse était mentionnée dans la publicité et dans le préambule aux conditions au verso du contrat, mais les parties au contrat étaient le demandeur et la défenderesse—Il s'agit d'une affaire d'erreur ou de mauvaise désignation plutôt que d'interprétation du contrat *contra proferentum*—Le demandeur n'a aucunement été induit en erreur quant à l'identité de son cocontractant—Il n'est pas prouvé que le conteneur utilisé pour transporter les effets du demandeur a été scellé, ou même qu'il avait été chargé chez le demandeur, à Toronto—La défenderesse n'a pas rempli ses obligations envers le demandeur en ce qui concerne la manière dont elle s'est occupée des effets de ce dernier—La manière dont les inventaires ont été établis était nettement inadéquate—L'entreposage et l'emballage des effets se sont faits au petit bonheur et on a apparemment laissé au hasard le transport de certains des effets jusqu'à la résidence du demandeur, à Londres—Le conteneur commandé était bien loin d'avoir les dimensions nécessaires pour contenir tous les effets du demandeur—Les actes de la défenderesse ont joué un rôle important dans la disparition et l'endommagement des objets—Il est bien établi qu'une clause limitative est sans effet si la partie contre laquelle cette clause est destinée à s'appliquer n'en a pas été informée à la signature du contrat—D'après les faits, la clause limitative a été dûment portée à l'attention du demandeur—Le processus de négociation à l'égard de l'assurance témoigne d'une certaine conscience, de la part du demandeur, de ce qu'il faisait, conscience qu'on ne trouverait peut-être pas chez une partie moins versée en la matière—L'avis de la clause limitative de responsabilité donné au demandeur était suffisant; il était raisonnable pour la défenderesse de conclure qu'un véritable assentiment avait été donné à la clause limitative de responsabilité stipulée au verso du contrat proposé et que cette clause faisait partie du contrat entre le demandeur et la défenderesse—Pour savoir si l'entente peut être interprétée de manière à inclure la limitation en cas de négligence, il faut surtout examiner le libellé des conditions elles-mêmes—En l'espèce, la clause est suffisamment large pour limiter la responsabilité découlant de la négligence de la défenderesse—Les clauses d'exclusion (ou de limitation) devraient être de prime abord appliquées selon leur véritable sens, même en cas d'inexécution fondamentale; toutefois, une réparation peut être accordée lorsque la clause est jugée «inique» ou lorsqu'il est «injuste et déraisonnable» de lui donner effet—Le demandeur ne traitait pas avec la défenderesse à

**DROIT MARITIME—Fin**

armes inégales—Il n'est pas du tout inique ou déraisonnable de permettre à la défenderesse d'invoquer la clause limitative de responsabilité en l'espèce—La défenderesse doit payer au demandeur des dommages-intérêts, calculés conformément à la clause limitative de responsabilité du contrat.

MACKAY C. SCOTT PACKING AND WAREHOUSING CO.  
(T-2015-89, juge Gibson, jugement en date du 31-3-94, 44 p.)

**DROITS DE LA PERSONNE**

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance de *certiorari* annulant une décision rendue par la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP)—La demanderesse travaillait comme manœuvre à la Société des chemins de fer Canadien national (CN); en 1988, elle s'est blessée au genou au travail et, plus tard, elle a demandé qu'on l'affecte à des tâches moins pénibles—Le CN a refusé pour le motif que les troubles dont elle souffrait au genou et son obésité l'empêchaient de travailler à plein temps—La demanderesse a déposé une plainte auprès de la CCDP, alléguant qu'on avait commis des actes discriminatoires en raison de son incapacité, en violation de l'art. 7 de la Loi canadienne sur les droits de la personne—Une enquête a été menée sur la plainte de la demanderesse, conformément à l'art. 43(1) de la Loi—La défenderesse a demandé à la Commission de mener une autre enquête—Lorsque la plainte a été examinée par la Commission, le dossier comprenait le rapport d'enquête de la seconde enquêteuse et la réponse de la demanderesse, mais ne comprenait pas le premier rapport d'enquête—La défenderesse affirme que la seconde enquête n'était que le prolongement de la première—La première enquête n'était pas inachevée et la seconde enquête n'était pas la prolongation de la première—Le rapport du premier enquêteur et les observations de la demanderesse se rapportaient à la question que la Commission était appelée à trancher et cette dernière n'avait pas le droit de rendre sa décision sans en tenir compte—Demande accueillie—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 43(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 63)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

LUKIAN C. SOCIÉTÉ DES CHEMINS DE FER CANADIEN NATIONAL  
(T-641-93, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 24-5-94, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal des droits de la personne avait rejeté les plaintes de 26 employés, qui alléguaient qu'on avait commis à leur endroit un acte discriminatoire fondé sur l'âge en cours d'emploi—Les plaignants étaient des employés du ministère des Transports et travaillaient au sein des services de vols pour dignitaires (SVD) comme pilotes ou agents de bord—Les services étaient exploités par deux ministères distincts, soit le ministère des Transports (MT) et le ministère de la Défense nationale (MDN)—En 1984, la responsabilité relative aux SVD a été transférée au MDN—Les employés des SVD étaient considérés comme trop âgés pour se joindre aux pilotes militaires et il était impossible de transférer les prestations de pension—Il s'agit de savoir: (1) si le Tribunal a commis une erreur en



**DROITS DE LA PERSONNE—Suite**

omettant d'examiner la question de la suprématie de la Loi sur les restructurations et les transferts d'attributions dans l'administration publique; (2) si le Tribunal a commis une erreur en décidant que les employés n'avaient pas été victimes de discrimination directe ou indirecte; (3) si le Tribunal avait fondé sa décision sur des conclusions de fait erronées qu'il avait tirées sans tenir compte de la preuve présentée devant lui—(1) Le Tribunal n'a pas commis d'erreur en ne commentant pas expressément la question de la prépondérance puisque, lorsqu'il a examiné le transfert et les raisons qui l'ont motivé, le Tribunal était tout à fait conscient des exigences et du régime de la Loi et du rôle de celle-ci dans l'examen de pareille décision—(2) Il appartient à la Commission et aux plaignants d'établir un cas *prima facie* de discrimination et ce n'est que lorsque cette preuve est faite que le ministre intimé est tenu de démontrer que l'acte discriminatoire était nécessaire en raison d'exigences professionnelles—L'âge a joué un rôle dans la mise en œuvre de la décision de transférer les services d'un ministère à l'autre; la Cour peut intervenir lorsqu'elle est convaincue que le Tribunal a omis de tenir compte de la preuve présentée devant lui—Le Tribunal a commis des erreurs en examinant la preuve et ne tenant apparemment pas compte de l'ensemble de la preuve présentée devant lui au sujet de la question de l'âge, comme problème lié à la mise en œuvre de la décision de transférer les SVD du MT au MDN—(3) Les éléments clés de la discrimination indirecte sont les suivants: (i) il doit y avoir une règle ou norme d'emploi, (ii) qui est adoptée honnêtement et est neutre à première vue, mais (iii) qui crée de la discrimination fondée sur un motif de distinction illicite—Si ces éléments clés sont établis, il incombe alors à l'employeur intimé de prouver qu'il s'est conformé à son obligation d'accommoder les employés touchés sans s'astreindre pour autant à des contraintes excessives—Le Tribunal a commis une erreur en décidant que les employés n'avaient pas été victimes de discrimination indirecte puisque l'employeur n'avait pas démontré qu'il avait pris des mesures raisonnables pour les accommoder—(4) Les conclusions de fait du Tribunal ont été tirées de façon abusive ou sans qu'il soit tenu compte des éléments dont celui-ci disposait pour constituer un motif de réparation en vertu de l'art. 18.1(4)—La décision du Tribunal est manifestement déficiente en ce qui concerne l'examen de la preuve—Le Tribunal est tenu d'entendre les allégations et d'examiner la preuve de façon approfondie—Les employés avaient le droit de savoir exactement quels éléments de preuve avaient été rejetés et surtout pourquoi ils l'avaient été—Demande accueillie—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4) (édité par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Loi sur les restructurations et les transferts d'attributions dans l'administration publique, L.R.C. (1985), ch. P-34.

CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) C. CANADA (T-672-93, juge Cullen, ordonnance en date du 5-4-94, 23 p.)

Demande de *certiorari* contre la décision par laquelle la Commission canadienne des droits de la personne (la CCDP) avait refusé d'ordonner la tenue d'une enquête sur une plainte contre la GRC—Au cours d'une entrevue avec la GRC pour obtenir un poste, le requérant n'a pas pu répondre à deux questions parce qu'il souffrait d'une légère dyslexie—Il lui manquait deux points pour atteindre la note requise afin de se qualifier au palier suivant du concours—Le requérant a déposé

**DROITS DE LA PERSONNE—Fin**

une plainte selon laquelle la GRC avait, à son égard, établi une distinction injuste en matière d'emploi en refusant de l'engager en raison d'une incapacité—La CCDP a décidé, conformément à l'art. 44(3)b(i) de la Loi canadienne sur les droits de la personne, de rejeter la plainte puisque, selon les éléments de preuve, l'allégation relative à la discrimination n'était pas fondée; il s'agit d'une décision discrétionnaire—La Cour ne devrait pas intervenir, sauf si l'exercice du pouvoir discrétionnaire se fonde sur un principe erroné ou sur un facteur non pertinent—La preuve révélait que même si le requérant avait obtenu le maximum des points attribués aux deux questions, il n'aurait tout de même pas été le candidat choisi—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 44(3)b(i) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 64).

MCDONALD C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (T-1354-93, juge Strayer, ordonnance en date du 19-5-94, 4 p.)

**ENVIRONNEMENT**

Requête présentée par des ministres en vue du rejet de la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimée Friends of Oak Hammock Marsh Inc. (FOHM)—Canards Illimités Canada, un organisme privé à but non lucratif de défense de l'environnement qui cherche à préserver les habitats reproductifs de la sauvagine au Canada, avait reçu l'aide financière de la Diversification de l'économie de l'Ouest (la DÉO) pour un centre d'interprétation et d'enseignement situé au marais Oak Hammock, auquel devait être joint un complexe de bureaux—Le complexe de bureaux a été approuvé par le gouvernement, il a été construit et achevé en décembre 1992, et le centre a ouvert ses portes au printemps 1993—L'intimée FOHM s'oppose au projet—Il s'agit de savoir si la demande de FOHM a été présentée dans le délai imparti et s'il est opportun d'accorder le redressement qu'elle demande—FOHM était au courant, dès 1991, de la décision ministérielle de ne pas exiger une évaluation environnementale publique—FOHM fait opposition à la modification du règlement municipal et à la délivrance d'une licence provinciale pour le projet—Même si la demande avait été présentée dans le délai imparti, elle devrait être rejetée—Il serait futile d'accorder le redressement demandé par FOHM; même si la constitution d'une commission d'évaluation environnementale était ordonnée, les conclusions tirées au sujet des effets environnementaux n'auraient aucun effet pratique—La construction du projet est terminée, celui-ci est en exploitation, et l'aide financière a été versée sans possibilité de récupération; de plus, le gouvernement fédéral n'a pas le pouvoir de dicter les modalités de fonctionnement du projet—Puisque les licences et permis relatifs à la construction et à la lagune ont été délivrés par les autorités provinciales conformément aux lois pertinentes du Manitoba, c'est aux autorités provinciales qu'il convient de s'adresser pour obtenir réparation—Le gouvernement fédéral n'est pas autorisé à révoquer des licences ou à suspendre des permis de cette nature—Il s'agirait d'un empiètement sur des champs de responsabilité provinciale—Le Décret sur les lignes directrices ne peut pas être utilisé comme moyen déguisé d'envahir des champs de compétence provinciale qui ne se rapportent pas aux domaines de compé-

**ENVIRONNEMENT—Fin**

tence fédérale concernés—Requête accueillie—Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-478.

FRIENDS OF OAK HAMMOCK MARSH INC. c. CANADA (MINISTRE DE LA DIVERSIFICATION DE L'ÉCONOMIE DE L'OUEST) (T-612-93, juge Rouleau, ordonnance en date du 9-6-94, 6 p.)

**FORCES ARMÉES**

Demande en vue de l'obtention d'un bref de *certiorari* auxiliaire visant à interdire à l'intimé de continuer, en sa qualité de président d'une cour martiale permanente, le procès du requérant et à annuler les procédures engagées jusqu'à ce jour dans le procès—Le requérant, qui est major dans les Forces armées canadiennes, sollicite un bref de prohibition et un bref de *certiorari* en invoquant deux motifs: (1) l'intimé n'a pas l'indépendance requise en vertu de l'art. 11*d*) de la Charte, à cause des règles qui régissent la nomination, la période d'occupation de la charge et la révocation du président; (2) le président a agi de telle sorte qu'il a suscité une crainte raisonnable de parti pris ou de partialité—En ce qui concerne tant l'indépendance du tribunal que l'impartialité du décideur en cause, le critère applicable est celui de la personne raisonnable et bien informée—La Cour ne saurait conclure qu'un observateur objectif bien informé des procédures conclurait probablement que le président s'est montré partial à l'endroit de l'accusé et qu'il ne pourrait pas présider équitablement le reste du procès—Rien ne laisse entendre que le président faisait autre chose que décrire la nature des documents d'une manière équitable et objective, telle qu'il l'avait perçue à ce moment-là—Demande rejetée—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 11*d*).

HARDING c. CANADA (PRÉSIDENT D'UNE COUR MARTIALE PERMANENTE) (T-1848-93, juge Strayer, ordonnance en date du 19-5-94, 10 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU****CALCUL DU REVENU***Déductions*

Appel de la décision par laquelle la Cour de l'impôt avait rejeté l'appel interjeté par les demandeurs contre la nouvelle cotisation établie pour l'année d'imposition 1984—Les demandeurs exploitaient une entreprise de fabrication et de vente de meubles; en tentant de diversifier leurs entreprises commerciales, ils avaient acquis une propriété locative en achetant une unité en copropriété divisée près d'un lac et de pentes de ski—Ils ont loué l'unité en 1981, 1982 et 1983, le MRN acceptant l'objet de l'investissement dans la copropriété comme une entreprise locative et admettant la déduction des dépenses et la déduction pour amortissement à l'égard de l'unité—En 1984,

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

l'unité n'a pas été louée et le ministre a rejeté la perte locative réclamée—Les demandeurs interjetent appel en alléguant que la Cour de l'impôt a commis une erreur en refusant la perte locative dans la mesure où les pertes réclamées à l'égard de l'immeuble en copropriété avaient été engagées en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien—Le ministre est habilité à rejeter des pertes à l'égard d'une entreprise commerciale qui ont été acceptées au cours des années antérieures—Toutefois, l'équité et la cohérence exigent que, lorsque les circonstances ont radicalement changé, on accorde une période raisonnable avant de refuser la déduction des pertes de cette nature—Les demandeurs avaient une expectative raisonnable de profit à l'égard du revenu de location—Les conditions économiques de la région et les règlements adoptés par l'association des copropriétaires restreignant les possibilités de location constituaient des changements subits et dramatiques indépendants de la volonté des demandeurs, lesquels ont finalement entraîné la déconfiture de l'entreprise commerciale—Appel accueilli.

MCGOVERN c. CANADA (T-3088-90, T-3089-90, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 24-5-94, 7 p.)

**PÉNALITÉS**

Demande de contrôle judiciaire de la décision rejetant la demande de renonciation aux intérêts présentée par les demandeurs—Les requérants sollicitent un bref de *certiorari* annulant la décision du MRN ainsi qu'une ordonnance de révision de la demande de renonciation aux intérêts au motif que l'art. 220(3.1) de la Loi de l'impôt sur le revenu s'applique à l'égard des intérêts courus et payables en 1985 et pendant les années d'imposition subséquentes—Le MRN avait rejeté la demande des requérants au motif que l'intérêt s'appliquant à une dette découlant d'une cotisation relative à l'année d'imposition 1984 ne peut pas faire l'objet d'une renonciation aux termes de l'art. 220(3.1)—Il s'agit de savoir si l'intimé a correctement interprété l'art. 220(3.1) en décidant qu'il ne s'appliquait qu'aux intérêts et pénalités découlant d'une cotisation relative aux années d'imposition 1985 et suivantes—L'art. 220(3.1) ne limite pas la période à l'égard de laquelle le MRN peut exercer son pouvoir discrétionnaire; de telles limites sont fixées en vertu de l'art. 127(5) de la Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu—L'interprétation d'une loi exige qu'on tienne compte d'éléments distincts: (1) les mots; (2) leur contexte immédiat; (3) l'objet de la loi tel qu'il se manifeste dans l'ensemble de la législation; (4) les preuves extrinsèques de l'intention du législateur, dans la mesure où elles sont admissibles—Il faut accorder plus de poids aux termes clairs qui trouvent appui dans leur contexte immédiat qu'aux assertions plus générales portant sur l'intention du législateur—On doit donner aux mots leur sens habituel à moins que le contexte ne s'y oppose—L'année d'imposition s'entend d'une année civile ou d'un exercice financier à l'égard desquels l'impôt est calculé—L'intention du législateur était de limiter le pouvoir discrétionnaire du MRN de renoncer à l'intérêt payable à l'égard des déclarations visant les années d'imposition 1985 et suivantes—Il n'y a pas suffisamment d'incertitude raisonnable ou d'ambiguïté factuelle résultant de l'absence de dispositions explicites pour rendre une décision favorable aux contribuables—Demande rejetée—Loi de l'im-

## IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

pôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 220(3.1) (édicte par L.C. 1991, ch. 49, art. 181(1))—Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu, L.C. 1993, ch. 24, art. 127(5).

MONTGOMERY C. MRN. (T-2818-93, juge Pinard, ordonnance en date du 2-5-94, 7 p.)

### PRATIQUE

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Cour de l'impôt avait accueilli l'appel interjeté par le contribuable par suite de l'omission du MRN de se conformer à une ordonnance lui enjoignant de produire tous les documents en sa possession ou sous sa garde concernant la question en cause dans l'affaire en instance—L'intimé, un avocat, a fait l'objet d'évaluations exigeant le paiement de cotisations d'assurance-chômage, de pénalités et d'intérêts relativement à l'emploi de personnes qu'il engageait de temps à autre par l'entremise d'un service de secrétariat—Il a contesté les évaluations, a interjeté appel devant la Cour de l'impôt et a présenté une demande de communication—La Cour de l'impôt a rendu une ordonnance autorisant l'intimé à interroger un fonctionnaire du ministère du Revenu national et enjoignant au fonctionnaire de communiquer tous les documents en la possession ou sous la garde du MRN concernant la question en cause dans l'affaire en instance—Conformément à l'ordonnance, l'intimé a demandé la production des déclarations personnelles de revenus de cinq personnes envoyées par le service de secrétariat—Le MRN a tenté d'obtenir le consentement de ces personnes—Trois d'entre elles ont refusé, et le MRN a refusé de produire leurs déclarations—L'appel interjeté par l'intimé a été accueilli parce que le MRN ne s'était pas conformé à l'ordonnance—L'ordonnance avait été rendue conformément à la Règle 18 des Règles de procédure de la Cour canadienne de l'impôt à l'égard de la Loi sur l'assurance-chômage—La portée de l'expression «se rapportant à la question en litige» figurant à la Règle 18 est suffisamment large pour fonder l'ordonnance rendue et la portée de l'expression «concernant la question en cause dans l'affaire en instance», employée dans l'ordonnance, est suffisamment large pour nécessiter la production des déclarations de revenus ici en question—Il n'est pas nécessaire que les documents se rapportent à une question à trancher dans l'instance; il suffit qu'ils se rapportent à une question en litige—Vu l'importance de la confidentialité pour le bon fonctionnement du système canadien d'autocotisation en matière d'impôt sur le revenu, il serait souhaitable d'assurer au contribuable la possibilité de se prévaloir du privilège—L'ordonnance peut être rendue sans que le contribuable sache que sa déclaration de revenus doit être divulguée intégralement à une personne avec laquelle il est en relation d'affaires—Les arguments fondés sur l'ordre public ne justifient aucunement l'omission ou le refus d'obtempérer à l'ordonnance ni ne permettent de conclure à une erreur commise par le juge de la Cour de l'impôt—Demande rejetée—Règles de la Cour canadienne de l'impôt à l'égard de la Loi sur l'assurance-chômage, DORS/90-690, Règle 18.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. BASSERMANN (A-499-93, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 13-4-94, 7 p.)

## LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance de *certiorari* annulant la décision par laquelle la Commission nationale des libérations conditionnelles avait révoqué la libération conditionnelle du requérant ainsi qu'en vue de l'obtention d'une ordonnance de *mandamus* enjoignant à la Commission de tenir une audience postsuspension—Les motifs invoqués dans la demande sont que la Commission a outrepassé sa compétence en tenant l'audience en cause conformément aux dispositions de la Loi sur la mise en liberté sous condition et non en vertu des dispositions de la Loi sur la libération conditionnelle; que la Commission n'a pas tenu l'audience dans les délais voulus et qu'elle a ainsi manqué à son obligation d'agir équitablement et violé l'art. 7 de la Charte; que la Commission a manqué à son obligation d'agir équitablement et qu'elle a violé l'art. 7 de la Charte en tenant compte de documents qui n'avaient pas été présentés à l'audience et en ne donnant pas au requérant la possibilité d'y répondre—Le requérant, qui était détenu dans un établissement, a été mis en semi-liberté à condition de ne pas consommer d'alcool—Il n'a pas respecté cette condition et la libération conditionnelle a été révoquée—C'est la loi qui existait au moment où a eu lieu l'audience postsuspension qu'il faut appliquer—Il n'y a aucune rétroactivité dans la Loi sur la mise en liberté en ce qui concerne les faits de l'espèce—La Commission n'a pas appliqué la mauvaise loi lorsqu'elle a examiné le cas du requérant en fonction de la Loi sur la mise en liberté sous condition—Il incombe au requérant de prouver qu'il a été porté atteinte à son droit à la liberté, et ce, en violation des principes de justice naturelle fondamentale—Rien dans la preuve n'indique que le fait qu'on a tardé à transférer le requérant était imputable à une action ou à une inaction précises de la Commission—La justice fondamentale exige une équité en matière de procédure qui corresponde à l'intérêt touché—Bien qu'un processus judiciaire ne soit pas obligatoire, l'équité exige qu'on donne au moins au libéré conditionnel les grandes lignes des allégations examinées par la Commission, et que le détenu ait le droit de connaître la preuve présentée contre lui et ait l'occasion de la réfuter—Le requérant était au courant des renseignements dont disposait la Commission; compte tenu de la preuve, les renseignements fournis au requérant n'étaient pas à ce point insuffisants que celui-ci ne pouvait pas se défendre—La Commission n'a pas manqué à son obligation d'agir équitablement et elle n'a pas violé l'art. 7 de la Charte—Demande rejetée—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 135—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.

ROXBOROUGH C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-2242-93, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 20-5-94, 17 p.)

Demande en vue de l'obtention d'un bref de *mandamus* enjoignant à la Commission nationale des libérations conditionnelles de fixer une nouvelle date d'admissibilité à la semi-liberté—Il s'agit de savoir si la Commission doit appliquer les dispositions de la Loi sur la libération conditionnelle à la peine imposée avant l'entrée en vigueur de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, puis les dispositions de la nouvelle Loi à la seconde peine, imposée après l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi—L'art. 139(1) de

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin**

la nouvelle Loi n'est pas une disposition transitoire comme l'est l'art. 225; il ne régit pas les cas où des peines multiples sont imposées après l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi—Bien que cet élément ne soit pas essentiel aux fins des présents motifs, même si l'art. 139(1) était applicable, il prescrit que le terme d'emprisonnement commence «le jour du début de l'exécution de la première [peine]»—En l'espèce, la peine a commencé à l'époque où la Loi sur la libération conditionnelle était en vigueur et, par conséquent, c'est cette Loi qui devrait être appliquée, et non la nouvelle Loi—Simplement additionner les peines, comme le propose l'intimé, aurait pour effet de reporter d'un an la date d'admissibilité du requérant à cause d'une peine de 60 jours; si le législateur avait souhaité un résultat si injuste, il l'aurait expressément mentionné dans la nouvelle loi—Demande accueillie—Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), ch. P-2—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20.

HOLLWEY C. CANADA (PRÉSIDENT, COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-2592-93, juge McKeown, ordonnance en date du 6-5-94, 4 p.)

**PRATIQUE****FRAIS ET DÉPENS**

À la suite d'une poursuite judiciaire qu'elle avait engagée, en vertu de la Loi sur le programme d'encouragement du secteur pétrolier, la demanderesse s'est vu accorder des subventions de 3 203 402,24 \$ plus l'intérêt ainsi que les dépens entre parties—L'appel et l'appel incident ont été rejetés par la Cour d'appel fédérale avec dépens—La demanderesse a présenté un mémoire de frais de 15 050 \$ à l'égard des honoraires et de 123 150,33 \$ à l'égard des débours—Au moment de la taxation, l'avocat de la demanderesse a fait savoir que la somme de 32 306,63 \$, qui comprenait tous les honoraires, avait été réglée et payée, de sorte que seule la somme de 105 893,70 \$ était en litige—La Règle 346(1) précise le fondement de la taxation—Les questions et facteurs possibles dans la poursuite étaient considérables même s'il s'est avéré inutile de soulever certains d'entre eux—La taxation des dépens ne devrait pas être établie après coup—La longueur de certaines poursuites et les différences dans la tenue des dossiers donnent souvent lieu à une preuve qui n'est pas absolue—Les Règles et tarifs ne sont pas exprimés en termes absolus, mais plutôt en termes généraux ou discrétionnaires, laissant entendre que les items doivent être évalués par rapport à des paramètres qui existent autrement que d'une façon absolue—Ce point de vue ne sanctionne pas une preuve vague et ne laisse pas entendre que les parties bénéficient de moins de détails pour les items qui sont peut-être contestables dans l'espoir que l'officier taxateur puisse exercer son pouvoir discrétionnaire d'une façon libérale—L'officier taxateur évalue et applique son pouvoir discrétionnaire selon un continuum de preuve qui va de l'obscur à l'absolu—Le procureur de la demanderesse a dû se préparer pour faire face à plusieurs problèmes—Une partie de son obligation professionnelle y afférente aurait compris la recommandation de débours certaines sommes pour les services considérés comme essentiels—La façon dont la poursuite s'est déroulée peut avoir rendu sans utilité pratique lesdits services, mais le

**PRATIQUE—Suite**

procureur aurait fait preuve de négligence, à supposer que ces services soient essentiels et raisonnables, en n'examinant pas les questions possibles avec son client et pour celui-ci—Il est peu probable que le procureur de la demanderesse rencontre un conseiller pour des raisons futiles—L'expertise à laquelle on a fait appel ne relevait pas de l'expertise ordinaire du procureur—Il est impossible d'échapper au paiement de la TPS et, si ce n'est pas un honoraire, ce doit être un débours—Le principe de l'indemnité partielle existe pour assurer que les plaideurs possibles qui engagent des poursuites ou y répondent n'hésitent pas à le faire parce qu'ils craignent une indemnisation onéreuse—Le mémoire de frais de la demanderesse, qui s'élevait à 138 200,33 \$, est taxé et admis jusqu'à concurrence de la somme de 83 715,75 \$—Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, Règle 346(1), tarif B, item 1(2b).

MON-OIL LTD. C. CANADA (T-266-88, officier taxateur Stinson, taxation en date du 12-11-93, 34 p.)

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance enjoignant à l'officier taxateur d'accorder des sommes non expressément prévues dans les Règles de la Cour fédérale, ou des sommes en sus de celles qui ont été prévues pour les dépens entre parties—La Cour n'exerce son pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance que dans des circonstances qui peuvent être considérées comme exceptionnelles—Les interrogatoires préalables n'ont pas été exagérément longs—Il fallait tenir compte de facteurs géographiques—Lorsque les blessures corporelles sont subies pendant des vacances dans un lieu de villégiature qui cherche à avoir une clientèle, notamment des vacanciers venant de loin ou de l'étranger, et qu'une réclamation en dommages-intérêts est établie, les frais supplémentaires que des facteurs géographiques obligent le demandeur ayant gain de cause à supporter méritent d'être pris en considération dans l'adjudication des dépens, bien qu'on ne doive pas tenir compte des frais réels engagés sur la base procureur-client—Il n'y a pas lieu de tenir compte de la préparation de la preuve documentaire, avant ou après la communication des documents, pour ce qui est d'accorder des sommes supplémentaires, sauf dans la mesure où la production de cette preuve serait plus longue à cause des facteurs géographiques propres aux communications en général entre l'avocat et les demandeurs—Il est ordonné à l'officier taxateur d'ajouter la somme de 500 \$ au titre des services complémentaires fournis par l'avocat des demandeurs pour la préparation des interrogatoires préalables; d'accorder la somme de 1 250 \$ pour la préparation des conférences préparatoires au procès, ainsi que la somme de 500 \$ pour les services fournis relativement aux consultations avec les témoins experts et à la préparation de leurs affidavits.

JACKSON C. UCLUELET PRINCESS (LE) (T-1865-90, juge MacKay, ordonnance en date du 9-5-94, 13 p.)

**JUGEMENTS ET ORDONNANCES**

Jugement sommaire—Demande en vue de l'obtention de trois requêtes en jugement sommaire—La demanderesse sollicite un jugement sommaire sur une dette de 185 292 \$ due par le défendeur et les défendeurs présentent une requête en jugement sommaire rejetant les actions intentées contre eux—La demanderesse et les défendeurs ont conclu un accord de coentreprise à l'égard de voyages—Il s'agit de savoir si un jugement sommaire est approprié—Il importe peu que la demande

**PRATIQUE—Fin**

soit considérée comme une compensation ou comme une demande reconventionnelle—Les Règles 432.1 et suivantes des Règles de la Cour fédérale (régissant les jugements sommaires) doivent être interprétées dans leur propre contexte—La Règle 432.3(4) prévoit que la Cour ne devrait pas rendre un jugement sommaire sur une question (1) lorsque le juge estime que l'ensemble de la preuve ne comporte pas les faits nécessaires ou (2) lorsqu'il estime injuste de trancher les questions en cause—Il ne s'agit pas d'un cas dans lequel il convient d'accorder un jugement sommaire puisque le montant de la réclamation est encore en litige—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 432.1, 432.3(4).

MARINE ATLANTIC INC. C. BLYTH (T-1571-93, juge Reed, ordonnance en date du 20-4-94, 11 p.)

**PARTIES**

La défenderesse sollicite une ordonnance rejetant l'action pour défaut de poursuivre—L'action a été intentée par les trois demanderesses, qui étaient toutes représentées par les mêmes avocats—Les avocats des demanderesses ont obtenu une ordonnance les libérant de la charge de représenter l'une des demanderesses parce qu'ils ne pouvaient pas obtenir de directives de celle-ci—La demanderesse n'a pas reçu signification de la requête ni communication d'un avis de requête—Il ne s'est pas écoulé un délai suffisant pour appuyer le rejet de l'action pour défaut de poursuivre—Tous les demandeurs doivent agir ensemble et être représentés par un procureur et une équipe d'avocats—La façon de procéder, lorsqu'un demandeur ne souhaite plus poursuivre, consiste à radier le demandeur et à l'ajouter au rang des défendeurs—En l'espèce, ajouter la demanderesse au rang des défenderesses ne permettrait pas de procéder avec célérité—La Règle 1716(2)a des Règles de la Cour fédérale offre une solution—Étant donné que la demanderesse n'est pas représentée par les mêmes procureurs, elle a cessé d'être une partie à l'action—Il est ordonné de créer un nouveau dossier, une demande devant être présentée en vue de faire fixer la date de l'instruction de la nouvelle affaire pour la demanderesse en cause—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1716(2)a.

TAYLOR C. CANADA (T-345-88, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 18-5-94, 3 p.)

**PREUVE**

Allégation de l'enquêteur correctionnel selon laquelle la preuve que l'un des témoins du demandeur allait présenter n'était pas admissible—L'allégation est fondée sur l'art. 189 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition ou, subsidiairement, sur des raisons d'intérêt public, en vertu de l'art. 37 de la Loi sur la preuve au Canada—Le témoin avait eu, en sa qualité d'enquêteur correctionnel, des conversations et communications antérieures avec le demandeur; les questions y afférentes sont pertinentes aux fins du litige—On ne pouvait pas permettre au témoin de témoigner pour le motif que la communication de toute information qu'il avait obtenue dans l'exercice de ses anciennes fonctions nuirait au bon fonctionnement du bureau de l'enquêteur correctionnel—L'art. 189 ne s'applique qu'aux enquêtes menées par le

**PREUVE—Fin**

bureau de l'enquêteur correctionnel, après que cette disposition est entrée en vigueur, en novembre 1992—Rien dans la loi de 1992 ne rend l'application de l'art. 189 rétroactive de façon à accorder une immunité absolue aux enquêtes menées en vertu de l'ancien régime légal; par conséquent, l'art. 189 ne s'applique pas en l'espèce—Le but de l'adoption de l'art. 37 était de répondre aux critiques liées aux demandes d'immunité absolue fondées sur la catégorie d'information à laquelle la preuve appartenait—On ne portera pas préjudice à l'intérêt public en permettant que cette preuve soit fournie—Requête rejetée—Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 189.

KELLY C. CANADA (T-1087-92, juge Reed, ordonnance en date du 26-5-94, 8 p.)

Demande présentée en vertu de la Règle 332(1) en vue de l'obtention d'une ordonnance radiant certains paragraphes de l'affidavit de l'intimée pour le motif qu'ils ne sont pas pertinents, qu'ils renferment du oui-dire et qu'ils présentent une preuve sous forme d'opinion—Il a été soutenu que l'affidavit de l'intimé n'avait pas été établi relativement à une requête interlocutoire et qu'il devait se limiter aux faits dont l'intimé avait personnellement connaissance—L'arrêt *Éthier c. Canada (Commissaire de la GRC)*, [1993] 2 C.F. 659 (C.A.) peut être concilié avec la Règle 332(1) si cette dernière s'interprète comme étant assujettie aux exceptions à la règle du oui-dire prévues par la common law (fiabilité et nécessité), lesquelles autorisent l'admission d'une preuve éventuelle fiable et nécessaire, le poids à donner à cette preuve relevant du juge de première instance—Il s'agit de savoir si la preuve que l'intimé cherche à présenter est fiable et nécessaire—L'approche traditionnelle, à savoir la règle qui présuait l'exclusion du oui-dire à moins qu'il ne puisse être rangé parmi un [TRADUCTION] «ensemble de catégories figées créées par les tribunaux», a cédé le pas à une approche qui permet l'admission d'une telle preuve lorsque la nécessité en est démontrée et qu'il existe des garanties circonstancielles suffisantes de fiabilité—Deux paragraphes sont radiés: il s'agit clairement d'une preuve par oui-dire—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 332(1).

LECOUPE C. CANADA (CHEF D'ÉTAT-MAJOR DE LA DÉFENSE) (T-1650-93, juge Nadon, décision en date du 29-4-94, 13 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Conseil canadien des relations du travail avait décidé d'accréditer l'intimé comme agent négociateur de l'unité de négociation composée des employés de bureaux de la requérante—L'intimé avait déposé une demande d'accréditation d'une unité d'employés; un scrutin de représentation avait été tenu, conformément à l'art. 29(1) du Code canadien du travail, pour déterminer si les employés membres de l'unité de négociation désiraient être représentés par l'intimé ou s'ils préféreraient n'être représentés par aucun syndicat; 44 employés ont accepté et 43 ont refusé—La preuve ne montre pas que le Conseil ait agi en tenant compte de facteurs inappropriés ou pour des

**RELATIONS DU TRAVAIL—Suite**

motifs illégitimes—Bien que quatre tribunaux du CCRT eussent été en cause, les querelles internes survenues au sein du Conseil n'ont pas eu d'incidence sur l'issue du dossier et n'ont pas porté atteinte aux droits des parties—La décision d'accueillir la demande d'accréditation sans tenir de scrutin de représentation n'était pas manifestement déraisonnable et ne justifie pas l'intervention de la Cour—Demande rejetée—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 29(1).

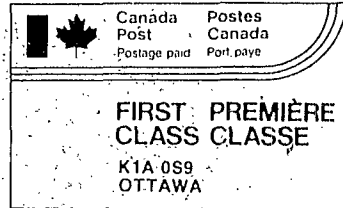
BYERS TRANSPORT LTD C. WESTERN CANADA COUNCIL OF TEAMSTERS (A-469-93, juge Létourneau, jugement en date du 26-4-94, 9 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Conseil canadien des relations du travail avait statué que le syndicat de l'intimée avait manqué au devoir de juste représentation imposé par l'art. 37 du Code canadien du travail—L'intimée, qui était agente de bord, avait été suspendue sans rémunération pendant trois jours après avoir échoué à un examen de formation périodique—Le syndicat requérant a soutenu qu'aux termes de l'art. 37 du Code, le Conseil était tenu de décider non seulement si le syndicat avait rempli son devoir de juste représentation, mais aussi à supposer qu'il n'en soit pas ainsi, si les droits en question étaient visés par la convention collective applicable ou si certains éléments de preuve donnaient à penser que la convention collective s'appliquait à l'affaire en question—Dans sa décision, le Conseil ne s'est pas

**RELATIONS DU TRAVAIL—Fin**

penché sur cette question, et le requérant affirme qu'il n'avait donc pas compétence pour renvoyer le grief à l'arbitrage—Il ressort de l'interprétation de l'art. 37 et de la lecture de l'art. 60(1) que, en vertu de l'art. 37, le Conseil doit se prononcer uniquement sur la question de la juste représentation, et que toutes les autres questions, qu'il s'agisse de savoir si l'affaire est susceptible d'arbitrage et, en particulier, si la convention collective s'applique au grief, relèvent de l'arbitre—État donné la complexité des faits sur lesquels reposent les diverses questions (à savoir si l'examen a été correctement corrigé, s'il s'agissait d'une suspension de nature disciplinaire, si celle-ci était justifiée), le Conseil a estimé avec sagesse que l'arbitre était mieux placé pour trancher la question des rapports existant entre les faits et la convention collective, et que telle était l'intention du législateur—La Cour n'est pas en mesure de dire que pareille interprétation est irrationnelle—Il n'existe aucune contradiction entre le fait que le Conseil ne s'est pas prononcé sur la question de la compétence, et son ordonnance voulant que «tout dédommagement que l'arbitre pourrait accorder à l'intimé d[evait] être payé par le syndicat»—Le Conseil pouvait séparer le redressement accordé de la question de savoir si l'affaire était susceptible d'arbitrage—Demande rejetée.

SYNDICAT CANADIEN DE LA FONCTION PUBLIQUE C. ASHTON (A-489-93, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 2-6-94, 5 p.)



*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canadian Government Publishing Centre,  
Supply and Services Canada,  
Ottawa, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*  
*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*  
Centre d'édition du gouvernement du Canada,  
Approvisionnement et Services Canada,  
Ottawa, Canada, K1A 0S9

Available from the Canadian Government Publishing Centre,  
Supply and Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente: Centre d'édition du gouvernement du Canada,  
Approvisionnement et Services Canada, Ottawa, Canada K1A 0S9