

Alberta Human Rights Commission*Appellant*

v.

Central Alberta Dairy Pool *Respondent*

and

**The Canadian Human Rights Commission,
Canadian Jewish Congress and Seventh-day
Adventist Church in Canada***Interveners*INDEXED AS: CENTRAL ALBERTA DAIRY POOL v.
ALBERTA (HUMAN RIGHTS COMMISSION)

File No.: 20850.

1989: October 13; 1990: September 13.

Present: Dickson C.J.* and Wilson, La Forest,
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory and McLachlin JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

*Civil rights — Freedom of religion — Adverse effect
discrimination — Employer requiring work on Monday
because of demands imposed by nature of business —
Employee's religion requiring observance of Easter
Monday — Whether the employer's rule could be
upheld as a bona fide occupational qualification — If
not, whether respondent could demonstrate accommod-
ation of complainant's religious beliefs up to the point
of undue hardship — If so, whether the respondent
reasonably accommodated the complainant's religious
beliefs — Individual's Rights Protection Act, R.S.A.
1980, c. I-2, s. 7(1), (3).*

The complainant launched a complaint against the
respondent alleging that it refused to continue to employ
him because of his religion, contrary to s. 7(1) of the
Individual's Rights Protection Act. The complainant's
religion required that he not work on his Sabbath and
holy days. There was a general understanding that
employees work during "working days" but this "rule"
was not inflexible and complainant had been accom-
modated on at least one occasion. The respondent
refused complainant's request for leave without pay for
Easter Monday because of its particularly onerous oper-
ational requirements on Mondays. The complainant was

* Chief Justice at the time of hearing.

Alberta Human Rights Commission*Appelante*

c.

^a **Central Alberta Dairy Pool** *Intimée*

et

^b **Commission canadienne des droits de la
personne, Congrès juif canadien et Église
adventiste du septième jour du Canada***Intervenants*RÉPERTORIÉ: CENTRAL ALBERTA DAIRY POOL c.
ALBERTA (HUMAN RIGHTS COMMISSION)

N° du greffe: 20850.

1989: 13 octobre; 1990: 13 septembre.

^d Présents: Le juge en chef Dickson* et les juges Wilson,
La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory et
McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

^e *Libertés publiques — Liberté de religion — Discri-
mination par suite d'un effet préjudiciable — Imposi-
tion par l'employeur de l'obligation de travailler le
lundi à cause de la nature de l'entreprise — Employé
tenu par sa religion d'observer le lundi de Pâques — La
règle de l'employeur peut-elle demeurer en tant qu'exi-
gence professionnelle normale? — Dans la négative,
l'intimée peut-elle démontrer qu'elle a composé avec les
croyances religieuses du plaignant mais sans s'imposer
des contraintes excessives? — Dans l'affirmative, l'inti-
mée a-t-elle pris les mesures raisonnables pour compo-
ser avec les croyances religieuses du plaignant? —
Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch.
I-2, art. 7(1), (3).*

^h Le plaignant a déposé une plainte contre l'intimée,
alléguant que celle-ci avait refusé de continuer à l'em-
ployer en raison de sa religion, en contravention du par.
7(1) de la *Individual's Rights Protection Act*. La reli-
gion du plaignant exigeait qu'il ne travaille pas pendant
le sabbat et les jours saints. Il était généralement
entendu que les employés travailleraient durant les
«jours ouvrables», mais cette «règle» n'était pas inflexible
et on avait permis à l'appelant de s'absenter au moins
une fois. L'intimée a refusé au plaignant sa demande de
congé non payé pour le lundi de Pâques en raison des
impératifs de l'exploitation les lundis. Le plaignant a été

* Juge en chef à la date de l'audition.

informed that if he failed to report to work on Easter Monday his employment would be terminated. He did not report for work and was dismissed.

The Board of Inquiry established pursuant to the Act found that the respondent had discriminated against the complainant contrary to s. 7 of the Act and ordered the respondent to pay him partial compensation for his lost wages. An appeal to the Alberta Court of Queen's Bench was allowed by MacNaughton J. and affirmed by the Alberta Court of Appeal.

At issue here were: (1) whether the employer's rule could be upheld as a *bona fide* occupational qualification (BFOQ) under s. 7(3) of the Act; (2) if not, whether it was still open to the respondent to demonstrate that it had accommodated the complainant's religious beliefs up to the point of undue hardship; and (3) if so, whether the respondent reasonably accommodated the complainant's religious beliefs?

Held: The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and Wilson, L'Heureux-Dubé and Cory JJ.: *Bona fide* occupational qualification and *bona fide* occupational requirement are equivalent and co-extensive terms.

Direct and adverse effect discrimination ought to be distinguished for purposes of determining the appropriate response to a *prima facie* case of discrimination. A rule established by the employer which fits into the category of "direct discrimination" and which is not saved by any statutory justification is simply struck down. It can only stand if it is valid in its application to all members of the group affected by it. This result does not obtain, however, where a neutral rule has an adverse discriminatory effect. Its effect on the complainant must be considered and some accommodation required from the employer for the complainant's benefit if the purpose of the Act is to be given effect. The working rule to which the duty of accommodation applies need not be "reasonably necessary"; it need only be "a condition or rule rationally related to the performance of the job".

Bhinder v. Canadian National Railway Co. is correct in so far as it states that accommodation is not a component of the BFOQ test and that once a BFOQ 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

avisé qu'il serait mis fin à son emploi s'il ne se présentait pas au travail le lundi de Pâques. Il ne s'est pas présenté à son travail et a été renvoyé.

La commission d'enquête constituée en vertu de la Loi a conclu que l'intimée avait exercé une discrimination contre le plaignant en contravention de l'art. 7 de la Loi et a ordonné à l'intimée de lui verser une indemnité partielle pour salaire perdu. L'appel interjeté à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a été accueilli par le juge MacNaughton et confirmé par la Cour d'appel de l'Alberta.

Il faut décider en l'espèce: (1) si la règle de l'employeur peut demeurer en tant qu'exigence professionnelle normale (EPN) au sens du par. 7(3) de la Loi; (2) dans la négative, si l'intimée avait toujours la faculté de démontrer qu'elle avait composé avec les croyances religieuses du plaignant sans s'imposer des contraintes excessives; et (3) dans l'affirmative, si l'intimée a pris les mesures raisonnables pour composer avec les croyances religieuses du plaignant.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Cory: Les expressions qualification professionnelle normale et exigence professionnelle normale sont équivalentes et de même portée.

Il y a lieu de faire une distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte aux fins de déterminer la réponse qu'il convient d'apporter à une preuve apparente de discrimination. Lorsque la règle établie par l'employeur tombe dans la catégorie de la «discrimination directe» et qu'elle n'est protégée par aucune justification légale, elle est simplement annulée. Elle ne peut être maintenue que si elle est valide dans son application à tous les membres du groupe touché. Mais lorsqu'une règle neutre est discriminatoire par suite d'un effet préjudiciable, le résultat n'est pas le même. Son effet sur le plaignant doit être étudié et un accommodement quelconque s'impose de la part de l'employeur au profit du plaignant si l'on veut mettre en application l'objet de la Loi. Il n'est pas essentiel que la règle de travail à laquelle s'applique l'obligation d'accommodement soit «raisonnablement nécessaire»; il importe seulement qu'elle soit «une condition ou une règle raisonnablement liée à l'exécution des fonctions».

Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada 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 indi-

justified by a statutory equivalent of a BFOQ, i.e., a defence that considers the rule in its totality. (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.

The rule at issue here bore the form of a neutral condition of general application but had an adverse impact on adherents of minority religions or sects. The defence of accommodation requires that the rule be rationally connected to the performance of the job and that the respondent employer accommodate the employee up to the point of undue hardship. The respondent is equally entitled to organize its business by closing down its processing operation on the weekend resulting in Monday's being a particularly busy day. Its work rule meets the test of being rationally connected to the job of being a dairy processor. The complainant was lawfully entitled to pursue the practices of his religion and to be free of the compulsion to work on Easter Monday contrary to his religious beliefs. The onus is upon the respondent employer to show that it made efforts to accommodate the complainant's religious beliefs up to the point of undue hardship.

A comprehensive definition of what constitutes undue hardship is unnecessary. Some of the factors relevant to such an appraisal, however, might be listed. They might include financial cost, disruption of a collective agreement, problems of morale of other employees, interchangeability of work force and facilities. The size of the employer's operation may influence the assessment of whether a given financial cost is undue or the ease with which the workforce and facilities can be adapted to the circumstances. Where safety is at issue both the magnitude of the risk and the identity of those who bear it are relevant considerations. This list is not intended to be exhaustive and the results which will obtain from a balancing of these factors against the right of the employee to be free from discrimination will necessarily vary from case to case.

Per La Forest, Sopinka and McLachlin JJ.: The duty to accommodate must be dealt with in the context of the *bona fide* occupational qualification exception or defence.

The general intent and spirit of the Act creates a duty to accommodate in religious discrimination cases.

recte. 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.-à-d. un moyen de défense qui envisage la règle dans sa totalité. (Les codes de droits de la personne au Canada contiennent tous une disposition d'exception fondée sur l'EPN.) Par contre, lorsqu'une règle crée une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, il convient de confirmer la validité de cette règle dans son application générale et de se demander si l'employeur aurait pu composer avec l'employé lésé sans subir des contraintes excessives.

La règle en cause en l'espèce prend la forme d'une condition neutre d'application générale, mais elle a un effet préjudiciable sur les adeptes de religions ou de sectes minoritaires. La défense d'accommodement exige que la règle ait un lien rationnel avec l'exercice de l'emploi et que l'employeur intimé ait composé avec l'employé sans s'imposer des contraintes excessives. L'intimée est également autorisée à organiser ses activités de manière à arrêter la production en fin de semaine de sorte que le lundi est une journée particulièrement chargée. Sa condition d'emploi satisfait donc au critère du lien rationnel avec le travail de transformation laitière. Le plaignant était légalement autorisé à pratiquer sa religion et à ne pas être forcé de travailler le lundi de Pâques, contrairement à ses croyances religieuses. C'est à l'employeur qu'incombe le fardeau de prouver qu'il s'est efforcé de tenir compte des croyances religieuses du plaignant, sans s'imposer des contraintes excessives.

Il n'est pas nécessaire de définir de façon exhaustive ce qu'il faut entendre par contrainte excessive. On peut cependant énumérer certains facteurs permettant de la mesurer. Ils peuvent comprendre le coût financier, l'atteinte à la convention collective, le moral du personnel et l'interchangeabilité des effectifs et des installations. L'importance de l'exploitation de l'employeur peut jouer sur l'évaluation de ce qui représente un coût excessif ou sur la facilité avec laquelle les effectifs et les installations peuvent s'adapter au gré des circonstances. Lorsque la sécurité est en jeu, l'ampleur du risque et l'identité de ceux qui le supportent sont des facteurs pertinents. Cette énumération ne se veut pas exhaustive et les résultats qu'on obtiendra en mesurant ces facteurs par rapport au droit de l'employé de ne pas faire l'objet de discrimination varieront nécessairement selon le cas.

Les juges La Forest, Sopinka et McLachlin: Il faut traiter de l'obligation d'accommodement dans le contexte de l'exception ou de la défense fondée sur l'exigence professionnelle normale.

L'objet et l'esprit de la Loi créent une obligation d'accommodement dans les cas de discrimination reli-

Where a duty to accommodate arises but the statute contains no BFOQ, the employer can discharge the duty only by showing that all reasonable efforts have been made to accommodate individual employees short of creating undue hardship for the employer. This does not change because of the addition of a statutory defence of BFOQ. The addition of the defence is relevant to the discharge of the duty but not to its existence.

Where a statutory BFOQ provision is present, its language cannot be avoided. Once that defence is made out there is no basis for an individual examination of the circumstances of each employee. The question, however, is how the BFOQ is established having regard to the duty to accommodate.

A successful BFOQ defence requires that there be no reasonable alternative to a rule that does not take into account the individual circumstances of those to whom it applies. What is reasonable in these terms is a question of fact. If the employer fails to provide an explanation as to why individual accommodation cannot be accomplished without undue hardship, the duty to accommodate has not been discharged and the BFOQ has not been established.

An employer with a large number of employees of many different religions may be able to discharge the duty inherent in the BFOQ by adopting a policy with respect to the accommodation of the religious beliefs of its employees. Such a policy may be a reasonable alternative to a practice that entails an *ad hoc* accommodation of individual employees. An employer that has not adopted a policy with respect to accommodation and cannot otherwise satisfy the trier of fact that individual accommodation would result in undue hardship will be required to justify his conduct with respect to the individual complainant. Even then the employer can invoke the BFOQ defence.

Here, the finding of the Board of Inquiry that the employer "made no significant effort to accommodate the request" was fatal to the establishment of a BFOQ.

Cases Cited

By Wilson J.

Overtured: *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; **considered:** *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon*

gieuse. Lorsqu'il existe une obligation d'accommodement là où la loi ne contient aucune disposition relative à l'EPN, l'employeur, pour s'acquitter de cette obligation, doit démontrer qu'il a fait tous les efforts raisonnables pour composer avec des employés particuliers sans avoir à s'imposer des contraintes excessives. L'adjonction de la défense légale fondée sur une EPN ne modifie pas cette situation; en effet, cette défense se rapporte à l'exécution de l'obligation et non pas à son existence.

Lorsqu'une loi contient une disposition relative à une EPN, son libellé ne saurait être ignoré. Une fois la défense établie, il n'y a pas lieu de faire l'étude individuelle de la situation de chacun des employés. Il faut se demander toutefois comment l'EPN est établie en regard de l'obligation d'accommodement.

Une défense fondée sur une EPN ne saurait réussir que s'il n'existe aucune autre solution raisonnable à une règle qui ne tient pas compte de la situation particulière de ceux qu'elle vise. Ce qui est raisonnable dans ces circonstances est une question de fait. Si l'employeur n'arrive pas à expliquer pourquoi il ne peut composer individuellement avec ses employés, sans contrainte excessive pour lui, il ne s'est pas acquitté de son obligation d'accommodement et l'EPN n'a pas été établie.

L'employeur qui a de nombreux employés de religions différentes peut arriver à s'acquitter de l'obligation inhérente à l'EPN en adoptant une politique visant à tenir compte des diverses croyances religieuses de ses employés. Une telle politique peut être une solution raisonnable à envisager au lieu de la pratique consistant à composer individuellement avec les employés dans des circonstances particulières. L'employeur qui n'a pas adopté de politique relative aux accommodements, et qui ne peut par ailleurs convaincre le juge des faits que composer sur une base individuelle lui imposerait des contraintes excessives sera tenu de justifier sa conduite à l'égard du plaignant. Même alors, l'employeur peut invoquer la défense fondée sur l'EPN.

En l'espèce, la conclusion de la commission d'enquête que l'employeur «n'a fait aucun effort notable pour répondre à la demande» s'oppose absolument à l'existence d'une EPN.

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

Arrêt écarté: *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; **arrêts examinés:** *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Saskatche-*

(City), [1989] 2 S.C.R. 1297; *Caldwell v. Stuart*, [1984] 2 S.C.R. 603; *Brossard (Town) v. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279.

By Sopinka J.

Considered: *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Brossard (Town) v. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297; *Roosma v. Ford Motor Co.* (1988), 9 C.H.R.R. D/4743; **referred to:** *Dewey v. Reynolds Metals Co.*, 402 U.S. 689 (1971), affg 429 F.2d 324 (6th Cir. 1970).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, s. 14(a).
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q. 1977, c. C-12, ss. 10, 20.
Civil Rights Act of 1964, Pub. L. 88-352, 78 Stat. 241 (1964), Title VII Equal Employment Opportunity.
Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, s. 7(1), (3).
Interpretation Act, R.S.A. 1980, c. I-7, ss. 10, 12(1).
Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1980, c. 340, s. 4(1)(g).
Ontario Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, 42 U.S.C.A. s. 2000e(j), as am. by Pub. L. 92-261, s. 2, 86 Stat. 103.

Authors Cited

Canada. Canadian Human Rights Commission. *The Effects of the Bhinder Decision on the Canadian Human Rights Commission: A Special Report to Parliament*. Ottawa: Canadian Human Rights Commission, 1986.
 Tarnopolsky, Walter Surma and William F. Pentney. *Discrimination and the Law*. Fifth Cumulative Supplement (September 1989). By William F. Pentney. Don Mills, Ont.: De Boo, 1989.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1988), 62 Alta. L.R. (2d) 207, 56 D.L.R. (4th) 192, [1989] 1 W.W.R. 78, dismissing an appeal from a judgment of MacNaughton J. (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 325, 73 A.R. 57, 29 D.L.R. (4th) 154, [1986] 5 W.W.R. 35, Canadian Labour Law Reports 17,001, 8 C.H.R.R. D/3639,

wan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville), [1989] 2 R.C.S. 1297; *Caldwell c. Stuart*, [1984] 2 R.C.S. 603; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279.

^a Citée par le juge Sopinka

Arrêts examinés: *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297; *Roosma v. Ford Motor Co.* (1988), 9 C.H.R.R. D/4743; **arrêt mentionné:** *Dewey v. Reynolds Metals Co.*, 402 U.S. 689 (1971), conf. 429 F.2d 324 (6th Cir. 1970).

Lois et règlements cités

^a *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 177, ch. C-12, art. 10, 20.
Civil Rights Act of 1964, Pub. L. 88-352, 78 Stat. 241 (1964), Title VII Equal Employment Opportunity.
Code ontarien des droits de la personne, L.R.O. 1980, ch. 340, art. 4(1)g).
^e *Code ontarien des droits de la personne, 1981*, L.O. 1981, ch. 53.
Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, art. 7(1), (3).
Interpretation Act, R.S.A. 1980, ch. I-7, art. 10, 12(1).
^f *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, art. 14a).
 42 U.S.C.A. art. 2000e(j), mod. Pub. L. 92-261, art. 2, 86 Stat. 103.

Doctrine citée

^g Canada. Commission canadienne des droits de la personne. *Les effets de la décision Bhinder sur la Commission canadienne des droits de la personne: rapport spécial au Parlement*. Ottawa: Commission canadienne des droits de la personne, 1986.
^h Tarnopolsky, Walter Surma and William F. Pentney. *Discrimination and the Law*. Fifth Cumulative Supplement (September 1989). By William F. Pentney. Don Mills, Ont.: De Boo, 1989.

ⁱ POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1988), 62 Alta. L.R. (2d) 207, 56 D.L.R. (4th) 192, [1989] 1 W.W.R. 78, qui a rejeté un appel d'un jugement du juge MacNaughton (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 325, 73 A.R. 57, 29 D.L.R. (4th) 154, [1986] 5 W.W.R. 35, Canadian Labour Law Reports 17,001, 8 C.H.R.R. D/3639,

allowing an appeal from a ruling of a Board of Inquiry. Appeal allowed.

Russell D. Albert and J. Leslie Wallace, for the appellant.

Fred Day, for the respondent.

René Duval, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

John I. Laskin and Robyn M. Bell, for the intervener the Canadian Jewish Congress.

Gerald Chipeur, for the intervener Seventh-day Adventist Church.

The judgment of Dickson C.J. and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Cory JJ. was delivered by

WILSON J.—The principal question raised in this appeal is whether a particular attendance rule imposed by the respondent employer on an employee is a *bona fide* occupational qualification (“BFOQ”) under the Alberta *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2 (“the Act”). In the event that this Court answers the question in the negative, we are further called upon by the parties to consider whether the respondent might defend itself from a charge of religious discrimination by proving that it accommodated the employee up to the point of undue hardship.

1. The Facts

The appeal arises out of a complaint launched by Jim Christie (“the complainant”) against the respondent alleging that the respondent refused to continue to employ him because of his religion, contrary to s. 7(1) of the Act. His complaint was upheld by the Board of Inquiry but overturned by the Alberta Court of Queen's Bench. The Alberta Court of Appeal upheld the Queen's Bench decision.

The complainant was employed by the respondent from August 26, 1980 to April 4, 1983 in a number of positions in the production operations of the respondent's milk processing plant in Wetaskiwin, Alberta. He became a prospective member of the World Wide Church of God in February,

qui avait accueilli un appel d'une décision d'une commission d'enquête. Pourvoi accueilli.

Russell D. Albert et J. Leslie Wallace, pour l'appelante.

Fred Day, pour l'intimée.

René Duval, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

John I. Laskin et Robyn M. Bell, pour l'intervenant le Congrès juif canadien.

Gerald Chipeur, pour l'intervenante l'Église adventiste du septième jour.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Cory rendu par

LE JUGE WILSON—La principale question dans le présent pourvoi est de savoir si une règle particulière concernant la présence au travail imposée par l'employeur intimé à un employé est une exigence professionnelle normale («EPN») au sens de la *Individual's Rights Protection Act* de l'Alberta, R.S.A. 1980, ch. I-2 («la Loi»). Dans l'éventualité où notre Cour répondrait par la négative, les parties nous demandent de déterminer si l'intimée pourrait se défendre d'une accusation de discrimination religieuse en démontrant qu'elle a tenu compte de la situation de l'employé dans la mesure où elle n'en subissait pas de contraintes excessives.

1. Les faits

Le pourvoi tire son origine d'une plainte déposée par Jim Christie («le plaignant») contre l'intimée, alléguant que celle-ci avait refusé de continuer à l'employer en raison de sa religion, contrairement au par. 7(1) de la Loi. La commission d'enquête a conclu au bien-fondé de la plainte mais sa décision a été infirmée par la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. La Cour d'appel de l'Alberta a confirmé le jugement de la Cour du Banc de la Reine.

Du 26 août 1980 au 4 avril 1983, le plaignant a été employé dans plusieurs postes du secteur de la production, à l'usine de transformation du lait exploitée par l'intimée à Wetaskiwin, en Alberta. Il est devenu membre aspirant de la World Wide Church of God en février 1983. Cette Église

1983. The Church recognizes a Saturday Sabbath, a five-day Fall Feast of the Tabernacle, and five other holy days during the year. Religious adherents are expected not to work on these days, although the Church does not impose sanctions for disobedience.

The complainant requested to work the early shift on Fridays in order that his work schedule not conflict with the onset of his Sabbath. This request was granted. He expressed a desire to schedule his vacation time in the future to coincide with the Fall Feast of the Tabernacle but consideration of this request was superceded by subsequent events.

On March 25, 1983, Mr. Christie requested through his supervisor permission to take unpaid leave on Tuesday, March 29 and Monday, April 4, in order to observe two holy days. The latter day was Easter Monday. He offered to work alternative days outside his regular schedule in consideration for his absence on the two holy days. His supervisor responded that he would be allowed to be absent March 29 but for reasons of plant operating needs he would be required at work Monday, April 4.

Mondays are especially busy days at the plant. Milk arrives seven days a week and milk received on the weekend is prepared Sunday for canning on Monday. All milk that arrives on the weekend must be canned promptly on Monday to prevent spoilage. Mondays are also busy shipping days. In cases of employee absence on Mondays due to sickness or other emergencies the contingency arrangement contemplated under the collective agreement was to adjust work assignments and/or have the supervisor assist in maintaining operations.

The complainant reiterated his request and the reasons for it to his supervisor, his shop steward, and the Branch Manager. A meeting between these parties, as well as a union representative, took place on March 30 at which time the complainant was advised by the Branch Manager that if he failed to report for work on April 4 his

reconnaît le samedi comme jour du sabbat, une fête des Tabernacles de cinq jours à l'automne de même que cinq autres jours saints dans l'année. Elle demande à ses adeptes de ne pas travailler ces jours-là, bien que la désobéissance à cette règle ne soit pas sanctionnée.

Pour que son horaire de travail n'entre pas en conflit avec le début du sabbat, le plaignant a demandé à travailler pendant le premier quart le vendredi, ce qui lui a été accordé. Il a également exprimé le souhait de faire coïncider à l'avenir la période de ses vacances avec la fête des Tabernacles en automne mais des événements subséquents ont écarté l'examen de cette requête.

Le 25 mars 1983, M. Christie a demandé, par l'intermédiaire de son contremaître, l'autorisation de prendre un congé non payé le mardi 29 mars et le lundi 4 avril, pour observer deux jours saints, dont le dernier était le lundi de Pâques. En échange, il a offert de travailler d'autres jours en dehors de son horaire normal. Son contremaître lui a répondu qu'il serait autorisé à s'absenter le 29 mars mais que, en raison des impératifs de l'exploitation, sa présence au travail serait requise le lundi 4 avril.

Le lundi est une journée particulièrement chargée à l'usine. La réception du lait a lieu sept jours par semaine et le lait reçu en fin de semaine est préparé le dimanche pour la mise en conserve le lundi. Tout le lait ainsi reçu pendant la fin de semaine doit être rapidement mis en conserve le lundi afin d'éviter toute détérioration. Le lundi est aussi un jour d'expédition chargé. En cas d'absence d'un employé ce jour-là, pour cause de maladie ou autre situation urgente, le plan de secours mis en place dans la convention collective prévoit que les affectations sont réaménagées ou que le contremaître fournit son aide pour assurer la continuité des opérations, ou les deux.

Le plaignant a renouvelé sa demande et en a réitéré les motifs à son contremaître, à son délégué syndical ainsi qu'au directeur de succursale. Une rencontre entre ces personnes, en présence d'un représentant du syndicat, a eu lieu le 30 mars, date à laquelle le plaignant a été avisé par le directeur qu'il serait mis fin à son emploi s'il ne se présentait

employment would be terminated. The complainant did not appear for work on April 4. When he returned on April 5 he found his position occupied by a newly hired employee. He had been dismissed.

The Board of Inquiry established pursuant to the Act found that the respondent had discriminated against the complainant contrary to s. 7 of the Act and ordered the respondent to pay him partial compensation for Christie's lost wages. An appeal to the Alberta Court of Queen's Bench was allowed by MacNaughton J. and affirmed by the Alberta Court of Appeal.

2. The Relevant Legislation

Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980 c. I-2:

[Preamble]

WHEREAS recognition of the inherent dignity and the equal and inalienable rights of all persons is the foundation of freedom, justice and peace in the world; and

WHEREAS it is recognized in Alberta as a fundamental principle and as a matter of public policy that all persons are equal in dignity and rights without regard to race, religious beliefs, colour, sex, physical characteristics, age, ancestry or place of origin; and

WHEREAS it is fitting that this principle be affirmed by the Legislature of Alberta in an enactment whereby those rights of the individual may be protected:

THEREFORE HER MAJESTY, by and with the advice and consent of the Legislative Assembly of Alberta, enacts as follows:

7(1) No employer or person acting on behalf of an employer shall

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

(b) discriminate against any person with regard to employment or any term or condition of employment,

because of the race, religious beliefs, colour, sex, physical characteristics, marital status, age, ancestry or place of origin of that person or of any other person.

pas au travail le 4 avril. Le plaignant ne s'est pas présenté à son travail le 4 avril. Lorsqu'il y est revenu le 5 avril, il a constaté qu'un nouvel employé occupait son poste. Il avait été renvoyé.

a

La commission d'enquête constituée en vertu de la Loi a conclu que l'intimée avait exercé une discrimination contre le plaignant en contravention de l'art. 7 de la Loi et elle lui a ordonné de lui verser une indemnité partielle pour salaire perdu. L'appel interjeté à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a été accueilli par le juge MacNaughton et confirmé par la Cour d'appel de l'Alberta.

2. La législation pertinente

Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2:

d [TRADUCTION] [Préambule]

CONSIDÉRANT que la reconnaissance de la dignité inhérente à toutes les personnes et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde; et

e CONSIDÉRANT qu'est reconnu en Alberta le principe fondamental et d'intérêt public de l'égalité de toutes les personnes et en droits, sans distinction de race, de croyances religieuses, de couleur, de sexe, de caractéristiques physiques, d'âge, d'ascendance ou de lieu d'origine; et

f CONSIDÉRANT qu'il y a lieu que la Législature de l'Alberta affirme ce principe dans une loi protégeant les droits de la personne;

g À CES CAUSES, SA MAJESTÉ, de l'avis et du consentement de l'Assemblée législative de l'Alberta, décrète ce qui suit:

h 7(1) Aucun employeur ni aucune personne agissant pour le compte d'un employeur ne doit

a) refuser d'employer ou de continuer d'employer une personne;

b) faire preuve de discrimination envers une personne en matière d'emploi ou quant aux modalités ou conditions d'emploi,

i en raison de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, des caractéristiques physiques, de l'état matrimonial, de l'âge, de l'ascendance ou du lieu d'origine de cette personne ou de toute autre personne.

j

(3) Subsection (1) does not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational qualification.

The *Individual's Rights Protection Amendments Act, 1985*, S.A. 1985, c. 33, amended s. 7(3) and replaced "qualification" with "requirement". The amendment also substituted the term "physical disability" for "physical characteristics".

Interpretation Act, R.S.A. 1980, c. I-7:

10 An enactment shall be construed as being remedial, and shall be given the fair, large and liberal construction and interpretation that best ensures the attainment of its objects.

12(1) The preamble of an enactment is a part of the enactment intended to assist in explaining the enactment.

3. The Decisions Below

Board of Inquiry (G. M. Johanson, Chairman)

The Board's decision preceded this Court's judgments in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, and *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561. In the course of its decision the Board considered the public policy underlying the Act (as expressed in the preamble) as well as the interaction of ss. 7(1) and 7(3). It concluded, as did this Court in *O'Malley*, that intent is not a necessary prerequisite to a finding of discrimination in breach of a human rights statute.

In order to establish a *prima facie* case of discrimination the Board held that the complainant had to prove:

- (a) the existence of a *bona fide* religion with a genuine commitment to it;
- (b) adequate notice of the employee's religious requirements to the employer; and
- (c) an effort on the part of the employee to accommodate the employer as far as possible without being required to compromise his beliefs.

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard d'un refus, d'une restriction, d'une condition ou d'une préférence fondé sur une qualification professionnelle normale.

- ^a En 1985, le par. 7(3) a été modifié par la *Individual's Rights Protection Amendments Act, 1985*, S.A. 1985, ch. 33, pour remplacer le terme [TRADUCTION] «qualification» par «exigence», et remplacer [TRADUCTION] «caractéristiques physiques» par «déficiences physiques.»

Interpretation Act, R.S.A. 1980, ch. I-7:

[TRADUCTION] **10** La loi est censée réparatrice et reçoit l'interprétation juste, large et libérale la plus favorable à la réalisation de son objet.

12(1) Le préambule fait partie de la loi et sert à l'expliquer.

3. Les décisions des juridictions inférieures

^e *La commission d'enquête (G. M. Johanson, président)*

La décision de la commission est antérieure aux arrêts de cette Cour dans *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, et *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561. Dans sa décision, la commission a examiné les principes sous-tendant la Loi (exprimés au préambule) ainsi que l'interaction des par. 7(1) et 7(3). Comme cette Cour l'a fait dans l'arrêt *O'Malley*, elle a conclu que l'intention n'est pas une condition préalable essentielle à une conclusion de discrimination visée par une loi sur les droits de la personne.

Selon la commission, pour établir *prima facie* la discrimination, le plaignant devait prouver:

- ⁱ a) l'existence d'une religion légitime et la sincérité de son engagement envers elle;
- b) la notification suffisante à l'employeur des obligations religieuses de l'employé;
- ^j c) un effort de la part de l'employé pour composer le plus possible avec l'employeur sans être obligé de sacrifier ses croyances.

The first two points were not in dispute. The complainant's sincerity was not questioned at that time and the employer did not contend that more notice would have affected its decision.

With respect to the complainant's attempt to accommodate his employer, the Board found that his efforts were adequate and "other alternatives could have been explored if his employer had been open to such a discussion". The Board added, however, that Mr. Christie

... could and should have been more diligent in consulting with his minister in the World Wide Church of God to better understand the position of his church based on his particular job and the need of his employer. Mr. Christie was new to the Church and admitted he had much to learn. Although Mr. Christie did raise this matter with his minister, the evidence leads us to conclude this was not done in a thorough and complete manner with due regard to the seriousness of his situation. The evidence leads also to the conclusion his minister may not have provided adequate information and advice.

The Board ruled that these shortcomings in Mr. Christie's conduct could be dealt with at the remedial stage and did not affect the legitimacy of his *prima facie* case.

The Board then turned to the issue of the employer's accommodation of the complainant's religious beliefs. It held that the employer's obligation under s. 7(1) of the Act to refrain from discriminatory practices could be limited only to the extent that accommodation would cause undue hardship. It identified four factors to be considered in assessing undue hardship in relation to reasonable accommodation: (1) interchangeability of work force and facilities; (2) disruption of a collective agreement; (3) problems of morale of other employees; and (4) costs. The Board found that the interchangeability factor was the only one of any significance in the present case. Since Mondays were especially busy the employer did not have the usual flexibility to reassign the work force as it did on other days such as Tuesday, March 29 when Mr. Christie was permitted to be absent. Although the supervisor, Mr. Shantz, had the

Les deux premiers points n'étaient pas en litige. La sincérité du plaignant n'a pas été mise en doute à ce moment et l'employeur n'a pas prétendu que sa décision aurait été différente s'il avait reçu plus ample avis.

En ce qui a trait aux efforts du plaignant pour composer avec son employeur, la commission a conclu qu'ils avaient été suffisants et que [TRANSDUCTION] «d'autres solutions auraient pu être examinées si l'employeur avait été ouvert à la discussion». La commission a toutefois ajouté que M. Christie

[TRANSDUCTION] ... aurait pu et aurait dû être plus vigilant lorsqu'il a consulté le ministre de la World Wide Church of God pour mieux comprendre la position de son Église, en fonction de son travail et des besoins de son employeur. Monsieur Christie était nouveau dans l'Église et il a reconnu qu'il avait beaucoup de choses à apprendre. S'il a abordé la question avec son ministre, d'après la preuve, il ne l'a pas fait de manière approfondie et complète, compte tenu de la gravité de sa situation. La preuve nous amène également à conclure que son ministre ne lui a peut-être pas fourni les informations et les conseils appropriés.

La commission a décidé que ces lacunes dans la conduite de M. Christie pouvaient être prises en compte au stade de la réparation et n'avaient pas d'incidence sur la légitimité de la preuve *prima facie*.

La commission a ensuite examiné l'obligation de l'employeur de composer avec les croyances religieuses du plaignant. Elle a conclu que l'obligation faite à l'employeur, au par. 7(1) de la Loi, de s'abstenir de commettre des actes discriminatoires ne pouvait être limitée que dans la mesure où l'accommodement causerait une contrainte excessive. La commission a identifié quatre facteurs à prendre en compte pour évaluer la contrainte excessive par rapport à l'accommodement raisonnable: (1) l'interchangeabilité des effectifs et des installations, (2) l'atteinte à la convention collective, (3) le moral des autres employés et (4) les coûts. La commission a jugé que l'interchangeabilité était le seul facteur important en l'espèce. Le lundi étant une journée particulièrement chargée, l'employeur ne pouvait faire preuve, dans le réaménagement des effectifs; de la souplesse dont il faisait habituellement preuve d'autres jours,

ability to fill in, it was unreasonable to expect someone in his position to do so except "in limited and mutually agreeable circumstances".

The collective agreement did not present a serious obstacle to giving Mr. Christie the day off on April 4 and no evidence was submitted by the employer with respect to employee morale or costs. The Board concluded that:

... the evidence in this case did not establish an undue hardship or more than de minimus [*sic*] cost would necessarily have resulted if full and complete consideration had been given to Mr. Christie's request at the time it was raised. The only real evidence was that Mr. Shantz was required to work on April 4 with the resulting inconvenience to the performance of his supervisory duties. Because this was the situation and because the Pool did not make any particular attempt to accommodate the request in recognition it was based on the religious beliefs of the employee, we find that the Pool was in violation of Subsection 7(1) of the Individual's Rights Protection Act in that as an employer, they refused to continue to employ Mr. Christie because of his religious beliefs and this action was not based on a bona fide occupational qualification as provided in Subsection 7(3).

The Board did not order reinstatement as a remedy because of "the conflict between Mr. Christie's religious beliefs and the requirements of his production position which in the longer term present a conflict which we are not at all certain can be resolved". Also, it ordered only partial compensation of Mr. Christie's lost income because "we do not believe the Pool can be held totally responsible".

Alberta Court of Queen's Bench (MacNaughton J.) (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 325

MacNaughton J. held, at p. 328, that the Board erred in law in finding that the employer's action was not based on a bona fide occupational qualification:

comme cela s'est produit le mardi 29 mars lorsqu'il a autorisé M. Christie à s'absenter. Même si le contremaître, M. Shantz, était en mesure de suppléer à une absence, il était déraisonnable de s'attendre qu'une personne dans ce poste le fasse, sauf «dans des circonstances très limitées et d'un commun accord».

Quant à la convention collective, elle ne présentait pas d'obstacle sérieux à l'octroi d'une journée de congé à M. Christie le 4 avril et l'employeur n'a présenté aucune preuve en ce qui concerne le moral des autres employés ou les coûts. La commission a conclu:

[TRADUCTION] ... qu'il n'a pas été établi en l'espèce qu'il y avait contrainte excessive ou que le fait d'acquiescer pleinement à la demande de M. Christie, au moment où elle a été faite, aurait nécessairement entraîné des coûts autres que minimes. La seule preuve véritable est que M. Shantz a été tenu de travailler le 4 avril et que cela l'a gêné dans ses fonctions de surveillance. Compte tenu de cette situation et du fait que l'entreprise n'a pas fait d'efforts particuliers pour accéder à la demande eu égard à la nature des croyances religieuses de l'employé, nous estimons qu'elle a enfreint le par. 7(1) de la Individual's Rights Protection Act en ce que, à titre d'employeur, elle a refusé de continuer à employer M. Christie en raison de ses croyances religieuses, et que cette décision n'était pas fondée sur une exigence professionnelle normale aux termes du par. 7(3).

La commission n'a pas ordonné la réintégration comme mesure de réparation en raison [TRADUCTION] «du conflit existant entre les croyances religieuses de M. Christie et les exigences du poste qu'il occupait dans la production, conflit dont nous doutons fort qu'il puisse se résoudre à long terme». De même, elle n'a accordé à M. Christie qu'une indemnité partielle pour la perte de son salaire parce qu'elle estimait [TRADUCTION] «que l'entreprise ne pouvait être tenue entièrement responsable».

La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (le juge MacNaughton) (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 325

Le juge MacNaughton a statué, à la p. 328, que la commission avait commis une erreur de droit en concluant que la décision de l'employeur n'était pas fondée sur une exigence professionnelle normale:

The complainant violated a term or condition of his employment which compelled him to attend regularly, and, in particular on 4th April 1983, at his place of employment in accordance with the work schedule established by the appellant. Such term or condition of employment was a bona fide occupational qualification within the meaning of s. 7(3) of the Act

Having found that attendance in accordance with the employer's work schedule was a bona fide occupational qualification, MacNaughton J. (citing the judgment of McIntyre J. in *Bhinder*) ruled that the employer had no duty to accommodate once the BFOQ defence was established. He also held that in any event the employer had reasonably accommodated the religious beliefs of the employee. Mr. Christie, on the other hand, had failed to take reasonable steps toward accommodating the employer's needs in that he "did not make diligent and complete inquiries of his church representatives to determine whether satisfactory solutions could be found". In coming to this conclusion, MacNaughton J. relied on evidence from a witness (who was also a member of the same Church as Mr. Christie) that "if the requirement to work on holy days is an ongoing situation, a person has the responsibility to seek, over time, other employment which will allow observance of holy days". The witness was of the view that Mr. Christie's present occupation would present an ongoing conflict with his religious obligations.

Alberta Court of Appeal (Harradence, Belzil, Stevenson J.J.A.), [1989] 1 W.W.R. 78

In a brief judgment Harradence J.A. ruled on behalf of the Court that MacNaughton J. did not err in concluding that the requirement of regular attendance was a BFOQ. In light of this Court's judgment in *Bhinder* it was unnecessary to determine whether there was any duty of accommodation on the employer.

4. The Issues

The dispute between the parties in this case revolves around the designation of an employer

[TRADUCTION] Le plaignant a violé une condition d'emploi l'obligeant à se présenter régulièrement au travail, et en particulier le 4 avril 1983, conformément à l'horaire de travail établi par l'appelante. Cette condition d'emploi était une exigence professionnelle normale, au sens du par. 7(3) de la Loi . . .

Après avoir conclu que la présence au travail conformément à l'horaire de travail établi par l'employeur constituait une exigence professionnelle normale, le juge MacNaughton (citant l'opinion du juge McIntyre dans l'arrêt *Bhinder*) a décidé qu'aucune obligation d'accommodement n'incombait à l'employeur qui avait réussi à établir cette défense. Il a également jugé que, de toute façon, l'employeur avait pris des mesures raisonnables pour composer avec les croyances religieuses de l'employé. Quant à M. Christie, il n'a pas fait les démarches raisonnables pour tenir compte des besoins de l'employeur en ce qu'il [TRADUCTION] «ne s'est pas enquis de façon complète et avec diligence auprès des représentants de son Église pour voir s'il était possible de trouver des solutions satisfaisantes». Pour arriver à cette conclusion, le juge MacNaughton s'est appuyé sur la déposition d'un témoin (membre de la même Église que M. Christie) qui a affirmé que [TRADUCTION] «s'il s'agit d'une situation permanente, celui qui est tenu de travailler les jours saints a la responsabilité de se mettre à la recherche d'un autre emploi qui en permettra l'observance». Selon le témoin, le poste qu'occupait alors M. Christie était susceptible d'entrer constamment en conflit avec ses obligations religieuses.

Cour d'appel de l'Alberta (les juges Harradence, Belzil et Stevenson), [1989] 1 W.W.R. 78

Dans un bref jugement, le juge Harradence a statué au nom de la Cour que le juge MacNaughton n'avait pas commis d'erreur en concluant que l'exigence relative à la présence régulière au travail constituait une EPN. Compte tenu de l'arrêt de cette Cour dans l'affaire *Bhinder*, il n'y avait pas lieu de déterminer si une obligation d'accommodement incombait à l'employeur.

4. Les questions en litige

Le litige qui oppose les parties en l'espèce tourne autour de la reconnaissance comme EPN au sens

rule as a BFOQ under s. 7(3) of the Act. The parties, however, are not agreed as to how to characterize the particular rule at issue. The appellant describes it as mandatory attendance at work on Mondays. The respondent contends that it is "regular attendance, in general, and attendance on April 4th, 1983 specifically".

In my view, both of these descriptions are inaccurate. The employer did not impose mandatory attendance on Mondays without exception. The record clearly indicates that exceptions were made in cases of illness, unspecified emergencies and, one supposes, annual vacations. It was not the case that an employee who missed Monday due to illness would automatically be dismissed. Indeed, the employer had a contingency plan for dealing with precisely those situations. As for the respondent's submission, I note that there is no evidence that the complainant did not attend regularly, so the question of regular attendance does not arise in this context. It is true that the complainant asked for and received permission to be absent on Tuesday, March 29. To the extent that the respondent implies that its concession with respect to Tuesday is a relevant consideration in assessing its decision about the following Monday, the respondent's position is disingenuous. At no time did the respondent assert that its decision with respect to Monday would have been different had the appellant not requested and received other shift changes. On the contrary, there is every indication that the respondent would have refused to give the complainant Monday off for religious reasons under any circumstances. Moreover, it is not the case that the complainant refused to work Mondays in general. Neither could it be said that religious holidays (other than Easter Monday) would fall on Mondays except rarely. The complainant in the case at bar simply asked for one particular Monday off. Given this fact, the only way to characterize the respondent's rule would appear to be "mandatory attendance on Mondays except in case of illness or other emergencies, religious obligation not being included as an emergency for this purpose". Stated in the obverse, the

du par. 7(3) de la Loi d'une règle établie par un employeur. Les parties, toutefois, ne s'entendent pas sur la description de la règle en cause. L'appellante la décrit comme la règle de la présence obligatoire au travail le lundi. L'intimée prétend pour sa part qu'elle vise [TRADUCTION] «la présence régulière en général et la présence le 4 avril 1983 en particulier».

À mon avis, les deux sont inexactes. L'employeur n'a pas imposé la présence obligatoire le lundi, sans exception. Il ressort clairement du dossier qu'il y avait des exceptions en cas de maladie, de situations d'urgence indéterminées et, on peut le supposer, de congés annuels. Un employé absent le lundi pour cause de maladie n'était pas automatiquement renvoyé. En fait, l'employeur avait prévu un plan d'urgence précisément pour parer à ces situations. En ce qui concerne l'argument de l'intimée, soulignons que rien dans la preuve n'indique que le plaignant ne s'est pas présenté régulièrement au travail, de sorte que la question de la présence régulière ne se pose pas dans le présent contexte. Il est vrai que le plaignant a demandé et reçu l'autorisation de s'absenter le mardi 29 mars. Dans la mesure où l'intimée laisse entendre que la concession faite pour le mardi était une considération pertinente quant à l'appréciation de la décision prise pour le lundi suivant, sa position porte à faux. L'intimée n'a allégué à aucun moment que sa décision au sujet du lundi aurait pu être différente si l'appelant n'avait pas, à sa demande, obtenu d'autres changements de quart. Au contraire, tout indique que l'intimée aurait refusé d'accorder au plaignant un congé le lundi pour des motifs religieux, quelles que soient les circonstances. De plus, il ne s'agit pas d'un cas où le plaignant a refusé de travailler le lundi en général. Sauf quelques rares exceptions, on ne peut soutenir non plus que les congés religieux (autres que le lundi de Pâques) tomberaient le lundi. En l'espèce, le plaignant a simplement demandé une journée de congé un lundi en particulier. Dans ces conditions, la seule façon de décrire la règle de l'intimée serait de dire qu'il s'agit de «la présence obligatoire 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». Présentée à l'inverse, la règle interdisait

rule prohibited Monday absences due to religious obligation.

So much by way of preliminary comment. The issues raised in the appeal are as follows:

1. Can the employer's rule be upheld as a *bona fide* occupational qualification under s. 7(3) of the Act?

2. If question 1 is answered in the negative, was it still open to the respondent to demonstrate that it had accommodated the complainant's religious beliefs up to the point of undue hardship?

3. If question 2 is answered in the affirmative, did the respondent in fact reasonably accommodate the complainant's religious beliefs?

I note in passing that the respondent employer also wishes to put in issue for the first time before this Court the existence of a *prima facie* case of discrimination. It alleges, *inter alia*, that the complainant did not correctly understand the tenets of his faith and that his status as a prospective rather than fully baptized member of the Church somehow compromises his claim to recognition as a genuine adherent of the faith. The respondent did not impugn the sincerity of the complainant's beliefs at any earlier stage of the proceedings and, in my view, there is no reason to question the Board's finding of fact that "Mr. Christie had a genuine commitment to a *bona fide* religion".

5. Analysis

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") but a review of the relevant authorities suggests that they may not be completely compatible.

I note at the outset that while McIntyre J. in *Bhinder* left open the question whether a *bona fide* occupational qualification has the same meaning as a *bona fide* occupational requirement, I am of the view that they are equivalent and co-extensive terms. Most of the jurisprudence treats them as interchangeable and I agree that they are intended to give expression to the same concept. Accordingly, my conclusions with respect to the meaning of a

l'absence le lundi pour cause d'obligation religieuse.

Voilà pour les commentaires préliminaires. Le pourvoi soulève les questions suivantes:

1. La règle de l'employeur est-elle une exigence professionnelle normale au sens du par. 7(3) de la Loi?

2. Si la réponse à la question 1 est négative, l'intimée avait-elle toujours la faculté de démontrer qu'elle avait composé avec les croyances religieuses du plaignant tant qu'il n'en avait pas résulté pour elle une contrainte excessive?

3. Si la réponse à la question 2 est positive, l'intimée avait-elle, dans les faits, pris les mesures raisonnables pour composer avec les croyances religieuses du plaignant?

Je souligne au passage que l'intimée souhaite aussi contester pour la première fois devant cette Cour l'existence d'une preuve *prima facie* de discrimination. Elle allègue notamment que le plaignant n'a pas interprété correctement les préceptes de sa foi et que son statut de membre aspirant plutôt que de membre baptisé de l'Église compromet quelque peu sa prétention à la reconnaissance comme véritable adepte de cette confession. L'intimée n'a toutefois pas mis en doute la sincérité des croyances du plaignant auparavant en cours d'instance et, à mon avis, rien ne permet de mettre en doute la conclusion de fait du tribunal suivant laquelle [TRADUCTION] «l'engagement de M. Christie envers une religion légitime était sincère».

5. Analyse

Notre Cour a eu plusieurs fois l'occasion d'examiner le concept légal de qualification professionnelle normale («QPN») ou d'exigence professionnelle normale («EPN»). Un examen des arrêts pertinents donne toutefois à penser qu'ils pourraient ne pas être totalement compatibles.

Je souligne dès le départ que, même si le juge McIntyre dans l'arrêt *Bhinder* n'a pas décidé si l'expression qualification professionnelle normale avait la même signification que l'expression exigence professionnelle normale, je suis d'avis qu'il s'agit de termes équivalents et de même portée. La majeure partie de la jurisprudence considère ces expressions comme interchangeables et je suis d'accord pour dire qu'elles visent à exprimer le

bona fide occupational qualification are equally applicable to a *bona fide* occupational requirement.

The first statement by this Court regarding a statutory BFOQ was made in *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202. At issue was a policy mandating retirement at age sixty for fire fighters. The employer submitted that the policy was a BFOQ within the meaning of the *Ontario Human Rights Code* and thus did not constitute discrimination on the basis of age. Speaking for the Court McIntyre J. outlined the procedure for dealing with a BFOQ provision at p. 208:

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

Turning to the definition of a BFOQ he stated:

Two questions must be considered by the Court. Firstly, what is a *bona fide* occupational qualification and requirement within s. 4(6) of the Code and, secondly, was it shown by the employer that the mandatory retirement provisions complained of could so qualify? ... 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

même concept. Mes conclusions concernant la qualification professionnelle normale s'appliquent donc également à l'exigence professionnelle normale.

^a Notre Cour s'est prononcée pour la première fois sur une disposition d'exception fondée sur l'EPN dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202. Le litige portait sur une politique prévoyant la mise à la retraite obligatoire des pompiers à l'âge de soixante ans. L'employeur alléguait que cette politique était une EPN au sens du *Code ontarien des droits de la personne* et qu'elle ne constituait donc pas une discrimination fondée sur l'âge. Au nom de la Cour, le juge McIntyre a décrit ainsi, à la p. 208, la procédure à suivre dans le cas d'une disposition reconnaissant l'exception d'EPN:

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

^c Puis définissant ce qu'il fallait entendre par une EPN il a affirmé:

^d La Cour doit examiner deux questions. En premier lieu, qu'est-ce qu'une exigence professionnelle réelle au sens du par. 4(6) du Code et, en second lieu, l'employeur a-t-il démontré que les dispositions relatives à la retraite obligatoire qui font l'objet de la plainte peuvent être ainsi qualifiées? [...] 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

without endangering the employee, his fellow employees and the general public.

In other words, past a certain point the physical strength, stamina and alertness of fire fighters diminish with age, making them less able to deal with the hazards and dangers of fire fighting. The attendant risk to public safety is obvious. Thus, the prime justification advanced for the mandatory retirement limitation in *Etobicoke* was public safety, as opposed to economy or simple efficiency.

McIntyre J. distinguished mandatory retirement for reasons of safety from mandatory retirement for purely economic reasons. He states at p. 209:

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

Where, however, the cost of "unpredictable human failure" is public safety, the Court agreed that an arbitrary retirement age may be imposed. McIntyre J. said at pp. 209-10:

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 the case at bar it may be said that the employment falls into that category. While it is no doubt true that some below the age of sixty may

travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général.

En d'autres termes, passé un certain point, la force physique des pompiers, leur endurance et leur vigilance diminuent avec l'âge, ce qui les rend moins aptes à faire face aux risques et aux dangers que comporte le travail de pompier. Le risque pour la sécurité du public est évident. Ainsi, le principal argument avancé dans l'affaire *Etobicoke* pour justifier la mise à la retraite obligatoire était la sécurité du public, et non des considérations d'ordre économique ou de simple efficacité.

Le juge McIntyre a fait une distinction entre la retraite obligatoire pour des raisons de sécurité et la retraite obligatoire fondée sur des motifs purement économiques. Il affirme à la p. 209:

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

En revanche, lorsque l'«erreur humaine imprévisible» a pour prix la sécurité publique, la Cour reconnaît que l'âge de la retraite peut être fixé arbitrairement. Le juge McIntyre s'exprime ainsi aux pp. 209 et 210:

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. On peut affirmer que l'emploi dont il est question en l'es-

become unfit for firefighting and many above that age may remain fit, recognition of this proposition affords no assistance in resolving the second question. In an occupation where, as in the case at bar, the employer seeks to justify the retirement in the interests of public safety, to decide whether a *bona fide* occupational qualification and requirement has been shown the board of inquiry and the court must consider whether the evidence adduced justifies the conclusion that there is sufficient risk of employee failure in those over the mandatory retirement age to warrant the early retirement in the interests of safety of the employee, his fellow employees and the public at large.

The Court concluded that the type of "impressionistic" evidence adduced by the employer in defence of its policy was "inadequate to discharge the burden of proof lying upon the employer." It had not made out its case for a BFOQ. It is important to note, however, that the disposition of the case turned on the insufficiency of the evidence and not on the illegitimacy of the claim that the evidence was adduced to support.

The next two significant judgments are *Bhinder* and *O'Malley*.

In *O'Malley* the appellant was a full-time employee of the respondent. She subsequently became a member of the Seventh-Day Adventist Church which recognizes a Saturday Sabbath. The tenets of the faith prohibited working from sundown Friday to sundown Saturday. Her employer refused to permit her to continue as a full-time employee unless she worked on Saturdays. The relevant legislation, the *Ontario Human Rights Code*, did not contain a *bona fide* occupational requirement provision applicable to cases of religious discrimination. In a unanimous judgment this Court held first that intent is not a necessary element of discrimination under the Code. The concept of "adverse effect discrimination" developed in the American jurisprudence was accepted and adopted by McIntyre J. on behalf of the Court. At page 551 he distinguishes between direct discrimination and adverse effect discrimination:

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

La Cour a conclu que la preuve de type «impressionniste» qu'il avait présentée au soutien de sa politique était «insuffisante pour libérer l'employeur [...] du fardeau de la preuve qui lui incombait». Il n'avait donc pas démontré l'existence d'une EPN. Toutefois, il importe de souligner que la Cour a tranché l'affaire en se fondant sur l'insuffisance de la preuve et non pas sur l'illégitimité de la prétention à l'appui de laquelle cette preuve avait été produite.

Les deux autres arrêts importants sont les arrêts *Bhinder* et *O'Malley*.

Dans l'affaire *O'Malley*, l'appelante était une employée à plein temps de l'intimée. Elle était devenue membre de l'Église adventiste du septième jour dont l'enseignement fait du samedi le jour du sabbat et interdit de travailler du coucher du soleil le vendredi au coucher du soleil le samedi. Son employeur avait refusé de lui permettre de continuer à travailler comme employée permanente sans travailler le samedi. La loi pertinente, le *Code ontarien des droits de la personne*, ne contenait pas de disposition fondée sur l'exigence professionnelle normale applicable aux cas de discrimination religieuse. Dans un jugement unanime, notre Cour a statué d'abord que l'intention n'était pas un élément essentiel de la discrimination au sens du Code. Le juge McIntyre a adopté au nom de la Cour le concept de «discrimination par suite d'un effet préjudiciable» élaboré par la jurisprudence américaine. À la page 551, il établit une distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable:

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. . . . 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.

Where the rule established by the employer fits into the category of "direct discrimination" and is not saved by any statutory justification, it is simply struck down. The example cited by McIntyre J. was *Etobicoke*. In that case the mandatory retirement rule discriminated directly on the basis of age and the employer's evidence was inadequate to establish a BFOQ. The rule was struck down. Where a neutral rule has an adverse discriminatory effect, the same result does not obtain. At page 552 of *O'Malley* McIntyre J. contrasts the approach taken to direct discrimination with that taken to adverse effect discrimination:

No question arises in a case involving direct discrimination. Where a working rule or condition of employment is found to be discriminatory on a prohibited ground and fails to meet any statutory justification test, it is simply struck down: see the *Etobicoke* case, *supra*. In the case of discrimination on the basis of creed resulting from the effect of a condition or rule rationally

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 une 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. [. . .] 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.

Lorsque la règle établie par l'employeur tombe dans la catégorie de la «discrimination directe» et qu'elle n'est protégée par aucune justification légale, elle est simplement annulée. Le juge McIntyre cite l'arrêt *Etobicoke* à titre d'exemple. Dans cette affaire, la règle de la retraite obligatoire établissait une distinction fondée directement sur l'âge et la preuve de l'employeur était insuffisante pour établir l'existence d'une EPN. La règle a donc été annulée. Mais lorsqu'une règle neutre est discriminatoire par suite d'un effet préjudiciable, le résultat n'est pas le même. À la page 552 de l'arrêt *O'Malley*, le juge McIntyre souligne la différence de la démarche à adopter dans le cas de discrimination directe et le cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable:

La question ne se pose pas dans le cas de la discrimination directe. Lorsqu'une condition de travail ou d'emploi est jugée discriminatoire pour un motif prohibé et qu'elle ne satisfait à aucun critère de justification légale, elle est simplement annulée: voir l'affaire *Etobicoke*, précitée. Dans un cas de discrimination fondée sur la croyance et résultant de l'effet d'une condition ou d'une

related to the performance of the job and not on its face discriminatory a different result follows. The working rule or condition is not struck down, but its effect on the complainant must be considered, and if the purpose of the *Ontario Human Rights Code* is to be given effect some accommodation must be required from the employer for the benefit of the complainant.

It is notable that the working rule to which the duty of accommodation applies need not be "reasonably necessary", i.e., it need not be a BFOR. Rather, it need only be "a condition or rule rationally related to the performance of the job". In *O'Malley* the employer adduced no evidence indicating accommodation of the employee's religious needs. In the result Mrs. O'Malley's appeal was allowed.

In *Bhinder* the employer had a rule which required the wearing of a hard hat on the job site where the appellant worked as a maintenance electrician. As a practising Sikh, the appellant's religion forbade him to wear any head covering other than a turban. The issue was whether the employer's rule was a BFOR under the relevant legislation, the *Canadian Human Rights Act*. The majority of the Court (Dickson C.J. and Lamer J. (as he then was) dissenting) held that the Tribunal implicitly (although not expressly) found that the rule was a BFOR within the definition of *Etobicoke* but subsequently erred in attempting to make an exception with respect to its application to Mr. Bhinder because of its discriminatory impact on him. The Tribunal found that the rule was "adopted for genuine business reasons with no intent to offend the principles of the Act" and was both "useful" and "reasonable in that it promoted safety by reducing the risk of injury". In the majority's view, this was tantamount to a finding of a BFOR within the definition in *Etobicoke*. In order to appreciate fully the implications of *Bhinder* it is necessary to review in some detail the ruling of the Tribunal as well as the majority and dissenting judgments of this Court.

règle qui est raisonnablement liée à l'exécution des fonctions et qui n'est pas discriminatoire à première vue, un résultat différent s'ensuit. La règle ou la condition de travail n'est pas annulée, mais son effet sur le plaignant doit être étudié et si l'on veut mettre en application l'objet du *Code ontarien des droits de la personne* un accommodement quelconque s'impose de la part de l'employeur au profit du plaignant.

Il faut remarquer qu'il n'est pas essentiel que la règle de travail à laquelle s'applique l'obligation d'accommodement soit «raisonnablement nécessaire», c'est-à-dire qu'elle soit une EPN. Il importe seulement qu'elle soit «une condition ou [...] une règle qui est raisonnablement liée à l'exécution des fonctions». Dans l'affaire *O'Malley*, l'employeur n'avait produit aucune preuve démontrant qu'il avait tenté de composer avec les besoins religieux de l'employée. En conséquence, le pourvoi de M^{me} O'Malley a été accueilli.

Dans l'affaire *Bhinder*, l'employeur avait imposé une règle prescrivant le port d'un casque de sécurité sur les lieux où l'appelant travaillait comme électricien d'entretien. L'appelant était un Sikh pratiquant et sa religion lui interdisait de porter sur la tête autre chose qu'un turban. Il s'agissait de savoir si la règle de l'employeur était une EPN au sens de la loi pertinente, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. La Cour à la majorité (le juge en chef Dickson et le juge Lamer (aujourd'hui Juge en chef) étant dissidents) a statué que le tribunal avait implicitement (mais non expressément) jugé que la règle constituait une EPN au sens de la définition donnée dans l'arrêt *Etobicoke* mais qu'il avait par la suite commis une erreur en tentant d'en exempter M. Bhinder parce que cette règle avait sur lui un effet discriminatoire. Le tribunal a estimé que la règle avait été adoptée «pour des raisons d'affaires véritables, sans intention de porter atteinte aux principes de la Loi», et qu'elle était à la fois «utile» et «raisonnable en ce qu'elle permettait d'accroître la sécurité en réduisant le risque de blessures». Pour la majorité, cela équivalait à la reconnaissance d'une EPN au sens de la définition donnée dans l'arrêt *Etobicoke*. Afin d'apprécier pleinement la portée de l'arrêt *Bhinder*, il importe d'examiner en détail la décision du tribunal ainsi que les opinions majoritaires et dissidentes de cette Cour.

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*.

In his dissent Dickson C.J. (Lamer J., concurring) summarized at pp. 567-68 the Tribunal's approach to the definition and application of the BFOR provision:

The root of the *bona fide* exception is, according to the Tribunal, "the ability of an employee to perform his or her duties", and the definition of what is a *bona fide* occupational requirement must be determined on a case by case basis according to the demands of particular jobs. A policy which discriminates against an individual on religious grounds will not, according to the Tribunal, be a *bona fide* occupational requirement unless the risks and costs incurred by the employer in accommodating the religious requirements of the individual outweigh the individual's freedom from religious discrimination. Where the practice of an employee's religious beliefs does not affect his or her ability to perform the duties of the job, nor jeopardize the safety of the public or other employees, nor cause undue hardship to the employer, either in a practical or economic sense, then a policy which restricts that practice is not a *bona fide* occupational requirement.

The Tribunal, having found as a fact that the failure of Mr. Bhinder to wear a hard hat would not affect his ability to perform the job, nor expose

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.

Dans sa dissidence à laquelle a souscrit le juge Lamer, le juge en chef Dickson a résumé ainsi, aux pp. 567 et 568, la façon dont le tribunal a abordé la définition et l'application de l'exception fondée sur l'EPN:

D'après le tribunal, l'exception du caractère normal a pour fondement «la capacité d'un employé d'exécuter ses fonctions» et la définition de ce qu'est une exigence professionnelle normale doit être établie en fonction de chaque cas selon les exigences de tâches particulières.

Une politique qui établit contre une personne une distinction fondée sur la religion ne constitue pas, d'après le tribunal, une exigence professionnelle normale, à moins que les risques et les coûts auxquels s'exposera l'employeur s'il compose avec les préceptes religieux de cette personne, ne l'emportent sur le droit de l'individu de ne pas être victime de discrimination religieuse. Lorsque les pratiques religieuses d'un employé n'influent pas sur sa capacité d'exécuter les tâches de son emploi, ne mettent pas en péril la sécurité du public ou des autres employés, ni n'imposent aucune contrainte excessive à l'employeur que ce soit sur le plan pratique ou sur le plan économique, alors une politique qui limite ces pratiques n'est pas une exigence professionnelle normale.

Ayant constaté que le refus de M. Bhinder de porter un casque de sécurité n'était pas susceptible d'influer sur sa capacité d'exécuter son travail, de

others to risk, nor impose undue hardship on the employer, concluded (according to Dickson C.J.) that the hard hat rule was not a BFOR. Dickson C.J. agreed with the Tribunal in both its reasons and its result.

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

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

Dickson C.J. saw no conflict between his interpretation of a BFOR in this case and the judgment of this Court in *Etobicoke*. He refers to the passage from the Court's judgment in *Etobicoke* (quoted *supra*) in which McIntyre J. describes a BFOQ as being objectively related to and "reasonably necessary" for the performance of the job. He then states at p. 572:

As I understand the latter passage, it does not exclude an interpretation of *bona fide* occupational requirement

mettre en danger la sécurité d'autrui ni d'imposer une contrainte excessive à l'employeur, le tribunal a conclu (selon le juge en chef Dickson) que la règle du port du casque de sécurité n'était pas une a EPN. Le juge en chef Dickson a souscrit tant aux motifs du tribunal qu'au résultat auquel il était arrivé.

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

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

Le juge en chef Dickson n'a vu aucun conflit entre son interprétation de l'EPN dans cette affaire et le jugement de notre Cour dans *Etobicoke*. Il s'est référé au passage de cet arrêt (cité précédemment) où le juge McIntyre décrit une EPN comme se rapportant objectivement et étant «raisonnablement nécessaire» à l'exécution du travail. Il poursuit ainsi à la p. 572:

Si je comprends bien ce dernier passage, on n'y exclut pas une interprétation de l'exigence professionnelle nor-

which requires the discriminatory impact of an occupational requirement on an individual to be taken into account. The gist of the passage is that a requirement be “reasonably necessary” for the efficient, economical and safe performance of the job. The passage leaves open the question of whether the assessment of reasonable necessity is to be considered in respect of the necessity of the general requirement, or the necessity of applying the general requirement to an individual upon whom it will have a discriminatory effect. In the present case, the Tribunal held that application of an occupational requirement to an individual who suffers discrimination as a result of such application must be “reasonably necessary”, in the sense that the only alternative is undue hardship on the part of the employer, before it qualifies as a *bona fide* occupational requirement. This is, in my opinion, consistent with the test in *Etoibicoke*, *supra*. [Emphasis added.]

The majority of this Court took the view that the words “*bona fide* occupational requirement” precluded the type of individual application advocated by the Tribunal and the justices in dissent. McIntyre J. draws a distinction between a requirement related to the occupation and one related to the individual at pp. 588-89:

Here, however, we are faced with a finding—at least so far as one employee goes—that a working condition is not a *bona fide* occupational requirement. We must consider then whether such an individual application of a *bona fide* occupational requirement is permissible or possible. The words of the Statute speak of an “occupational requirement”. This must refer to a requirement for the occupation, not a requirement limited to an individual. It must apply to all members of the employee group concerned because it is a requirement of general application concerning the safety of employees. The employee must meet the requirement in order to hold the employment. It is, by its nature, not susceptible to individual application. . . . A condition of employment does not lose its character as a *bona fide* occupational requirement because it may be discriminatory. Rather, if a working condition is established as a *bona fide* occupational requirement, the consequential discrimination, if any, is permitted—or, probably more accurately—is not considered under s. 14(a) as being discriminatory. [Emphasis added.]

In light of this distinction, McIntyre J. found it impossible to incorporate a duty to accommodate individual employees into the BFOR without doing

male qui oblige à tenir compte de l'effet discriminatoire d'une exigence professionnelle sur l'individu. Ce passage dit essentiellement que l'exigence doit être «raisonnablement nécessaire» pour assurer l'exécution efficace, économique et sans danger du travail. Il ne tranche pas la question de savoir si l'évaluation de ce qui est raisonnablement nécessaire doit être envisagée sous l'angle de la nécessité de l'exigence générale ou sous celui de la nécessité d'appliquer l'exigence générale à un individu sur qui elle aura un effet discriminatoire. En l'espèce, le tribunal a jugé que l'application d'une exigence professionnelle à un individu, qui devient victime de discrimination par suite de cette application, doit être «raisonnablement nécessaire», en ce sens que la seule autre possibilité constituerait une contrainte excessive pour l'employeur, si on veut que cette exigence soit qualifiée d'exigence professionnelle normale. Cela est, à mon avis, compatible avec le critère énoncé dans l'arrêt *Etoibicoke*, précité. [Je souligne.]

Notre Cour à la majorité s'est dite d'avis que l'expression «exigence professionnelle normale» excluait l'application individuelle que préconisaient le tribunal et les juges dissidents. Le juge McIntyre fait une distinction, aux pp. 588 et 589, entre une exigence liée à une profession et une exigence liée à un individu:

En l'espèce cependant, nous nous trouvons devant la conclusion que, dans le cas d'un employé à tout le moins, une certaine condition de travail ne constitue pas une exigence professionnelle normale. Nous devons alors nous demander si une telle application, à un individu, d'une exigence professionnelle normale est permise ou possible. La Loi parle d'«exigence professionnelle». Cela doit s'entendre d'une exigence de la profession, non d'une exigence limitée à un individu. Elle doit s'appliquer à tous les membres du groupe d'employés concerné, car c'est une exigence d'application générale concernant la sécurité des employés. Les employés doivent se conformer à cette exigence pour occuper leur poste. De par sa nature même, elle n'est pas susceptible d'application individuelle. [. . .] Une condition de travail ne perd pas son caractère d'exigence professionnelle normale parce qu'elle peut être discriminatoire. Au contraire, si on démontre qu'une condition de travail est une exigence professionnelle normale, la discrimination qui peut s'ensuivre est permise ou, sans doute plus précisément, n'est pas considérée en vertu de l'al. 14a) comme un acte discriminatoire. [Je souligne.]

À la lumière de cette distinction, le juge McIntyre a jugé qu'il était impossible d'incorporer dans l'EPN une obligation d'accommodement

violence to the language of the BFOR provision. He states at p. 589:

To conclude then that an otherwise established *bona fide* occupational requirement could have no application to one employee, because of the special characteristics of that employee, is not to give s. 14(a) a narrow interpretation; it is simply to ignore its plain language. To apply a *bona fide* occupational requirement to each individual with varying results, depending on individual differences, is to rob it of its character as an occupational requirement and to render meaningless the clear provisions of s. 14(a). [Emphasis added.]

In my concurring judgment I agreed with McIntyre J. that an occupational requirement is by definition job related, not employee related.

Coming back to the application of the BFOR test in *Bhinder*, the majority inferred from the findings of fact made by the Tribunal that the hard hat requirement was a BFOR according to the test propounded in *Etobicoke*. McIntyre J. states at pp. 587-88:

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 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

envers certains employés pris individuellement sans faire violence au libellé de la disposition concernant l'EPN. Il déclare à la p. 589:

Conclure alors que ce qui constituerait par ailleurs une exigence professionnelle normale ne peut s'appliquer à un employé, en raison des caractéristiques spéciales de cet employé, revient non pas à donner une interprétation étroite à l'al. 14a), mais tout simplement à ne tenir aucun compte de ce qu'il dit clairement. Appliquer une exigence professionnelle normale à chaque individu avec des résultats variables, selon les différences personnelles, c'est la dépouiller de sa nature d'exigence professionnelle et faire perdre tout leur sens aux dispositions claires de l'al. 14a). [Je souligne.]

Dans mes motifs concordants, j'ai convenu avec le juge McIntyre qu'une exigence professionnelle est par définition liée à l'emploi et non à l'employé.

Pour revenir à l'application du critère de l'EPN dans l'arrêt *Bhinder*, la majorité a déduit des conclusions de fait établies par le tribunal que l'exigence du casque de sécurité était une EPN suivant le critère proposé dans l'arrêt *Etobicoke*. Le juge McIntyre affirme aux pp. 587 et 588:

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 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

be a *bona fide* occupational requirement. Indeed, it would be difficult on the facts to reach any other conclusion. [Emphasis added.]

It should be acknowledged that the majority judgment in *Bhinder* has not gone uncriticized. In *The Effects of the Bhinder Decision on the Canadian Human Rights Commission: A Special Report to Parliament*, February 1986, the Commission expressed concern about *Bhinder's* anticipated impact on its ability to fulfil its mandate. It stated at p. 4:

... the effect of the *Bhinder* decision is to ... put the Commission's ability to achieve its legislatively-defined objective in doubt. This can mean, for example, that workplaces may not have to be modified to enable disabled individuals to earn a livelihood; women who become pregnant and who require some temporary modification of their duties may be forced from their jobs; persons who for religious reasons cannot work regular business hours may have difficulty in finding employment.

These are not merely hypothetical problems. Currently, the Commission is investigating 528 complaints alleging discrimination in employment. Potentially, 33% of the complaints which concern religion or disability and 5% of the complaints dealing with sex discrimination might be affected by the *Bhinder* decision.

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

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

du casque de sécurité est une exigence professionnelle normale. D'ailleurs il serait difficile, étant donné les faits, d'arriver à une autre conclusion. [Je souligne.]

Il faut reconnaître que l'opinion majoritaire de cette Cour dans l'arrêt *Bhinder* n'a pas été sans susciter certaines critiques. Dans *Les effets de la décision Bhinder sur la Commission canadienne des droits de la personne: rapport spécial au Parlement*, daté du mois de février 1986, la Commission a exprimé son inquiétude quant à l'effet que pourrait avoir cette décision sur sa capacité à remplir son mandat. Elle affirme, aux pp. 4 et 5:

... la décision *Bhinder* a pour effet de jeter le doute [...] sur la capacité de la Commission d'atteindre son objectif défini dans la Loi. Elle peut vouloir dire, par exemple, que les employeurs ne sont pas tenus de modifier les lieux de travail pour permettre aux personnes atteintes de déficiences de gagner leur vie; que les femmes qui deviennent enceintes et dont les fonctions doivent être modifiées de façon temporaire peuvent être forcées de quitter leurs emplois; que les personnes qui, pour des raisons religieuses, ne peuvent travailler pendant les heures d'affaires normales peuvent avoir de la difficulté à trouver un emploi.

Il ne s'agit pas là de problèmes purement hypothétiques. La Commission examine actuellement 528 plaintes portant sur la discrimination dans l'emploi. La décision *Bhinder* pourrait avoir un effet sur 33 p. 100 des plaintes de discrimination fondée sur la religion ou la déficience et 5 p. 100 des plaintes de discrimination sexuelle.

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

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

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.

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

In *Etobicoke* this Court found that the employer had not adduced sufficient evidence to support its generalization with respect to the abilities of fire fighters over the age of sixty. In the recent case of *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297, this Court revisited the rule of mandatory retirement considered by it in *Etobicoke*. In *Saskatoon Fire Fighters* the Tribunal had persuasive evidence

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.

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

Dans l'arrêt *Etobicoke*, notre Cour a jugé que l'employeur n'avait pas produit de preuve suffisante à l'appui de la généralisation qu'il faisait concernant les capacités des pompiers âgés de plus de 60 ans. Dans l'affaire récente *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297, notre Cour a revu la règle de la retraite obligatoire qu'elle avait examinée dans l'arrêt *Etobicoke*. Dans l'affaire *Saskatoon*

before it as to the relationship between advancing age and declining ability. It was also satisfied that there was no reliable method of individualized testing, the availability of which would have obviated the need for a uniform age-based rule. In sum, the Court accepted that the evidence adduced by the employer supported both the generalization about the effect of age on ability and the inadequacy of individualized assessments. Thus the Court affirmed the Tribunal's decision that under the circumstances a BFOQ had been established.

Another example from this Court's jurisprudence is *Caldwell v. Stuart*, [1984] 2 S.C.R. 603, in which adherence to the tenets of the Roman Catholic faith was held to constitute a BFOQ for a Roman Catholic teacher in a Roman Catholic school. In effect, this Court validated the generalization that the creation of an appropriate spiritual atmosphere in a Roman Catholic school required of all Catholic teachers that they demonstrate religious conformance themselves.

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 complai-

Fire Fighters, le tribunal disposait d'une preuve convaincante sur la relation entre le vieillissement et le déclin des capacités. Il était également convaincu qu'il n'existait pas de tests individuels fiables qui auraient éliminé la nécessité d'imposer une règle uniforme fondée sur l'âge. En somme, la Cour a convenu que la preuve présentée par l'employeur étayait à la fois la généralisation quant à l'effet de l'âge sur les capacités et l'insuffisance de la méthode de l'évaluation individualisée. La Cour a donc confirmé la décision du tribunal portant que, dans les circonstances, l'existence d'une EPN avait été démontrée.

Un autre exemple de la jurisprudence de notre Cour est l'arrêt *Caldwell c. Stuart*, [1984] 2 R.C.S. 603, où l'on a jugé que l'adhésion aux préceptes de la foi catholique constituait une EPN pour une enseignante catholique dans une école catholique. Cette Cour a de fait jugé valide la généralisation selon laquelle la création d'un climat spirituel approprié dans une école catholique exigeait de tous les enseignants catholiques qu'ils témoignent personnellement de leur observance religieuse.

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, le groupe des personnes qui subissent un

nant. In these situations the rule is upheld so that it will apply to everyone except persons on whom it has a discriminatory impact, provided the employer can accommodate them without undue hardship. In *O'Malley* McIntyre J. clarifies the basis for the different consequences that follow a finding of direct discrimination as opposed to a finding of adverse effect discrimination. He states at p. 555:

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

The salient feature of the reasoning in this passage is that the appropriate remedy depends upon the type of discrimination involved. Professor W. Pentney, in Tarnopolsky and Pentney, *Dis-*

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. Dans l'arrêt *O'Malley*, le juge McIntyre met en lumière les conséquences différentes que comportent une conclusion à la discrimination directe ou une conclusion à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Voici comment il s'exprime à la p. 555:

L'obligation dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la religion ou la croyance, consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive: en d'autres mots, il s'agit de prendre 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.]

L'essence du raisonnement contenu dans ce passage est que la réparation appropriée est fonction du type de discrimination en cause. Dans l'ouvrage qu'il a publié en collaboration avec le professeur

crimination and the Law, Fifth Cumulative Supplement (September 1989), agrees with the logic of this approach. After reviewing the implications of this Court's reasons in *O'Malley* and *Bhinder* he points out at p. 28 that different considerations are relevant to the BFOQ and duty to accommodate concepts. For example, the economic considerations that are factored into the determination of whether accommodation imposes undue hardship will rarely be germane to a BFOQ defence. Similarly, the good faith of the employer is a central concern where the rule singles out a particular group for adverse treatment. There is less reason to be suspicious of the employer's motives in the case of a rule which is neutral on its face and generally applicable to all employees. Professor Pentney concludes that direct and adverse effect discrimination ought to be distinguished for purposes of determining the appropriate response to a *prima facie* case of discrimination.

The rationale for the distinction can, I believe, be readily perceived from the majority's conclusion in *Bhinder* that once a BFOR is established the employer has no duty to accommodate. This is because the essence of a BFOR is that it be determined by reference to the occupational requirement and not the individual characteristic. There is therefore no room for accommodation: the rule must stand or fall in its entirety. Accordingly, had the majority in *Bhinder* concluded that the hard hat rule was not a BFOR under the *Etobicoke* test, as it probably should have done, the logic of the BFOR approach would have required the rule to be struck down even as it applied to those workers on whom it had no discriminatory impact. Such anomalous results would seem to be both unnecessary and counter-productive.

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

Tarnopolsky, *Discrimination and the Law*, 5^e supplément cumulatif (septembre 1989), le professeur W. Pentney souscrit à la logique de ce point de vue. Après avoir examiné la portée des motifs de notre Cour dans les arrêts *O'Malley* et *Bhinder*, il souligne, à la p. 28, que des considérations différentes entrent en jeu dans le concept de l'EPN et celui de l'obligation d'accommodement. Par exemple, les considérations d'ordre économique dont on tient compte pour déterminer si l'accommodement impose une contrainte excessive seront rarement pertinentes dans le cas d'une défense fondée sur l'existence d'une EPN. De même, la bonne foi de l'employeur est un élément essentiel lorsque la règle inflige un traitement préjudiciable à un groupe particulier. Par contre, il y a moins de raisons de douter des motivations de l'employeur dans le cas d'une règle neutre en apparence et généralement applicable à tous les employés. Le professeur Pentney conclut qu'il y a lieu de faire une distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte aux fins de déterminer la réponse qu'il convient d'apporter à une preuve apparente de discrimination.

La raison d'être de cette distinction ressort aisément, à mon avis, de la conclusion de la majorité dans *Bhinder* portant que l'employeur n'a pas d'obligation d'accommodement quand est démontrée l'existence d'une EPN. Il en est ainsi parce que l'EPN a comme caractéristique essentielle d'être déterminée par rapport à l'exigence professionnelle et non par rapport aux caractéristiques d'un individu. Il n'y a donc pas place à l'accommodement: la règle demeure ou tombe en entier. Par conséquent, si la majorité dans l'arrêt *Bhinder* avait conclu, comme elle aurait probablement dû le faire, que la règle du port du casque de sécurité n'était pas une EPN suivant le critère établi dans l'arrêt *Etobicoke*, la logique de la méthode fondée sur l'EPN aurait exigé que la règle soit annulée même à l'égard des travailleurs pour lesquels elle n'avait aucun effet discriminatoire. Ces anomalies sembleraient alors à la fois superflues et contraires à l'objectif poursuivi.

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

a BFOR is proven the employer has no duty to accommodate. It is incorrect, however, in so far as it applied that principle to a case of adverse effect discrimination. The end result is that where a rule discriminates directly it can only be justified by a statutory equivalent of a BFOQ, i.e., a defence that considers the rule in its totality. (I note in passing that all human rights codes in Canada contain some form of BFOQ provision.) However, where a rule has an adverse discriminatory effect, the appropriate response is to uphold the rule in its general application and consider whether the employer could have accommodated the employee adversely affected without undue hardship.

An analysis of this Court's jurisprudence in this area would not be complete without reference to *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, in which the Court considered the Quebec equivalent of a BFOQ provision. At issue in the case was a municipality's anti-nepotism hiring policy which disqualified spouses and relatives of full-time municipal employees and town councillors from employment with the town. Section 10 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms* prohibited discrimination on the basis of "civil status". Section 20 deemed non-discriminatory "[a] distinction, exclusion or preference based on the aptitudes or qualifications required in good faith for an employment". Once again, the Court was dealing with a case of direct discrimination. Writing for the majority, at pp. 311-12, Beetz J. articulated the following two criteria for establishing the existence of an "aptitude or qualification required for employment":

- (1) Is the aptitude or qualification rationally connected to the employment concerned? This allows us to determine whether the employer's purpose in establishing the requirement is appropriate in an objective sense to the job in question
- (2) Is the rule properly designed to ensure that the aptitude or qualification is met without placing an undue burden on those to whom the rule applies? This allows us to inquire as to the reasonableness of the means the employer chooses to test for the

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.) 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.

Une analyse de la jurisprudence de notre Cour en ce domaine ne serait pas complète sans référence à l'arrêt *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, dans lequel la Cour a examiné l'équivalent québécois d'une EPN. Était en litige une politique antinépotisme de la ville qui interdisait l'embauchage des conjoints ainsi que des parents des employés à plein temps et des conseillers municipaux. L'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec interdisait la discrimination fondée sur «l'état civil». Aux termes de l'art. 20, était réputée non discriminatoire «[u]ne distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités exigées de bonne foi pour un emploi». Là encore, la Cour était saisie d'un cas de discrimination directe. Au nom de la majorité, le juge Beetz a dégagé les deux critères suivants pour établir l'existence d'une «aptitude ou qualité exigée pour un emploi» aux pp. 311 et 312:

- (1) L'aptitude ou la qualité a-t-elle un lien rationnel avec l'emploi en question? C'est là un moyen de déterminer si le but visé par l'employeur en établissant l'exigence convient objectivement au poste en question
- (2) La règle est-elle bien conçue de manière que l'exigence quant à l'aptitude ou à la qualité puisse être remplie sans que les personnes assujetties à la règle ne se voient imposer un fardeau excessif? Cela nous permet d'examiner le caractère raisonnable des

presence of the requirement for the employment in question.

The first question refers to an ability to perform the duties required by the occupation in general. It speaks to the objective of employing people qualified to do what the job entails. The second question focusses on the particular rule established by the employer to ensure that the employment qualifications are met. It is addressed to the means utilized by the employer to achieve its objective of employing qualified people.

Although the language used in *Brossard* differs somewhat from the language used in the earlier BFOQ cases, I do not believe it was intended to depart from the Court's earlier jurisprudence on the application of a BFOQ test to a case of direct discrimination. Indeed, *Beetz J.* uses *Etobicoke* as an example of the application of his two part test. Thus, while the use of the term "rationally connected" perhaps owes more to *O'Malley* than to the *Etobicoke* "reasonably necessary" standard, I do not think it is meant to alter fundamentally the course charted by this Court in *Etobicoke*.

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 BFOQ but rather a factor that must be taken into account in determining whether the rule is "reasonably necessary" under the first branch. The fact that this Court had not explicitly drawn attention to it before may help explain its being singled out in *Brossard*. I believe that the proposition it stands for is uncontroversial. If a reasonable alternative exists to burdening members of a group with a given rule, that rule will not be *bona fide*. In *Brossard* *Beetz J.* held that the rule was cast too broadly in that it applied to persons and situations where no reasonable apprehension of conflict of interest could possibly arise. In my concurring judgment, I agreed that the rule was not a BFOQ

moyens choisis par l'employeur pour vérifier si l'on satisfait à cette exigence dans le cas de l'emploi en question.

La première question se rapporte à la capacité d'exercer les fonctions du poste en général. Elle traite de l'objectif visant à embaucher des personnes qualifiées pour remplir ces fonctions. La seconde question met l'accent sur la règle particulière établie par l'employeur pour s'assurer que les qualités requises sont présentes. Elle vise les moyens qu'utilise l'employeur pour atteindre son objectif d'embaucher du personnel qualifié.

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. De fait, le juge *Beetz* se réfère à l'arrêt *Etobicoke* comme exemple de l'application de son critère à deux volets. Même si l'expression «lien rationnel» doit davantage à l'arrêt *O'Malley* qu'à la norme du «raisonnablement nécessaire» de l'arrêt *Etobicoke*, j'estime qu'il ne faut pas y voir une modification fondamentale de la voie tracée par notre Cour dans *Etobicoke*.

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. Si ce volet est mis en évidence dans l'arrêt *Brossard*, c'est peut-être que notre Cour n'avait pas explicitement attiré l'attention sur lui auparavant. À mon avis, le principe qui y est formulé est incontestable. S'il est possible de trouver une solution raisonnable qui évite d'imposer une règle donnée aux membres d'un groupe, cette règle ne sera pas considérée comme justifiée. Dans l'arrêt *Brossard*, le juge *Beetz* a conclu que la règle était conçue en des termes trop larges puisqu'elle s'appliquait à des personnes et à des situations à l'égard desquelles il ne pouvait y avoir aucune crainte raisonnable de conflit d'intérêts. Dans mes motifs concordants, j'ai convenu que cette règle n'était pas une EPN à

because of the availability of reasonable alternatives. At page 344 I stated:

It seems to me that, having regard to the nature of the right which is violated by an anti-nepotism policy, i.e., the right under s. 10 not to be discriminated against, the adoption of a total ban is not "reasonably necessary" in order to avoid a threat to the integrity of the town's administration. The town can avoid the threat by the less drastic means I have suggested.

This approach was endorsed and applied by this Court in the recent case of *Saskatoon Fire Fighters, supra*. Unlike *Etobicoke*, the parties addressed the availability of individualized testing of fire fighters to determine employee fitness as an alternative to a rule which on its face discriminated on the basis of age. Writing for the Court, Sopinka J. stated at pp. 1313-14:

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 added.]

6. Application to the Case at Bar

The rule at issue in the case at bar pertains to mandatory Monday attendance subject to exceptions that do not include religious obligation. It bears the form of a neutral condition of general application and as a practical matter would be unlikely to impose any hardship on employees who adhere to the majority religious faiths. The adverse impact of the rule would be confined to adherents of minority religions or sects such as, in this case, a follower of the World Wide Church of God.

In light of my conclusions regarding the respective roles of a BFOQ and the duty to accommodate, we need only be concerned in this case with the criteria for establishing the defence of accom-

cause de la possibilité de trouver d'autres solutions raisonnables. J'affirme ainsi à la p. 344:

Il me semble que, compte tenu de la nature du droit violé par une politique antinépotisme, c.-à-d. le droit, garanti par l'art. 10, de ne pas être victime de discrimination, l'adoption d'une interdiction totale n'est pas «raisonnablement nécessaire» pour éviter que l'intégrité de l'administration municipale soit menacée. La ville peut éviter cette menace en recourant aux moyens moins draconiens que j'ai proposés.

Notre Cour a repris le même point de vue dans la récente affaire *Saskatoon Fire Fighters*, précitée. Contrairement à l'affaire *Etobicoke*, les parties avaient envisagé la possibilité de faire subir des tests individuels à chacun des pompiers pour évaluer leur condition physique au lieu d'imposer une règle qui, à première vue, établissait une discrimination fondée sur l'âge. Le juge Sopinka s'exprime ainsi au nom de la Cour, aux pp. 1313 et 1314:

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. [Je souligne.]

6. Application à l'espèce

La règle en cause en l'espèce concerne la présence obligatoire au travail le lundi sous réserve de certaines exceptions n'incluant pas l'obligation religieuse. Cette règle prend la forme d'une condition neutre d'application générale et n'est pas, en pratique, susceptible d'imposer une contrainte aux employés qui adhèrent aux confessions religieuses majoritaires. Son effet préjudiciable serait confiné aux adeptes de religions ou de sectes minoritaires comme, en l'espèce, un fidèle de la World Wide Church of God.

Compte tenu de mes conclusions sur les rôles respectifs de l'EPN et de l'obligation d'accommodement, il convient de se limiter en l'espèce à l'examen des critères permettant d'établir la

modation. Was the rule rationally connected to the performance of the job and, if so, did the respondent employer accommodate the employee up to the point of undue hardship?

McIntyre J.'s judgment in *O'Malley* provides some guidance in identifying a rational connection between a given rule and the employment. At page 551 he speaks of an "employment rule honestly made for sound economic or business reasons, equally applicable to all to whom it is intended to apply..." As in the case at bar, the rule in *O'Malley* pertained to attendance on certain days, specifically two out of three Saturdays. The Court in *O'Malley* concluded that the employer's rule satisfied the first branch of the test. McIntyre J. states at pp. 555-56:

To relate the principle of accommodation to the facts at bar, we must begin with the proposition that the employer is lawfully entitled to carry on business and to stay open for business on Saturdays. It is accordingly entitled to engage employees on the condition that they work on Saturdays.

I think it must follow from this that the respondent in the case at bar is equally entitled to organize its business by closing down its processing operation on the weekend resulting in Mondays being a particularly busy day. The respondent's work rule accordingly meets the test of being rationally connected to the job of being a dairy processor.

Turning to the question of reasonable accommodation, I adopt the observations made by McIntyre J. at p. 556 in *O'Malley* with respect to Mrs. O'Malley and find here too that the complainant was lawfully entitled to pursue the practices of his religion and to be free of the compulsion to work on Monday, April 4, 1983 contrary to his religious beliefs. The onus is upon the respondent employer to show that it made efforts to accommodate the religious beliefs of the complainant up to the point of undue hardship.

I do not find it necessary to provide a comprehensive definition of what constitutes undue hardship but I believe it may be helpful to list some of

défense d'accommodement. La règle avait-elle un lien rationnel avec l'exercice de l'emploi et, dans l'affirmative, l'employeur a-t-il composé avec l'employé tant qu'il n'en a pas résulté pour lui une contrainte excessive?

L'opinion du juge McIntyre dans l'arrêt *O'Malley* fournit certaines indications sur la façon de vérifier s'il existe un lien rationnel entre une règle donnée et l'emploi. À la page 551, il parle d'une «condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires, également applicable à tous ceux qu'elle vise...» Comme en l'espèce, la règle en cause dans l'arrêt *O'Malley* prescrivait la présence au travail certains jours, en l'occurrence deux samedis sur trois. La Cour a conclu que cette règle satisfaisait au premier volet du critère. Voici ce que dit le juge McIntyre aux pp. 555 et 556:

Pour relier ce principe de l'accommodement aux faits de l'espèce, nous devons commencer par le principe selon lequel l'employeur est légalement autorisé à exploiter une entreprise et à l'ouvrir le samedi. Il est en conséquence autorisé à engager des employés à la condition qu'ils travaillent le samedi.

Il s'ensuit, à mon avis, que l'intimée est également autorisée en l'espèce à organiser ses activités de manière à arrêter la production en fin de semaine de sorte que le lundi est une journée particulièrement chargée. La condition d'emploi fixée par l'employeur satisfait donc au critère du lien rationnel avec le travail de transformation laitière.

Pour ce qui est de la question de l'accommodement raisonnable, j'adopte les remarques qu'a faites le juge McIntyre à la p. 556 de l'arrêt *O'Malley* à l'égard de M^{me} O'Malley et je conclus que le plaignant était en l'espèce légalement autorisé à pratiquer sa religion et à ne pas être forcé de travailler le lundi 4 avril 1983, contrairement à ses croyances religieuses. C'est à l'employeur qu'incombe le fardeau de prouver qu'il s'est efforcé de tenir compte des croyances religieuses du plaignant, dans la mesure où cela ne comportait pas une contrainte excessive.

Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de définir de façon exhaustive ce qu'il faut entendre par contrainte excessive mais j'estime qu'il peut être utile

the factors that may be relevant to such an appraisal. I begin by adopting those identified by the Board of Inquiry in the case at bar—financial cost, disruption of a collective agreement, problems of morale of other employees, interchangeability of work force and facilities. The size of the employer's operation may influence the assessment of whether a given financial cost is undue or the ease with which the work force and facilities can be adapted to the circumstances. Where safety is at issue both the magnitude of the risk and the identity of those who bear it are relevant considerations. This list is not intended to be exhaustive and the results which will obtain from a balancing of these factors against the right of the employee to be free from discrimination will necessarily vary from case to case.

In the case at bar the Board of Inquiry found as a fact that concerns of cost, disruption of a collective agreement, employee morale and interchangeability of work force did not pose serious obstacles to accommodating the complainant's religious needs by permitting him to be absent on Monday, April 4, 1983. Indeed, it would be very difficult to conclude otherwise in light of the existence of a contingency plan for dealing with sporadic Monday absences. If the employer could cope with an employee's being sick or away on vacation on Mondays, it could surely accommodate a similarly isolated absence of an employee due to religious obligation. I emphasize once again that there is nothing in the evidence to suggest that Monday absences of the complainant would have become routine or that the general attendance record of the complainant was a subject of concern. The ability of the respondent to accommodate the complainant on this occasion was, on the evidence, obvious and, to my mind, incontrovertible. I therefore find that the respondent has failed to discharge its burden of proving that it accommodated the complainant up to the point of undue hardship.

7. Disposition

I would allow the appeal and restore the award of the Board of Inquiry. The appellant shall have its costs both here and in the court below.

d'énumérer certains facteurs permettant de l'apprécier. J'adopte d'abord à cette fin les facteurs identifiés par la commission d'enquête en l'espèce—le coût financier, l'atteinte à la convention collective, le moral du personnel et l'interchangeabilité des effectifs et des installations. L'importance de l'exploitation de l'employeur peut jouer sur l'évaluation de ce qui représente un coût excessif ou sur la facilité avec laquelle les effectifs et les installations peuvent s'adapter aux circonstances. Lorsque la sécurité est en jeu, l'ampleur du risque et l'identité de ceux qui le supportent sont des facteurs pertinents. Cette énumération ne se veut pas exhaustive et les résultats qu'on obtiendra en mesurant ces facteurs par rapport au droit de l'employé de ne pas faire l'objet de discrimination varieront nécessairement selon le cas.

En l'espèce, la commission d'enquête a conclu qu'en fait les questions du coût, de l'atteinte à la convention collective, du moral des employés et de l'interchangeabilité de la main-d'œuvre ne posaient pas d'obstacles sérieux empêchant l'employeur de tenir compte des besoins religieux du plaignant en l'autorisant à s'absenter le lundi 4 avril 1983. De fait, il serait très difficile d'en arriver à une conclusion différente compte tenu de l'existence de mesures d'urgence pour parer aux absences sporadiques du lundi. Si l'employeur pouvait faire face à la maladie ou aux vacances d'un employé le lundi, il pouvait sûrement composer avec l'absence isolée d'un employé pour cause d'obligation religieuse. J'insiste à nouveau sur le fait que rien dans la preuve ne permet de penser que le plaignant se serait absenté régulièrement le lundi ou que sa fiche de présence laissait à désirer. Vu la preuve, la capacité de l'intimée de prendre en compte la situation du plaignant en cette occasion ne faisait aucun doute et, dans mon esprit, ne saurait être contestée. J'estime par conséquent que l'intimée ne s'est pas acquittée de son fardeau de prouver qu'elle a composé avec le plaignant dans la mesure où cela n'entraînait pas une contrainte excessive.

7. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision de la commission d'enquête. L'appelante a droit aux dépens en notre Cour et dans la cour d'instance inférieure.

The reasons of La Forest, Sopinka and McLachlin J.J. were delivered by

SOPINKA J.—I have had the advantage of reading the reasons of Wilson J. herein. Although I agree with the disposition proposed by her, I arrive at that conclusion by a different route. In particular, I am of the opinion that the duty to accommodate must be dealt with in the context of the *bona fide* occupational qualification (“BFOQ”) exception or defence.

The facts are stated in the reasons of my colleague and it is not necessary to repeat them. I would simply observe that the alleged discriminatory conduct in this case was the *ad hoc* decision of the respondent not to allow the appellant to be absent for work on April 4, 1983. Although no doubt there was a general understanding that employees work during “working days”, this was not inflexible. Indeed it was relaxed to permit the appellant to be absent on March 29. I will elaborate on the significance of these facts later in these reasons.

The “limitation, specification or preference” which required justification under s. 7(3) of the *Individual’s Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, was the refusal to allow the appellant to be absent on April 4.

The Duty to Accommodate and *Bona Fide* Occupational Requirement

The concept of duty to accommodate originated in American cases concerning Title VII Equal Employment Opportunity of the *Civil Rights Act of 1964*, Pub. L. 88-352. In *Dewey v. Reynolds Metals Co.*, 402 U.S. 689 (1971), an evenly split Supreme Court of the United States affirmed a decision of the Court of Appeals, 429 F.2d 324 (6th Cir. 1970), negating the existence of the duty. In 1972, the Act was amended to specifically provide for a duty to accommodate: see 42 U.S.C.A. s. 2000e(j), as amended by Pub. L. 92-261, s. 2, 86 Stat. 103.

In *Ontario Human Rights Commission and O’Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, a work rule was attacked that was

Version française des motifs des juges La Forest, Sopinka et McLachlin rendus par

LE JUGE SOPINKA—J’ai eu l’avantage de lire les motifs du juge Wilson en l’espèce. Bien que je sois d’accord avec l’issue qu’elle propose, j’y arrive par un cheminement différent. J’estime plus particulièrement qu’il faut traiter de l’obligation d’accommodement dans le contexte de l’exception ou de la défense fondée sur l’exigence professionnelle normale («EPN»).

Ma collègue a exposé les faits dans ses motifs, aussi n’ai-je pas à les répéter. Je me contenterai de souligner que l’acte discriminatoire reproché en l’espèce était la décision ponctuelle de l’intimée de refuser à l’appelant de s’absenter de son travail le 4 avril 1983. Même s’il était sans doute généralement entendu que les employés travailleraient durant les «jours ouvrables», cette règle n’était pas inflexible. En fait, elle a été assouplie pour permettre à l’appelant de s’absenter le 29 mars. J’expliquerai plus loin dans ces motifs l’importance de ces faits.

La «restriction, condition ou préférence» qui devait être justifiée selon le par. 7(3) de la *Individual’s Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2, était le refus de permettre à l’appelant de s’absenter le 4 avril.

L’obligation d’accommodement et l’exigence professionnelle normale

Le concept de l’obligation d’accommodement trouve son origine dans des arrêts américains visant le Titre VII Equal Employment Opportunity de la *Civil Rights Act of 1964*, Pub. L. 88-352. Dans l’arrêt *Dewey v. Reynolds Metals Co.*, 402 U.S. 689 (1971), la Cour suprême des États-Unis, dont les avis étaient également partagés, a confirmé la décision par laquelle la Cour d’appel, 429 F.2d 324 (6th Cir. 1970), niait l’existence de cette obligation. En 1972, la Loi a été modifiée pour prévoir expressément l’obligation d’accommodement: voir 42 U.S.C.A. al. 2000e(j), modifié par Pub. L. 92-261, art. 2, 86 Stat. 103.

Dans l’arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O’Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, il était question d’une

neutral on its face but discriminatory in its effect on Mrs. O'Malley. It was conceded that the employer had no intention to discriminate. This Court accepted the proposition that intention to discriminate was not a requirement for a finding of discrimination under s. 4(1)(g) of the *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1980, c. 340. Without more, this would have made the liability of employers absolute once it was found that a rule neutral on its face had a discriminatory effect. Based on the United States experience, it was submitted by the appellant (O'Malley) that the employer could still escape liability if the employer established that it was not in breach of its duty to accommodate. From this perspective, the duty is more in the nature of an exception from liability than an additional obligation.

The Court accepted this submission, although there was no statutory provision in the Ontario Code which explicitly recognized a duty to accommodate. The requirement was, however, found to exist in the general provisions and intent of the Code. McIntyre J., speaking for the Court, stated at p. 553:

The reasonable standard, referred to by Professor Ratushny, and the duty to accommodate, referred to in the American cases, provide that where it is shown that a working rule has caused discrimination it is incumbent upon the employer to make a reasonable effort to accommodate the religious needs of the employee, short of undue hardship to the employer in the conduct of his business.

Earlier he had stated at p. 552:

The working rule or condition is not struck down, but its effect on the complainant must be considered, and if the purpose of the *Ontario Human Rights Code* is to be given effect some accommodation must be required from the employer for the benefit of the complainant.

Since the Ontario Code contained no BFOQ defence which applied to discrimination on the basis of religion, the Court did not need to concern

règle de travail qui était neutre à première vue mais qui, par ses effets, était discriminatoire à l'égard de M^{me} O'Malley. Il avait été concédé que l'employeur n'entendait pas établir de distinction injuste. Notre Cour a accueilli la proposition selon laquelle l'intention d'établir une distinction injuste n'était pas nécessaire à la conclusion de l'existence de la discrimination en vertu de l'al. 4(1)g) du *Code ontarien des droits de la personne*, L.R.O. 1980, ch. 340. Dès lors que l'on concluait qu'une règle, neutre à première vue, avait un effet discriminatoire, cela suffisait à rendre absolue la responsabilité des employeurs. Se fondant sur l'expérience américaine, l'appelante (O'Malley) a soutenu que l'employeur pouvait encore échapper à sa responsabilité s'il établissait qu'il n'avait pas manqué à son obligation d'accommodement. Dans cette optique, l'obligation tient davantage d'une exception à la responsabilité que d'une obligation supplémentaire.

La Cour a accueilli cette thèse, bien que le Code ontarien n'ait contenu aucune disposition reconnaissant explicitement l'obligation d'accommodement. On a cependant conclu que cette exigence se dégageait des dispositions et de l'intention générales du Code. Le juge McIntyre, au nom de la Cour, a dit ce qui suit, à la p. 553:

La norme du caractère raisonnable mentionnée par le professeur Ratushny et l'obligation d'accommodement, dont parle la jurisprudence américaine, prévoient que, lorsqu'il est démontré qu'une condition de travail a causé de la discrimination, il incombe à l'employeur de tenter raisonnablement de faire en sorte que les besoins religieux de l'employée soient respectés à moins que cela ne lui cause une contrainte excessive dans la gestion de ses affaires.

Plus tôt dans ses motifs, il avait dit ceci, à la p. 552:

La règle ou la condition de travail n'est pas annulée, mais son effet sur le plaignant doit être étudié et si l'on veut mettre en application l'objet du *Code ontarien des droits de la personne* un accommodement quelconque s'impose de la part de l'employeur au profit du plaignant.

Puisque le Code ontarien ne prévoyait aucune défense fondée sur une EPN applicable à la discrimination fondée sur les croyances religieuses, la

itself with the effect of a BFOQ on the duty to accommodate.

In *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561, the only significant difference from *O'Malley* was the existence of a BFOQ clause. McIntyre J. pointed this out, stating at p. 586:

The facts in this case and in that of *O'Malley* are identical in principle and the only significant difference between the two governing statutes as far as this case is concerned is the presence of s. 14(a) in the *Canadian Human Rights Act* creating the *bona fide* occupational requirement defence. The fundamental point then on which this case must turn is the question of whether the hard hat rule is a *bona fide* occupational requirement and, if so, what effect must be given to s. 14(a) of the Act?

He went on to find that once a BFOQ was established, s. 14(a) of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, left no room for the examination of the effects on each individual. He stated at p. 589:

To conclude then that an otherwise established *bona fide* occupational requirement could have no application to one employee, because of the special characteristics of that employee, is not to give s. 14(a) a narrow interpretation; it is simply to ignore its plain language. To apply a *bona fide* occupational requirement to each individual with varying results, depending on individual differences, is to rob it of its character as an occupational requirement and to render meaningless the clear provisions of s. 14(a). [Emphasis added.]

He concluded, therefore, that since the duty to accommodate required an examination of the effects of the rule on individual employees, a BFOQ defence left no room for a duty to accommodate. He continued at p. 590:

The duty to accommodate is a duty imposed on the employer to take reasonable steps short of undue hardship to accommodate the religious practices of the employee when the employee has suffered or will suffer discrimination from a working rule or condition. The *bona fide* occupational requirement defence set out in s. 14(a) leaves no room for any such duty for, by its clear

Cour n'avait pas à examiner les répercussions d'une EPN sur l'obligation d'accommodement.

La seule différence importante entre les faits de l'arrêt *O'Malley* et ceux de l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, tenait à l'existence d'une clause relative à une EPN. Le juge McIntyre a souligné cette distinction de la façon suivante, à la p 586:

Les faits en l'espèce et ceux de l'affaire *O'Malley* sont identiques en principe, la seule différence importante entre les deux lois qui les régissent, pour ce qui est de l'espèce présente, étant la présence dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* de l'al. 14a) qui crée le moyen de défense fondé sur l'exigence professionnelle normale. La question fondamentale, dont doit dépendre le sort de l'espèce, est donc de savoir si la règle du casque de sécurité constitue une exigence professionnelle normale et, dans l'affirmative, quel effet faut-il donner à l'al. 14a) de la Loi?

Il a ensuite conclu que dès lors qu'une EPN était établie, l'al. 14a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, ne laissait aucune place à l'examen de ses conséquences sur chaque individu. Il a dit à la p. 589:

Conclure alors que ce qui constituerait par ailleurs une exigence professionnelle normale ne peut s'appliquer à un employé, en raison des caractéristiques spéciales de cet employé, revient non pas à donner une interprétation étroite à l'al. 14a), mais tout simplement à ne tenir aucun compte de ce qu'il dit clairement. Appliquer une exigence professionnelle normale à chaque individu avec des résultats variables, selon les différences personnelles, c'est la dépouiller de sa nature d'exigence professionnelle et faire perdre tout leur sens aux dispositions claires de l'al. 14a).

Il a donc conclu que puisque l'obligation d'accommodement exigeait l'examen des conséquences de la règle concernée sur les employés individuels, un moyen de défense fondé sur une EPN ne laissait aucune place à l'obligation d'accommodement. Il a ajouté, à la p. 590:

L'obligation d'accommodement est l'obligation, imposée à l'employeur, de prendre des mesures raisonnables, sans que cela ne cause une contrainte excessive, pour composer avec les pratiques religieuses de l'employé qui est victime de discrimination en raison d'une règle ou condition de travail. Le moyen de défense fondé sur l'exigence professionnelle normale, énoncé à l'al. 14a), ne laisse

terms where the *bona fide* occupational requirement exists, no discriminatory practice has occurred. As framed in the *Canadian Human Rights Act*, the *bona fide* occupational requirement defence when established forecloses any duty to accommodate. [Emphasis added.]

My colleague seeks to avoid the result in *Bhinder* by limiting its reasoning to cases of direct discrimination, but excluding from its purview cases of adverse effect discrimination. *Bhinder* was, of course, a classic example of adverse effect discrimination. On this thesis the statutory defence either does not apply at all to adverse effect discrimination or applies only to save the rule but does not exculpate the respondent. Apart from constituting a radical departure from *Bhinder*, this conclusion requires a rewriting of the statute. First, the statute makes no distinction between direct and indirect discrimination. Second, the BFOQ applies equally to all forms of discrimination. Section 7 of the Act provides, in relevant part:

7(1) No employer or person acting on behalf of an employer shall

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

(b) discriminate against any person with regard to employment or any term or condition of employment,

because of the race, religious beliefs, colour, sex, physical characteristics, marital status, age, ancestry or place of origin of that person or of any other person.

(3) Subsection (1) does not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a *bona fide* occupational qualification.

If an employer brings herself within s. 7(3), then subs. (1), which creates liability, simply does not apply. There is no discrimination in respect of which the duty to accommodate can operate.

aucune place à une obligation de ce genre car il ressort clairement de cet alinéa que, lorsqu'il existe une exigence professionnelle normale, il n'y a pas d'acte discriminatoire. Selon sa formulation dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le moyen de défense fondé sur l'exigence professionnelle normale, lorsqu'il est établi, exclut toute obligation d'accommodement. [Je souligne.]

Ma collègue tente d'éviter l'issue de l'arrêt *Bhinder* en limitant le raisonnement qu'on y a suivi aux cas de discrimination directe et en excluant de sa portée les cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable. L'affaire *Bhinder* offrait bien sûr l'exemple classique de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Selon cette thèse, la défense prévue par la loi ne s'applique pas du tout à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable ou alors, elle ne s'applique que pour sauver la règle, sans toutefois disculper l'intimé. En plus de s'écarter radicalement de l'arrêt *Bhinder*, cette conclusion nécessite une nouvelle formulation de la loi. Premièrement, la loi n'établit aucune distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte. Deuxièmement, l'EPN s'applique également à toutes les formes de discrimination. L'article 7 de la Loi prévoit notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] 7(1) Aucun employeur ni aucune personne agissant pour le compte d'un employeur ne doit

a) refuser d'employer ou de continuer d'employer une personne;

b) faire preuve de discrimination envers une personne en matière d'emploi ou quant aux modalités ou conditions d'emploi,

en raison de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, des caractéristiques physiques, de l'état matrimonial, de l'âge, de l'ascendance ou du lieu d'origine de cette personne ou de toute autre personne.

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard d'un refus, d'une restriction, d'une condition ou d'une préférence fondée sur une exigence professionnelle normale.

Si l'employeur se trouve être visé par le par. 7(3), le par. (1) qui impose une obligation, ne s'applique tout simplement pas. Il n'existe aucune discrimination permettant l'entrée en jeu de l'obligation d'accommodement.

The approach which my colleague adopts is referred to in Tarnopolsky and Pentney, *Discrimination and the Law*, Fifth Cumulative Supplement (September 1989), which is cited in support of her reasons. The learned authors refer to the distinction between direct and adverse effect discrimination and comment, at p. 29, that:

The b.f.o.q. defence after *Etoibicoke* is well suited to situations involving "direct discrimination". In adverse effect analysis, however, the defences of business rationality and duty to accommodate short of undue hardship, as explained earlier, incorporate the flexibility and balancing of interests which are necessary in order to make the concept effective.

The learned authors conclude that this approach should be rejected. They state at p. 29:

Although it is submitted that this argument is logically defensible, it will not be elaborated upon because it marks such a radical departure from the *Bhinder* decision. Instead, an alternative approach which involves the incorporation of the duty to accommodate into the b.f.o.q. defence will be examined. There are two approaches to the b.f.o.q. defence which have been recognized in Canadian law thus far. The first approach requires an employer to make an individualized assessment of an employee in order to justify a b.f.o.q. The second approach allows an employer to justify a class-based b.f.o.q. where the class is defined by reference to one of the prohibited grounds of discrimination, in situations in which it is impractical or impossible to assess employees individually. Although existing law is somewhat ambiguous on the point, there is support for the proposition that an individualized b.f.o.q. is generally to be preferred and that a class-based b.f.o.q. will be recognized only in cases where public safety and the "risk of unpredictable human failure" are involved. [Emphasis added.]

While *Bhinder* precludes an individual application of the BFOQ, subsequent jurisprudence in this Court makes it clear that an employer may fail to establish a BFOQ defence if he is unable to provide an acceptable explanation as to why it was not possible to deal with employees on an individual basis. In *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, at p. 312, Beetz J. specified the following as the

L'approche adoptée par ma collègue est mentionnée dans l'ouvrage de Tarnopolsky et Pentney, *Discrimination and the Law*, 5^e supplément cumulatif (septembre 1989), qui est cité à l'appui de ses motifs. Les auteurs, parlant de la distinction qui existe entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, font le commentaire suivant, à la p. 29:

[TRADUCTION] La défense fondée sur une EPN convient bien, depuis l'arrêt *Etoibicoke*, aux cas de «discrimination directe». Cependant quand il s'agit de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, les défenses fondées sur les besoins de l'entreprise et l'obligation d'accommodement, sans contrainte excessive expliquées plus haut, apportent la souplesse et l'équilibrage des intérêts en jeu qui sont nécessaires pour rendre le concept effectif.

Les auteurs concluent que cette approche devrait être rejetée. Voici ce qu'ils disent, à la p. 29:

[TRADUCTION] Bien que l'on avance que cet argument se défend logiquement, on ne s'y étendra pas parce qu'il représente une dérogation radicale à l'arrêt *Bhinder*. Nous examinerons plutôt une autre approche, qui laisse place à l'obligation d'accommodement dans la défense fondée sur l'EPN. Jusqu'à présent, le droit canadien reconnaît deux façons d'aborder la défense basée sur l'EPN. La première demande que l'employeur apprécie la situation de son employé de façon individuelle pour justifier une EPN. Selon la seconde approche, l'employeur peut justifier une EPN visant une catégorie de gens lorsque celle-ci est définie par référence à l'un des motifs de distinction illicite, dans des situations où il n'est pas pratique ou possible d'évaluer les employés individuellement. Bien que le droit actuel soit plutôt ambigu à cet égard, d'aucuns croient qu'une EPN individualisée devrait généralement être privilégiée et qu'une EPN visant une catégorie de personnes ne sera reconnue que lorsque entrent en jeu la sécurité publique et le «risque des défaillances humaines imprévisibles». [Je souligne.]

Bien que l'arrêt *Bhinder* écarte l'application individuelle de l'EPN, la jurisprudence postérieure de notre Cour laisse clairement entendre qu'un employeur peut se trouver incapable d'établir une défense fondée sur une EPN s'il ne parvient pas à expliquer de façon acceptable pourquoi il ne lui était pas possible de traiter ses employés de façon individuelle. Dans l'arrêt *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*,

second of two criteria for the establishment of a BFOQ:

(2) Is the rule properly designed to ensure that the aptitude or qualification is met without placing an undue burden on those to whom the rule applies? This allows us to inquire as to the reasonableness of the means the employer chooses to test for the presence of the requirement for the employment in question.

And in *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297, the Court stated at pp. 1313-14:

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 added.]

As my colleague puts it in her reasons at p. 518: "If a reasonable alternative exists to burdening members of a group with a given rule, that rule will not be *bona fide*."

How then is *Bhinder* to be applied in light of the refinements found in *Brossard* and *Saskatoon Fire Fighters*? By virtue of *O'Malley*, there is a duty to accommodate in religious discrimination cases by reason of the general intent and spirit of the Code. In a case such as *O'Malley*, in which a duty to accommodate arises but the statute contains no BFOQ, the employer can discharge the duty only by showing that all reasonable efforts have been made to accommodate individual employees short of creating undue hardship for the employer. This does not change because of the addition of a statutory defence of BFOQ. The addition of the defence is relevant to the discharge of the duty but not to its existence.

[1988] 2 R.C.S. 279, le juge Beetz a énoncé ce qui suit comme étant le second des deux critères applicables à l'établissement d'une EPN, à la p. 312:

(2) La règle est-elle bien conçue de manière que l'exigence quant à l'aptitude ou à la qualité puisse être remplie sans que les personnes assujetties à la règle ne se voient imposer un fardeau excessif? Cela nous permet d'examiner le caractère raisonnable des moyens choisis par l'employeur pour vérifier si l'on satisfait à cette exigence dans le cas de l'emploi en question.

Et dans l'arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297, notre Cour a déclaré ce qui suit, aux pp. 1313 et 1314:

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. [Je souligne.]

Comme le dit ma collègue dans ses motifs à la p. 518: «S'il est possible de trouver une solution raisonnable qui évite d'imposer une règle donnée aux membres d'un groupe, cette règle ne sera pas considérée comme justifiée.»

Comment faut-il donc appliquer l'arrêt *Bhinder*, compte tenu des raffinements que l'on trouve dans les arrêts *Brossard* et *Saskatoon Fire Fighters*? En vertu de l'arrêt *O'Malley*, l'obligation d'accommodement existe dans les cas de discrimination religieuse en raison de l'objet et de l'esprit du Code. Dans une affaire comme l'affaire *O'Malley*, qui traite de l'obligation d'accommodement là où la loi ne contient aucune disposition relative à l'EPN, l'employeur pour s'acquitter de cette obligation, doit démontrer qu'il a fait tous les efforts raisonnables pour composer avec des employés particuliers sans avoir à s'imposer des contraintes excessives. L'adjonction de la défense légale fondée sur une EPN ne modifie pas cette situation; en effet, cette défense se rapporte à l'exécution de l'obligation et non pas à son existence.

Where a statutory BFOQ provision is present, its language cannot be avoided. With respect, McIntyre J. was right in *Bhinder* in saying that once that defence is made out there is no basis for an individual examination of the circumstances of each employee. The question, however, is how the BFOQ is established having regard to the duty to accommodate. I have referred above to the principle that in general a prerequisite to a successful BFOQ defence is a showing that there was no reasonable alternative to a rule that does not take into account the individual circumstances of those to whom it applies. An employer who wishes to avail himself of a general rule having a discriminatory effect on the basis of religion must show that the impact on the religious practices of those subject to the rule was considered, and that there was no reasonable alternative short of causing undue hardship to the employer. What is reasonable in these terms is a question of fact. If the employer fails to provide an explanation as to why individual accommodation cannot be accomplished without undue hardship, this will ordinarily result in a finding that the duty to accommodate has not been discharged and that the BFOQ has not been established. In *Roosma v. Ford Motor Co.* (1988), 9 C.H.R.R. D/4743, a Board of Inquiry chaired by Professor P. P. Mercer (now Dean of the University of Western Ontario Law School) dealt with the *Ontario Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53 which deals separately with direct and adverse effect discrimination and makes the BFOQ applicable to both. The relationship between the BFOQ and the duty to accommodate in the case of adverse effect discrimination was aptly expressed as follows at p. D/4747:

A neutral "requirement, qualification or consideration" which gives rise to constructive discrimination is only allowed to operate as an exception where it is reasonable and *bona fide* in the circumstances. And it is only reasonable in the circumstances, consistent with *O'Malley*, if accommodation cannot be accomplished without undue hardship.

Lorsqu'une loi contient une disposition relative à une EPN, son libellé ne saurait être ignoré. Avec égard, le juge McIntyre a eu raison de dire dans l'arrêt *Bhinder* qu'une fois la défense établie, il n'y a pas lieu de faire l'étude individuelle de la situation de chacun des employés. Il faut se demander toutefois comment l'EPN est établie en regard de l'obligation d'accommodement. J'ai mentionné plus haut le principe selon lequel, en général, une défense fondée sur une EPN ne saurait réussir sans tout d'abord la preuve qu'il n'existait aucune autre solution raisonnable à une règle qui ne tient pas compte de la situation particulière de ceux qu'elle vise. L'employeur qui veut se prévaloir d'une règle générale ayant pour effet d'établir une discrimination fondée sur la religion doit démontrer qu'il a considéré les répercussions de cette règle sur les pratiques religieuses de ceux à qui elle s'applique, et qu'il n'existait aucune solution raisonnable qui ne lui aurait imposé des contraintes excessives. Ce qui est raisonnable dans ces circonstances est une question de fait. Si l'employeur n'arrive pas à expliquer pourquoi il ne peut composer individuellement avec ses employés, sans contrainte excessive pour lui, on conclura ordinairement qu'il ne s'est pas acquitté de son obligation d'accommodement et que l'EPN n'a pas été établie. Dans l'affaire *Roosma v. Ford Motor Co.* (1988), 9 C.H.R.R. D/4743, une commission d'enquête présidée par le professeur P. P. Mercer (aujourd'hui doyen de l'University of Western Ontario Law School) a dû se prononcer sur le *Code ontarien des droits de la personne, 1981*, L.O. 1981, ch. 53, qui traite de façon distincte de la discrimination directe et de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable et qui rend l'EPN applicable à l'une et à l'autre. Le rapport entre l'EPN et l'obligation d'accommodement là où il y a discrimination par suite d'un effet préjudiciable a été bien exposé dans les termes suivants, à la p. D/4747:

[TRADUCTION] Une «exigence, condition ou considération» neutre donnant lieu à la discrimination implicite ne peut agir comme exception que si elle est raisonnable et justifiée dans les circonstances. Et elle n'est raisonnable dans les circonstances, compte tenu de l'arrêt *O'Malley*, que si l'accommodement ne peut se faire sans contrainte excessive.

An employer with a large number of employees of many different religions may be able to discharge the duty inherent in the BFOQ by adopting a policy with respect to the accommodation of the religious beliefs of its employees. Such a policy may be a reasonable alternative to a practice that entails an *ad hoc* accommodation of individual employees. This is one of the advantages of dealing with the duty to accommodate in the context of the BFOQ defence rather than at large. An employer who has not adopted a policy with respect to accommodation and cannot otherwise satisfy the trier of fact that individual accommodation would result in undue hardship will be required to justify his conduct with respect to the individual complainant. Even then the employer can invoke the BFOQ defence, and if the decision in the individual case satisfies the above requirements, the defence is made out.

Application to this Case

The facts of this case are particularly apt to illustrate the application of the above principles. We have a vague general rule that requires employees to work all working days. There is no evidence of any consideration being given to the religious practices of employees in the adoption of that general rule. No doubt this is due to the fact that the general practice was not formulated in any structured way. It simply developed, and until the present complaint no consideration had been given to religious practices. The respondent cannot, therefore, justify its treatment of the appellant on the basis of the general rule. It has not been shown to be a BFOQ.

Nonetheless, if the individual decision with respect to the appellant satisfies the criteria for a BFOQ, s. 7(3) would apply and discrimination would thereby be negated. As indicated above, the employer must establish that it could not accommodate the appellant without undue hardship. The Board of Inquiry found as a fact that the employer "made no significant effort to accommodate the request." I see no reason to disturb that finding. On the basis of the principles stated above, that

L'employeur qui a de nombreux employés de religions différentes peut arriver à s'acquitter de l'obligation inhérente à l'EPN en adoptant une politique visant à tenir compte des diverses croyances religieuses de ses employés. Une telle politique peut être une solution raisonnable à envisager au lieu de la pratique consistant à composer avec les employés individuellement dans des circonstances particulières. C'est l'un des avantages qu'il y a à traiter de l'obligation d'accommodement dans le contexte d'une défense fondée sur l'EPN plutôt qu'en général. L'employeur qui n'a pas adopté de politique relative aux accommodements, et qui ne peut par ailleurs convaincre le juge des faits que composer sur une base individuelle lui imposerait des contraintes excessives sera tenu de justifier sa conduite à l'égard du plaignant. Même alors, l'employeur peut invoquer la défense fondée sur l'EPN, laquelle sera retenue si la décision prise à l'égard d'un cas particulier satisfait aux exigences susmentionnées.

Application à l'espèce

Les faits de l'espèce permettent de bien illustrer l'application des principes susmentionnés. Nous sommes en présence d'une vague règle générale exigeant que les employés travaillent tous les jours ouvrables, et aucune preuve n'indique que l'on a pris en considération les pratiques religieuses des employés au moment d'adopter cette règle. Cela tient sans doute au fait que la règle générale n'a pas été formulée de façon structurée. Elle a simplement pris forme et, jusqu'à la présente plainte, aucune considération n'avait été accordée aux pratiques religieuses. L'intimée ne peut donc pas justifier la façon dont elle a traité l'appelant en invoquant la règle générale. Elle n'a pas prouvé qu'il s'agissait d'une EPN.

Cependant, si la décision individuelle à l'égard de l'appelant satisfaisait aux critères applicables à l'EPN, le par. 7(3) s'appliquerait et l'existence de la discrimination serait par conséquent écartée. Comme on l'a dit plus haut, l'employeur doit établir qu'il ne lui était pas possible de composer avec l'appelant sans s'imposer des contraintes excessives. La commission d'enquête a tiré la conclusion de fait que l'employeur [TRADUCTION] «n'a fait aucun effort notable pour répondre à la

finding is fatal to the establishment of a BFOQ. Accordingly, I would allow the appeal and restore the decision of the Board of Inquiry.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Alberta Human Rights Commission, Edmonton.

Solicitors for the respondent: McLennan, Ross, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Jewish Congress: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Solicitors for the intervener Seventh-day Adventist Church: Milner & Steer, Edmonton.

demande». Je ne vois aucun motif de modifier cette conclusion. Selon les principes énoncés plus haut, cette conclusion s'oppose absolument à l'existence d'une EPN. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision de la commission d'enquête.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Alberta Human Rights Commission, Edmonton.

Procureurs de l'intimée: McLennan, Ross, Edmonton.

Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne: Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Congrès juif canadien: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Église adventiste du septième jour: Milner & Steer, Edmonton.