

**Larry S. Renaud** *Appellant*

v.

**Board of School Trustees, School District No. 23 (Central Okanagan) and the Canadian Union of Public Employees, Local 523 Respondents**

and

**British Columbia Council of Human Rights Respondent**

and

**Ontario Human Rights Commission, Seventh-day Adventist Church in Canada, Canadian Labour Congress, Disabled People for Employment Equity, Persons United for Self Help in Ontario (P.U.S.H.) Ontario Intervenors**

INDEXED AS: CENTRAL OKANAGAN SCHOOL DISTRICT NO. 23 v. RENAUD

File No.: 21682.

1992: March 24; 1992: September 24.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Stevenson\* JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Human rights — Adverse effect discrimination — Bona fide occupational requirement — Worker refusing to work shift for religious reasons — Employer's attempts to accommodate worker opposed by union — Worker dismissed when accommodation not found — Whether complainant's union under a duty to effect a reasonable accommodation — Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22, ss. 8(1)(a), (b), (4), 9(a), (b), (c).*

Appellant, a Seventh-day Adventist, was a unionized custodian working a Monday to Friday job for the respondent school board. The work schedule, which

**Larry S. Renaud** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Board of School Trustees, School District No. 23 (Central Okanagan) et le Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 523 Intimés**

<sup>b</sup> et

<sup>c</sup> **British Columbia Council of Human Rights Intimé**

et

<sup>d</sup> **Commission ontarienne des droits de la personne, Église adventiste du septième jour au Canada, Congrès du travail du Canada, Disabled People for Employment Equity, Persons United for Self Help in Ontario (P.U.S.H.) Ontario Intervenants**

RÉPERTORIÉ: CENTRAL OKANAGAN SCHOOL DISTRICT NO. 23 c. RENAUD

<sup>f</sup> Nº du greffe: 21682.

1992: 24 mars; 1992: 24 septembre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Stevenson\*.

<sup>g</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droits de la personne — Discrimination par suite d'un effet préjudiciable — Exigence professionnelle normale — Refus par un travailleur de se présenter à un quart de travail en raison de ses croyances religieuses — Opposition du syndicat aux tentatives de l'employeur de s'entendre avec l'employé — Congédiement de l'employé en raison de l'impossibilité de s'entendre — Le syndicat plaignant est-il tenu d'offrir un compromis raisonnable? — Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 8(1)a), b), (4), 9a), b), c).*

L'appelant, un adventiste du septième jour, était un gardien syndiqué qui travaillait du lundi au vendredi pour le conseil scolaire intimé. L'horaire de travail, qui

\* Stevenson J. took no part in the judgment.

\* Le juge Stevenson n'a pas pris part au jugement.

formed part of the collective agreement, included a shift which included Friday evening. Appellant's religion, however, prevented his working on his sabbath—from sundown Friday to sundown Saturday. A number of alternatives to appellant's working Friday nights were canvassed by appellant and a representative of the school board. The only practical accommodation was the creation of a Sunday to Thursday shift but this accommodation involved an exception to the collective agreement and required union consent. The union demanded that board rescind the Sunday-Thursday shift proposal and threatened to launch a policy grievance. After further unsuccessful attempts to accommodate the appellant, the school board eventually terminated his employment when he refused to complete his regular Friday night shift.

The appellant filed a complaint pursuant to s. 8 of the British Columbia *Human Rights Act* against the school board and pursuant to s. 9 against the union. The proceedings were subsequently amended by the member designate (appointed by the British Columbia Council of Human Rights to investigate the complaints) to include a claim against the union under s. 8 as well.

The member designate found that the condition of employment that appellant work on Friday nights was adverse effect discrimination, that the union was instrumental in effecting this adverse effect discrimination, and that neither the employer nor the union had discharged its duty to accommodate the complainant's religious beliefs. The school board and the respondent union brought separate applications by way of *certiorari* to quash the member designate's decision for errors of law on the face of the record. The applications were granted and the decision of the member designate was set aside. The Court of Appeal dismissed appellant's appeal.

At issue here was whether an employer is relieved of its duty to accommodate the religious beliefs of an employee when this would require an alteration of a collective agreement which is opposed by a union of employees. Also at issue is whether a union in these circumstances is in breach of a duty to accommodate.

*Held:* The appeal should be allowed.

faisait partie de la convention collective, comportait un quart de soirée le vendredi. Toutefois, la religion de l'appelant lui interdisait de travailler pendant le sabbat de l'Église, soit du coucher du soleil le vendredi au coucher du soleil le samedi. L'appelant et un représentant du conseil scolaire ont examiné un certain nombre de solutions de rechange en vue de permettre à l'appelant de ne pas travailler le vendredi soir. La seule solution pratique était de créer un quart s'étalant du dimanche au jeudi, mais cette mesure d'accommodement comportait une exception à la convention collective et nécessitait le consentement du syndicat. Ce dernier a exigé l'annulation par le conseil de la proposition de créer un quart s'étalant du dimanche au jeudi et a menacé de déposer un grief de principe. À la suite de vaines tentatives de s'entendre avec l'appelant, le conseil scolaire l'a finalement congédié en raison de son refus de compléter son quart de nuit normal du vendredi.

d L'appelant a déposé une plainte, conformément à l'art. 8 de la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique, contre le conseil scolaire et, conformément à l'art. 9, contre le syndicat. Les actes de procédure ont ultérieurement été modifiés par le membre désigné (nommé par le British Columbia Council of Human Rights pour examiner les plaintes) de manière à inclure une plainte contre le syndicat fondée sur l'art. 8 également.

e f g h Le membre désigné a conclu que la condition de travail obligeant l'appelant à travailler le vendredi soir constituait une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, que le syndicat avait contribué à causer cette discrimination et que ni l'employeur ni le syndicat ne s'étaient acquittés de leur obligation de composer avec les croyances religieuses du plaignant. Le conseil scolaire et le syndicat intimé ont présenté des requêtes distinctes par voie de *certiorari* visant à obtenir l'annulation de la décision du membre désigné pour cause d'erreurs de droit apparentes à la lecture du dossier. Les requêtes ont été accueillies et la décision du membre désigné a été annulée. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par l'appelant.

i j En l'espèce, il s'agit de déterminer si un employeur est libéré de son obligation de composer avec les croyances religieuses d'un employé lorsque cela nécessiterait une modification d'une convention collective, à laquelle s'oppose le syndicat. Il s'agit également de déterminer si, dans ces circonstances, un syndicat manque à une obligation d'accommodement.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

An employer must take reasonable measures short of undue hardship to accommodate an employee's religious beliefs and practices. While the words "short of undue hardship" limit this duty, the use of the term "undue" infers that some hardship is acceptable. More than a mere negligible effort is required. The qualification that the measures be reasonable was an alternate way of expressing the same concept and is a question of fact varying with the circumstances of the case.

Private arrangements, by contract or collective agreement, must give way to the requirements of the Act. In cases of direct discrimination not justified under the Act, the whole of the provision is invalid because its purpose as well as effect is to discriminate on a prohibited ground. In cases of adverse effect discrimination, the provision is upheld in its general application and the complainant is accommodated so that it does not affect him or her in a discriminatory fashion. An employer must establish compliance with the duty to accommodate.

The effect of the collective agreement is relevant in assessing the degree of hardship caused by interference with its terms. Substantial departure from the normal operation of its conditions and terms of employment may constitute undue interference in the operation of the employer's business. The cost of defending a threatened grievance, however, did not constitute undue hardship justifying a refusal to accommodate the appellant.

Considerations as to the effect on employee morale, while a factor to be considered in deciding whether accommodating measures would constitute undue interference, must be applied with caution. Well-grounded concerns that the employees' rights will be affected must be considered. Objections based on attitudes inconsistent with human rights, however, are irrelevant. This category includes those objections based on the view that the integrity of a collective agreement is to be preserved irrespective of its discriminatory effect on an individual employee on religious grounds. A contrary conclusion would enable an employer to contract out of human rights legislation provided the employees were *ad idem* with their employer. The employer failed to establish that it discharged its duty to accommodate.

Pour composer avec les croyances et pratiques religieuses d'un employé, l'employeur doit prendre des mesures raisonnables sans s'imposer de contrainte excessive. Bien que les termes «à moins que cela ne cause une contrainte excessive» restreignent cette obligation, l'utilisation de l'adjectif «excessive» suppose qu'une certaine contrainte est acceptable. Il faut plus que de simples efforts négligeables. La réserve selon laquelle les mesures doivent être raisonnables constitue une façon différente d'exprimer le même concept et est une question de fait qui variera selon les circonstances de l'affaire.

Les ententes privées, que ce soit par contrat ou par convention collective, doivent céder devant les exigences de la Loi. Dans le cas d'une discrimination directe non justifiée en vertu de la Loi, l'ensemble de la disposition est nul parce qu'elle a pour objet et pour effet d'établir une distinction fondée sur un motif prohibé. Dans le cas d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, la disposition est maintenue dans son application générale et une entente est conclue avec le plaignant afin que la disposition n'établisse aucune discrimination à son égard. L'employeur doit établir qu'il y a respect de l'obligation d'accommodement.

L'effet de la convention collective est pertinent pour évaluer le degré de contrainte résultant de l'ingérence dans ses conditions. Une dérogation importante à l'effet normal des conditions d'emploi qu'elle comporte peut constituer une ingérence excessive dans l'exploitation de l'entreprise de l'employeur. Toutefois, le coût d'une défense contre la menace d'un grief ne constituait pas une contrainte excessive justifiant un refus de s'entendre avec l'appelant.

Bien qu'il faille tenir compte de l'effet sur le moral des employés au moment de déterminer si des mesures d'accommodement constitueraient une ingérence excessive, ce facteur doit être appliqué avec prudence. Il faut tenir compte des craintes légitimes des employés que leurs droits soient lésés. Cependant, les oppositions fondées sur des attitudes incompatibles avec les droits de la personne ne sont pas pertinentes. Cette catégorie inclut les oppositions fondées sur le point de vue selon lequel une convention collective doit demeurer intacte même si elle établit, à l'encontre d'un employé particulier, une distinction fondée sur la religion. Une conclusion contraire permettrait à l'employeur de renoncer à l'application des lois sur les droits de la personne à la condition que les employés soient d'accord avec lui. L'employeur n'a pas établi qu'il s'était acquitté de son obligation d'accommodement.

A union causing or contributing to the discriminatory effect incurs liability under the Act. In order to avoid imposing absolute liability, a union must have the same right as an employer to justify the discrimination by discharging its duty to accommodate.

A union may become a party to discrimination in two ways. First, it may cause or contribute to the discrimination by participating in the formulation of the work rule that has the discriminatory effect on the complainant — e.g., if the rule forms part of the collective agreement. Second, a union may be liable if it impedes the reasonable efforts of an employer to accommodate. If reasonable accommodation is only possible with the union's co-operation and the union blocks the employer's efforts to remove or alleviate the discriminatory effect, it becomes a party to the discrimination.

The focus of the union's concern about the impact of accommodating measures is mainly on its effect on other employees. The duty to accommodate should not substitute discrimination against other employees for the discrimination suffered by the complainant. Any significant interference with the rights of others will amount to an undue hardship and will ordinarily justify the union's refusing to consent to a measure which would have this effect.

The application of the duty to accommodate will vary depending on how the duty arose. A union liable as co-discriminator with the employer shares a joint responsibility with the employer to seek to accommodate the employee and both are equally liable if nothing is done. Ordinarily the employer has charge of the workplace and will be in the better position to initiate and formulate accommodations. An employer will be found to have failed to take reasonable measures to accommodate and the union will be absolved of not acting reasonably in refusing to consent if an employer proposes measures which are the least expensive or disruptive measures from its point of view but are disruptive of the collective agreement or otherwise affecting the rights of other employees. The union, however, may not be absolved of its duty if it fails to put forward alternative measures that are available and less onerous from its point of view.

Where the union contributes to the discrimination only through its failure to co-operate in implementing a reasonable accommodation, the employer must canvass other methods of accommodation before the union can

a Le syndicat qui est à l'origine de l'effet discriminatoire ou qui y contribue encourt une responsabilité en vertu de la Loi. Pour éviter une responsabilité absolue, le syndicat doit posséder le même droit qu'un employeur de justifier la discrimination en s'acquittant de son obligation d'accommodement.

b Le syndicat peut devenir partie à une discrimination de deux façons. En premier lieu, il peut causer la discrimination ou y contribuer en participant à la formulation de la règle de travail qui a un effet discriminatoire sur le plaignant, notamment si la règle fait partie de la convention collective. En deuxième lieu, un syndicat peut voir sa responsabilité engagée s'il gêne les efforts raisonnables que l'employeur déploie pour s'entendre avec l'employé. Si une entente raisonnable n'est possible qu'avec la collaboration du syndicat et que celui-ci bloque les efforts de l'employeur pour supprimer ou atténuer l'effet discriminatoire, le syndicat devient partie à la discrimination.

c La crainte que soulèvent chez le syndicat les conséquences de mesures d'accommodement concerne essentiellement leur effet sur d'autres employés. L'obligation d'accommodement ne devrait pas substituer la discrimination envers d'autres employés à la discrimination subie par le plaignant. Toute atteinte importante aux droits d'autrui constituera une contrainte excessive et justifiera normalement le refus du syndicat de consentir à une mesure qui aurait cet effet.

d f L'application de l'obligation d'accommodement varie selon la façon dont elle naît. Un syndicat responsable à titre de coauteur, avec l'employeur, d'une discrimination, est tenu, conjointement avec celui-ci, de chercher à s'entendre avec l'employé et, si rien n'est fait, ils sont tous deux également responsables. Normalement, l'employeur est en charge du lieu de travail et est mieux placé pour amorcer et formuler des compromis. Si l'employeur propose les mesures qui sont les moins dispendieuses ou les moins perturbatrices pour lui, mais qui viennent perturber la convention collective ou affecter autrement les droits d'autres employés, on conclura qu'il n'a pas pris de mesures raisonnables pour s'entendre et on excusera le syndicat de ne pas avoir agi raisonnablement en refusant son consentement. Le syndicat ne peut toutefois être dégagé de son obligation s'il ne propose pas d'autres mesures possibles qui, d'après lui, sont moins onéreuses.

j Lorsque le syndicat ne contribue à une discrimination qu'en empêchant, par son absence de collaboration, la mise en œuvre d'une mesure d'accommodement raisonnable, l'employeur doit étudier à fond d'autres mesures

be expected to assist in finding or implementing a solution. The union's duty arises only when its involvement is required to make accommodation possible and no other reasonable alternative resolution of the matter has been found or could reasonably have been found.

d'accommodement avant qu'on puisse s'attendre à ce que le syndicat aide à trouver ou à mettre en œuvre une solution. L'obligation du syndicat ne naît que lorsque sa participation est nécessaire pour rendre l'accommode-  
ment possible et qu'aucune autre solution raisonnable n'a été trouvée ou n'aurait pu raisonnablement être trouvée.

Here, the union had a shared duty, arising out of the adverse effect discrimination, to accommodate the appellant. The employer did not need to explore all other reasonable accommodations. The proposal presented to the union was reasonable. The union, therefore, was jointly liable with the employer.

En l'espèce, le syndicat partageait une obligation de s'entendre avec l'appelant, qui découlait d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable. L'employeur n'avait pas à étudier toutes les autres mesures d'accommode-  
ment raisonnables. La proposition présentée au syndicat était raisonnable. Le syndicat et l'employeur étaient donc conjointement responsables.

The search for accommodation is a multi-party inquiry. The complainant also has a duty to assist in securing an appropriate accommodation and his or her conduct must therefore be considered in determining whether the duty to accommodate has been fulfilled. When an employer has initiated a proposal that is reasonable and would, if implemented, fulfil the duty to accommodate, the complainant has a duty to facilitate the implementation of the proposal. If the complainant fails to take reasonable steps and causes the proposal to founder, the complaint will be dismissed. The complainant is also obligated to accept reasonable accommodation and the employer's duty is discharged if a proposal that would be reasonable in all the circumstances is turned down. The complainant did all that could be expected of him in this case.

La recherche d'un compromis fait intervenir plusieurs parties. Le plaignant a également l'obligation d'aider à en arriver à un compromis convenable et il faut donc examiner sa conduite pour déterminer si l'obligation d'accommode-  
ment a été remplie. Lorsque l'employeur fait une proposition qui est raisonnable et qui, si elle était mise en œuvre, remplirait l'obligation d'accommode-  
ment, le plaignant est tenu d'en faciliter la mise en œuvre. Si l'omission du plaignant de prendre des mesures raisonnables est à l'origine de l'échec de la pro-  
position, la plainte sera rejetée. Le plaignant est également tenu d'accepter une mesure d'accommode-  
ment raisonnable et l'employeur s'est acquitté de son obligation s'il y a rejet d'une proposition qui serait raisonnable compte tenu de toutes les circonstances. Le plaignant a fait tout ce qu'on pouvait s'attendre qu'il fasse en l'espèce.

## Cases Cited

**Considered:** *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; **distinguished:** *Trans World Airlines, Inc. v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977); *Ansonia Board of Education v. Philbrook*, 479 U.S. 60 (1986); **referred to:** *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke (Borough of)*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Office and Professional Employees International Union, Local 267 v. Domtar Inc.*, Ontario Divisional Court, March 19, 1992, unreported.

## Jurisprudence

**Arrêts examinés:** *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; **distinction d'avec les arrêts:** *Trans World Airlines, Inc. c. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977); *Ansonia Board of Education c. Philbrook*, 479 U.S. 60 (1986); **arrêts mentionnés:** *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Office and Professional Employees International Union, Local 267 c. Domtar Inc.*, Cour divisionnaire de l'Ontario, 19 mars 1992, inédit.

**Statutes and Regulations Cited**

*Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, ss. 8(1)(a), (b), (4), 9(a), (b), (c).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1990), 11 C.H.C.C. D/62, 90 C.L.L.C. ¶ 17,004, dismissing an appeal from an order of Dohm J. (1987), 8 A.C.W.S. (3d) 283, quashing a finding of Verbrugge, Member Designate of the British Columbia Council of Human Rights. Appeal allowed.

*Karen Scott and Henry S. Brown, Q.C.*, for the appellant.

*Robert E. Groves*, for the respondent Board of School Trustees, School District No. 23 (Central Okanagan).

*John Baigent*, for the respondent Canadian Union of Public Employees, Local 523.

*Janet E. Minor and M. David Lepofsky*, for the intervener Ontario Human Rights Commission.

*Karnik Doukmetzian and Gerald Chipeur*, for the intervener Seventh-day Adventist Church in Canada.

*Jeffrey Sack, Q.C. and Steven Barrett*, for the intervener Canadian Labour Congress.

*Anne M. Molloy and Janet L. Budgell*, for the interveners Disabled People for Employment Equity and Persons United for Self Help in Ontario (P.U.S.H.) Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—The issue raised in this appeal is the scope and content of the duty of an employer to accommodate the religious beliefs of employees and whether and to what extent that duty is shared by a trade union. While this duty has been recognized and discussed as it relates generally to employers (*Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985]

**Lois et règlements cités**

*Human Rights Act*, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 8(1)a), b), (4), 9a), b), c).

<sup>a</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1990), 11 C.H.C.C. D/62, 90 C.L.L.C. ¶ 17,004, qui a rejeté un appel d'une ordonnance du juge Dohm (1987), 8 A.C.W.S. (3d) 283, annulant une conclusion de Verbrugge, le membre désigné du British Columbia Council of Human Rights. Pourvoi accueilli.

<sup>c</sup> *Karen Scott et Henry S. Brown, c.r.*, pour l'appellant.

<sup>d</sup> *Robert E. Groves*, pour l'intimé le Board of School Trustees, School District No. 23 (Central Okanagan).

<sup>e</sup> *John Baigent*, pour l'intimé le Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 523.

<sup>f</sup> *Janet E. Minor et M. David Lepofsky*, pour l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne.

<sup>g</sup> *Karnik Doukmetzian et Gerald Chipeur*, pour l'intervenante l'Église adventiste du septième jour au Canada.

<sup>i</sup> *Jeffrey Sack, c.r., et Steven Barrett*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

<sup>j</sup> *Anne M. Molloy et Janet L. Budgell*, pour les intervenants Disabled People for Employment Equity et Persons United for Self Help in Ontario (P.U.S.H.) Ontario.

<sup>h</sup> Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—Il s'agit, en l'espèce, de définir l'étendue et la nature de l'obligation qui incombe à un employeur de composer avec les croyances religieuses des employés, et de déterminer si, et dans quelle mesure, cette obligation incombe également à un syndicat. Bien que cette obligation ait été reconnue et analysée dans la mesure où elle concerne généralement les

2 S.C.R. 536, at pp. 552-56, and *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at pp. 520-29), little judicial consideration has been given to the question raised by the involvement of a collective agreement and a certified trade union. Is a trade union liable for discrimination if it refuses to relax the provisions of a collective agreement and thereby blocks the employer's attempt to accommodate? Must the employer act unilaterally in these circumstances? These are issues that have serious implications for the unionized workplace.

employeurs (*Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, aux pp. 552 à 556, et *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, aux pp. 520 à 529), les tribunaux n'ont guère étudié la question soulevée par l'existence d'une convention collective et d'un syndicat accrédité. Le syndicat est-il coupable de discrimination si, en refusant d'assouplir les dispositions d'une convention collective, il gêne la tentative de l'employeur de s'entendre avec un employé? L'employeur doit-il agir unilatéralement en pareilles circonstances? Ce sont là des questions qui ont de graves répercussions sur le milieu de travail d'employés syndiqués.

### The Facts

The appellant was employed by the Board of School Trustees, School District No. 23 (Central Okanagan) (the "school board") and was a member of the Canadian Union of Public Employees, Local 523 (the "union"). He had been employed by the school board since 1981 and in 1984 used his seniority to secure a Monday to Friday job at Spring Valley Elementary School ("SVE"). The gymnasium at SVE was rented out to a community group on Friday evenings and a custodian was required to be present for security and emergency purposes during this time. Pursuant to the employer's work schedule, which was included in the collective agreement, the job at SVE involved an afternoon shift from 3:00 p.m. until 11:00 p.m. during which only one custodian was on duty. As a Seventh-day Adventist, the appellant's religion forbade him from working on the church's sabbath, which is from sundown Friday until sundown Saturday. The appellant met with a representative of the school board to try to accommodate his inability to work the full Friday shift. The school board representative was agreeable to the request but indicated that the school board required the consent of the union if any accommodation involved an exception to the collective agreement. Many of the alternatives discussed by the representative and the appellant involved transfer to "prime" positions which the appellant did not have enough seniority to secure. The appellant was

### Les faits

L'appelant était un employé du Board of School Trustees, School District No. 23 (Central Okanagan) (le «conseil scolaire») et il était membre du Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 523 (le «syndicat»). Il était au service du conseil scolaire depuis 1981 lorsqu'en 1984 il a fait valoir son ancienneté pour travailler du lundi au vendredi à la Spring Valley Elementary School («SVE»). Le vendredi soir, le gymnase de la SVE était loué à un groupe communautaire et un gardien devait alors être présent pour des raisons de sécurité et en cas d'urgence. Selon l'horaire de travail de l'employeur, qui était inclus dans la convention collective, l'emploi à la SVE comportait un quart de soirée s'étendant de 15 h à 23 h, pendant lequel un seul gardien était de service. En raison de son appartenance à l'Église adventiste du septième jour, il était interdit à l'appelant de travailler pendant le sabbat de l'Église, soit du coucher du soleil le vendredi au coucher du soleil le samedi. L'appelant a rencontré un représentant du conseil scolaire afin de s'entendre au sujet de son incapacité de compléter le quart du vendredi. Le représentant du conseil scolaire s'est montré réceptif à la demande, mais il a indiqué que le conseil scolaire avait besoin du consentement du syndicat si une mesure d'accommodement comportait une exception à la convention collective. Un bon nombre des solutions examinées par le représentant et l'appelant comportaient une mutation à des postes

reluctant to accept a further alternative, that he work a four day week, as this would result in a substantial loss in pay. In spite of these possibilities and other alternatives that could perhaps have been implemented without the union's consent, the employer concluded that the only practical alternative was to create a Sunday to Thursday shift for the appellant which did require the consent of the union.

«de premier ordre» que l'appelant ne pouvait obtenir en raison de son ancienneté insuffisante. L'appelant hésitait à accepter une autre solution, soit la possibilité de travailler quatre jours par semaine, en raison de l'importante baisse de salaire que cela lui occasionnerait. En dépit de ces possibilités et d'autres solutions qui auraient peut-être pu être mises en œuvre sans le consentement du syndicat, l'employeur a conclu que la seule solution pratique était de créer, pour l'appelant, un quart s'étalant du dimanche au jeudi, qui nécessitait le consentement du syndicat.

The union had a meeting to discuss making an exception for the appellant but instead passed the following motion:

that the Kelowna sub-local of Local 523 demand that management of SD #23 rescind the proposal of placing any employee on a Sunday-Thursday shift. If, failing this agreement, a Policy Grievance be filed immediately to prevent the implementation of this proposal due to the severe violations of our Collective Agreement.

Le syndicat a tenu une réunion afin d'analyser la possibilité de faire exception pour l'appelant, mais il a plutôt adopté la proposition suivante:

<sup>d</sup> [TRADUCTION] la sous-section Kelowna de la section locale 523 requiert que la direction du SD #23 annule la proposition d'assigner un employé à un quart s'étalant du dimanche au jeudi. Si la présente entente n'est pas respectée, un grief de principe sera immédiatement déposé afin d'empêcher la mise en œuvre de cette proposition, en raison des graves violations de notre convention collective.

<sup>f</sup> The appellant was informed of the rejection of the proposed accommodation and the ongoing requirement to work on Friday nights. He was also informed of the intention of the school board to continue to seek a viable accommodation. After further unsuccessful attempts to accommodate, the school board eventually terminated the appellant's employment as a result of his refusal to complete his regular Friday night shift.

<sup>g</sup> L'appelant a été informé du rejet du compromis proposé et du maintien de l'exigence de travailler le vendredi soir. Il a également été informé de l'intention du conseil scolaire de continuer à chercher un compromis viable. Toutefois, à la suite de vaines tentatives de s'entendre avec l'appelant, le conseil scolaire l'a finalement congédié en raison de son refus de compléter son quart de nuit normal du vendredi.

<sup>i</sup> The appellant filed a complaint pursuant to s. 8 of the British Columbia *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22 (the Act), against the school board and pursuant to s. 9 against the union. The proceedings were subsequently amended by the member designate (appointed by the British Columbia Council of Human Rights to investigate the complaints) to include a claim against the union under s. 8 as well.

L'appelant a déposé une plainte conformément à l'art. 8 de la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique, S.B.C. 1984, ch. 22 (la Loi), contre le conseil scolaire et, conformément à l'art. 9, contre le syndicat. Les actes de procédure ont ultérieurement été modifiés par le membre désigné (nommé par le British Columbia Council of Human Rights pour examiner les plaintes) de manière à inclure une plainte contre le syndicat fondée sur l'art. 8 également.

Legislation

For convenience, the relevant legislation is reproduced below:

**8. (1)** No person or anyone acting on his behalf shall <sup>a</sup>

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

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

because of the . . . religion . . . of that person . . .

(4) Subsections (1) and (2) do not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational requirement.

**9. No trade union, employers' organization or occupational association shall**

(a) exclude any person from membership,

(b) expel or suspend any member, or

(c) discriminate against any person or member

because of the . . . religion . . . of that person or member . . .

Decision of the Member Designate

The member designate investigated the complaint and found in favour of the appellant. She began her reasons by reviewing the facts of the case, paying particular attention to the efforts of the school board to accommodate the appellant. The member designate then discussed the issue of amending the complaint. The complaint, as filed, was deficient and the member designate amended the complaint to encompass a s. 8, as well as the s. 9, complaint against the union to bring the complaint into conformity with the nature of the proceedings. She determined that no prejudice would be suffered by the union as a result of the amendment as the union had been represented throughout the proceedings and had fully taken part in the s. 8 complaint against the school board.

Les dispositions législatives

Pour des motifs de commodité, les dispositions législatives pertinentes sont reproduites ci-dessous:

[TRADUCTION] **8. (1)** Aucune personne, agissant pour son compte ou pour le compte d'autrui, ne doit

a) refuser d'employer ou de continuer à employer une personne, ni

b) faire preuve de discrimination envers une personne relativement à son emploi ou aux modalités de son emploi,

en raison de la . . . religion . . . de cette personne . . .

(4) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas à l'égard d'un refus, d'une restriction, d'une condition ou d'une préférence fondée sur une exigence professionnelle normale.

**9. Aucun syndicat ni aucune association patronale ou professionnelle ne doit**

a) empêcher une personne de devenir membre,

b) expulser ou suspendre un membre, ni

c) faire preuve de discrimination envers une personne ou un membre

en raison de la . . . religion . . . de cette personne ou de ce membre . . .

Décision du membre désigné

Après avoir examiné la plainte, le membre désigné a conclu en faveur de l'appelant. Dans ses motifs, elle a d'abord passé en revue les faits de l'affaire, prêtant une attention particulière aux efforts déployés par le conseil scolaire pour s'entendre avec l'appelant. Le membre désigné a ensuite étudié la question de la modification de la plainte. La plainte déposée était incomplète et le membre désigné l'a modifiée de manière à inclure une plainte contre le syndicat fondée sur l'art. 8 en plus de celle fondée sur l'art. 9, afin de la rendre conforme à la nature de l'instance. Elle a décidé que cette modification ne causerait aucun préjudice au syndicat puisque celui-ci avait été représenté tout au long des procédures et avait participé pleinement à la plainte fondée sur l'art. 8, portée contre le conseil scolaire.

The member designate then turned to the issue of *bona fide* occupational requirement ("BFOR"). Reviewing the case of *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke (Borough of)*, [1982] 1 S.C.R. 202, the adjudicator noted that the presence of a discriminatory provision in a collective agreement does not, in and of itself, make that provision *bona fide*. The member designate acknowledged, however, that once a BFOR was established, there was no duty to accommodate individual employees (citing *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561). As discussed in *O'Malley, supra*, however, if a BFOR is not established, there is a duty to accommodate to avoid adverse effect discrimination.

The member designate determined that the condition of employment that the appellant work on Friday nights amounted, *prima facie*, to adverse effect discrimination. As the collective agreement set those terms of employment, both the school board and the union were liable for that discrimination. The member designate concluded that it was a BFOR that a custodian be present in schools but it is not a BFOR that a custodian at the appellant's school work from 3:00 p.m. until 11:00 p.m. on Fridays. The preference of the union and school board that the school operate on this work schedule failed to satisfy the objective branch of the *Etobicoke* test as it was not related to the safety, efficiency, etc., of the job. Thus there was a duty on the union as well as on the school board to accommodate the appellant. She reached this conclusion on the basis that the duty to accommodate enunciated in *O'Malley* applied equally to a union and an employer.

Having found that the union was instrumental in bringing about the adverse effect discrimination, the member designate further found that the union was liable equally with the employer for the adverse effect discrimination. She further found

Le membre désigné a ensuite abordé la question de l'exigence professionnelle normale («EPN»). Après avoir examiné l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, l'arbitre a indiqué que l'existence d'une disposition discriminatoire dans une convention collective ne rend pas en soi cette disposition normale. Le membre désigné a toutefois reconnu que, dès que l'existence d'une EPN est établie, il n'existe aucune obligation de s'entendre avec des employés particuliers (citant à ce propos l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561). Toutefois, tel que mentionné dans l'arrêt *O'Malley*, précité, si on n'établit pas l'existence d'une EPN, il existe une obligation de s'entendre afin d'éviter qu'il y ait discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

Le membre désigné a décidé que la condition de travail obligeant l'appelant à travailler le vendredi soir constituait, à première vue, une discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Du fait que ces conditions de travail étaient énoncées dans la convention collective, le conseil scolaire et le syndicat étaient tous deux responsables de cette discrimination. Le membre désigné a conclu que la présence d'un gardien dans les écoles était une EPN, mais que ce n'est pas une EPN qu'un gardien à l'école de l'appelant travaille de 15 h à 23 h le vendredi. La préférence du syndicat et du conseil scolaire de voir fonctionner l'école selon cet horaire de travail ne respecte pas le volet objectif du critère de l'arrêt *Etobicoke* puisqu'elle n'est liée ni à la sécurité, ni à l'efficacité, etc., de l'emploi. Il était donc du devoir du syndicat et du conseil scolaire de s'entendre avec l'appelant. Elle a tiré cette conclusion en tenant pour acquis que l'obligation d'accommodement énoncée dans l'arrêt *O'Malley* s'appliquait également au syndicat et à l'employeur.

Après avoir conclu que le syndicat avait contribué à causer la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, le membre désigné a conclu qu'il était responsable, au même titre que l'employeur, de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

that neither had discharged its duty to accommodate the religious beliefs of the complainant.

Accordingly, she ordered that the respondents cease discriminating against the appellant, make available to the appellant the next available custodial position and that each respondent pay damages of \$6,250 for lost wages and \$1,000 for emotional distress.

#### Courts Below

The school board and the respondent union brought separate applications by way of *certiorari* to quash the member designate's decision for "errors of law on the face of the record". Dohm J. in the Supreme Court of British Columbia granted the applications and set aside the decision of the member designate. The decision was quashed on the ground that the member designate erred in failing to follow *Bhinder v. Canadian National Railway Co., supra*, in that once a BFOR was established there was no duty to accommodate. The appellant appealed this decision to the British Columbia Court of Appeal which dismissed his appeal. The Court of Appeal agreed with Dohm J. that the member designate erred in finding that there was a duty to accommodate. Applying *Bhinder*, the Court of Appeal held that once a BFOR was established, the individual application of the rules could not constitute discrimination under the Act. In view of this finding, the liability of the respondent union was not considered.

#### The Issues

Leave to appeal was limited to the following issues:

Whether regular attendance at work in accordance with a schedule established by an employer is a *bona fide* occupational requirement providing a complete defence to a complaint of discrimination on the basis of religious beliefs.

Elle a en outre conclu que ni l'un ni l'autre ne s'était acquitté de son obligation de composer avec les croyances religieuses du plaignant.

En conséquence, elle a ordonné aux intimés de cesser toute discrimination contre l'appelant, de lui offrir le prochain poste de gardien qui s'ouvrirait et, à chacun, de payer des dommages-intérêts de 6 250 \$ pour la perte de salaire subie et de 1 000 \$ pour le désarroi éprouvé.

#### Les tribunaux d'instance inférieure

Le conseil scolaire et le syndicat intimé ont présenté des requêtes distinctes par voie de *certiorari* visant à obtenir l'annulation de la décision du membre désigné pour cause d'[TRADUCTION] «erreurs de droit apparentes à la lecture du dossier». Le juge Dohm de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a accueilli les requêtes et annulé la décision du membre désigné pour le motif qu'elle avait commis une erreur en omettant de suivre l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, précité, selon lequel dès que l'existence d'une EPN est établie, il n'existe aucune obligation d'accordement. L'appelant en a appelé sans succès de cette décision devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Celle-ci a souscrit à l'opinion du juge Dohm selon lequel le membre désigné avait commis une erreur en concluant à l'existence d'une obligation d'accordement. Appliquant l'arrêt *Bhinder*, la Cour d'appel a conclu que dès que l'existence d'une EPN était établie, l'application des règles à un individu particulier ne pouvait constituer de la discrimination en vertu de la Loi. Compte tenu de cette conclusion, la responsabilité du syndicat intimé n'a pas été examinée.

#### Les questions en litige

L'autorisation de pourvoi a été limitée aux questions suivantes:

[TRADUCTION] La présence habituelle au travail conformément à l'horaire de travail établi par un employeur est-elle une exigence professionnelle normale qui offre une défense absolue contre une plainte de discrimination fondée sur les croyances religieuses?

Whether an employer or a labour union representing him is under any duty to effect a reasonable accommodation where, for reasons of religious belief, the employee is unable to work a particular shift.

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

... where a rule has an adverse discriminatory effect, the appropriate response is to uphold the rule in its general application and consider whether the employer could have accommodated the employee adversely affected without undue hardship.

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

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

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

L'employeur, ou le syndicat le représentant, est-il tenu d'offrir un compromis raisonnable à l'employé qui, en raison de ses croyances religieuses, ne peut travailler pendant un quart particulier?

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

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

<sup>c</sup> Dans mon jugement minoritaire, j'ai indiqué ceci à la p. 528:

<sup>d</sup> 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'existe aucun solution raisonnable qui ne lui aurait imposé des contraintes excessives.

<sup>e</sup> L'employeur intimé a admis devant notre Cour qu'en dépit de l'existence d'une EPN, l'employeur avait une obligation d'accommodelement.

By reason of the foregoing, only the issues relating to the second ground are before us for determination. In this regard, the respondents contended that the member designate erred in law in the following respects:

(1) in the definition of the nature and extent of the duty to accommodate;

(2) in the application of the definition of this duty:

(a) in holding that economic liability by reason of a threatened grievance could not constitute undue hardship;

(b) in holding that the effect on employee morale was not a relevant consideration with respect to undue hardship;

(c) in finding that the complainant had no duty to assist in the employer's attempts to accommodate;

(3) in finding that the respondent union had a duty to accommodate;

(4) in amending the complaint to include s. 8 of the Act.

#### Nature and Extent of the Duty to Accommodate

The duty resting on an employer to accommodate the religious beliefs and practices of employees extends to require an employer to take reasonable measures short of undue hardship. In *O'Malley*, McIntyre J. explained that the words "short of undue hardship" import a limitation on the employer's obligation so that measures that occasion undue interference with the employer's business or undue expense are not required.

The respondents submitted that we should adopt the definition of undue hardship articulated by the Supreme Court of the United States in *Trans World*

En raison de ce qui précède, nous ne sommes saisis que des questions reliées au deuxième motif. À cet égard, les intimés ont soutenu que le membre désigné avait commis une erreur de droit sous les rapports suivants:

(1) dans la définition de la nature et de l'étendue de l'obligation d'accommodement;

(2) dans l'application de la définition de cette obligation:

a) en concluant que la responsabilité économique découlant d'une menace de grief ne pouvait constituer une contrainte excessive;

b) en concluant que l'effet sur le moral de l'employé n'était pas un facteur pertinent en matière de contrainte excessive;

c) en concluant que le plaignant n'avait aucune obligation de prêter son concours aux tentatives de l'employeur de s'entendre avec lui;

(3) en concluant que le syndicat intimé avait une obligation d'accommodement;

(4) en modifiant la plainte pour y inclure l'art. 8 de la Loi.

#### La nature et l'étendue de l'obligation d'accommodement

L'obligation qui incombe à l'employeur de composer avec les croyances et pratiques religieuses des employés exige qu'il prenne des mesures raisonnables sans s'imposer de contrainte excessive. Dans l'arrêt *O'Malley*, le juge McIntyre a expliqué que les termes «à moins que cela ne cause une contrainte excessive» impliquent une restriction de l'obligation de l'employeur de sorte qu'il n'est pas nécessaire de prendre des mesures qui causent une ingérence indue dans les affaires de l'employeur ou qui occasionnent une dépense excessive.

Les intimés ont fait valoir que nous devrions adopter la définition de contrainte excessive formulée par la Cour suprême des États-Unis dans

*Airlines, Inc. v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977). In that case, the court stated at pp. 84-85:

To require TWA to bear more than a *de minimis* cost in order to give Hardison Saturdays off is an undue hardship . . . to require TWA to bear additional costs when no such costs are incurred to give other employees the days off that they want would involve unequal treatment of employees on the basis of their religion. By suggesting that TWA should incur certain costs in order to give Hardison Saturdays off . . . would in effect require TWA to finance an additional Saturday off and then to choose the employee who will enjoy it on the basis of his religious beliefs. While incurring extra costs to secure a replacement for Hardison might remove the necessity of compelling another employee to work involuntarily in Hardison's place, it would not change the fact that the privilege of having Saturdays off would be allocated according to religious beliefs. [Footnote omitted.]

This definition is in direct conflict with the explanation of undue hardship in *O'Malley*. This Court reviewed the American authorities in that case and referred specifically to *Hardison* but did not adopt the "de minimis" test which it propounded.

Furthermore there is good reason not to adopt the "de minimis" test in Canada. *Hardison* was argued on the basis of the establishment clause of the First Amendment of the U.S. Constitution and its prohibition against the establishment of religion. This aspect of the *Hardison* decision was thus decided within an entirely different legal context. The case law of this Court has approached the issue of accommodation in a more purposive manner, attempting to provide equal access to the workforce to people who would otherwise encounter serious barriers to entry. The approach of Canadian courts is thus quite different from the approach taken in U.S. cases such as *Hardison* and more recently *Ansonia Board of Education v. Philbrook*, 479 U.S. 60 (1986).

l'arrêt *Trans World Airlines, Inc. c. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977). Dans cet arrêt, la cour a dit aux pp. 84 et 85:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Exiger de TWA qu'elle assume plus qu'un coût minime (*de minimis*) afin de permettre à Hardison de ne pas travailler le samedi constitue une contrainte excessive [...] exiger de TWA qu'elle assume des coûts supplémentaires qu'elle n'a pas à assumer lorsqu'elle accorde à d'autres employés les congés qu'ils désirent impliquerait un traitement inégal des employés, fondé sur leur religion. Affirmer que TWA devrait engager certains frais pour permettre à Hardison de ne pas travailler le samedi [...] aurait, en réalité, pour effet d'obliger TWA à financer un congé supplémentaire le samedi et ensuite à choisir l'employé qui en bénéficierait en raison de ses croyances religieuses. Même si l'engagement de frais supplémentaires en vue de remplacer Hardison pourrait éliminer la nécessité de contraindre un autre employé à travailler volontairement à la place de Hardison, il resterait que le privilège du congé le samedi serait accordé en fonction des croyances religieuses. [Renvois omis.]

<sup>e</sup> Cette définition est directement opposée à l'explication que fournit l'arrêt *O'Malley* au sujet de la contrainte excessive. Notre Cour a examiné la jurisprudence américaine citée dans cet arrêt et a expressément mentionné l'arrêt *Hardison*, mais elle n'a pas adopté le critère «*de minimis*» qu'on y propose.

<sup>g</sup> En outre, il existe une bonne raison de ne pas adopter le critère «*de minimis*» au Canada. L'affaire *Hardison* a été plaidée en fonction de la clause d'établissement du Premier amendement de la Constitution américaine qui interdit l'établissement d'une religion. Cet aspect de l'arrêt *Hardison* a donc été tranché dans un contexte juridique complètement différent. La jurisprudence de notre Cour a abordé la question de l'accommodement d'une manière plus fondée sur l'objet visé et a tenté de fournir un accès égal au travail aux personnes qui, autrement, seraient aux prises avec de sérieuses difficultés. Le point de vue des tribunaux canadiens est donc tout à fait différent de l'approche adoptée dans les arrêts américains tels que *Hardison* et, plus récemment, *Ansonia Board of Education c. Philbrook*, 479 U.S. 60 (1986).

The *Hardison de minimis* test virtually removes the duty to accommodate and seems particularly inappropriate in the Canadian context. More than mere negligible effort is required to satisfy the duty to accommodate. The use of the term "undue" infers that some hardship is acceptable; it is only "undue" hardship that satisfies this test. The extent to which the discriminator must go to accommodate is limited by the words "reasonable" and "short of undue hardship". These are not independent criteria but are alternate ways of expressing the same concept. What constitutes reasonable measures is a question of fact and will vary with the circumstances of the case. Wilson J., in *Central Alberta Dairy Pool*, at p. 521, listed factors that could be relevant to an appraisal of what amount of hardship was undue as:

Le critère *de minimis* établi dans l'arrêt *Hardison* supprime à toutes fins pratiques l'obligation d'accommode et semble particulièrement inopportun dans le contexte canadien. Il faut plus que de simples efforts négligeables pour remplir l'obligation d'accommode. L'utilisation de l'adjectif «excessive» suppose qu'une certaine contrainte est acceptable; seule la contrainte «excessive» répond à ce critère. Les mesures que l'auteur de la discrimination doit prendre pour s'entendre avec le plaignant sont limitées par les expressions «raisonnables» et «sans s'imposer de contrainte excessive». Il s'agit là non pas de critères indépendants, mais de différentes façons d'exprimer le même concept. Ce qui constitue des mesures raisonnables est une question de fait qui variera selon les circonstances de l'affaire. Le juge Wilson, dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool* à la p. 521, a énuméré les facteurs qui pourraient être pertinents pour évaluer ce qui représente une contrainte excessive:

... 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.

Elle a ensuite expliqué à la p. 521 que «[c]ette 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».

La crainte de l'effet sur d'autres employés qui, dans l'arrêt *Hardison*, a incité le tribunal à adopter le critère *de minimis*, est un facteur à considérer pour déterminer si l'ingérence dans l'exploitation de l'entreprise de l'employeur serait excessive. Toutefois, il faut établir l'existence de plus qu'un inconvénient négligeable pour pouvoir contrecarrer le droit de l'employé à un accommodement. L'employeur doit démontrer que l'adoption de mesures d'accommode entraînera une atteinte réelle, non pas anodine mais importante, aux droits

... 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.

She went on to explain at p. 521 that "[t]his 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".

The concern for the impact on other employees which prompted the court in *Hardison* to adopt the *de minimis* test is a factor to be considered in determining whether the interference with the operation of the employer's business would be undue. However, more than minor inconvenience must be shown before the complainant's right to accommodation can be defeated. The employer must establish that actual interference with the rights of other employees, which is not trivial but substantial, will result from the adoption of the

accommodating measures. Minor interference or inconvenience is the price to be paid for religious freedom in a multicultural society.

The member designate did not err in the test that she applied and her decision must be upheld unless she erred in law in other respects as submitted by the respondents. I now turn to those alleged errors.

d'autres employés. L'atteinte ou l'inconvénient minimes sont le prix à payer pour la liberté de religion dans une société multiculturelle.

<sup>a</sup> Le membre désigné a appliqué le critère approprié et sa décision doit être maintenue à moins qu'elle n'ait commis une erreur de droit à d'autres égards, comme l'ont soumis les intimés. J'aborde maintenant ces préputées erreurs.

### The Threatened Grievance

The member designate refused to give effect to the submission that the economic impact of a grievance threatened by the respondent union constituted undue hardship. She was of the view that the collective agreement was subject to the *Human Rights Act* and the only economic consequence to the employer would have been the costs of defending the grievance.

The proposition relied on by the member designate is fully supported by the authorities. In *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, Lamer J. (as he then was) stated at p. 158:

Furthermore, as it [the *Human Rights Code*] is a public and fundamental law, no one, unless clearly authorized by law to do so, may contractually agree to suspend its operation and thereby put oneself beyond the reach of its protection.

In the *Etobicoke* case this principle was stated to apply to a collective agreement. At page 213, McIntyre J. stated:

While this submission is that the condition, being in a collective agreement, should be considered a *bona fide* occupational qualification and requirement, in my opinion to give it effect would be to permit the parties to contract out of the provisions of *The Ontario Human Rights Code*.

Although the Code contains no explicit restriction on such contracting out, it is nevertheless a public statute and it constitutes public policy in Ontario as appears from a reading of the Statute itself and as declared in the preamble. It is clear from the authorities, both in Canada and in England, that parties are not competent to contract themselves out of the provisions of such enact-

### La menace d'un grief

Le membre désigné a refusé de retenir l'argument selon lequel l'incidence économique de la menace d'un grief par le syndicat intimé constituait une contrainte excessive. Selon elle, la convention collective était assujettie à la *Human Rights Act* et, du point de vue économique, l'employeur n'aurait eu à assumer que les coûts d'une défense contre le grief.

La proposition invoquée par le membre désigné est pleinement appuyée par la jurisprudence. Dans l'arrêt *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dit à la p. 158:

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

Dans l'arrêt *Etobicoke*, on a dit que ce principe s'appliquait à une convention collective. À la p. 213, le juge McIntyre affirme:

Alors que cet argument porte que cette condition, stipulée dans une convention collective, doit être considérée comme une exigence professionnelle réelle, j'estime que ce serait permettre aux parties de renoncer par contrat aux dispositions de *The Ontario Human Rights Code* que de l'entériner.

Même s'il n'apporte aucune restriction formelle à une renonciation de ce genre, le Code est néanmoins une loi publique qui énonce une politique générale de l'Ontario, comme on le constate en lisant le texte législatif lui-même et son préambule. Il ressort clairement de la doctrine, tant canadienne qu'anglaise, que les parties n'ont pas la faculté de renoncer par contrat aux dispositions de

ments and that contracts having such effect are void, as contrary to public policy.

The respondent Board submits, however, that this principle does not apply in the case of adverse effect discrimination. The basis for this submission is that in the case of direct discrimination the offending provision is struck down but that in adverse effect discrimination it is upheld in its general application and the complainant is accommodated so that it does not affect him or her in a discriminatory fashion. I do not accept this submission. Adverse effect discrimination is prohibited by the *Human Rights Act* no less than direct discrimination. In both instances private arrangements, whether by contract or collective agreement, must give way to the requirements of the statute. In the case of direct discrimination which is not justified under the Act, the whole of the provision is invalid because its purpose as well as effect is to discriminate on a prohibited ground. Thus, in *Etobicoke*, a provision in the collective agreement, which required firefighters to retire at age 60, could not be applied because in all of its applications it discriminated by its very terms on the basis of age. This discriminatory effect could not be justified as a BFOR.

On the other hand a provision such as the one in this case is neutral on its face but operates in a discriminatory fashion against the appellant. The provision is valid in its general application. What the human rights legislation requires is that the appellant be accommodated by exempting him from its provisions to the extent that it no longer discriminates against him on the basis of his religion. To suggest that the provision must be applied to include the appellant within its terms is to allow the employer and the union to contract out of the requirements of the *Human Rights Act*. This they cannot do. This does not mean that the collective agreement cannot contain a formula for the accommodation of the religious beliefs of employees. An employer who avails himself of such a general provision must, however, establish that it complies

telles lois et que les contrats à cet effet sont nuls parce que contraires à l'ordre public.

Le conseil intimé soutient toutefois que ce principe ne s'applique pas dans le cas d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Il fonde cet argument sur le fait que, dans le cas d'une discrimination directe, la disposition fautive est déclarée inopérante, alors que, dans le cas d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, elle est maintenue dans son application générale et une entente est conclue avec le plaignant afin que la disposition n'établisse aucune discrimination à son égard. Je n'accepte pas cet argument. La discrimination par suite d'un effet préjudiciable est interdite en vertu de la *Human Rights Act* au même titre que la discrimination directe. Dans les deux cas, les ententes privées, que ce soit par contrat ou par convention collective, doivent céder devant les exigences de la Loi. Dans le cas d'une discrimination directe non justifiée en vertu de la Loi, l'ensemble de la disposition est nul parce qu'elle a pour objet et pour effet d'établir une distinction fondée sur un motif prohibé. Ainsi, dans l'arrêt *Etobicoke*, la disposition d'une convention collective qui obligeait les pompiers à prendre leur retraite à 60 ans n'était pas applicable parce que, dans toutes ses applications, elle établissait, de par son texte même, une distinction fondée sur l'âge. Cet effet discriminatoire ne pouvait se justifier à titre d'EPN.

En revanche, une disposition comme celle dont il est question en l'espèce est discriminatoire envers l'appelant, même si elle est neutre à première vue. La disposition est valide dans son application générale. La loi sur les droits de la personne exige que l'on compose avec l'appelant en le soustrayant à l'application de cette disposition de sorte qu'elle cesse d'établir à son égard une distinction fondée sur sa religion. Laisser entendre que la disposition doit être appliquée de manière à viser l'appelant revient à permettre à l'employeur et au syndicat de renoncer aux exigences de la *Human Rights Act*, ce qu'ils ne peuvent faire. Cela ne signifie pas que la convention collective ne peut contenir une formule permettant de respecter les croyances religieuses des employés. L'employeur qui se prévaut d'une telle disposition générale doit

with the duty to accommodate. See *Central Alberta Dairy Pool*, at p. 528.

While the provisions of a collective agreement cannot absolve the parties from the duty to accommodate, the effect of the agreement is relevant in assessing the degree of hardship occasioned by interference with the terms thereof. Substantial departure from the normal operation of the conditions and terms of employment in the collective agreement may constitute undue interference in the operation of the employer's business.

The member designate did not err in law in concluding that the collective agreement did not relieve the respondent employer of its duty to accommodate. She concluded that the sole impact of the threatened grievance which would have sought to enforce the collective agreement was the cost of defending it and that this did not constitute undue hardship. The only other alleged effect of the proposed accommodation was with respect to the effect on other employees and their reaction which the respondent Board feared would result from unilateral action on the part of the employer without union approval. It is, therefore, necessary to consider whether the member designate erred in law in respect of this factor.

#### Effect on Other Employees

The respondent Board submits that the member designate erred in stating that the employer's fear that unilateral action on the part of the employer might bring forth reprisals from other employees was not a justification for refusing to accommodate the appellant. This submission is based on the following statement in the evidence of Harvey Peatman, the secretary-treasurer of the respondent Board:

Q. What would have happened if the school district had moved unilaterally without union approval to accommodate him in some way in your view? What did you think would happen?

A. Well, possible riot by the members of the union but—No, more seriously, very definitely being faced

toutefois établir qu'elle respecte l'obligation d'accommode. Voir l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, à la p. 528.

a Bien que les dispositions d'une convention collective ne puissent dégager les parties de l'obligation d'accommode, l'effet de la convention est pertinent pour évaluer le degré de contrainte résultant de l'ingérence dans ses conditions. Une dérogation importante à l'effet normal des conditions d'emploi dans la convention collective peut constituer une ingérence excessive dans l'exploitation de l'entreprise de l'employeur.

c Le membre désigné n'a pas commis d'erreur de droit en concluant que la convention collective n'avait pas libéré l'employeur intimé de son obligation d'accommode. Elle a conclu que la menace d'un grief qui aurait visé à appliquer la convention collective n'aurait entraîné que le coût d'une défense contre ce grief, ce qui ne constituait pas une contrainte excessive. Le seul autre effet allégué de la mesure d'accommode proposée concernait l'effet sur les autres employés et la réaction, redoutée par le syndicat intimé, que provoquerait un geste unilatéral de l'employeur sans le consentement du syndicat. Il est donc nécessaire d'examiner si le membre désigné a commis une erreur de droit à l'égard de ce facteur.

#### L'effet sur les autres employés

g Le conseil intimé soutient que le membre désigné a commis une erreur en affirmant que la crainte, éprouvée par l'employeur, qu'un geste unilatéral de sa part provoque des représailles de la part des autres employés, ne justifiait pas son refus de s'entendre avec l'appelant. Cet argument est fondé sur l'extrait suivant du témoignage d'Harvey Peatman, secrétaire-trésorier du conseil intimé:

i [TRADUCTION] Q. À votre avis, que serait-il arrivé si l'arrondissement scolaire avait entrepris unilatéralement, sans le consentement du syndicat, de composer avec lui d'une façon quelconque? Que se serait-il produit, selon vous?

j R. Bien, il aurait pu y avoir une émeute chez les membres du syndicat, mais — Non, plus sérieuse-

with a grievance which really would have been undefendable.

This statement would justify the conclusion that the alleged fear of employee reprisal was not the real reason for the employer's decision not to create the special shift for the appellant. The real reason was the concern relating to the threatened grievance which was based on a mistake of law. I have explained above that there was no error of law on the part of the member designate in this regard. If this concern played any part in the decision of the employer, it did not constitute justification for the refusal to accommodate the appellant.

The reaction of employees may be a factor in deciding whether accommodating measures would constitute undue interference in the operation of the employer's business. In *Central Alberta Dairy Pool*, Wilson J. referred to employee morale as one of the factors to be taken into account. It is a factor that must be applied with caution. The objection of employees based on well-grounded concerns that their rights will be affected must be considered. On the other hand, objections based on attitudes inconsistent with human rights are an irrelevant consideration. I would include in this category objections based on the view that the integrity of a collective agreement is to be preserved irrespective of its discriminatory effect on an individual employee on religious grounds. The contrary view would effectively enable an employer to contract out of human rights legislation provided the employees were *ad idem* with their employer. It was in this context that Wilson J. referred to employee morale as a factor in determining what constitutes undue hardship.

There is no evidence in the record before the Court that the rights of other employees would likely have been affected by an accommodation of the appellant. The fact that the appellant would be assigned to a special shift may have required the adjustment of the schedule of some other employee but this might have been done with the

ment, on aurait certainement été aux prises avec un grief qui aurait vraiment été indéfendable.

Cette déclaration justifierait la conclusion que la crainte alléguée de représailles de la part des employés n'était pas le motif véritable de la décision de l'employeur de ne pas créer un quart particulier pour l'appelant. Le véritable motif était la crainte soulevée par la menace d'un grief, qui était fondée sur une erreur de droit. J'ai expliqué précédemment que le membre désigné n'avait commis aucune erreur de droit à cet égard. Si cette crainte a joué un rôle quelconque dans la décision de l'employeur, elle ne justifiait pas son refus de s'entendre avec l'appelant.

La réaction des employés peut jouer au moment de déterminer si des mesures d'accommodement constitueraient une ingérence excessive dans l'exploitation de l'entreprise de l'employeur. Dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, le juge Wilson a mentionné le moral des employés comme l'un des facteurs à prendre en considération. Ce facteur doit être appliqué avec prudence. Il faut tenir compte de l'opposition des employés qui résulte de craintes légitimes que leurs droits soient lésés. Par contre, les oppositions fondées sur des attitudes incompatibles avec les droits de la personne ne sont pas pertinentes. J'inclurais dans cette catégorie les oppositions fondées sur le point de vue selon lequel une convention collective doit demeurer intacte même si elle établit, à l'encontre d'un employé particulier, une distinction fondée sur la religion. L'opinion contraire permettrait effectivement à l'employeur de renoncer à l'application des lois sur les droits de la personne à la condition que les employés soient d'accord avec lui. C'est dans ce contexte que le juge Wilson a mentionné le moral des employés comme facteur permettant de déterminer ce qui constitue une contrainte excessive.

Le dossier soumis à la Cour ne révèle aucune preuve que les droits d'autres employés auraient vraisemblablement été lésés si on avait composé avec l'appelant. Son affectation à un quart particulier aurait peut-être entraîné un remaniement de l'horaire d'autres employés, mais il aurait pu être fait avec le consentement de l'employé ou des

consent of the employee or employees affected. The respondents apparently did not canvass this possibility. The union objected to the proposed accommodation on the basis that the integrity of the collective agreement would be compromised and not that any individual employee objected on the basis of interference with his or her right. In my opinion, the member designate came to the right conclusion with respect to this issue.

employés en question. Apparemment, les intimés n'ont pas étudié à fond cette possibilité. Le syndicat s'est opposé à la mesure d'accommodelement proposée pour le motif que l'intégrité de la convention collective serait compromise et non pas en raison de l'opposition d'un employé fondée sur une atteinte à son droit. À mon avis, le membre désigné a tiré la bonne conclusion à cet égard.

b

### Union's Duty to Accommodate

The duty to accommodate developed as a means of limiting the liability of an employer who was found to have discriminated by the *bona fide* adoption of a work rule without any intention to discriminate. It enabled the employer to justify adverse effect discrimination and thus avoid absolute liability for consequences that were not intended. Section 8 of the Act, like many other human rights codes, prohibits discrimination against a person with respect to employment or any term or condition of employment without differentiating between direct and adverse effect discrimination. Both are prohibited. Moreover, any person who discriminates is subject to the sanctions which the Act provides. By definition (s. 1) a union is a person. Accordingly, a union which causes or contributes to the discriminatory effect incurs liability. In order to avoid imposing absolute liability, a union must have the same right as an employer to justify the discrimination. In order to do so it must discharge its duty to accommodate.

### L'obligation d'accommodelement du syndicat

L'obligation d'accommodelement est devenue un moyen de limiter la responsabilité d'un employeur dont on a conclu qu'il a involontairement fait preuve de discrimination en adoptant de bonne foi une règle de travail. Elle a permis à l'employeur de justifier une discrimination par suite d'un effet préjudiciable et d'éviter ainsi une responsabilité absolue pour des conséquences non voulues. L'article 8 de la Loi, à l'instar de bien d'autres codes régissant les droits de la personne, interdit de faire preuve de discrimination envers une personne relativement à son emploi ou aux modalités de son emploi, sans établir de distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Les deux sont interdites. De plus, quiconque fait preuve de discrimination s'expose aux peines que la Loi prévoit. Par définition, le syndicat est une personne (art. 1). En conséquence, le syndicat qui est à l'origine de l'effet discriminatoire ou qui y contribue encourt une responsabilité. Pour éviter une responsabilité absolue, le syndicat doit posséder le même droit qu'un employeur de justifier la discrimination. Pour ce faire, il doit s'acquitter de son obligation d'accommodelement.

h

The respondent union does not contest that it had a duty to accommodate but asserts that the limitations on that duty were not properly applied by the member designate. It submits that the focus must be on interference with the rights of employees rather than on interference with the union's business. It further submits, and is supported in this regard by the Canadian Labour Congress (CLC), that a union cannot be required to adopt measures which conflict with the collective agreement until the employer has exhausted reasonable

Le syndicat intimé ne conteste pas qu'il avait une obligation d'accommodelement, mais il soutient que le membre désigné n'a pas bien appliqué les restrictions de cette obligation. Il soutient qu'il faut se concentrer sur l'atteinte aux droits des employés et non sur l'ingérence dans les affaires du syndicat. Il soutient également, et le Congrès du travail du Canada (CTC) l'appuie à cet égard, qu'on ne peut obliger un syndicat à adopter des mesures incompatibles avec la convention collective que si l'employeur a épousé tous les compromis raisonnables

j

accommodations that do not affect the collective rights of employees.

These submissions raise for determination the extent of a union's obligation to accommodate and how the discharge of that duty is to be reconciled and harmonized with the employer's duty. These are matters that have not been previously considered in this Court.

As I have previously observed, the duty to accommodate only arises if a union is party to discrimination. It may become a party in two ways.

First, it may cause or contribute to the discrimination in the first instance by participating in the formulation of the work rule that has the discriminatory effect on the complainant. This will generally be the case if the rule is a provision in the collective agreement. It has to be assumed that all provisions are formulated jointly by the parties and that they bear responsibility equally for their effect on employees. I do not find persuasive the submission that the negotiations be re-examined to determine which party pressed for a provision which turns out to be the cause of a discriminatory result. This is especially so when a party has insisted that the provision be enforced. In this respect, I am in agreement with the majority of the Ontario Divisional Court in *Office and Professional Employees International Union, Local 267 v. Domtar Inc.*, Ontario Divisional Court, March 19, 1992, unreported. That case dealt with a provision in a collective agreement which required the complainant to work one Saturday in six for four hours. This conflicted with her religious beliefs. The minority view expressed by Campbell J. was that the inclusion of the Saturday work schedule was merely a recognition by the union of the company's policy in this regard. The majority concluded, however, that the presence of the provision in the agreement was a barrier to the continued employment of the complainant, and the union, having aided in the creation of the barrier, was jointly liable to her.

qui n'affectent pas les droits collectifs des employés.

Ces arguments demandent qu'on détermine l'étendue de l'obligation d'accommodement du syndicat et la façon d'en concilier et d'en harmoniser l'exécution avec l'obligation de l'employeur. Ce sont là des questions qui n'ont jamais été étudiées par notre Cour.

Comme je l'ai déjà fait remarquer, l'obligation d'accommodement n'intervient que si un syndicat est partie à une discrimination. Il peut devenir partie de deux façons.

En premier lieu, il peut causer la discrimination ou y contribuer d'abord en participant à la formulation de la règle de travail qui a un effet discriminatoire sur le plaignant. Il en est généralement ainsi lorsque la règle est une disposition de la convention collective. Il faut présumer que toutes les dispositions sont formulées conjointement par les parties qui assument une responsabilité égale quant à leur effet sur les employés. Je n'estime pas convaincant l'argument selon lequel il faut réexaminer les négociations pour déterminer la partie qui a insisté sur une disposition qui a fini par entraîner un résultat discriminatoire. Cela est particulièrement vrai lorsqu'une partie a insisté pour que la disposition soit appliquée. À cet égard, je partage l'opinion majoritaire de la Cour divisionnaire de l'Ontario dans l'affaire *Office and Professional Employees International Union, Local 267 c. Domtar Inc.*, Cour divisionnaire de l'Ontario, 19 mars 1992, inédite. Cette affaire portait sur une disposition d'une convention collective qui exigeait que la plaignante travaille pendant quatre heures un samedi sur six, ce qui était contraire à ses croyances religieuses. Selon le juge Campbell, qui a exprimé l'opinion des juges formant la minorité, l'introduction de l'horaire de travail du samedi n'était qu'une simple reconnaissance par le syndicat de la politique de la compagnie à cet égard. La majorité a toutefois conclu que la présence de la disposition dans la convention faisait obstacle à la continuation de l'emploi de la plaignante et que, du fait qu'il avait aidé à la création de cet obstacle, le syndicat était conjointement responsable envers cette dernière.

Second, a union may be liable for failure to accommodate the religious beliefs of an employee notwithstanding that it did not participate in the formulation or application of a discriminatory rule or practice. This may occur if the union impedes the reasonable efforts of an employer to accommodate. In this situation it will be known that some condition of employment is operating in a manner that discriminates on religious grounds against an employee and the employer is seeking to remove or alleviate the discriminatory effect. If reasonable accommodation is only possible with the union's co-operation and the union blocks the employer's efforts to remove or alleviate the discriminatory effect, it becomes a party to the discrimination. In these circumstances, the union, while not initially a party to the discriminatory conduct and having no initial duty to accommodate, incurs a duty not to contribute to the continuation of discrimination. It cannot behave as if it were a bystander asserting that the employee's plight is strictly a matter for the employer to solve. I agree with the majority in *Office and Professional Employees International Union, Local 267* at p. 13 that "Discrimination in the work place is everybody's business".

The timing and manner in which the union's duty is to be discharged depends on whether its duty arises on the first or second basis as outlined above. I agree with the submissions of the respondent union and CLC that the focus of the duty differs from that of the employer in that the representative nature of a union must be considered. The primary concern with respect to the impact of accommodating measures is not, as in the case of the employer, the expense to or disruption of the business of the union but rather the effect on other employees. The duty to accommodate should not substitute discrimination against other employees for the discrimination suffered by the complainant. Any significant interference with the rights of others will ordinarily justify the union in refusing to consent to a measure which would have this

En deuxième lieu, un syndicat peut être responsable pour ne pas avoir composé avec les croyances religieuses d'un employé, même s'il n'a pas participé à la formulation ou à l'application d'une règle ou pratique discriminatoire. Cela peut se produire lorsque le syndicat gêne les efforts raisonnables que l'employeur déploie pour s'entendre avec l'employé. Dans ce cas, on sait qu'une certaine condition de travail a pour effet d'établir une discrimination fondée sur la religion contre un employé et que l'employeur cherche à en supprimer ou à en atténuer l'effet discriminatoire. Si une entente raisonnable n'est possible qu'avec la collaboration du syndicat et que celui-ci bloque les efforts de l'employeur pour supprimer ou atténuer l'effet discriminatoire, le syndicat devient partie à la discrimination. Dans ces circonstances, le syndicat, qui n'est pas initialement partie à la conduite discriminatoire et qui n'a, au départ, aucune obligation d'accommodement, est toutefois tenu de ne pas contribuer à la continuation de la discrimination. Il ne peut se comporter comme s'il était un spectateur et affirmer que la situation de l'employé est une question qu'il appartient strictement à l'employeur de régler. Je partage l'opinion de la majorité, dans la décision *Office and Professional Employees International Union, Local 267*, à la p. 13, selon laquelle [TRADUCTION] «La discrimination dans le milieu de travail est l'affaire de tout le monde».

Le moment et la façon dont le syndicat doit s'acquitter de son obligation dépendent de la question de savoir si l'obligation naît de la première ou de la deuxième façon exposée ci-dessus. Je suis d'accord avec les prétentions du syndicat intimé et du CTC que l'essence de l'obligation du syndicat diffère de celle de l'obligation de l'employeur du fait qu'il faut tenir compte de la nature représentative d'un syndicat. La principale crainte que soulèvent les conséquences de mesures d'accommodement concerne non pas, comme dans le cas de l'employeur, les coûts ou l'interruption qui peuvent en résulter pour l'entreprise du syndicat, mais plutôt l'effet sur d'autres employés. L'obligation d'accommodement ne devrait pas substituer la discrimination envers d'autres employés à la discrimination subie par le plaignant. Toute atteinte impor-

effect. Although the test of undue hardship applies to a union, it will often be met by a showing of prejudice to other employees if proposed accommodating measures are adopted. As I stated previously, this test is grounded on the reasonableness of the measures to remove discrimination which are taken or proposed. Given the importance of promoting religious freedom in the workplace, a lower standard cannot be defended.

tante aux droits d'autrui justifiera normalement le refus du syndicat de consentir à une mesure qui aurait cet effet. Quoique le critère de la contrainte excessive s'applique au syndicat, on y satisfera souvent en démontrant que l'adoption des mesures d'accordement proposées causera un préjudice à d'autres employés. Comme je l'ai mentionné précédemment, ce critère est fondé sur le caractère raisonnable des mesures prises ou proposées pour éliminer la discrimination. Étant donné l'importance de promouvoir la liberté de religion dans le milieu de travail, on ne saurait défendre une norme moins stricte.

While the general definition of the duty to accommodate is the same irrespective of which of the two ways it arises, the application of the duty will vary. A union which is liable as a co-discriminator with the employer shares a joint responsibility with the employer to seek to accommodate the employee. If nothing is done both are equally liable. Nevertheless, account must be taken of the fact that ordinarily the employer, who has charge of the workplace, will be in the better position to formulate accommodations. The employer, therefore, can be expected to initiate the process. The employer must take steps that are reasonable. If the proposed measure is one that is least expensive or disruptive to the employer but disruptive of the collective agreement or otherwise affects the rights of other employees, then this will usually result in a finding that the employer failed to take reasonable measures to accommodate and the union did not act unreasonably in refusing to consent. This assumes, of course, that other reasonable accommodating measures were available which either did not involve the collective agreement or were less disruptive of it. In such circumstances, the union may not be absolved of its duty if it failed to put forward alternative measures that were available which are less onerous from its point of view. I would not be prepared to say that in every instance the employer must exhaust all the avenues which do not involve the collective agreement before involving the union. A proposed measure may be the most sensible one notwithstanding that it requires a change to the agreement and others do not. This does not mean that the union's duty to

Bien que la définition générale de l'obligation d'accordement soit la même peu importe la façon dont elle naît, son application varie. Un syndicat responsable à titre de coauteur, avec l'employeur, d'une discrimination, est tenu, conjointement avec celui-ci, de chercher à s'entendre avec l'employé. Si rien n'est fait, ils sont tous deux également responsables. Néanmoins, il faut tenir compte du fait que normalement l'employeur, qui est en charge du lieu de travail, est mieux placé pour formuler des compromis. On peut donc s'attendre à ce qu'il amorce le processus. L'employeur doit prendre des mesures raisonnables. Si la mesure proposée est la moins dispendieuse ou la moins perturbatrice pour l'employeur, mais qu'elle vient perturber la convention collective ou affecter autrement les droits d'autres employés, on conclura généralement que l'employeur n'a pas pris de mesures raisonnables pour s'entendre et que le syndicat n'a pas agi déraisonnablement en refusant son consentement. Il va sans dire que cela présuppose qu'il était possible de prendre d'autres mesures d'accordement raisonnables qui ne mettaient pas en cause la convention collective ou qui la perturbaient moins. En pareilles circonstances, le syndicat ne peut être dégagé de son obligation s'il n'a pas proposé d'autres mesures possibles qui, d'après lui, sont moins onéreuses. Je ne serais pas disposé à dire que, dans tous les cas, l'employeur doit épouser toutes les voies qui ne mettent pas en cause la convention collective avant d'en appeler au syndicat. Il est possible qu'une mesure proposée soit la plus sensée même si, contrairement à d'autres, elle requiert une modifica-

accommodate does not arise until it is called on by the employer. When it is a co-discriminator with the employer, it shares the obligation to take reasonable steps to remove or alleviate the source of the discriminatory effect.

In the second type of situation in which the union is not initially a contributing cause of the discrimination but by failing to co-operate impedes a reasonable accommodation, the employer must canvass other methods of accommodation before the union can be expected to assist in finding or implementing a solution. The union's duty arises only when its involvement is required to make accommodation possible and no other reasonable alternative resolution of the matter has been found or could reasonably have been found.

The member designate did not, therefore, err in applying the *O'Malley* definition of the duty to accommodate to the respondent union. Moreover, she found that the union was involved in the conduct which resulted in adverse effect discrimination and that its duty to accommodate arose by reason of this fact. The respondent union, therefore, owed a duty to accommodate jointly with the employer. The proposal for accommodation presented to the union was found to be reasonable. While it was submitted that the member designate failed to consider the trespass on the rights of other employees, I am satisfied that the only possible effect was the adjustment to the schedule of one employee to work the Friday afternoon shift in place of the appellant. The respondent union conceded in argument that there is no evidence that employees were canvassed to ascertain whether someone would volunteer to switch with the appellant. If this occurred, no employees' rights would have been adversely affected. The onus of proof with respect to this issue was on the respondent union. I agree with the member designate that it was not discharged.

tion de la convention. Cela ne signifie pas que l'obligation d'accordement du syndicat ne naît qu'à compter du moment où l'employeur fait appel à lui. Lorsqu'il est coauteur d'une discrimination avec l'employeur, il partage l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour supprimer ou restreindre la source de l'effet discriminatoire.

Dans la deuxième situation où le syndicat ne contribue pas initialement à une discrimination, mais où, par son absence de collaboration, il empêche d'en arriver à un compromis raisonnable, l'employeur doit étudier à fond d'autres mesures d'accordement avant qu'on puisse s'attendre à ce que le syndicat aide à trouver ou à mettre en œuvre une solution. L'obligation du syndicat ne naît que lorsque sa participation est nécessaire pour rendre l'accordement possible et qu'aucune autre solution raisonnable n'a été trouvée ou n'aurait pu raisonnablement être trouvée.

Par conséquent, le membre désigné n'a pas commis d'erreur en appliquant au syndicat intimé la définition de l'obligation d'accordement énoncée dans l'arrêt *O'Malley*. En outre, elle a conclu que le syndicat avait participé à la conduite à l'origine d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, et que son obligation d'accordement découlait de ce fait. Le syndicat intimé partageait donc conjointement avec l'employeur une obligation d'accordement. On a jugé raisonnable la proposition d'accordement présentée au syndicat. Même si on a prétendu que le membre désigné n'avait pas tenu compte de la violation des droits d'autres employés, je suis convaincu que la seule conséquence possible était le remaniement de l'horaire d'un autre employé de manière à ce qu'il remplace l'appelant pendant le quart du vendredi après-midi. Le syndicat intimé a admis, dans sa plaidoirie, qu'il n'y a aucune preuve que des employés ont été sollicités afin de vérifier si l'un d'eux serait disposé à changer d'horaire avec l'appelant. Si cela avait été fait, aucun droit des employés n'aurait été lésé. Le fardeau de la preuve à cet égard incombe au syndicat intimé. Je suis d'accord avec le membre désigné pour dire qu'on ne s'est pas acquitté de ce fardeau.

Finally, in view of the fact that the duty to accommodate of the union was shared jointly with the employer, it was not incumbent on the member designate to determine whether all other reasonable accommodations had been explored by the employer before calling upon the union. Nevertheless, it appears to me that the member designate was of the view that the special shift proposal was not only reasonable but the most reasonable. This view is fully supported by the evidence. Accordingly, the decision of the member designate must be upheld unless the respondents are correct that there was an error in law on her part with respect to the complainant's duty to facilitate accommodation of his religious beliefs.

### Duty of Complainant

The search for accommodation is a multi-party inquiry. Along with the employer and the union, there is also a duty on the complainant to assist in securing an appropriate accommodation. The inclusion of the complainant in the search for accommodation was recognized by this Court in *O'Malley*. At page 555, McIntyre J. stated:

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.

To facilitate the search for an accommodation, the complainant must do his or her part as well. Concomitant with a search for reasonable accommodation is a duty to facilitate the search for such an accommodation. Thus in determining whether the duty of accommodation has been fulfilled the conduct of the complainant must be considered.

This does not mean that, in addition to bringing to the attention of the employer the facts relating to discrimination, the complainant has a duty to originate a solution. While the complainant may be in a position to make suggestions, the employer is in the best position to determine how the complainant can be accommodated without undue interference in the operation of the employer's business. When an employer has initiated a proposal that is reason-

Enfin, puisque le syndicat partageait conjointement avec l'employeur l'obligation d'accommodement, il n'incombait pas au membre désigné de déterminer si l'employeur avait étudié toutes les autres mesures d'accommodement raisonnables, avant de faire appel au syndicat. Il m'apparaît néanmoins que le membre désigné estimait que le projet de quart particulier était non seulement raisonnable, mais encore qu'il s'agissait de la solution la plus raisonnable. Cette opinion est entièrement appuyée par la preuve. En conséquence, la décision du membre désigné doit être maintenue à moins que les intimés aient raison de soutenir qu'elle a commis une erreur de droit en ce qui concerne l'obligation du plaignant de faciliter le respect de ses croyances religieuses.

### L'obligation du plaignant

La recherche d'un compromis fait intervenir plusieurs parties. Outre l'employeur et le syndicat, le plaignant a également l'obligation d'aider à en arriver à un compromis convenable. La participation du plaignant à la recherche d'un compromis a été reconnue par notre Cour dans l'arrêt *O'Malley*. Le juge McIntyre y affirme, à la p. 555:

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.

Pour faciliter la recherche d'un compromis, le plaignant doit lui aussi faire sa part. À la recherche d'un compromis raisonnable s'ajoute l'obligation de faciliter la recherche d'un tel compromis. Ainsi, pour déterminer si l'obligation d'accommodement a été remplie, il faut examiner la conduite du plaignant.

Cela ne signifie pas qu'en plus de porter à l'attention de l'employeur les faits relatifs à la discrimination, le plaignant est tenu de proposer une solution. Bien que le plaignant puisse être en mesure de faire des suggestions, l'employeur est celui qui est le mieux placé pour déterminer la façon dont il est possible de composer avec le plaignant sans s'ingérer indûment dans l'exploitation de son entreprise. Lorsque l'employeur fait une

able and would, if implemented, fulfil the duty to accommodate, the complainant has a duty to facilitate the implementation of the proposal. If failure to take reasonable steps on the part of the complainant causes the proposal to founder, the complaint will be dismissed. The other aspect of this duty is the obligation to accept reasonable accommodation. This is the aspect referred to by McIntyre J. in *O'Malley*. The complainant cannot expect a perfect solution. If a proposal that would be reasonable in all the circumstances is turned down, the employer's duty is discharged.

In my opinion the member designate did not err in this respect. The complainant did everything that was expected of him with respect to the proposal put forward by the employer. It failed because the union refused consent and the employer refused to proceed unilaterally. The appellant had no obligation to suggest other measures. Moreover, it is not suggested that the appellant turned down any reasonable proposal which was offered to him.

### Conclusion

In this appeal the discriminatory effects have resulted from certain workplace conditions. Both the employer and the union had an impact on setting these conditions and thus both are responsible for remedying any adverse effects caused by those conditions. The member designate found that neither party had discharged its duty to accommodate. These findings were not based on any error of law.

The member designate concluded that the employer was liable for its failure to accommodate. The employer's view that proceeding unilaterally with the Sunday to Thursday shift would result in a grievance may have been justified but it does not satisfy the employer's duty to accommodate. The position of the employer was based on a mistake of law. The union might have grieved but the grievance would have been dismissed. The mere fact that the employer might have been required to defend an ill-founded grievance cannot

proposition qui est raisonnable et qui, si elle était mise en œuvre, remplirait l'obligation d'accommode-<sup>a</sup>ment, le plaignant est tenu d'en faciliter la mise en œuvre. Si l'omission du plaignant de prendre des mesures raisonnables est à l'origine de l'échec de la proposition, la plainte sera rejetée. L'autre aspect de cette obligation est le devoir d'accepter une mesure d'accommode-<sup>b</sup>ment raisonnable. C'est cet aspect que le juge McIntyre a mentionné dans l'arrêt *O'Malley*. Le plaignant ne peut s'attendre à une solution parfaite. S'il y a rejet d'une proposition qui serait raisonnable compte tenu de toutes les circonstances, l'employeur s'est acquitté de son obligation.

À mon avis, le membre désigné n'a pas commis d'erreur à cet égard. Le plaignant a fait tout ce qu'on s'attendait qu'il fasse à l'égard de la proposition avancée par l'employeur. Celle-ci a échoué en raison du refus du syndicat de consentir et du refus de l'employeur d'agir unilatéralement. L'appelant n'était pas tenu de proposer d'autres mesures. De plus, rien ne laisse entendre que l'appelant a rejeté toute proposition raisonnable qui lui a été faite.

### Conclusion

En l'espèce, les effets discriminatoires ont résulté de certaines conditions de travail. L'employeur et le syndicat ont tous deux joué un rôle dans l'établissement de ces conditions et, par conséquent, ils sont tous deux tenus de remédier à leurs effets préjudiciables. Le membre désigné a conclu qu'aucune partie ne s'était acquittée de son obligation d'accommode-<sup>f</sup>ment. Ces conclusions ne se fondaient pas sur une erreur de droit.

Le membre désigné a conclu que l'employeur était responsable en raison de son défaut de s'entendre avec l'appelant. L'opinion de l'employeur, selon laquelle la création unilatérale d'un quart s'étalant du dimanche au jeudi provoquerait le dépôt d'un grief, était peut-être justifiée, mais elle ne satisfait pas à l'obligation d'accommode-<sup>i</sup>ment de l'employeur. La position de l'employeur était fondée sur une erreur de droit. Le syndicat aurait peut-être déposé un grief, mais celui-ci aurait été rejeté. Le simple fait que l'employeur risque

justify failure to accommodate. Fear of employee reprisals was not well grounded.

I agree with the member designate that in this case the union had an original duty to accommodate. By incorporating the work schedule in the collective agreement and insisting in adherence to it, the union contributed to the discrimination. Its conduct was a factor in the formation of the discriminatory rule and in its operation. The union also contributed to the continuation of the discrimination with its refusal to accept the employer-suggested accommodation which was not only reasonable but the most reasonable solution to the problem. It had a duty to co-operate with the employer in arriving at a reasonable solution to the problem which it failed to do.

The complainant appears to have done everything in his power to assist in arriving at an accommodation. He took part in many meetings and discussions with both the school board and the union and actively sought union approval of the proposed accommodation. The complainant fully discharged the duty resting on him.

#### Amendment of Complaint

The respondent union submitted that the member designate erred in amending the complaint to allege that the union was liable under s. 8 as well as s. 9 of the *Human Rights Act*. While not, strictly speaking, an issue upon which leave to appeal was granted, I am satisfied from the record before the Court that the case was presented to the member designate on this basis of liability and the amendment simply brought the complaint into conformity with the proceedings. I agree with the member designate that no prejudice to the union was occasioned by the amendment. I agree with the respondents, however, that the reasons are in error in stating that liability of the respondent union was found also under s. 9. This section has

d'avoir à se défendre contre un grief sans fondement ne saurait justifier l'omission de composer. La crainte de représailles de la part des employés n'était pas bien fondée.

<sup>a</sup> Je conviens avec le membre désigné que le syndicat avait, en l'espèce, une obligation initiale d'accordement. En insérant l'horaire de travail dans la convention collective et en insistant pour qu'il soit respecté, le syndicat a contribué à la discrimination. Sa conduite a joué un rôle dans l'établissement et l'application de la règle discriminatoire. Le syndicat a également contribué à perpétuer la discrimination en refusant la mesure d'accordement proposée par l'employeur, qui était non seulement raisonnable, mais encore la solution la plus raisonnable en l'espèce. Il avait l'obligation de collaborer avec l'employeur en vue d'obtenir un règlement raisonnable de la difficulté, ce qu'il a omis de faire.

<sup>b</sup> Le plaignant paraît avoir tout fait en son pouvoir pour qu'on en arrive à un compromis. Il a pris part à de nombreuses réunions et discussions avec le conseil scolaire et le syndicat en plus de solliciter activement le consentement du syndicat à la mesure d'accordement proposée. Il s'est complètement acquitté de l'obligation qui lui incombaît.

#### La modification de la plainte

<sup>c</sup> Le syndicat intimé a soutenu que le membre désigné avait commis une erreur en modifiant la plainte de manière à ce qu'on y allègue que le syndicat était responsable en vertu de l'art. 8 et de l'art. 9 de la *Human Rights Act*. Bien qu'à proprement parler il ne s'agisse pas d'une question relativement à laquelle l'autorisation de pourvoi a été accordée, je suis convaincu, compte tenu du dossier présenté à la Cour, que l'affaire a été soumise au membre désigné en fonction de cette responsabilité et que la modification a simplement rendu la plainte conforme aux procédures. Je suis d'accord avec le membre désigné pour dire que cette modification n'a causé aucun préjudice au syndicat. Toutefois, je conviens avec les intimés qu'elle a tort lorsqu'elle soutient que le syndicat intimé était également responsable en vertu de l'art. 9. Cet arti-

no application in the circumstances. This error did not affect the relief granted.

### Disposition

I would therefore allow the appeal, set aside the orders of Dohm J. and of the Court of Appeal, and restore the decision of the member designate, with costs to the appellant against the respondent board and union, both here and below.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Gaynor, Smith & Scott, Associates, Langley.*

*Solicitors for the respondent Board of School Trustees, School District No. 23 (Central Okanagan): Weddell, Horn & Company, Kelowna.*

*Solicitors for the respondent Canadian Union of Public Employees, Local 523: Baigent & Jackson, Enderby.*

*Solicitor for the respondent British Columbia Council of Human Rights: The Ministry of the Attorney General, Victoria.*

*Solicitor for the intervenor Ontario Human Rights Commission: The Ministry of the Attorney General, Toronto.*

*Solicitors for the intervenor Seventh-day Adventist Church in Canada: Karnik Doukmetzian and Milner Fenerty, Oshawa.*

*Solicitors for the intervenor Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitor for the intervenors Disabled People for Employment Equity and Persons United for Self Help in Ontario (P.U.S.H.) Ontario: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.*

cle ne s'applique aucunement en l'espèce. Cette erreur n'a pas influé sur la réparation accordée.

### Dispositif

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les ordonnances du juge Dohm et de la Cour d'appel et de rétablir la décision du membre désigné, ainsi que de condamner le conseil et le syndicat intimés au paiement des dépens de l'appellant dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelant: Gaynor, Smith & Scott, Associates, Langley.*

*Procureurs de l'intimé le Board of School Trustees, School District No. 23 (Central Okanagan): Weddell, Horn & Company, Kelowna.*

*Procureurs de l'intimé le Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 523: Baigent & Jackson, Enderby.*

*Procureur de l'intimé le British Columbia Council of Human Rights: Le ministère du Procureur général, Victoria.*

*Procureur de l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Église adventiste du septième jour au Canada: Karnik Doukmetzian et Milner Fenerty, Oshawa.*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureur des intervenants Disabled People for Employment Equity et Persons United for Self Help in Ontario (P.U.S.H.) Ontario: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.*