

T-1629-93

T-1629-93

Attorney General of Canada (*Applicant*)Procureur général du Canada (*requérant*)

v.

c.

Simon Thwaites and Canadian Human Rights Commission (*Respondents*)^a Simon Thwaites et Commission canadienne des droits de la personne (*intimés*)

and

et

Canadian Aids Society, Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped and Canadian Disability Rights Council (*Intervenors*)^b Société canadienne du sida, Coalition des organisations provinciales ombudsman des handicapés et Conseil canadien des droits des personnes handicapées (*intervenants*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. THWAITES (T.D.)

^c RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. THWAITES (1^{re} INST.)

Trial Division, Gibson J.—Halifax, February 2; Ottawa, March 25, 1994.

^d Section de première instance, juge Gibson—Halifax, 2 février; Ottawa, 25 mars 1994.

Human rights — CHRC upholding complaint of discrimination filed by respondent, HIV positive master seaman, against Canadian Armed Forces and granting substantial monetary award — Examination of “bona fide occupational requirement” — Distinction between “direct” and “adverse effect” discrimination — Reasonableness of award for past and future loss of income — Appropriateness of awarding interest on award for special compensation — Costs of counsel and actuarial services properly included in award of “expenses incurred” under Canadian Human Rights Act, s. 53(2)(c).

^e Droits de la personne — CCDP accueillant la plainte de discrimination portée par l'intimé, un matelot-chef VIH-positif, contre les Forces armées canadiennes, et lui accordant des dommages-intérêts substantiels — Examen de la notion d'« exigence professionnelle justifiée » — Distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte — Caractère raisonnable des dommages-intérêts accordés pour perte de revenus passée et future — Opportunité d'accorder des intérêts sur le montant accordé à titre d'indemnité spéciale — Les frais engagés pour les services de l'avocat et pour l'expertise actuarielle ont été correctement inclus dans les dommages-intérêts accordés au titre des « dépenses entraînées », prévues par l'art. 53(2)c) de la Loi canadienne des droits de la personne.

Armed forces — Master seaman testing positive for HIV — Security clearance downgraded after investigation as to homosexuality — CAF Career Medical Review Board, meeting without notice to seaman, ordering honourable discharge — Grievance denied by Chief of Defence Staff — Conceded that CAF discriminated by differentiating adversely on prohibited ground: disability — BFOR defence not established — No attempt at accommodation — Court upholding Tribunal decision awarding substantial damages.

^f Forces armées — Matelot-chef VIH-positif — Cote de sécurité déclassée à la suite d'une enquête sur l'homosexualité — ^g Conseil de révision médicale des carrières des FAC, réuni à l'insu de l'intimé, a ordonné que ce dernier soit libéré honorablement — Grief rejeté par le chef d'état-major de la défense — Admission quant à la discrimination exercée par les FAC, qui ont traité l'intimé défavorablement pour un motif de distinction illicite: sa déficience — La défense invoquant une EPJ ^h n'est pas fondée — On n'a fait aucune tentative d'accommodement — La Cour maintient la décision du tribunal d'accorder des dommages-intérêts substantiels.

Practice — Costs — Medical condition and financial difficulties of HIV positive respondent not “special reason” to award costs under R. 1618 in unsuccessful judicial review application against award of tribunal under Canadian Human Rights Act.

ⁱ Pratique — Frais et dépens — L'état de santé et la situation financière de l'intimé, qui est VIH-positif, ne constituent pas des « raisons spéciales » permettant d'accorder les frais en vertu de la Règle 1618, dans une instance où la demande de contrôle judiciaire présentée relativement aux dommages-intérêts accordés par le Tribunal des droits de la personne n'est pas accueillie.

The respondent Thwaites, a master seaman in the Canadian Armed Forces (CAF) classified and trained as a naval electronics sensor operator (virtually all postings associated with this

^j L'intimé, Simon Thwaites, matelot-chef des Forces armées canadiennes (FAC), qui exerçait le métier militaire d'opérateur de capteur de l'électronique navale (presque toutes les affecta-

trade were sea-going), filed a complaint against the CAF, alleging that it discriminated against him by terminating his employment and by restricting his duties and opportunities because of his disability, i.e. because he was "HIV positive". Thwaites' homosexuality became known to the CAF at about the same time as did his HIV positive status. A Human Rights Tribunal determined that the complaint had been established and awarded Thwaites \$147,015 for past and future loss of wages under subsection 53(2) of the Act; \$5,000 for special compensation under subsection 53(3) of the Act, plus interest thereon from the date of the complaint; reasonable costs of his counsel including the cost of actuarial services. This was an application for judicial review of that decision.

Direct discrimination having been conceded, the issues were (1) whether the Tribunal erred in applying legal principles governing determination of a "bona fide occupational requirement" (BFOR) pursuant to paragraph 15(a) of the *Canadian Human Rights Act*. (2) Whether the Tribunal erred in law in awarding excessive monetary relief to the respondent under the heads of past and future loss of income. (3) Whether the Tribunal erred in law in awarding interest on the maximum \$5,000 award for special compensation. (4) Whether the Tribunal erred in law in awarding the respondent reasonable costs of his counsel including the costs of actuarial services.

Held, the application should be dismissed.

The issues raised being questions of law, the Court had to review the Tribunal's decision on the basis of correctness, not a standard of reasonability.

(1) With respect to the issue of whether the Tribunal erred in its application of the legal principles governing the determination of a BFOR, the following findings were made.

(i) In the final analysis, the Tribunal effectively and correctly applied the "reasonably necessary" standard to the review of the BFOR here in issue and determined on the facts that the CAF had failed to establish the objective necessity of the alleged BFOR.

(ii) Although the Tribunal did use the word "substantial" with respect to the "risk of employee failure" in determining if that risk was sufficient to establish a BFOR, this did not constitute an error in defining the appropriate standard since, in the context, it meant nothing more than something greater than "slight or negligible".

(iii) Whether or not individual assessment was required as a matter of law to establish a BFOR, the CAF chose to defend its BFOR as being reasonably necessary by relying on its individual assessment of Thwaites. It was then incumbent on the Tribunal to examine that individual assessment as an element of

tions liées à ce métier étant des affectations en mer), métier pour lequel il avait reçu la formation, a porté plainte contre les FAC, alléguant qu'elles avaient commis contre lui des actes discriminatoires en mettant fin à son emploi et en restreignant ses fonctions et ses chances d'avancement pour le motif de sa déficience, nommément qu'il était «VIH-positif». Les FAC ont appris que l'intimé était homosexuel à peu près en même temps qu'elles ont appris qu'il était VIH-positif. Le Tribunal des droits de la personne a décidé que la plainte était fondée, et il a accordé à l'intimé 147 015 \$ pour perte de revenus passée et future en vertu du paragraphe 53(2) de la Loi; 5 000 \$ au titre de l'indemnité spéciale prévue par le paragraphe 53(3) de la Loi, plus les intérêts sur cette somme à compter de la date de la plainte; les frais d'avocats raisonnables, y compris le coût de l'expertise actuarielle. Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de cette décision.

Il a été généralement admis qu'il y avait eu discrimination directe, les questions en litige étant: (1) Le Tribunal a-t-il commis une erreur dans l'application des principes juridiques qui doivent servir à déterminer une «exigence professionnelle justifiée» (EPJ) aux termes de l'alinéa 15a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*? (2) Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en ce qu'il aurait accordé à l'intimé une réparation pécuniaire excessive aux chapitres de la perte de revenus future et de la perte de revenus passée? (3) Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en ce qu'il a accordé des intérêts sur l'indemnité spéciale maximale de 5 000 \$ qui a été accordée? (4) Le Tribunal a-t-il commis une erreur en ce qu'il a accordé à l'intimé les dépens raisonnables qu'il a assumés, dont les honoraires d'actuaire?

Jugement: la demande doit être rejetée.

Étant donné que les questions en litige étaient des questions de droit, la Cour devait examiner la décision du Tribunal du point de vue de sa justesse, et non en fonction de son caractère raisonnable.

(1) Sur la question de savoir si le Tribunal avait commis une erreur en appliquant les principes légaux gouvernant l'établissement d'une EPJ, la Cour est arrivée aux conclusions suivantes:

(i) En dernière analyse, le Tribunal a correctement appliqué la norme du «raisonnablement nécessaire» à l'examen de l'EPJ en question, et a déterminé, à partir des faits, que les FAC n'avaient pas réussi à établir la nécessité objective de leur EPJ.

(ii) Bien que le Tribunal ait utilisé le mot «important» relativement au «risque d'erreur humaine» pour déterminer si ce risque était suffisant pour fonder une EPJ, ceci ne constitue pas une erreur quant à la norme à appliquer, étant donné que, dans le contexte, le mot signifie simplement quelque chose qui est un peu plus grand que «faible ou négligeable».

(iii) Que l'évaluation individuelle soit ou non obligatoire en droit pour fonder une EPJ, les FAC ont choisi de démontrer que leur EPJ était raisonnablement nécessaire en s'appuyant sur l'évaluation individuelle qui avait été faite de l'intimé. Le Tribunal se devait donc d'examiner l'évaluation individuelle,

its examination of the "reasonably necessary" standard for the BFOR defence.

(iv) The Tribunal having correctly applied the "reasonably necessary" standard for a BFOR defence, it cannot be said that it erroneously equated the duty to accommodate that is related to adverse effect discrimination with the duty to demonstrate no reasonable alternatives for cases of direct discrimination.

(2) It was well established that the assessment of damages recoverable under human rights legislation is governed by the same rules as those applicable in tort law. The goal in both cases was to make the victim whole for the damage caused by the act that was the source of liability. The different concepts used to limit liability (foreseeability, remoteness, etc.) give effect to the simple idea that common sense requires that some limits be placed upon liability for the consequences flowing from an act. The Tribunal did not err in applying these principles to the assessment of compensation for the loss of past and future income in this case.

(3) The Tribunal did not err in awarding interest on the maximum \$5,000 award for special compensation pursuant to subsection 53(3) of the Act.

The evidence before the Tribunal indicated that Thwaites went bankrupt and borrowed from his parents and possibly others to maintain himself and pay for his treatment. It was therefore reasonable for the Tribunal to have assumed that he would have continued to incur interest expense from the time of the Tribunal's order until the awards were paid, thus incurring expense that would likely be only partially offset by the awards of interest provided. The award in question was therefore not made under subsection 53(3) and did not have the effect of increasing the award thereunder beyond what is authorized by law.

(4) The Tribunal did not err in law in awarding Thwaites reasonable costs of his counsel including the cost of actuarial services. There was no reason to restrict the ordinary meaning of the expression "expenses incurred" in paragraph 53(2)(c) of the Act to exclude those costs.

There was no order as to costs since Rule 1618 of the *Federal Court Rules* provides that no costs shall be payable in respect of an application for judicial review unless this Court, for special reasons, so orders. Thwaites' medical condition and financial difficulties did not constitute such "special reasons".

comme élément de son examen de la norme du «raisonnablement nécessaire» applicable à la défense d'EPJ.

(iv) Étant donné que le Tribunal a correctement appliqué la norme du «raisonnablement nécessaire» à la défense d'EPJ, on ne peut affirmer qu'il a fautivement considéré comme identiques l'obligation d'accommodement, qui doit être respectée dans les cas de discrimination indirecte, et l'obligation d'établir l'absence d'une autre solution raisonnable, qui doit être respectée dans les cas de discrimination directe.

(2) Il a été bien établi que l'évaluation des dommages-intérêts qui peuvent être accordés en vertu de la législation relative aux droits de la personne est gouvernée par les mêmes règles que celles qui s'appliquent à la responsabilité délictuelle. Le but visé est le même dans les deux cas: remettre la partie lésée dans la position où elle aurait été si le tort ne s'était pas produit. Les différents concepts utilisés pour limiter la responsabilité (prévisibilité raisonnable, caractère prévisible, etc.) concrétisent l'idée toute simple que le bon sens nécessite qu'une limite doive être imposée à la responsabilité de l'auteur du préjudice quant aux conséquences de son acte. En l'espèce, le Tribunal n'a pas commis d'erreur dans l'application qu'il a faite de ces principes à l'évaluation de la perte de revenus passée et future.

(3) Le Tribunal n'a pas commis d'erreur en accordant des intérêts sur l'indemnité spéciale maximale de 5 000 \$ qui a été accordée en vertu du paragraphe 53(3) de la Loi.

La preuve présentée au Tribunal montre que l'intimé a fait faillite et qu'il a emprunté de l'argent à ses parents, et peut-être à d'autres, pour subvenir à ses besoins et payer ses traitements. Le Tribunal a valablement supposé que l'intimé aurait continué d'assumer des dépenses d'intérêts pendant la période allant du prononcé de l'ordonnance du Tribunal au moment où les sommes allouées lui seraient payées, intérêts qui ne seraient vraisemblablement que partiellement compensés par les intérêts accordés. Par conséquent, l'allocation des intérêts en question n'a pas été accordée en vertu du paragraphe 53(3) et n'a pas eu pour effet d'accroître le montant accordé en vertu de ce paragraphe au-delà de ce qui y est prescrit.

(4) Le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit en accordant à M. Thwaites les dépens raisonnables qu'il a assumés, y compris les honoraires d'actuaire. Il n'y avait aucune raison de restreindre le sens ordinaire des termes «dépenses entraînées» de l'alinéa 53(2)c) de la Loi, de manière à exclure ces frais.

Aucune ordonnance n'a été rendue relativement aux dépens, étant donné que la Règle 1618 des *Règles de la Cour fédérale* stipule qu'il n'y aura pas de frais à l'occasion d'une demande de contrôle judiciaire, à moins que la Cour n'en ordonne autrement pour des raisons spéciales. L'état de santé et la situation financière de l'intimé ne constituaient pas des raisons spéciales.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15. a

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7, 15(a), 53(2),(3).

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1618 (as enacted by SOR/92-43, s. 19). b

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Cluff v. Canada (Department of Agriculture), [1994] 2 F.C. 176 (T.D.); *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 149 N.R. 1; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 8 C.H.R.R. D/4326; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Canada (Attorney General) v. Morgan*, [1992] 2 F.C. 401; (1991), 85 D.L.R. (4th) 473; 92 CLLC 17,002; 135 N.R. 27 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. McAlpine*, [1989] 3 F.C. 530; (1989), 99 N.R. 221 (C.A.). c d e

REFERRED TO:

Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al., [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241. f

APPLICATION FOR JUDICIAL REVIEW of a decision of a Human Rights Tribunal (*Thwaites v. Canada (Canadian Armed Forces)*, [1993] C.H.R.D. No. 9 (QL)) whereby the Tribunal determined that a complaint by the respondent against the CAF had been established and awarded the respondent \$147,015 for past and future loss of wages; \$5,000 for special compensation, plus interest thereon from the date of the complaint; reasonable costs of his counsel including the cost of actuarial services. Application dismissed. h

COUNSEL:

Bruce S. Russel and *Brian Evernden* for applicant.

William F. Pentney and *Peter C. Engelmann* for respondent C.H.R.C. j

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, no 44], art. 15.

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 15a), 53(2),(3).

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1618 (édicte par DORS/92-43, art. 19).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Cluff c. Canada (Ministère de l'Agriculture), [1994] 2 C.F. 176 (1^{re} inst.); *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 149 N.R. 1; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 8 C.H.R.R. D/4326; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Canada (Procureur général) c. Morgan*, [1992] 2 C.F. 401; (1991), 85 D.L.R. (4th) 473; 92 CLLC 17,002; 135 N.R. 27 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. McAlpine*, [1989] 3 C.F. 530; (1989), 99 N.R. 221 (C.A.).

DÉCISION CITÉE:

Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres, [1985] 2 R.C.S. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241.

DEMANDE DE CONTRÔLE JUDICIAIRE d'une décision rendue par le Tribunal des droits de la personne (*Thwaites c. Canada (Forces armées canadiennes)*, [1993] D.C.D.P. n° 9 (QL)), qui a statué que la plainte portée par l'intimé contre les FAC était fondée. Le Tribunal a accordé à l'intimé 147 015 \$ à titre de compensation pour la perte de revenus passée et future; 5 000 \$ comme indemnité spéciale, plus les intérêts sur cette somme à compter de la date de la plainte; les frais raisonnablement engagés pour les services de son avocat, dont les frais d'actuaire. La demande est rejetée. i

AVOCATS:

Bruce S. Russel et *Brian Evernden* pour le requérant.

William F. Pentney et *Peter C. Engelmann* pour la C.C.D.P., intimée.

B. Lynn Reierson for respondent Simon Thwaites.

Anne M. Molloy and *Gerardus Y. W. Heddema* for intervenors.

B. Lynn Reierson pour Simon Thwaites, intimé.

Anne M. Molloy et *Gerardus Y. W. Heddema* pour les intervenants.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

Caroline, Engelmann, Gottheil & Lynk, Ottawa, for respondent C.H.R.C.

Reierson & Associates, Halifax, for respondent Simon Thwaites.

Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto, for intervenors.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.

Caroline, Engelmann, Gottheil & Lynk, Ottawa, pour la C.C.D.P., intimée.

Reierson & Associates, Halifax, pour Simon Thwaites, intimé.

Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto, pour les intervenants.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

GIBSON J.:

LE JUGE GIBSON:

NATURE OF APPLICATION AND RELIEF SOUGHT

NATURE DE LA DEMANDE ET RÉPARATION RECHERCHÉE

This is an application for judicial review pursuant to section 18.1 of the *Federal Court Act*¹ of a decision of a Human Rights Tribunal [[1993] C.H.R.D. No. 9 (QL)] (the "Tribunal") whereby the Tribunal determined that a complaint by the respondent Simon Thwaites (Thwaites) against the Canadian Armed Forces (the "CAF") had been established and ordered the CAF to pay to Thwaites:

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*¹ et portant sur la décision qu'a rendue le Tribunal des droits de la personne [[1993] D.C.D.P. n° 9 (QL)] (le «Tribunal»), qui a statué que la plainte portée par l'intimé Simon Thwaites contre les Forces armées canadiennes (les «FAC») était fondée, et qui a ordonné aux FAC:

i) \$147,015 for past and future loss of wages under subsection 53(2) of the *Canadian Human Rights Act*² plus interest thereon from and after June 1992;

i) de verser à M. Thwaites, en vertu du paragraphe 53(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*², la somme de 147 015 \$ pour la perte de revenus passée et future, avec intérêts à compter du mois de juin 1992;

ii) \$5,000 for special compensation under subsection 53(3) of the *Canadian Human Rights Act* plus interest thereon from and after the date of the complaint; and

ii) de verser à M. Thwaites la somme de 5 000 \$ au titre de l'indemnité spéciale prévue au paragraphe 53(3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, avec intérêts à compter de la date de la plainte;

iii) reasonable costs of his counsel including the cost of actuarial services.

iii) de défrayer M. Thwaites du montant des dépens raisonnables qu'il a assumés, y compris les honoraires d'actuaire.

¹ R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

² R.S.C., 1985, c. H-6.

¹ L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicé par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

² L.R.C. (1985), ch. H-6.

Thwaites' complaint against the CAF alleges that the CAF discriminated against him by terminating his employment, and by differentiating adversely in relation to him in the course of his employment, by restricting his duties and opportunities, because of his disability, contrary to section 7 of the *Canadian Human Rights Act*.³ His disability was acknowledged to be that he was, at all times relevant to the complaint, infected with human immunodeficiency virus, that is to say, he was "HIV positive".

The decision of the Tribunal was rendered the 7th day of June, 1993.

The relief requested is an order quashing or setting aside the decision.

THE FACTS

Thwaites enlisted in the CAF in 1980 and continued in the employ of the CAF until his honourable discharge in November, 1989. By the spring of 1986, he had progressed in the ordinary way to the rank of master seaman (acting/lacking). At that time, once again apparently in the ordinary way, he was offered and accepted an extended term of service to the year 2002. Thwaites remained at the rank of master seaman at the time of his discharge.

Thwaites was classified and trained in the military trade of naval electronics sensor operator, which was known as a "hard sea trade" because virtually all postings associated with the trade were sea-going, that is to say, aboard naval vessels (typically destroyers) rather than shore postings.

³ S. 7 of the *Canadian Human Rights Act* reads as follows:

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

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

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

on a prohibited ground of discrimination.

M. Thwaites, dans la plainte qu'il a portée contre les FAC, allègue que les FAC ont posé contre lui des actes discriminatoires en ce qu'elles ont mis fin à son emploi et en ce qu'elles l'ont défavorisé en cours d'emploi en restreignant ses fonctions et ses chances d'avancement pour le motif de sa déficience, en contravention de l'article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*³. Il a été reconnu que la déficience de M. Thwaites était, en autant que la plainte est concernée, une infection par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH), en d'autres termes, qu'il était «VIH-positif».

Le Tribunal a rendu sa décision le 7 juin 1993.

La réparation recherchée est une ordonnance annulant cette décision.

LES FAITS

M. Thwaites s'est enrôlé dans les FAC en 1980 et a travaillé pour les FAC jusqu'au moment de sa libération honorable, en novembre 1989. Au printemps 1986, par une progression de carrière normale, il avait atteint le grade de matelot-chef intérimaire, qualification insuffisante. Toujours dans le cours normal des choses, et à la même époque, on lui a offert de prolonger son emploi jusqu'en l'an 2002, ce qu'il a accepté. Il avait encore le grade de matelot-chef au moment de sa libération.

M. Thwaites exerçait le métier militaire d'opérateur de capteur de l'électronique navale, pour lequel il avait reçu la formation. Ce métier faisait partie des «métiers propres à la marine» en ce que presque toutes les affectations étaient des affectations en mer, c'est-à-dire, à bord de navires de guerre (pour la plupart des destroyers), plutôt qu'à terre.

³ L'art. 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est rédigé de la façon suivante:

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

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

b) de le défavoriser en cours d'emploi.

Prior to 1986, Thwaites on one occasion applied for remuster to another military trade and on another occasion applied to be released from the CAF. Neither of these applications was pursued to fruition.

By letter dated the 8th day of January, 1986, the Canadian Red Cross advised Thwaites that an individual who had received a transfusion of blood that included blood donated by Thwaites in 1985 had reacted negatively. Thwaites was requested to undergo blood testing. He complied with the request. By letter dated the 26th day of March, 1986, the Red Cross advised the CAF, with Thwaites' consent, that Thwaites had tested positive for HIV infection. Subsequent testing by the CAF confirmed this. Upon confirmation, the CAF forthwith referred Thwaites to Dr. Walter Schlech of Halifax who was a leading medical specialist in communicable diseases in the Atlantic region. Thwaites' military career, trade and duties were not immediately affected.

About the same time, another member of the CAF cited Thwaites to the CAF as being homosexual. As a result, an investigation was conducted and his security clearance was downgraded below the minimum required for his trade while on-board ship. In October, 1986, he was assigned temporary shore duties of a relatively menial nature. In early 1987, Thwaites' commanding officer and others recommended his release from the CAF by reason of his sexual orientation. The recommendation was not proceeded with.

Commenting on this aspect of Thwaites' difficulties with the CAF, the Tribunal had the following to say:

The evidence given by Thwaites and the CAF witnesses who testified in relation to these channels of investigation was, to say the least, confusing. The Tribunal concludes, however, that there is no doubt of two facts. First, Thwaites had every right to doubt that the reason for his recommended release was his HIV positive status and to question what knowledge of his homosexuality was being shared with those individuals who were to make the decision respecting his medical release. Secondly, all members of the CMRB who sat on August 4, 1988, had received in advance of their meeting in Ottawa, copies of

Avant 1986, M. Thwaites a demandé, à un moment donné, d'être muté à un autre métier militaire et, à un autre moment, il a demandé d'être libéré des FAC. Ni l'une ni l'autre de ces demandes n'ont été menées à terme.

Par la lettre qu'elle lui a fait parvenir le 8 janvier 1986, la Croix-Rouge canadienne a informé M. Thwaites qu'une personne qui avait reçu une transfusion dont le sang provenait en partie de celui donné par M. Thwaites en 1985 avait présenté une réaction négative. On demandait aussi à M. Thwaites de subir un examen du sang, demande à laquelle il a consenti. Par sa lettre du 26 mars 1986, avec le consentement de M. Thwaites, la Croix-Rouge informait les FAC que M. Thwaites était VIH-positif. Les tests effectués subséquemment par les FAC ont confirmé ce résultat. Les FAC ont dès lors renvoyé M. Thwaites au Dr Walter Schlech, à Halifax. Le Dr Schlech était, dans la région de l'Atlantique, l'un des meilleurs médecins spécialistes des maladies contagieuses. Il n'y a pas eu d'effet immédiat sur la carrière, le métier et les fonctions de M. Thwaites.

À peu près à la même période, un autre membre des FAC avait dénoncé M. Thwaites comme homosexuel. Par suite de cette dénonciation, une enquête a été effectuée et la cote de sécurité de M. Thwaites a été déclassée en deçà du minimum requis par son métier lors d'une affectation à bord d'un navire. En octobre 1986, on lui a temporairement confié, à terre, un poste passablement inférieur à son grade. Au début de 1987, certaines personnes, entre autres le commandant de M. Thwaites, ont recommandé sa libération des FAC pour le motif de son orientation sexuelle. Cette recommandation n'a pas été mise à exécution.

Le Tribunal a fait le commentaire suivant concernant cet aspect des difficultés qu'éprouvait M. Thwaites dans les FAC:

Les témoignages de M. Thwaites et des témoins des FAC, au sujet de ces mécanismes d'enquête, sont, c'est le moins qu'on puisse dire, déroutants. Le tribunal conclut, toutefois, que deux faits sont certains. Premièrement, M. Thwaites avait tout lieu de douter que la recommandation de sa libération ait été fondée sur le fait qu'il était VIH-positif et de se demander ce que savaient de son homosexualité les personnes qui devaient prendre une décision sur sa libération pour cause de santé. Deuxièmement, tous les membres du CRMC qui étaient présents le 4 août 1988 avaient reçu avant leur réunion à Ottawa des copies

background material which candidly discussed the earlier attempt to release Thwaites on grounds of homosexuality.⁴

Thwaites attended Dr. Schlech's clinic for specialist consultation on his HIV condition on a periodic basis. Also on a periodic basis, with Thwaites' concurrence, CAF medical authorities were kept advised of his condition as determined as a result of those consultations. In late October, 1987, Dr. Lynn Johnston, a communicable disease specialist and colleague of Dr. Schlech, advised CAF medical authorities by letter that she had discussed with Thwaites the possibility of his commencing treatment with a drug (AZT) which had then just entered use in Canada, on an experimental basis, with HIV positive patients. In November of the same year, Dr. Schlech wrote again to CAF medical authorities indicating Thwaites had been developing some constitutional symptoms which qualified Thwaites for the experimental AZT treatment program. Apparently without further consultation with Dr. Schlech and his colleagues, CAF medical authorities interpreted these letters and other letters of November, 1987 and January, 1988, as indicating that Thwaites had moved from an "asymptomatic" stage of HIV infection to a "symptomatic" stage. Evidence before the Tribunal indicated that the letters may have overstated Thwaites' condition in order to qualify him for the AZT treatment program. In any event, he commenced the program in January, 1988.

The AZT program required regular clinical follow-up. There was some difference of opinion as to whether the basic minimum clinical follow-up could effectively be performed aboard CAF ships, specifically destroyers and supply ships with which destroyers would rendez-vous on a regular basis while at sea. Following clinical follow-up visits, reports were made by Dr. Schlech and his colleagues to CAF medical authorities.

⁴ Applicant's application record, at p. 27. The reference to the "CMRB" is to the Career Medical Review Board about which more will be said later.

des documents qui examinaient candidement la tentative antérieure de libérer M. Thwaites pour cause d'homosexualité⁴.

M. Thwaites s'est présenté régulièrement à la clinique du Dr Schlech pour y subir des examens spécialisés relativement à son état de VIH-positif. Avec le consentement de M. Thwaites, les autorités médicales des FAC étaient tenues régulièrement au courant de son état de santé, tel que déterminé par ces examens. À la fin d'octobre 1987, le Dr Lynn Johnston, spécialiste des maladies contagieuses et collègue du Dr Schlech, a informé par lettre les autorités médicales des FAC qu'elle avait discuté avec M. Thwaites de la possibilité d'entreprendre un traitement avec le médicament AZT, dont l'usage expérimental auprès des patients VIH-positifs venait juste d'être autorisé au Canada. En novembre de la même année, le Dr Schlech a de nouveau écrit aux autorités médicales des FAC, pour les informer que M. Thwaites avait développé certains symptômes de maladie constituée, ce qui lui permettrait de participer au programme expérimental de traitement à l'AZT. Sans autres consultations, semble-t-il, auprès du Dr Schlech et de ses collègues, les autorités médicales des FAC ont interprété ces lettres, et celles de novembre 1987 et de janvier 1988, comme indiquant que M. Thwaites était passé d'un stade «asymptomatique» de l'infection à VIH à un stade «symptomatique». La preuve qui a été présentée au Tribunal a indiqué que les lettres ont pu décrire l'état de santé de M. Thwaites dans des termes exagérés afin de lui permettre d'entreprendre le programme de traitement à l'AZT. Quoi qu'il en soit, M. Thwaites a commencé le traitement en janvier 1988.

Le traitement à l'AZT nécessitait que des examens cliniques de suivi soit effectués régulièrement. Les opinions n'étaient pas unanimes quant à la capacité minimale de procéder à ces examens à bord des navires des FAC, notamment les destroyers et les navires de ravitaillement que les destroyers rejoignent régulièrement lors d'opérations navales. À la suite des examens cliniques de suivi, le Dr Schlech et ses collègues ont fait des rapports aux autorités médicales des FAC.

⁴ Dossier de la demande du requérant, p. 27. «CRMC» signifie «Conseil de révision médicale des carrières». Il en sera davantage question plus loin.

On the 14th day of March, 1988, Thwaites underwent a full medical examination under the supervision of a CAF medical officer. He was advised that the examination was for the purpose of a Career Medical Review Board review and that the review would probably result in his release from the CAF on medical grounds

Later in March, 1988 the CAF medical officer who supervised Thwaites' medical examination and two other CAF doctors of ascending authority recommended that Thwaites' need for specialist medical services rendered him unfit for CAF service at sea or in postings lacking ready access to significant medical facilities. These recommendations were apparently made without consultation with the civilian attending medical specialists other than through review of the regular reporting letters.

The regulatory structure under which these recommendations were made was in evolution at the time in question. Interim guidelines published on November 8, 1985, and still in effect in March and April, 1988, provided for individualized assessment of HIV positive members of the CAF. A draft replacement directive was issued for discussion purposes on February 2, 1988. It proposed a more arbitrary categorization of HIV infected members. During consultation, the draft was criticized and an even more arbitrary categorization was recommended. In the result, the medical directive issued on May 9, 1988 to replace the interim guidelines provided that members who had clinically expressed HIV symptoms requiring fairly frequent medical follow-up of a specialist should be categorized as medically unfit for retention in the CAF. This was the impact of the recommendations made by the three medical officers in respect of Thwaites. At the same time, Thwaites' rating in respect of his ability to perform tasks involving physical and mental activity and stress remained constant. The CAF appeared to recognize that he was healthy in appearance and able to work and maintain a normal daily schedule and to deal with the more severe and prolonged stressful demands when at sea.

Le 14 mars 1988, M. Thwaites a subi un examen médical complet sous la supervision d'un médecin militaire des FAC. M. Thwaites a été informé que cet examen médical était effectué aux fins du Conseil de révision médicale des carrières et que le Conseil conclurait probablement à sa libération des FAC pour des raisons médicales.

En mars 1988 toujours, le médecin militaire qui avait supervisé l'examen médical de M. Thwaites et deux autres médecins militaires de plus haut grade ont observé que le besoin qu'avait M. Thwaites de services médicaux spécialisés le rendait inapte au service en mer ou aux affectations où l'accès à des installations médicales suffisantes ne serait pas immédiatement possible. Ces observations ont apparemment été faites sans que les spécialistes médicaux civils aient été consultés, hormis l'étude de leurs rapports médicaux réguliers.

Le cadre décisionnel en vertu duquel ces observations ont été faites était en transformation à l'époque en cause. Les lignes directrices publiées le 8 novembre 1985, et qui étaient toujours en vigueur en mars et en avril 1988, prévoyaient l'évaluation individualisée des militaires infectés par le VIH. Une ébauche de nouvelle directive a été diffusée aux fins de consultation le 2 février 1988. Elle proposait une catégorisation plus arbitraire des militaires infectés. Au cours de la consultation, cette ébauche a été critiquée, et une catégorisation encore plus arbitraire a été recommandée. Finalement, la directive médicale qui a été communiquée le 9 mai 1988 en remplacement des lignes directrices intérimaires prévoyait que les militaires qui avaient développé des symptômes cliniques de l'infection à VIH nécessitant d'assez fréquentes visites médicales auprès d'un spécialiste devaient être catégorisés inaptes au service dans les FAC en raison de leur état de santé. C'était là l'incidence des observations faites par les trois médecins militaires relativement à M. Thwaites. Pendant cette période, l'évaluation de M. Thwaites quant à sa capacité de s'acquitter de tâches impliquant des activités et des efforts physiques et mentaux restait la même. Les FAC ont semblé reconnaître qu'il paraissait en santé et capable de travailler, de maintenir un horaire normal de travail et de faire face au surcroît de stress qu'impose pendant de longues périodes le travail en mer.

On August 4, 1988, the CAF Career Medical Review Board convened in Ottawa and reviewed Thwaites' situation. Thwaites had no notice of this meeting and was provided no opportunity to make submissions. Evidence indicated the Board would have dealt with a case such as that of Thwaites in a most summary way. The Board ordered that Thwaites be honourably discharged. Thwaites grieved the Board's decision. The substance of the grievance was eventually rejected by the Chief of the Defence Staff.

THE ISSUES

The issues, restated from the applicant's factum with only minor and non-substantive modifications are as follows:

a) whether the Tribunal erred in applying legal principles governing determination of a "bona fide occupational requirement" ("BFOR") pursuant to paragraph 15(a) of the *Canadian Human Rights Act*,⁵ in that:

i) it erroneously applied a higher standard than the appropriate "reasonably necessary" standard for a BFOR defence;

ii) it erroneously determined that the "risk of employee failure" sufficient to establish a BFOR "must be substantial";

iii) it erroneously required individual assessment to establish a BFOR and, alternatively, it erred in finding inadequate individual assessment of the respondent by the CAF; and

iv) it erroneously equated the duty to accommodate of adverse effect discrimination with the duty to demonstrate no reasonable alternatives for cases of direct discrimination;

⁵ The relevant portions of s. 15 of the *Canadian Human Rights Act* read as follows:

15. It is not a discriminatory practice if

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

Le 4 août 1988, le Conseil de révision médicale des carrières des FAC s'est réuni à Ottawa et a examiné la situation de M. Thwaites, qui n'a pas été informé de la tenue de cette réunion et qui n'a eu aucune possibilité de faire des observations. Il ressort de la preuve que le Conseil aurait traité un cas semblable à celui de M. Thwaites de la façon la plus sommaire. Le Conseil a ordonné que M. Thwaites soit libéré honorablement. M. Thwaites a présenté un grief concernant cette décision. Le fond du grief a par la suite été rejeté par le chef d'état-major de la défense.

LES QUESTIONS EN LITIGE

Les questions en litige ont été énoncées dans le mémoire du requérant. Elles sont reprises ci-dessous avec quelques modifications mineures qui n'en changent pas la teneur:

[TRADUCTION] a) le Tribunal a-t-il commis une erreur dans l'application des principes juridiques qui doivent servir à déterminer une «exigence professionnelle justifiée» («EPJ») aux termes de l'alinéa 15a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁵

i) en ce qu'il aurait fautivement appliqué un critère plus sévère que le critère du «raisonnablement nécessaire» qui doit être pris en considération pour une défense fondée sur l'EPJ?

ii) en ce qu'il aurait fautivement déterminé que «le risque d'erreur humaine suffisant» pour fonder une EPJ «doive être important»?

iii) en ce qu'il aurait fautivement exigé une évaluation individuelle pour l'établissement d'une EPJ et, subsidiairement, en ce qu'il aurait fautivement rejeté l'évaluation individuelle faite de l'intimé par les FAC?

iv) en ce qu'il aurait fautivement considéré comme identiques l'obligation d'accommodement, qui doit être respectée dans les cas de discrimination indirecte, et l'obligation d'établir

⁵ La partie pertinente de l'art. 15 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est rédigée de la façon suivante:

15. Ne constituent pas des actes discriminatoires:

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

- b) whether the Tribunal erred in law in failing to accord due deference to personnel decisions made within the military structure; ^a
- c) whether the Tribunal erred in law in awarding excessive monetary relief to the respondent under the heads of future loss of income and past loss of income; ^b
- d) whether the Tribunal erred in law in awarding interest on the maximum \$5,000 award for special compensation pursuant to subsection 53(3) of the Act; ^c
- e) whether the Tribunal erred in law in awarding the respondent reasonable costs of his counsel including the costs of actuarial services. ^d

The issue stated in paragraph (b) was not pursued on behalf of the applicant in argument before me.

The issues described in paragraph a) were responded to principally by counsel on behalf of the respondent the Canadian Human Rights Commission while the issues described in paragraphs c) to e) were responded to principally by counsel on behalf of the respondent Thwaites. ^e

In accordance with an order of Madam Justice Reed dated December 13, 1993, counsel for the intervenors addressed the following issues: ^f

1. Must the BFOR defence found in section 15 of the Act be interpreted in a manner consistent with the equality rights guaranteed in section 15 of the *Charter of Rights and Freedoms*. ^g
2. The distinction between direct and adverse discrimination is artificial in that the employers duty to accommodate needs of disabled employees is unaffected by whether the discrimination is direct or arises from adverse impact. ^h

l'absence d'une autre solution raisonnable, qui doit être respectée dans les cas de discrimination directe?

- b) le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en ce qu'il n'aurait pas accordé la déférence requise aux décisions prises par l'organisation militaire en matière de gestion du personnel?
- c) le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en ce qu'il aurait accordé à l'intimé une réparation pécuniaire excessive aux chapitres de la perte de revenus future et de la perte de revenus passée?
- d) le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en ce qu'il a accordé des intérêts sur l'indemnité spéciale, dont le montant maximal de 5 000 \$ a été accordé en vertu du paragraphe 53(3) de la Loi?
- e) le Tribunal a-t-il commis une erreur en ce qu'il a accordé à l'intimé les dépens raisonnables qu'il a assumés, dont les honoraires d'actuaire?

La question en litige énoncée dans le paragraphe b) n'a pas fait partie de l'argumentation du requérant à l'audience.

Les questions en litige énoncées dans le paragraphe a) ont fait l'objet d'une réponse principalement de la part des avocats de l'intimée Commission canadienne des droits de la personne, alors que les questions en litige des paragraphes c) à e) ont fait l'objet d'une réponse principalement de la part de l'avocate de l'intimé Thwaites. ⁱ

Conformément à l'ordonnance rendue par Madame le juge Reed le 13 décembre 1993, les avocats des intervenants ont soulevé les points suivants: ^j

1. Est-ce que la défense de l'EPJ que permet l'article 15 de la Loi doit être interprétée en fonction du droit à l'égalité garanti par l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. La distinction entre discrimination directe et discrimination indirecte est artificielle en ce que l'obligation d'accommodement à laquelle sont tenus les employeurs face aux besoins des employés handicapés n'est pas affectée par le fait que la discrimina-

3. Individual assessment must be the norm unless it is established that such assessment is either impossible or would impose an undue hardship.

4. In determining if risk is a factor to be considered in undue hardship or in determining whether the BFOR defence has been met, the degree of risk as well as the person or persons who will bear it must be considered. To meet the BFOR test, any risk must be both real and substantial. This standard is higher if it is the disabled person who knowingly and willingly bears the risk.

It was generally conceded by all counsel that Thwaites was discriminated against by the CAF or that, in the terms of section 7 of the *Canadian Human Rights Act*,⁶ the CAF engaged in a discriminatory practice, directly or indirectly, in the course of employment, by differentiating adversely in relation to Thwaites on a prohibited ground of discrimination, that is to say the disability constituted by his HIV positive status. Such discrimination is prohibited unless the actions of the CAF in relation to Thwaites were based on a *bona fide* occupational requirement. Further, it was generally conceded that the discrimination was “direct discrimination” rather than “adverse effect discrimination”. The significance of this latter distinction will be further discussed in the analysis portion of these reasons.

THE TRIBUNAL’S DECISION

The decision of the Tribunal is lengthy and detailed. It is divided into the following component parts: Background Facts; The Investigations; Medical Evidence; Applicable Legal Principles; The CAF’s Position; Has the BFOR Defence Been Established; Conclusion; and Remedy.

⁶ *Supra*, footnote 3.

tion soit directe ou qu’elle existe par suite d’un effet préjudiciable.

3. L’évaluation individuelle doit être la norme, à moins qu’il soit établi qu’une telle évaluation est impossible ou qu’elle imposerait une contrainte excessive.

4. Pour déterminer si le risque est un facteur qui doit être pris en considération relativement à la question de la contrainte excessive, ou si une défense fondée sur l’EPJ est valable, il faut tenir compte du degré de risque de même que de la ou des personnes qui l’assumeront. Pour satisfaire au critère de l’EPJ, le risque doit être à la fois réel et important. Il est encore plus difficile de satisfaire au critère si c’est la personne handicapée qui en toute connaissance de cause accepte d’assumer le risque.

Tous les avocats ont généralement admis que M. Thwaites avait été victime de discrimination de la part des FAC ou que, selon les termes de l’article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁶, les FAC avaient posé, directement ou indirectement, un acte discriminatoire en cours d’emploi en traitant M. Thwaites défavorablement pour un motif de distinction illicite, en l’espèce sa déficience provenant de son infection par le VIH. Cette distinction est illicite à moins que les gestes posés par les FAC à l’égard de M. Thwaites puissent être excusés par une exigence professionnelle justifiée. Il a de plus été généralement admis qu’il était ici question de «discrimination directe», et non de «discrimination par suite d’un effet préjudiciable». Le sens de cette dernière distinction sera précisé dans la partie analyse des présents motifs.

LA DÉCISION DU TRIBUNAL

La décision du Tribunal est longue et détaillée. Elle est divisée de la façon suivante: Les faits; Les enquêtes; La preuve médicale; Les principes juridiques applicables; La position des FAC; L’existence d’une EPJ a-t-elle été établie?; Conclusion; Réparation.

⁶ Précité, à la note 3.

The Tribunal's statement of the applicable legal principles was central to the argument before me and I will therefore quote from it at some length:⁷

[1.] In respect of the BFOR defence provided for in Section 15(a) of the CHRA, the Supreme Court of Canada initially held in *Bhinder v. C.N.* in 1985 that consideration of a BFOR was to be without regard to the particular circumstances or abilities of the individual in question. In the short span of five years, the majority of the Court in *Alberta Human Rights Commission v. Central Alberta Dairy Pool* [1990] 2 S.C.R. 489 reversed its position and held that in cases of adverse effect discrimination, the employer cannot resort to the BFOR defence at all. In such cases, there is now a positive duty on employers to accommodate the needs of employees disparately affected by a neutral rule unless to do so would create undue hardship for the employer. Put another way, the employer must establish that the application of the neutral rule or practice to the individual was reasonably necessary in that allowing for individual accommodation within the general application of the rule or practice would result in undue hardship. No longer, in such cases, can an employer justify its practice as a BFOR in relation to safety of employees in a general way and maintain that its discriminatory effect on certain groups of individuals is totally irrelevant.

[2.] The BFOR defence is now only available to an employer when, as in the case before us, direct discrimination is involved: *Central Alberta Dairy Pool supra*, at pp. 516-517, i.e. where the employer's rule or practice makes assumptions or generalizations about the capabilities of individuals because they belong to a particular group. In those cases, the BFOR defence allows the employer to justify its departure from the principle of individualized equal treatment by leading evidence in support of its general policy or the impossibility of individual assessment.

(c) Requirements On Employer To Establish BFOR

[3.] Even when the BFOR defence is applicable, the Supreme Court of Canada has held that the BFOR exception must be interpreted restrictively so that the larger objects of the CHRA are not frustrated. (See *University of Alberta v. Alberta Human Rights Commission* (1993), 17 C.H.R.R. D/87 at p. D/96; *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202 at p. 208; *Bhinder v. C.N.* [1985] 2 S.C.R. 561 at p. 589; *Ville de Brossard v. Quebec* [1988] 2 S.C.R. 279 at p.

⁷ For ease of reference, I have numbered the paragraphs that I have quoted from the Tribunal's decision. The first 23 numbered paragraphs are in sequence. Paragraphs that I have numbered 24 to 26 are not in sequence. The acronyms "CHRA" and "BFOR" used throughout the quotation are, of course, references to the "*Canadian Human Rights Act*" and to "*bona fide occupational requirement*".

Les arguments qui m'ont été présentés portaient principalement sur l'énoncé par le Tribunal des principes juridiques applicables. Je cite donc ci-dessous de larges extraits de la décision qu'il a rendue⁷:

[1.] Au sujet du moyen de défense fondé sur une EPJ prévu à l'al. 15a) de la Loi, la Cour suprême du Canada a d'abord décidé dans l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, qu'il fallait examiner une EPJ sans égard aux circonstances et aux capacités particulières d'un individu. Dans le bref intervalle de cinq ans, la Cour, à la majorité, a fait volte-face et conclu, dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, que dans les cas de discrimination indirecte, l'employeur ne pouvait pas invoquer le moyen de défense de l'EPJ. En pareil cas, les employeurs ont désormais l'obligation positive de composer avec les besoins d'un groupe particulier d'employés lésés par une règle neutre sauf si l'employeur ne peut procéder aux accommodements sans subir des contraintes excessives. Autrement dit, l'employeur doit établir que l'application de la règle ou de la pratique neutre à l'individu était raisonnablement nécessaire du fait que composer individuellement avec ses employés, dans le cadre de l'application générale de la règle ou de la pratique, lui imposerait des contraintes excessives. L'employeur ne peut plus, en pareil cas, justifier la pratique en la qualifiant d'EPJ relative à la sécurité de l'ensemble des employés, puis affirmer que son effet préjudiciable sur certains groupes d'individus n'est absolument pas pertinent.

[2.] Le moyen de défense fondé sur l'EPJ peut maintenant être invoqué par l'employeur quand, comme en l'espèce, il s'agit de discrimination directe: arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, précité, aux p. 516 et 517, par exemple si la règle ou la pratique de l'employeur repose sur des suppositions ou des généralisations quant aux aptitudes d'individus selon leur appartenance à un groupe. Dans de tels cas, le moyen de défense fondé sur une EPJ permet à l'employeur de justifier le manquement au principe qui veut que chacun reçoive un traitement égal en tant qu'individu, en faisant la preuve du bien-fondé de sa règle générale ou de l'impossibilité d'évaluer chaque cas individuellement.

c) La charge de l'employeur d'établir l'EPJ

[3.] Même si le moyen de défense fondé sur une EPJ est applicable, la Cour suprême du Canada a décidé qu'il convenait d'interpréter restrictivement l'exception découlant d'une EPJ de façon à ne pas contrecarrer les objectifs généraux de la Loi. (Voir l'affaire *University of Alberta c. Alberta Human Rights Commission*, (1993), 17 C.H.R.R. D/87, à la p. D/96 et les arrêts *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, à la p. 208;

⁷ Pour faciliter la référence, j'ai numéroté les paragraphes que je cite. Les 23 premiers paragraphes se suivent dans le texte original. Les paragraphes 24 à 26 ne se suivent pas. Tout au long de la citation, la «Loi» réfère à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, et le sigle «EPJ», à «exigence professionnelle justifiée».

307). As Sopinka J. stated in *Zurich Insurance v. OHRC supra* at p. 339:

“One of the reasons such legislation has been so described [of a special nature] is that it is often the final refuge of the disadvantaged and the disenfranchised. As the last protection of the most vulnerable member of society, exceptions to such legislation should be narrowly construed”.

[4.] As far as the burden of proof upon the employer to establish a BFOR is concerned, the applicable rule is the ordinary civil standard on the balance of probabilities (*Etoibicoke, supra*, at p. 208). Some earlier cases held that the burden might be regarded as somewhat lighter when issues of public safety were in question. However, given the Supreme Court of Canada’s direction that the BFOR exception must be restrictively interpreted, more recent decisions have held that it is inappropriate to reduce the civil standard even in cases where public safety lies at the root of the employer’s defence (*Robinson v. CAF* (1992) 15 C.H.R.R. D/95; *St. Thomas v. CAF* (1991) 14 C.H.R.R. D/301; *Seguin v. R.C.M.P.* (1989) 10 C.H.R.R. D/5980; *DeJager v. Department of National Defence* (1986) 7 C.H.R.R. D/3508).

[5.] The evidence furnished by the employer must satisfy the two branches of the test laid down by the Supreme Court of Canada in *Etoibicoke, supra*, one subjective, the other objective, in order to establish the BFOR defence. The employer must first provide subjective evidence of its good faith in establishing its policy or requirements:

“To be a *bona fide* occupational qualification and requirement a limitation, such as a mandatory retirement at a fixed age, must be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such limitation is imposed in the interests of the adequate performance of the work involved with all reasonable dispatch, safety and economy, and not for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code.” (per McIntyre J. in *Etoibicoke supra* at p. 208)

[6.] In the past this subjective criterion has not been examined closely and Tribunals and Courts generally presumed that the employer was acting in good faith in the absence of any evidence to the contrary. Recently, however, some Tribunals have indicated that more is required to satisfy this criterion. It must mean more than merely condoning an employer for prejudices that it holds in good faith in regard to a group of persons protected by the CHRA. To do so, would only undermine the very objectives of the CHRA which are specifically to eliminate prejudices and stereotypes concerning certain groups. Accordingly, there is an onus upon an employer to show the purpose of its employment policy rule and the reasons that have led it to adopt the said policy were not founded on prejudices or stereotypes whether of the employer or of the employer’s client-

Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, précité, à la p. 589; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, à la p. 307.) Comme le dit le juge Sopinka dans l’arrêt *Zurich Insurance c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, précité, à la p. 339:

Une des raisons pour lesquelles nous avons ainsi décrit les lois sur les droits de la personne c’est qu’elles constituent souvent le dernier recours de la personne désavantagée et de la personne privée de ses droits de représentation. Comme les lois sur les droits de la personne sont le dernier recours des membres les plus vulnérables de la société, les exceptions doivent s’interpréter restrictivement.

[4.] Quant à la charge de l’employeur d’établir l’existence d’une EPJ, la règle applicable est la règle normale de la preuve en matière civile, c’est-à-dire suivant la prépondérance des probabilités (arrêt *Etoibicoke*, précité, à la p. 208). Il ressort de certaines décisions antérieures que la charge serait tenue pour moins rigoureuse quand des questions de sécurité publique seraient en jeu. Toutefois, étant donné que la Cour suprême a dit qu’il fallait interpréter strictement l’exception fondée sur une EPJ, les tribunaux ont décidé plus récemment qu’il n’y avait pas lieu de diminuer la norme civile même dans les cas où le moyen de défense de l’employeur repose essentiellement sur la sécurité publique (*Robinson c. FAC* (1992) 15 C.H.R.R. D/95; *St. Thomas c. FAC* (1991) 14 C.H.R.R. D/301; *Seguin c. G.R.C.* (1989) 10 C.H.R.R. D/5980; *DeJager c. Ministère de la Défense nationale* (1986) 7 C.H.R.R. D/3508).

[5.] La preuve fournie par l’employeur quant au moyen de défense fondé sur une EPJ doit satisfaire aux deux volets du critère énoncé par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Etoibicoke*, précité, soit un élément subjectif et un élément objectif. Pour ce qui est de l’élément subjectif, l’employeur doit d’abord montrer qu’il a établi sa règle ou ses exigences de bonne foi:

Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction comme la retraite obligatoire à un âge déterminé doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d’assurer la bonne exécution du travail en question d’une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d’aller à l’encontre de ceux du Code. (Le juge McIntyre, dans l’arrêt *Etoibicoke*, précité, à la p. 208)

[6.] Dans le passé, ce critère subjectif n’a pas été examiné de près et les tribunaux ont généralement présumé que l’employeur agissait de bonne foi en l’absence de preuve contraire. Toutefois, dans certains cas récents, le tribunal a indiqué que ce critère comportait des exigences plus rigoureuses. Il ne doit pas permettre de fermer les yeux sur les préjugés qu’a de bonne foi l’employeur contre un groupe de personnes protégées par la Loi. En effet, cela serait battre en brèche les objectifs mêmes de la Loi, qui vise précisément à éliminer les préjugés et les stéréotypes à l’endroit de certains groupes. Par conséquent, l’employeur a la charge d’établir le but de sa ligne de conduite en matière d’emploi et de montrer que les raisons fondamentales de celle-ci ne sont pas ses préjugés et ses stéréotypes ou ceux de ses clients, mais bien [TRADUCTION] «des

tele but rather "in the interests of sound and accepted business practice" (Per Sopinka J. in *Zurich Insurance supra* at p. 376; also see *Robinson v. CAF, supra*, at p. D/117.)

[7.] As for the objective part of the BFOR defence, it was defined by McIntyre J. in *Etobicoke supra* at p. 208 as follows:

"In addition it [the occupational requirement] must be related in an objective sense to the performance of the employment concerned, in that it is reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public."

[8.] Here, as well, there has been considerable refinement in the treatment of this objective part of the employer's evidence since it was first formulated in 1982. First, the Supreme Court has in fact imposed a burden of objective proof on the employer: "[The occupational requirement] must be related in an objective sense to the performance of the employment". This implies that the relationship between requirement and employment must be proved on the basis of real facts not on the basis of impressions. Secondly, the Supreme Court speaks of an occupational requirement that is "reasonably necessary" to ensure the adequate performance of the employment. It is a criterion of necessity not convenience (see *Robinson v. CAF, supra* at p. D/118; *Martin v. CAF T.D. 11/92*, unreported at p. 21.) An employer cannot overcome the fundamental aim under the CHRA of ensuring equal opportunity for individuals regardless of certain personal characteristics identified by the CHRA on the basis that life would be simpler for the employer, if such people were excluded. On the contrary, case law has interpreted the objective criterion of reasonable necessity in such a way as to ensure that the occupational requirement is truly necessary. In fact, one judge has gone so far (perhaps too far) as to say that the case law has evolved to the point where an employer must show that it is absolutely necessary. Marceau J. in *Levac v. CAF (F.C.A.)*, July 8, 1992, unreported at pp. 10-11 stated:

"I am prepared to admit that there is also another aspect on which this *Alberta Dairy Pool* judgment may be considered somewhat innovative, at least indirectly, particularly if the reasons of the minority are read in conjunction with those of the majority. It may have rendered the defence of BFOR even less available than previously. Until now, the prevalent view, I believe, was that, to be justified, a *bona fide* occupational requirement had to be, as expressed in *Etobicoke* (at p. 208); "reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public". It seems from now on that it must be, not only "reasonably", but absolutely necessary, that is, it must be without any other workable, less stringent, alternative". (But see dissenting view of Desjardins J. at p. 7.)

pratiques commerciales solidement fondées et reconnues» (le juge Sopinka, dans l'arrêt *Zurich Insurance*, précité, à la p. 341; voir aussi l'affaire *Robinson c. CAF*, précitée, à la p. D/117).

[7.] Quant à l'élément objectif du moyen de défense fondé sur une EPJ, le juge McIntyre l'a défini comme suit, dans l'arrêt *Etobicoke*, précité, à la p. 208:

Elle [l'exigence professionnelle] doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général.

[8.] Encore une fois, la façon dont les tribunaux ont examiné cet élément objectif de la preuve de l'employeur a évolué beaucoup depuis sa formulation en 1982. Premièrement, la Cour suprême a de fait imposé à l'employeur un fardeau de preuve objective: «[l'exigence professionnelle] doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question». Cela suppose que la preuve de la relation entre l'exigence et l'emploi doit reposer sur des faits et non sur des impressions. Deuxièmement, la Cour suprême parle d'une exigence professionnelle qui est «raisonnablement nécessaire» pour assurer l'exécution convenable du travail. C'est un critère de nécessité et non de commodité (voir les affaires *Robinson c. FAC*, précitée, à la p. D/118; *Martin c. FAC*, décision du tribunal, nov. 92, inédite, à la p. 21). Un employeur ne peut pas passer outre à l'objectif fondamental de la Loi, qui est de garantir le droit de tous les individus à l'égalité des chances d'épanouissement sans égard à certaines caractéristiques personnelles définies par la Loi, parce qu'il estime plus simple d'exclure certains individus. Au contraire, selon l'interprétation que la jurisprudence a donnée au critère objectif de la nécessité raisonnable, l'exigence professionnelle doit être vraiment nécessaire. En fait, un juge est allé jusqu'à dire (peut-être est-il allé trop loin) que la jurisprudence avait évolué à tel point qu'un employeur devait établir que l'exigence était absolument nécessaire. Dans l'arrêt *Levac c. FAC, C.A.F.*, 8 juillet 1992, inédit, le juge Marceau dit, aux p. 11 et 12:

Je suis prêt à reconnaître qu'il y a également un autre angle sous lequel on peut considérer l'arrêt *Alberta Dairy Pool* comme quelque peu innovateur, du moins indirectement, surtout si l'on rapproche les motifs de la minorité de ceux de la majorité. Il se peut que cet arrêt limite encore plus qu'auparavant les cas où le moyen de défense tiré d'une EPJ peut être invoqué. Jusqu'à maintenant, l'opinion la plus répandue voulait, je crois, que pour être justifiée, une exigence professionnelle justifiée devait, pour reprendre les termes employés dans l'arrêt *Etobicoke* (à la page 208), être «raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général». Il semble que désormais elle doive être non seulement «raisonnablement» mais absolument nécessaire, c'est-à-dire qu'il n'existe aucune solution de rechange réalisable et moins rigoureuse. (Voir cependant les motifs du juge Desjardins, dissidente, à la p. 7.)

The Ontario Court of Appeal more recently in *Ontario Human Rights Commission v. London Monenco Consultants Ltd* (1992) 9 O.R. (3d) 509 at pp. 516-517, stated that:

"A discriminatory qualification cannot be justified in the absence of a direct and substantial relationship between the qualification and the abilities, qualities or attributes needed to satisfactorily perform the employment given its particular nature." [Emphasis added.]

[9.] Moreover, if an employer is relying upon a general rule of exclusion, it must explain why as a practical alternative, it was not possible to assess individually the risk presented by each employee and thus had to impose a blanket practice. (*Wardair Canada Inc. v. Cremona* (F.C.A.) October 9, 1992, unreported at p. 6; *Saskatchewan Human Rights Commission v. Saskatoon* [1989] 2 S.C.R. 1297 at pp. 1313-14; *Central Alberta Dairy Pool supra* at p. 518).

[10.] The employer must also show that its practice or rule is not disproportionate in that there are no other means less prejudicial to the concerned group's right to equal treatment than its general exclusion on the basis of the criterion employed. (*Ville Brossard, supra* at p. 312; *Central Alberta Dairy Pool, supra* at pp. 526-527).

d) Distinction Between Direct Discrimination and Adverse Effect Discrimination

[11.] The logical conclusion from this analysis is that there is very little, if any, meaningful distinction between what an employer must establish by way of a defence to an allegation of direct discrimination and a defence to an allegation of adverse effect discrimination. The only difference may be semantic. In both cases, the employer must have regard to the particular individual in question. In the case of direct discrimination, the employer must justify its rule or practice by demonstrating that there are no reasonable alternatives and that the rule or practice is proportional to the end being sought. In the case of adverse effect discrimination, the neutral rule is not attacked but the employer must still show that it could not otherwise reasonably accommodate the individual disparately affected by that rule. In both cases, whether the operative words are "reasonable alternative" or "proportionality" or "accommodation", the inquiry is essentially the same: the employer must show that it could not have done anything else reasonable or practical to avoid the negative impact on the individual.

e) Safety Risk as a BFOR

(i) Increase in Risk

[12.] It was once thought that, an employer, relying on safety reasons, as in the present case, could establish a BFOR by merely showing that the employment of such individuals would result in a marginal increase of risk to public safety. (*Bhinder, supra*; *Canadian Pacific v. Canada* ([sub-nom. *Mahon v. Canadian Pacific*] Mahon) [1988] 1 F.C. 209). It is now clear that the standard that the employer must meet is that the group of persons in question excluded by the employment practice will present a "sufficient risk of employee failure" (see

Plus récemment, dans l'arrêt *Ontario Human Rights Commission v. London Monenco Consultants Ltd.*, (1992), 9 O.R. (3d) 509, aux p. 516 et 517, la Cour d'appel de l'Ontario a dit ceci:

[TRADUCTION] Une exigence professionnelle ne peut pas être justifiée en l'absence d'un lien direct et important entre l'exigence et les aptitudes, qualités ou attributs nécessaires pour exécuter le travail de façon satisfaisante, compte tenu de sa nature particulière. (Non souligné dans le texte original.)

[9.] Par surcroît, si un employeur fait valoir une règle générale d'exclusion, il doit expliquer pourquoi l'évaluation individuelle du risque associé à chaque employé ne représentait pas une solution pratique et pourquoi il a fallu imposer une règle générale. (Arrêts *Wardair Canada Inc. c. Cremona*, C.A.F., 9 octobre 1992, inédit, à la p. 6; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297, aux p. 1313 et 1314; *Central Alberta Dairy Pool*, précité, à la p. 518.

[10.] L'employeur doit aussi établir que sa pratique ou sa règle n'était pas disproportionnée en ce sens qu'il n'existait pas de moyens, autres que l'exclusion générale fondée sur le critère retenu, moins attentatoires au droit du groupe concerné à l'égalité de traitement. (Arrêts *Brossard (Ville)*, précité, à la p. 312; *Central Alberta Dairy Pool*, précité, aux p. 526 et 527.)

d) La distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable (indirecte)

[11.] Cette analyse nous conduit logiquement à conclure qu'on ne peut établir presque aucune distinction significative entre ce qu'un employeur doit prouver pour se défendre contre une allégation de discrimination directe et ce qu'il doit prouver pour répondre à une allégation de discrimination indirecte. La seule différence est peut-être d'ordre sémantique. Dans les deux cas, l'employeur doit tenir compte de l'individu en cause. Dans le cas de la discrimination directe, l'employeur doit justifier sa règle ou sa pratique en montrant qu'il n'existe pas d'autre solution raisonnable et que la règle ou la pratique est proportionnée au but visé. Dans le cas de la discrimination indirecte, la règle neutre n'est pas contestée, mais l'employeur doit tout de même montrer qu'il n'aurait pas pu composer autrement avec l'individu lésé particulièrement par cette règle. Dans les deux cas, que les mots clefs soient «autre solution raisonnable», «proportionnalité» ou «accommodement», l'examen a le même objet: l'employeur doit montrer qu'il n'aurait pu prendre aucune autre mesure raisonnable ou pratique pour éviter les conséquences fâcheuses pour l'individu.

e) Les risques en matière de sécurité en tant qu'EPJ

(i) L'augmentation du risque

[12.] On a cru à un moment donné qu'un employeur pouvait, en faisant valoir des raisons de sécurité, comme en l'espèce, établir une EPJ en montrant simplement que l'embauchage de certains individus résulterait en une légère augmentation des risques pour la sécurité publique. (Arrêts *Bhinder*, précité; *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* [sub nom. *Mahon c. Canadien Pacifique*] (Mahon), [1988] 1 C.F. 209.) Il est apparu clairement aujourd'hui que la norme à laquelle l'employeur doit satisfaire

Etoibicoke, supra at p. 210; *Central Alberta Dairy*, supra, at p. 513; *Robinson v. CAF*, supra at p. D/119-D/123.)

[13.] This test of sufficient risk has been recently confirmed by the Federal Court of Appeal in *Attorney-General of Canada v. Rosin* [1991] 1 F.C. 391. Noting that Wilson, J. had held in *Central Alberta Dairy Pool*, supra -pp. 512-513, that the Supreme Court had erred in *Bhinder*, in accepting as evidence of BFOR the proof of a very slight increase in risk for the safety of the employee, Linden J. dismissed on behalf of the Court in *Rosin* the position that proof of any risk, even the most minimal, constitutes proof of sufficient risk consistent with a BFOR. (Linden J. indicated that the Federal Court of Appeal decision in *Canadian Pacific v. Canada (Mahon)* supra may have been impliedly overruled as well).

[14.] The Tribunal in *Robinson v. Canadian Armed Forces*, supra recently rendered a decision along the same lines. In that case, which dealt with a policy excluding persons suffering from epilepsy from the Armed Forces, the Tribunal concluded that in light of the decision in *Central Alberta Dairy Pool*, the criterion of unacceptable risk stated by MacGuigan, J. in *Air Canada v. Carson*, [1985] 1 F.C. 209 had again become the applicable criterion for sufficient risk. According to the Tribunal, this criterion means that proof of a slight or negligible risk is not sufficient to constitute a BFOR. It seems that the risk must be substantial.

[15.] The significant risk standard recognizes that some risk is tolerable in that human endeavours are not totally risk free. While this standard protects genuine concerns about workplace safety, it does not guarantee the highest degree of safety which would be the elimination of any added risk. What it does, is ensure that the objectives of the CHRA are met by seeking to integrate people with disabilities into the workplace even though such persons may create some heightened risk but within acceptable limits.

(ii) Measuring the Increase in Risk

[16.] The thorny question is determining when some increased risk amounts to significant risk. What must be evaluated, in each case, is whether the risk to safety is sufficiently high to be described as unacceptable in relation to a particular job. In *Levac v. CAF* (1991) 15 C.H.R.R. D/175 aff'd, A.G. of Canada v. Levac, July 8, 1992, unreported, the evidence was that the complainant who had a heart condition, was at an eight to ten per cent risk of having a heart attack within the next five years (or six to nine per cent within the next three years); and he was two to three times more likely to die if he was at sea when a heart attack occurred because of the remoteness of care at sea than if he was on shore. This was not considered sufficient risk. In *DeJager v. DND* (1987) 7 C.H.R.R. D/3508, there was evidence that there would be increased danger or risk to the Complainant in that case, an asthmatic, if he were to be in an isolated post, away from medical attention but the Tribunal did

est celle-ci: le groupe de personnes en question, qui est exclu par la pratique en matière d'emploi, présente «un risque d'erreur humaine suffisant» (voir les arrêts *Etoibicoke*, précité, à la p. 210; *Central Alberta Dairy Pool*, précité, à la p. 513; et l'affaire *Robinson c. FAC*, précitée, aux p. D/119 à D/123).

[13.] La Cour d'appel fédérale a récemment confirmé ce critère du risque suffisant dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391. Faisant observer que le juge Wilson avait décidé dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, précité, aux p. 512 et 513, que la Cour suprême avait commis une erreur dans l'arrêt *Bhinder*, en acceptant comme preuve d'une EPJ la preuve d'une très légère augmentation du risque couru par l'employé, le juge Linden a rejeté, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Rosin*, le point de vue selon lequel la preuve de tout risque, même le plus infime, constitue la preuve d'un risque suffisant compatible avec une EPJ. (Le juge Linden a indiqué que l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Canadien Pacifique c. Canada* (Mahon), précité, avait peut-être été écarté implicitement lui aussi.)

[14.] Dans l'affaire *Robinson c. Forces armées canadiennes*, précitée, le tribunal a rendu une décision fondée sur les mêmes principes. Dans cette affaire-là, qui portait sur une ligne de conduite excluant les épileptiques des Forces armées, le tribunal a conclu qu'étant donné l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, le critère du risque inacceptable énoncé par le juge MacGuigan dans l'arrêt *Air Canada c. Carson*, [1985] 1 C.F. 209, était redevenu le critère applicable au risque suffisant. D'après le tribunal, ce critère signifie que la preuve d'un risque faible ou négligeable n'est pas suffisante pour constituer une EPJ. Il semble que le risque doit être important.

[15.] La norme du risque important reconnaît la nécessité de tolérer un certain degré de risque car les activités humaines ne sont pas absolument sans risque. Certes, cette norme protège les préoccupations légitimes au sujet de la sécurité en milieu de travail, mais elle ne garantit pas le degré le plus élevé de sécurité, soit l'élimination de tout risque accru. En effet, elle fait en sorte que les objectifs de la Loi soient atteints en favorisant l'intégration professionnelle des personnes qui ont des déficiences, bien qu'il en résulte une augmentation des risques, qui est cependant contenue dans des limites acceptables.

(ii) La mesure de l'accroissement du risque

[16.] La question épineuse à trancher concerne la manière de déterminer dans quels cas un accroissement de risque représente un risque important. Ce qu'il faut évaluer dans chaque cas, c'est si le risque en matière de sécurité est suffisamment grand pour être tenu pour inacceptable par rapport à un emploi donné. Dans la décision *Levac c. FAC* (1991) 15 C.H.R.R. D/175, confirmée *Canada (Procureur général) c. Levac*, 8 juillet 1992, inédit, la preuve a montré qu'étant donné l'état du plaignant, cardiaque, la probabilité qu'il fasse une crise avait été évaluée à huit à dix pour cent d'ici cinq ans (ou six à neuf pour cent d'ici trois ans); et il y avait de deux à trois fois plus de chances qu'il meure s'il était en mer, plutôt que sur la terre ferme, au moment de la crise cardiaque à cause de l'éloignement des services de santé. Ce risque n'a pas été tenu pour suffisant. Dans l'affaire *DeJager c. MDN* (1987) 7 C.H.R.R. D/3508, certains éléments de preuve établissaient l'existence

not find this to be a sufficient risk so as to justify the CAF discriminating against him.

[17.] The dividing line between insufficient and sufficient risk is ultimately judgmental and turns on the circumstances of each case. In particular, a careful assessment would have to be made of the actual health and safety risks posed by such employees and how they compare with other risks that the employer is willing to accept. If such risks were determined to be significantly higher, then it would have to be asked whether there are any reasonable measures that can be put in place to minimize such risks to an acceptable level—a level that makes them comparable with other tolerated risks.

[18.] The determination of significant risk requires a Tribunal to balance the disabled individual's interest in working and participating in society against the need to protect that individual and others from harm. In an attempt to strike the appropriate balance, it is appealing to rely upon percentages of increased risk. High percentages of say 80% or even 50% can be quite compelling. However, this is a less useful tool when the percentages are low. A raw percentage figure of say 2% or 3% or even 12% might seem appreciable to one person and yet quite small or insignificant to another. Since reasonable people can reach very different conclusions based upon an abstract percentage, it may not provide the appropriate or sole benchmark for drawing the necessary conclusion. This seemed to trouble the Tribunal in *Levac v. CAF supra* at pp. D/193-194, as well.

[19.] Significant risk can best be measured in the context of the particular job and then only in comparison with other risks posed by that workplace. In this way, other tolerable risks arising from the employment establish risk thresholds. If risks of comparable magnitude are acceptable in a particular work environment then risks posed by a person who is HIV positive cannot be considered significant. By utilising a comparative risk analysis, there is recognition that employers cannot expect a completely risk free work environment. Instead, the standard of significant risk seeks to eliminate those risks that pose a significant or substantial threat to health and safety. In any particular situation, one must determine when risks are deemed significant and thus unacceptable by identifying the nature and quantum of other risks that are tolerated as acceptable in that particular work environment. By applying a comparative risk analysis, one can best determine if the risk is substantial. (See generally S.D. Watson, "Eliminating Fear Through Comparative Risk: Docs, AIDS and the Anti-Discrimination Ideal" (1992) 40 *Buffalo L. Rev.* 738).

(iii) Nature of the Evidence of Risk

[20.] Whenever an employer relies on health and safety considerations to justify its exclusion of the employee, it must show

d'un danger ou d'un risque accru pour le plaignant du fait de son asthme, s'il était affecté à un poste en région isolée, loin des hôpitaux, mais le tribunal n'a pas conclu que cela constituait un risque suffisant, justifiant l'acte discriminatoire des FAC à son endroit.

[17.] La ligne de démarcation entre le risque suffisant et le risque insuffisant est en dernière analyse une affaire de jugement et dépend des circonstances de l'espèce. En particulier, il y a lieu d'évaluer soigneusement les risques réels pour la santé et la sécurité que présentent les employés et de les comparer aux autres risques que l'employeur est disposé à accepter. S'ils sont jugés beaucoup plus grands, il faut alors se demander si d'autres mesures raisonnables peuvent être prises qui réduiraient ces risques au minimum et les rendraient acceptables—c'est-à-dire comparables aux autres risques tolérés.

[18.] Pour déterminer si un risque est important, le tribunal doit mettre en balance, d'une part, l'intérêt de la personne atteinte de déficience en ce qui a trait au travail et à la vie en société et, d'autre part, la nécessité de protéger celle-ci et d'autres contre tout préjudice. Pour réaliser l'équilibre voulu, il est tentant de recourir à des pourcentages d'augmentation de risque. Des pourcentages élevés, mettons de 80 p. 100 ou même de 50 p. 100, peuvent être très persuasifs. Toutefois, cet outil se révèle moins utile si les pourcentages sont peu élevés. Un pourcentage brut, mettons de 2 p. 100 ou de 3 p. 100, voire de 12 p. 100, peut sembler appréciable pour une personne, mais assez faible ou insignifiant pour une autre. Comme des personnes raisonnables peuvent en arriver à des conclusions très différentes sur la foi d'un pourcentage abstrait, cela ne peut pas être un point de repère convenable ou le seul qui permette de tirer la conclusion qui s'impose. Le tribunal a semblé s'inquiéter aussi de cette difficulté dans l'affaire *Levac c. FAC*, précitée, aux p. D/193 et D/194.

[19.] C'est par rapport à l'emploi particulier que l'on peut le mieux mesurer le risque important et seulement par comparaison avec les autres risques rattachés au milieu de travail. De cette manière, les autres risques tolérables que présente l'emploi établissent des seuils de risque. Si des risques d'ampleur comparable sont acceptables dans un milieu de travail donné, alors les risques que présente une personne VIH-positive ne peuvent pas être considérés comme importants. En recourant à une analyse comparative des risques, on reconnaît que les employeurs ne peuvent pas compter sur un milieu de travail totalement sûr. Au lieu de cela, la norme du risque important a pour but de supprimer les risques qui constituent une menace importante à la santé et à la sécurité. Dans chaque cas, il faut déterminer quel risque sera tenu pour important et donc inacceptable, en précisant la nature et l'ampleur des autres risques qui sont tolérés parce qu'ils sont acceptables dans un milieu de travail particulier. En faisant une analyse comparative des risques, on est plus à même de déterminer si le risque est important. (Voir, de façon générale, S.D. Watson, «Eliminating Fear Through Comparative Risk: Docs, AIDS and the Anti-Discrimination Ideal» (1992) 40 *Buffalo L. Rev.* 738.)

(iii) La nature de la preuve du risque

[20.] Quand un employeur fait valoir des raisons de santé et de sécurité pour justifier son exclusion de l'employé, il doit mon-

that the risk is based on the most authoritative and up to date medical, scientific and statistical information available and not on hasty assumptions, speculative apprehensions or unfounded generalizations (*Heincke et al. v. Emrick Plastics et al.* (1992) 55 O.A.C. 33 at 37-38 (Div. Ct.); *Etobicoke supra* at p. 212; *Rodger v. C.N.* (1985) 6 CHRR D/2899 at p. 2907).

(f) Reasonable Alternatives or Accommodation if No Undue Hardship

[21.] The importance of searching for reasonable alternatives or accommodating the individual to permit him or her to do the job or to lessen any risk (if risk is a factor) is now the bedrock of human rights law in this country. Indeed, without such accommodation, the protection given by the CHRA to certain groups, the disabled in particular, would be quite illusory. Anne M. Molloy, in "Disability and the Duty To Accommodate" (1992) 1 *Can Lab. Law Journal* 23 put it well at p. 26:

"For persons with disabilities, the right to accommodation goes to the very heart of equality. To appreciate the importance of this right, one must understand the reality of discrimination. Much of the problem is attitudinal. The barriers to people with disabilities in employment are rarely rooted in loathing or malevolence. On the contrary, the discrimination is quite often perpetrated with the best of intentions—a genuine concern about the capabilities of persons with disabilities, a desire to protect disabled person from harm or injury or to shield him or her from the embarrassment of what is seen as the inevitability of his failure to measure up. While this may explain the discrimination, it does not, of course, excuse it nor does it make the ugliness of its result any more acceptable. The accommodation of differences for persons with disabilities therefore requires overcoming the ignorance, stereotypical attitudes and paternalism that are the source of much of the overt disability discrimination."

[22.] Accordingly, the pendulum has swung such that a BFOR can rarely be established if the rule or practice makes generalizations about people solely on the basis of disability without regard to the particular circumstances of the specific class of individuals affected. Moreover, in order for there to be true individualization, a close assessment should be made of the individual in question since even persons with the same disability vary markedly in how they personally function and cope with their affliction or vary in the degree of impairment because of the different stages of their infirmity. This was emphasized by Ms. Molloy in her article at p. 26:

"It is of critical importance that the accommodation of persons with disabilities be approached on an individual basis. Disabilities differ dramatically, one from another. There are also great individual variations within the same disability group. The effect of a particular disability on a particular person is very individualized and the accommodation of that

trer que le risque est fondé sur l'information médicale, scientifique et statistique la plus documentée et la plus à jour et non sur des suppositions hâtives, des appréhensions hypothétiques ou des généralisations sans fondement (*affaire Heincke et al. v. Emrick Plastics et al.* (1992) 55 O.A.C. 33, aux p. 37 et 38 (C. Div.); arrêt *Etobicoke*, précité, à la p. 212; *affaire Rodger c. C.N.* (1985) 6 C.H.R.R. D/2899, à la p. D/2907).

D) Autres solutions raisonnables ou accommodements, sans contrainte excessive

[21.] L'importance de rechercher des solutions de rechange raisonnables ou des moyens d'accommodement de l'individu qui lui permettent d'exercer ses fonctions ou qui réduisent le risque (si le risque est un facteur) est désormais à la base des lois relatives aux droits de la personne au Canada. En effet, sans accommodement, la protection accordée par la Loi à certains groupes, les personnes handicapées surtout, serait tout à fait illusoire. Dans son article «Disability and the Duty To Accommodate» (1992) 1 *Can Lab. Law Journal* 23, Anne M. Molloy exprime cette idée avec justesse, à la p. 26:

[TRADUCTION] Pour les personnes handicapées, le droit à l'accommodement est essentiel à l'égalité. Pour bien juger de l'importance de ce droit, il faut saisir en quoi consiste vraiment la discrimination. Le problème est pour une bonne part question d'attitude. Les obstacles que doivent surmonter les handicapés en milieu de travail ont rarement pour origine la répugnance ou la malveillance. Au contraire, la discrimination est souvent le fait de gens bien intentionnés—qui se soucient véritablement des aptitudes des handicapés, qui veulent les protéger contre le préjudice ou les blessures, ou les mettre à l'abri de l'embarras qui, à leurs yeux, résultera inévitablement de leur incapacité d'être à la hauteur. Certes, cela peut expliquer la discrimination, mais cela ne l'excuse pas, bien sûr, et cela ne rend pas plus acceptable le résultat, qui n'est pas beau à voir. Composer avec les différences associées aux handicaps exige donc de venir à bout de l'ignorance, des stéréotypes et du paternalisme qui sont la source d'une grande partie de la discrimination manifeste contre les personnes atteintes de déficiences.

[22.] En conséquence, le mouvement du pendule a été tel qu'on peut rarement établir une EPJ si la règle ou la pratique repose sur des généralisations touchant certaines personnes, qui ne se rapportent qu'à leur déficience et ne prennent pas en considération les circonstances particulières de la classe de personnes visée. Au surplus, pour qu'il y ait véritablement évaluation individuelle dans un cas donné, l'individu touché doit être pris en compte car même les personnes atteintes de la même déficience présentent des écarts marqués en ce qui a trait à la manière dont elles s'acquittent de leurs fonctions et à la manière dont elles surmontent leur handicap ou en ce qui a trait à leur degré d'invalidité. Dans son article, précité, à la p. 26, Mme Molloy souligne ce fait:

[TRADUCTION] Il est de la plus haute importance de composer avec les personnes handicapées de façon individuelle. Les handicaps varient considérablement. Ils présentent aussi des différences individuelles importantes au sein d'un groupe donné. L'effet d'une déficience particulière sur une personne est très individualisé et il y a donc lieu d'individuali-

disability must therefore also be individualized. In some cases, all that will be required is a little flexibility and creativity. In others, advances in technology will provide a means for a person with a disability to perform a job that years ago would have been utterly impossible. The key in all cases is to consider the individual needs and to provide the individualized accommodation required to meet those needs in a manner consistent with the employee's dignity and self-worth."

[23.] It should be acknowledged that this may add some risks and make matters somewhat more burdensome for employers but this is a small price to pay for the higher value that society has placed on equal opportunity. (In a different context see *Huck v. Canadian Odeon Theatres* [1985] 3 W.W.R. 717 at 744 (Sask. C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused.) An employer cannot rely on undue hardship unless it would be forced to take action requiring significant difficulty or expense which would clearly place upon the business enterprise an undue economic or administrative burden. Professor Cumming in *Mahon v. Canadian Pacific* (1986) 7 CHRR D/3278 stated at p. D/3305:

"It would be less costly in the immediate, narrow economic sense simply to allow employers who act with honesty of motive . . . to preclude the disabled from being employed. Difficult evaluations, with attendant time-consuming uncertainty and expense, would be avoided. However, our society has chosen the course of ensuring 'equality of opportunity' for the disabled in respect of employment, because the immediate cost and difficulty in employment decision-making is far outweighed by the protection and enhancement of core values for the disabled, and hence indirectly, for all members of society. It is only through the extension of equality of opportunity to the disabled as with other so-called minority groups, that a society can say it is truly free and just."

Against this statement of legal principles, the Tribunal proceeds to determine whether the CAF has established a BFOR defence on the basis of its enunciated position and on the facts of this case. As to the subjective element of the test for a BFOR defence, the Tribunal concludes as follows:

[24.] We heard testimony from all of the relevant CAF individuals involved in the process and we found them to be credible on this issue. Although the overlap of the two matters is striking, we find that on balance the CAF held the honest belief that Thwaites' medical condition had proceeded to the point where he required ongoing specialist care which could not be made

ser l'accommodement requis. Parfois, il suffit d'un peu de souplesse et de créativité. D'autres fois, les progrès de la technologie offrent à une personne handicapée le moyen d'exécuter un travail qu'il lui aurait été impossible d'accomplir il y a quelques années. Dans tous les cas, la solution réside dans la prise en compte des besoins de l'individu et dans l'accommodement individualisé nécessaire à la satisfaction de ces besoins d'une manière compatible avec la dignité et le mérite de l'employé.

[23.] Il convient de reconnaître que cela peut créer certains risques et augmenter quelque peu le fardeau des employeurs, mais c'est consentir au bien petit sacrifice au regard de la valeur supérieure que la société attache à l'égalité des chances d'épanouissement. (Dans un autre contexte, voir l'arrêt *Huck v. Canadian Odeon Theatres*, [1985] 3 W.W.R. 717, à la p. 744 (C.A. Sask.), autorisation de pourvoi devant la Cour suprême refusée.) Un employeur ne peut pas faire valoir la contrainte excessive à moins d'être forcé de prendre des mesures comportant des difficultés importantes ou nécessitant des frais importants qui représenteraient nettement pour l'entreprise un fardeau excessif sur les plans économique ou administratif. Dans l'affaire *Mahon c. Canadien Pacifique* (1986) 7 C.H.R.R. D/3278, à la p. D/3305, le professeur Cumming dit ceci:

Il serait moins coûteux, au sens économique restreint et immédiat, de permettre simplement aux employeurs qui font preuve d'un mobile honnête [. . .] d'empêcher les handicapés d'obtenir un emploi. On éviterait ainsi d'avoir à faire des évaluations difficiles et d'y consacrer le temps nécessaire, ainsi que l'incertitude et les dépenses qui s'y rattachent. Toutefois, notre société a choisi d'assurer «l'égalité des chances» en matière d'emploi aux handicapés parce que le coût immédiat et la difficulté dans la prise de décision quant à l'emploi sont beaucoup moins importants que la protection et l'encouragement des valeurs fondamentales du handicapé et de là, indirectement, de tous les membres de la société. Ce n'est qu'en étendant «l'égalité des chances» aux handicapés tout comme aux autres soi-disant groupes minoritaires, qu'une société peut se dire franchement libre et équitable.

Au regard de cet énoncé de principes juridiques, le Tribunal entreprend de déterminer si les FAC ont établi une EPJ, compte tenu de la position qu'elles ont adoptée et des faits de l'espèce. Quant à l'élément subjectif entrant dans la défense fondée sur une EPJ, le Tribunal conclut de la façon suivante:

[24.] Le tribunal a entendu toutes les personnes des FAC qui sont intervenues dans le processus et dont le témoignage était pertinent; il les a jugées crédibles à cet égard. Bien que l'imbrication des deux questions saute aux yeux, le tribunal conclut, suivant la prépondérance des probabilités, que les FAC croyaient sincèrement que l'évolution de la maladie du plai-

available to him at sea. Accordingly, we find that the CAF has satisfied the subjective element of the BFOR test.⁸

With respect to the objective element of the test, the Tribunal concludes that the Career Medical Review Board process “was nothing more than a paper review” and that “Thwaites was never given the benefit of any meaningful individual assessment which is his right under the law.” The Tribunal goes on to examine whether any reasonable measures were examined to lessen any increased risk that might have been posed if Thwaites had been retained in the CAF and, more specifically, if he had remained in a “hard sea trade” where he would have been required to spend extensive periods at sea. It concludes that risk could have been diminished but would nonetheless have remained and that the remaining risk arising from his condition would not have been “sufficient to warrant his exclusion.” Finally, the Tribunal examined other alternatives to release. It concluded that the CAF’s sea/shore ratio was sufficiently flexible to allow for the “accommodating” of Thwaites without causing the CAF “undue hardship”. On the basis of its analysis, the Tribunal concluded that the objective element of the test to establish a valid BFOR defence was not met and that the release of Thwaites from the CAF was “too drastic”. It stated that “Medical limitations’ policy in the CAF supports accommodation and yet no attempt at any accommodation was made for Thwaites.”

The Tribunal’s conclusion is in part in the following terms:

[25.] When all is said and done, the one real issue that this Tribunal must decide is whether the Respondent, CAF, could (and should) have made further enquiries of Dr. Schlech, Dr. Johnston and Thwaites himself following receipt by the CAF’s non-specialist medical personnel of Dr. Schlech’s November 12, 1987 letter. Alternatively, could (and should) the CAF have taken the opportunity to have Dr. Schlech, Dr. Johnston or Thwaites appear personally before the CMRB in order that there be a proper opportunity for individualized assessment?

⁸ The two overlapping matters referred to are Thwaites’ disability and his sexual orientation and the related investigations within the CAF.

gnant faisait en sorte qu’il avait besoin de soins spécialisés continus qui ne pouvaient lui être prodigués en mer. En conséquence, le tribunal est d’avis que les FAC ont établi l’élément subjectif de L’EPJ⁸.

^a Quant à l’élément objectif de la défense, le Tribunal conclut que le processus du Conseil de révision médicale des carrières «était essentiellement théorique» et que «pas une fois M. Thwaites n’a pu obtenir, comme la loi lui en donnait le droit, que les FAC procèdent à une évaluation individuelle digne de ce nom». Le Tribunal examine ensuite si des mesures raisonnables ont été envisagées dans le but de limiter l’accroissement du risque qui aurait pu s’ensuivre si M. Thwaites avait été maintenu dans les FAC et, plus particulièrement, dans l’un des métiers propres à la marine qui l’aurait forcé à passer de longues périodes en mer. Il conclut que le risque aurait pu être diminué, mais que le risque qui serait quand même resté, compte tenu de son état, n’aurait pas été «suffisant[e] pour justifier son exclusion des FAC». Finalement, le Tribunal examine d’autres solutions possibles. Il conclut que le rapport service en mer/service à terre était assez souple dans les FAC pour permettre de prendre des mesures d’«accommodement» à l’égard de M. Thwaites, sans que cela cause aux FAC des «contraintes excessives». Par suite de son analyse, le Tribunal a conclu que l’élément objectif d’une défense d’EPJ n’était pas établi et que la libération de M. Thwaites des FAC a constitué une mesure «trop radicale». Et il a ajouté: «La politique des FAC en matière de restrictions médicales permet l’application de mesures d’accommodement, pourtant [l’]intimée n’[a] jamais fait d’effort en ce sens pour M. Thwaites».

La conclusion du Tribunal est rédigée en partie de la façon suivante:

[25.] En conclusion, la véritable question que le tribunal doit trancher est celle de savoir si les FAC, intimée, pouvaient (et si elles auraient dû) s’informer davantage auprès du docteur Schlech, de la docteure Johnston et de M. Thwaites lui-même après que leur personnel médical non spécialisé eut pris connaissance de la lettre du docteur Schlech datée du 12 novembre 1987. Le tribunal doit déterminer, subsidiairement, si les FAC pouvaient (et si elles auraient dû) inviter le docteur Schlech, la docteure Johnston ou M. Thwaites lui-même à comparaître

⁸ Les deux questions imbriquées auxquelles il est ici fait référence sont la déficience et l’orientation sexuelle de M. Thwaites, et les enquêtes internes s’y rapportant.

[26.] As a question of fact and bearing in mind the purpose of the governing legislation, we conclude, however, that the CAF did not go far enough and did not do what it could to reasonably and properly assess Thwaites. It failed to make a full assessment of Thwaites' condition and determine whether he was exposed to risks significantly greater than the usual risks for those who are not disabled of going to sea and being remote from hospital facilities and specialist care should an unexpected medical emergency arise. In essence, the CMRB decision to dismiss him was not based upon the most authoritative and up-to-date medical, scientific and statistical information available. No individual assessment was performed to determine how he was functioning at the various stages of his infirmity. Moreover, the CAF has failed to show that it could not otherwise reasonably and practically accommodate Thwaites' needs without exposing him or others to unacceptable risks. Nor did it demonstrate that no other reasonable or practical alternative (other than dismissal) could have been found for Thwaites. Accordingly, the complaint has been substantiated.⁹

The Tribunal then goes on to deal with the issue of remedy. I will return to this subject at a later stage in these reasons. The remedy provided, which falls short of reinstatement but is nonetheless substantial and here in dispute, is recited at page 42 of these reasons.

STANDARD OF REVIEW

The issues before me as earlier described in these reasons are, I think without question, questions of law. Having reached the same conclusion as to the issues in *Cluff v. Canada (Department of Agriculture)*,¹⁰ I made and adopted the following comments in the reasons for my order therein regarding the standard of review [at pages 184-185]:

... the following quotation from the reasons of La Forest J. in *Canada (Attorney General) v. Mossop* succinctly states the standard of review in this matter:

The superior expertise of a human rights tribunal relates to fact-finding and adjudication in a human rights context. It does not extend to general questions of law such as the one at issue in this case. These are ultimately matters within the

⁹ The conclusion elaborated in paragraph 26 and stated to be "a question of fact" is not, in my opinion, a question of fact but rather a conclusion of law.

¹⁰ [1994] 2 F.C. 176 (T.D.).

devant le CRMC afin d'assurer une possibilité convenable d'examen individualisé.

[26.] Relativement aux faits, le tribunal, gardant à l'esprit l'objectif visé par la loi applicable, conclut toutefois que les FAC n'ont pas poussé assez loin leurs efforts et n'ont pas fait tout ce qu'elles ont pu pour arriver à une évaluation correcte et raisonnable de la situation. Leur évaluation de l'état de santé du plaignant a été tronquée et elles n'ont pas établi si, en cas d'urgence médicale imprévue, celui-ci courait, du fait de sa maladie, des risques substantiellement supérieurs aux dangers auxquels les marins n'ayant pas de déficience s'exposaient habituellement en allant en mer, loin de toute installation hospitalière ou de soins spécialisés. Essentiellement, la décision du CRMC de l'exclure des Forces ne reposait pas sur les renseignements médicaux, scientifiques et statistiques les plus documentés et les plus à jour. Aucune évaluation individualisée n'a été faite afin de déterminer comment il fonctionnait aux divers stades de la maladie. Qui plus est, les FAC n'ont pas démontré qu'il ne leur était pas raisonnablement et pratiquement possible de tenir compte des besoins de M. Thwaites sans faire courir de risques inacceptables à ce dernier ou à d'autres personnes. Elles n'ont pas établi non plus qu'elles n'ont pu trouver une solution raisonnable et pratique autre que la libération. En conséquence, la plainte est bien-fondée.⁹

Le Tribunal entreprend alors l'étude de la réparation recherchée. Je reviendrai sur cette question plus loin dans les présents motifs. La réparation accordée, qui ne va pas jusqu'à la réintégration, mais qui n'en est pas moins substantielle et qui est ici contestée, est citée à la page 42 des présents motifs.

LA NORME D'ANALYSE APPLICABLE

Il n'y a pas lieu de douter, quant à moi, que les questions en litige exposées précédemment sont des questions de droit. Étant arrivé à la même conclusion que dans l'affaire *Cluff c. Canada (Ministère de l'Agriculture)*¹⁰, j'adopte ici les commentaires que, dans les motifs de ma décision, j'ai alors faits quant à la norme d'analyse applicable [aux pages 184 et 185]:

... l'extrait suivant des motifs prononcés par le juge La Forest dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop* énonce succinctement la norme d'analyse applicable en la matière:

L'expertise supérieure d'un tribunal des droits de la personne porte sur l'appréciation des faits et sur les décisions dans un contexte de droits de la personne. Cette expertise ne s'étend pas aux questions générales de droit comme celle qui

⁹ La conclusion élaborée dans le paragraphe 26 «relativement aux faits» n'est pas, à mon avis, une «question de fait», mais plutôt une conclusion de droit.

¹⁰ [1994] 2 C.F. 176 (1^{re} inst.).

province of the judiciary, and involve concepts of statutory interpretation and general legal reasoning which the courts must be supposed competent to perform. The courts cannot abdicate this duty to the tribunal. They must, therefore, review the tribunal's decisions on questions of this kind on the basis of correctness, not a standard of reasonability. ^a

In reviewing the decision of the Tribunal herein "on the basis of correctness", the following extract from the reasons of La Forest J. in *Robichaud v. Canada (Treasury Board)* is generally instructive: ^b

The purpose of the Act is set forth in s. 2 as being to extend the laws of Canada to give effect to the principle that every individual should have an equal opportunity with other individuals to live his or her own life without being hindered by discriminatory practices based on certain prohibited grounds of discrimination, including discrimination of the ground of sex. As McIntyre J., speaking for this Court, recently explained in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, the Act must be so interpreted as to advance the broad policy considerations underlying it. That task should not be approached in a niggardly fashion but in a manner befitting the special nature of the legislation, which he described as "not quite constitutional"; see also *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, per Lamer J., at pp. 157-58. By this expression, it is not suggested, of course, that the Act is somehow entrenched but rather that it incorporates certain basic goals of our society. More recently still, Dickson C. J. in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (the *Action Travail des Femmes* case), [1987] 1 S.C.R. 1114, emphasized that the rights enunciated in the Act must be given full recognition and effect consistent with the dictates of the *Interpretation Act* that statutes must be given such fair, large and liberal interpretation as will best ensure the attainment of their objects. ^c
^d
^e
^f
^g

It is worth repeating that by its very words, the Act (s. 2) seeks "to give effect" to the principle of equal opportunity for individuals by eradicating invidious discrimination. It is not primarily aimed at punishing those who discriminate. McIntyre J. puts the same thought in these words in *O'Malley* at p. 547. ^h

The Code aims at the removal of discrimination. This is to state the obvious. Its main approach, however, is not to punish the discriminator, but rather to provide relief for the victims of discrimination. It is the result or the effect of the action complained of which is significant. ⁱ

Since the Act is essentially concerned with the removal of discrimination, as opposed to punishing anti-social behaviour, it follows that the motives or intention of those who ^j

est soulevée en l'espèce. Ces questions relèvent de la compétence des cours de justice et font appel à des concepts d'interprétation des lois et à un raisonnement juridique général, qui sont censés relever de la compétence des cours de justice. Ces dernières ne peuvent renoncer à ce rôle en faveur du tribunal administratif. Elles doivent donc examiner les décisions du tribunal sur des questions de ce genre du point de vue de leur justesse et non en fonction de leur caractère raisonnable.

Pour examiner la décision qu'a rendue le Tribunal en l'espèce «du point de vue de [sa] justesse», l'extrait suivant des motifs prononcés par le juge La Forest dans l'arrêt *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)* est généralement instructif:

Suivant son art. 2, la Loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet au principe selon lequel tous ont droit à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des motifs de distinction illicites dont ceux fondés sur le sexe. Comme le juge McIntyre l'a expliqué récemment, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, on doit interpréter la Loi de manière à promouvoir les considérations de politique générale qui la sous-tendent. Il s'agit là d'une tâche qui devrait être abordée non pas parcimonieusement mais d'une manière qui tienne compte de la nature spéciale d'une telle loi dont le juge McIntyre a dit qu'elle «n'est pas vraiment de nature constitutionnelle»; voir également *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, le juge Lamer, aux pp. 157 et 158. Bien sûr, ce que laisse entendre cette expression n'est pas que la loi en cause est en quelque sorte enclâssée dans la Constitution, mais plutôt qu'elle exprime certains objectifs fondamentaux de notre société. Plus récemment encore, dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (l'arrêt *Action Travail des Femmes*), [1987] 1 R.C.S. 1114, le juge en chef Dickson a souligné la nécessité de reconnaître et de donner effet pleinement aux droits énoncés dans ladite loi, conformément à la *Loi d'interprétation* qui exige que les lois soient interprétées de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets.

Il vaut la peine de répéter que, de par son texte même, la Loi (à l'art. 2) vise à «donner effet» au principe de l'égalité des chances pour tous en supprimant les distinctions injustes. Son but premier n'est pas de punir ceux qui pratiquent la discrimination. À la page 547 de l'arrêt *O'Malley*, le juge McIntyre exprime la même idée en ces termes:

Le Code vise la suppression de la discrimination. C'est là l'évidence. Toutefois, sa façon principale de procéder consiste non pas à punir l'auteur de la discrimination, mais plutôt à offrir une voie de recours aux victimes de la discrimination. C'est le résultat ou l'effet de la mesure dont on se plaint qui importe.

Puisque la Loi s'attache essentiellement à l'élimination de toute discrimination plutôt qu'à la punition d'une conduite antisociale, il s'ensuit que les motifs ou les intentions des

discriminate are not central to its concern. Rather, the Act is directed to redressing socially undesirable conditions quite apart from the reasons for their existence.¹¹

I conclude that the foregoing comments apply equally to the matter now before me.

ANALYSIS

I turn now to the issues raised on behalf of the applicant with regard to the decision of the Tribunal other than those that relate to the remedy provided. I do so bearing in mind the principle acknowledged on behalf of the applicant that, against the foregoing standard of review, the reasons of the Tribunal should not be read microscopically. I do so also being cognizant that the distinction between direct discrimination and adverse effect discrimination, that is suggested in paragraph 11 above quoted from the Tribunal's decision to be perhaps only semantic is, in fact, real. That this is so is implicitly, if not explicitly, confirmed by Iacobucci J., in the Supreme Court of Canada's recent decision in *Symes v. Canada*.¹² There remains for review the conclusion of the Tribunal in the same paragraph "there is very little, if any, meaningful distinction between what an employer must establish by way of a defence to an allegation of direct discrimination and a defence to an allegation of adverse effect discrimination."

i) Did the Tribunal err in applying a higher standard than the appropriate "reasonably necessary" standard for a BFOR defence?

It was argued before me, both on behalf of the respondent Commission and the intervenors, that the Tribunal was correct in its analysis of the case law and that little distinction remains between the "rea-

¹¹ *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 585; and *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, at pp. 89-90.

¹² [1993] 4 S.C.R. 695, at pp. 755-756 citing *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536.

auteurs d'actes discriminatoires ne constituent pas une des préoccupations majeures du législateur. Au contraire, la Loi vise à remédier à des conditions socialement peu souhaitables, et ce, sans égard aux raisons de leur existence¹¹.

Je conclus que les commentaires qui précèdent s'appliquent également à la question que j'ai à trancher.

ANALYSE

Je considère maintenant les questions soulevées pour le compte du requérant relativement à la décision du Tribunal, à l'exclusion de celles qui se rapportent à la réparation accordée. Je le fais en gardant à l'esprit le principe, admis pour le compte du requérant, que les motifs du Tribunal ne devraient pas être examinés avec une loupe quant à la conformité à la norme d'analyse définie ci-dessus. Je le fais aussi en constatant que la distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, que le Tribunal semble, dans le paragraphe 11 de sa décision, cité précédemment, avoir considérée n'être que nominale est, en fait, réelle. Ce constat est implicitement, si ce n'est explicitement, confirmé par le juge Iacobucci dans l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Symes c. Canada*¹². Il reste à contrôler la conclusion du Tribunal, donnée dans le même paragraphe: «qu'on ne peut établir presque aucune distinction significative entre ce qu'un employeur doit prouver pour se défendre contre une allégation de discrimination directe et ce qu'il doit prouver pour répondre à une allégation de discrimination indirecte».

i) Le Tribunal a-t-il commis une erreur en ce qu'il aurait fautivement appliqué un critère plus sévère que le critère du «raisonnablement nécessaire» qui doit être pris en considération pour une défense fondée sur l'EPJ?

Lors de l'argumentation, on a affirmé, tant pour le compte de la Commission que pour le compte des intervenants, que le Tribunal avait bien analysé la jurisprudence et qu'il reste peu de différence entre,

¹¹ *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, à la p. 585; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, aux p. 89 et 90.

¹² [1993] 4 R.C.S. 695, aux p. 755 et 756 citant *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536.

sonably necessary” or “no reasonable alternatives” standard for a BFOR defence in relation to direct discrimination and the “duty to accommodate” and “individual assessment” standard in relation to adverse effect discrimination. It was further argued before me on behalf of the intervenors that the BFOR defence must be interpreted in a manner consistent with the equality rights guaranteed in section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982, 1982*, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and to give effect to this principle the “reasonably necessary” standard must in effect be equated with the “duty to accommodate” and “individual assessment” standard in relation to adverse effect discrimination.

I find it unnecessary to deal definitively in these reasons with either of these arguments.

While the Tribunal did from time to time adopt the language of the standard in relation to adverse effect discrimination when dealing with the reality of a case of direct discrimination,¹³ the Tribunal not only examined individual assessment in the case of Thwaites which would have gone to the heart of establishing the BFOR if the Tribunal had concluded that it had been effectively and fairly carried out, it further examined whether the CAF had considered reasonable measures to lessen risk in the event that Thwaites were retained in the CAF and whether other alternatives to release of Thwaites had been effectively canvassed. In short, whatever may have been the strengths or weaknesses of the Tribunal’s legal analysis, and I am of the view that the strengths of that analysis far outweigh the weaknesses that are only apparent if the decision is read microscopically, in the final analysis the Tribunal effectively and correctly applied a “reasonably necessary” standard to the review of the BFOR here in issue and determined on the facts that the CAF has failed to establish the objective necessity of the alleged BFOR. Against a standard of review of correctness, I find no basis for

¹³ See, for example, at p. 59 of the Tribunal’s decision, at p. 77 of the applicant’s application record where the term “accommodation” is used.

d’une part, le «raisonnablement nécessaire» ou la norme d’une «autre solution raisonnable» relativement à la défense fondée sur l’EPJ dans un cas de discrimination directe et, d’autre part, l’«obligation d’accommodement» et la norme de l’«évaluation individuelle» dans les cas de discrimination indirecte. On a ajouté, pour le compte des intervenants, que la défense fondée sur l’EPJ doit être interprétée au regard des droits à l’égalité garantis par l’article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] et que, pour qu’il en soit ainsi, il fallait que la norme du «raisonnablement nécessaire» soit mise en équation avec la norme de l’«obligation d’accommodement» et de l’«évaluation individuelle» utilisée dans les cas de discrimination indirecte.

Je ne crois pas que, dans les présents motifs, il soit nécessaire de se prononcer sur l’un ou l’autre de ces arguments.

Bien que le Tribunal ait parfois adopté la terminologie de la norme applicable aux cas de discrimination indirecte alors qu’il examinait les faits d’un cas de discrimination directe¹³, il a non seulement examiné l’évaluation individuelle qui avait été faite dans le cas de M. Thwaites, évaluation qui aurait été au cœur de l’établissement d’une EPJ si le Tribunal en était arrivé à la conclusion que cette évaluation avait été correctement faite, mais il a aussi examiné si les FAC avaient envisagé de prendre des mesures raisonnables de limitation de l’accroissement du risque dans l’éventualité que M. Thwaites soit maintenu dans les FAC, et si d’autres solutions que la libération avaient effectivement été considérées. Bref, quelles que puissent être les forces et les faiblesses de l’analyse juridique du Tribunal, et je suis d’avis que les forces l’emportent sur les faiblesses, ces dernières n’apparaissant que si on examine la décision à la loupe, en dernière analyse, le Tribunal a correctement appliqué la norme du «raisonnablement nécessaire» à l’examen de l’EPJ en question et a déterminé, à partir des faits, que les FAC n’ont pas réussi à établir la nécessité objective de leur EPJ. Au regard de la

¹³ Voir, par exemple, à la p. 87 de la décision du Tribunal, à la p. 77 du dossier de la demande du requérant, la présence du terme «accommodement».

interfering with the decision of the Tribunal on this ground.

Given the foregoing finding, I regard it as unnecessary to comment of the intervenors' Charter argument.

ii) Did the Tribunal err in determining that the "risk of employee failure" sufficient to establish a BFOR "must be substantial"?

In its decision, at paragraph numbered 14 as quoted above, the Tribunal examined the issue of sufficiency of risk to constitute a BFOR. It noted that another Canadian Human Rights Tribunal concluded in a case involving the CAF "that proof of a slight or negligible risk is not sufficient to constitute a BFOR." It then concluded that "[i]t seems that the risk must be substantial." While this conclusion, may be couched in an unfortunate choice of words, it cannot be interpreted as fatal to the Tribunal's decision. The term "substantial" must be interpreted in its context. In its context it is not the equivalent of "great". It is rather nothing more than something greater than "slight or negligible". I conclude that this is the only reasonable interpretation of the term "substantial" in light of the paragraph that immediately follows the use of the term and that is once again reproduced here for ease of reference:

The significant risk standard recognizes that some risk is tolerable in that human endeavours are not totally risk free. While this standard protects genuine concerns about workplace safety, it does not guarantee the highest degree of safety which would be the elimination of any added risk. What it does, is ensure that the objectives of the CHRA are met by seeking to integrate people with disabilities into the workplace even though such persons may create some heightened risk but within acceptable limits.¹⁴

iii) Did the Tribunal err in requiring individual assessment to establish a BFOR and alternatively, did it err in finding inadequate the individual assessment of Thwaites by the CAF?

norme d'analyse relative à la justesse, je ne trouve aucune raison pour intervenir dans la décision du Tribunal sur ce plan.

Compte tenu de la conclusion qui précède, je considère qu'il n'est pas nécessaire de commenter l'argument des intervenants relatif à la Charte.

ii) Le Tribunal aurait-il commis une erreur en ce qu'il aurait fautivement déterminé que «le risque d'erreur humaine suffisant» pour fonder une EPJ «doive être important»?

Au paragraphe 14 de sa décision, tel que cité précédemment, le Tribunal s'est demandé quelle gravité du risque pouvait fonder une EPJ. Il a fait remarquer qu'un autre tribunal des droits de la personne, dans une affaire où les FAC étaient partie, avait conclu «que la preuve d'un risque faible ou négligeable n'est pas suffisante pour constituer une EPJ». Il conclut alors «que le risque doit être important». Le mauvais choix des termes exprimant cette conclusion ne peut servir de motif au renversement de la décision du Tribunal. Le terme «important» doit être interprété dans son contexte, où il n'est pas l'équivalent de «grand». Il signifie plutôt quelque chose qui est simplement un peu plus que «faible ou négligeable». J'arrive à la conclusion que c'est la seule interprétation raisonnable du terme «important», compte tenu du paragraphe qui suit immédiatement le terme. Ce paragraphe est reproduit ici pour, encore une fois, faciliter la référence:

La norme du risque important reconnaît la nécessité de tolérer un certain degré de risque car les activités humaines ne sont pas absolument sans risque. Certes, cette norme protège les préoccupations légitimes au sujet de la sécurité en milieu de travail, mais elle ne garantit pas le degré le plus élevé de sécurité, soit l'élimination de tout risque accru. En effet, elle fait en sorte que les objectifs de la Loi soient atteints en favorisant l'intégration professionnelle des personnes qui ont des déficiences, bien qu'il en résulte une augmentation des risques, qui est cependant contenue dans des limites acceptables.¹⁴

iii) Le Tribunal a-t-il commis une erreur en ce qu'il aurait fautivement exigé une évaluation individuelle pour l'établissement d'une EPJ et, subsidiairement, en ce qu'il aurait fautivement rejeté l'évaluation individuelle faite de M. Thwaites par les FAC?

¹⁴ Underlining added for emphasis.

¹⁴ C'est moi qui souligne.

Whether or not individual assessment is required as an element of the “reasonably necessary” standard for a BFOR defence in relation to direct discrimination is not a question that I find I must address. Certainly the Tribunal, in its legal analysis, seems to reach that conclusion and the intervenors in their argument make a compelling case for that conclusion. But whether or not individual assessment is required as a matter of law, the CAF purported to undertake individual assessment in relation to Thwaites and relied on that assessment in defence of its alleged BFOR. Put another way, the CAF chose to defend its BFOR as being reasonably necessary by relying on its individual assessment of Thwaites. That being the case, it was incumbent on the Tribunal to examine the individual assessment that was undertaken as an element of its examination of the “reasonably necessary” standard for the BFOR defence. I concur with the conclusion of the Tribunal that the individual assessment process was inadequate to support the BFOR against a “reasonably necessary” standard. The inadequate individual assessment resulted in a decision to release Thwaites, an individual who was under a disability. It was critical or central to a process that was acknowledged to result in discrimination against Thwaites on a prohibited ground. The individual assessment process failed to respect the most basic elements of the duty to act fairly.

iv) Did the Tribunal erroneously equate the duty to accommodate that is related to adverse effect discrimination with the duty to demonstrate no reasonable alternatives for cases of direct discrimination?

For the reasons set out in relation to the first issue question discussed above, I conclude that this question must be answered in the negative. I reach this conclusion, not because the Tribunal was necessarily correct in the conclusion drawn from its legal analysis that the standard in respect of direct discrimination equates with or approaches very close to the standard in respect of adverse effect discrimination, but because, in the last analysis, the Tribunal effectively applies a “reasonable alternatives” or “reasona-

Je ne crois pas devoir déterminer s’il faut qu’il y ait une évaluation individuelle pour satisfaire à la norme du «raisonnablement nécessaire» pour l’établissement d’une EPJ dans le cas d’une allégation de discrimination directe. Le Tribunal, dans son analyse, semble certainement arriver à cette conclusion, et les intervenants ont présenté des arguments très convaincants en ce sens. Mais que l’évaluation individuelle soit ou non obligatoire en droit, les FAC ont prétendu avoir fait cette évaluation individuelle dans le cas de M. Thwaites et se sont fondées sur cette évaluation pour étayer leur défense d’EPJ. En d’autres termes, les FAC ont choisi de défendre leur EPJ comme étant raisonnablement nécessaire en se fondant sur leur évaluation de M. Thwaites. Le Tribunal se devait donc d’examiner l’évaluation individuelle qui avait été faite, comme élément de son examen de la norme du «raisonnablement nécessaire» applicable à la défense d’EPJ. Je suis d’accord avec la conclusion du Tribunal que, en raison de ses insuffisances, le processus d’évaluation individuelle ne pouvait pas appuyer l’EPJ, compte tenu de la norme du «raisonnablement nécessaire». Les insuffisances du processus d’évaluation ont eu pour résultat la libération de M. Thwaites, une personne qui avait une déficience. Cette évaluation a été au centre d’un processus qui a abouti à traiter M. Thwaites défavorablement pour un motif de distinction illicite. Le processus d’évaluation individuelle n’a pas respecté les règles les plus élémentaires de l’équité.

iv) Le Tribunal a-t-il commis une erreur en ce qu’il aurait fautivement considéré comme identiques l’obligation d’accommodement, qui doit être respectée dans les cas de discrimination indirecte, et l’obligation d’établir l’absence d’une autre solution raisonnable, qui doit être respectée dans les cas de discrimination directe?

Pour les motifs donnés relativement à la première des questions en litige discutées ci-dessus, je conclus qu’il convient de répondre par la négative à cette question. J’arrive à cette conclusion, non pas parce que le Tribunal avait nécessairement raison de conclure, à la suite de son analyse, que la norme applicable à la discrimination directe équivaut à toutes fins pratiques à la norme applicable à la discrimination indirecte, mais parce que, en dernière analyse, le Tribunal applique effectivement la norme de l’absence

bly necessary” standard to the facts of this case. In so doing, it was drawn into the language applicable to cases of adverse effect discrimination by the actions of the CAF in individually assessing Thwaites’ situation.

Based on the foregoing analysis, and against a standard of review of correctness, I find no basis for interference by this Court in the conclusion of the Tribunal that the complaint of the respondent Thwaites had been substantiated before it.

THE RELIEF GRANTED BY THE TRIBUNAL

As indicated earlier in these reasons,¹⁵ the applicant has put in issue the three elements of the relief granted by the Tribunal to Thwaites. I will deal with them in turn.

i) Did the Tribunal err in law in awarding excessive monetary relief to the respondent Thwaites under the heads of future loss of income and past loss of income?

Counsel for the applicant urged upon me that the Tribunal erred in law in determining the appropriate quantum of compensation payable to Thwaites in respect of loss of past income and future income arising from the discriminatory action of the CAF. The relevant portions of section 53 of the *Canadian Human Rights Act* read as follows:

53. ...

(2) If, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is substantiated, it may, subject to subsection (4) and section 54, make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in that order any of the following terms that it considers appropriate:

(c) that the person compensate the victim, as the Tribunal may consider proper, for any or all of the wages that the victim was deprived of and for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice; and

Neither subsection 53(4) nor section 54 is applicable to the facts of this case.

¹⁵ See p. 48, quoted paragraphs c), d) and e).

d’une «autre solution raisonnable» ou du «raisonnablement nécessaire» aux faits de l’espèce. En procédant ainsi, il s’est trouvé à devoir utiliser le vocabulaire applicable aux cas de discrimination indirecte, compte tenu des mesures prises par les FAC pour évaluer individuellement la situation de M. Thwaites.

Compte tenu de l’analyse qui précède et de la norme de justesse applicable lors d’un contrôle judiciaire, je ne trouve aucune raison pour la Cour d’intervenir dans la conclusion du Tribunal que la plainte qui lui était présentée par M. Thwaites était fondée.

LA RÉPARATION ACCORDÉE PAR LE TRIBUNAL

Comme je l’ai indiqué précédemment¹⁵ dans les présents motifs, le requérant conteste les trois éléments de la réparation accordée à M. Thwaites par le Tribunal. J’examine ici ces éléments un à un.

i) Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en ce qu’il aurait accordé à l’intimé Thwaites une réparation pécuniaire excessive aux chapitres de la perte de revenus future et de la perte de revenus passée?

Les avocats du requérant m’ont fait remarquer avec insistance que le Tribunal a commis une erreur de droit lorsqu’il a fixé le montant de la compensation payable à M. Thwaites quant à la perte de revenus passée et à la perte de revenus future résultant de l’acte discriminatoire posé par les FAC. L’extrait pertinent de l’article 53 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est rédigé de la façon suivante:

53. ...

(2) À l’issue de son enquête, le tribunal qui juge la plainte fondée peut, sous réserve du paragraphe (4) et de l’article 54, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d’un acte discriminatoire:

c) d’indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction qu’il juge indiquée, des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l’acte;

Ni le paragraphe 53(4) ni l’article 54 ne s’appliquent aux faits de l’espèce.

¹⁵ Voir à la p. 48, les paragraphes cités c), d) et e).

Counsel for the applicant argued that the Tribunal failed to take into account the principles of foreseeability and remoteness and failed to consider an appropriate cap related, I assume, to those principles as required by the majority decision of the Federal Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v. Morgan*.¹⁶ At pages 414 and 415 of that decision, Marceau J.A., speaking as part of the majority of the Court stated:

(a) Reading the comments of the Chairman of the initial Tribunal and those of the Review Tribunal majority, I am afraid, I say it with respect, that there exists some confusion between the right to obtain reparation for a damage sustained and the assessment of that damage. While the particular nature of the human rights legislation—which has been said to be so basic as to be near-constitutional and in no way an extension of the law of tort (see e.g. *Robichaud v. Brennan (sub nom. Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, at page 89, and *Bhadauria v. Board of Governors of Seneca College (sub nom. Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria)*, [1981] 2 S.C.R. 181)—renders unjustifiable the importation of the limitations to the right to obtain compensation applicable in tort law, the assessment of the damages recoverable by a victim cannot be governed by different rules. In both fields, the goal is exactly the same: make the victim whole for the damage caused by the act source of liability. Any other goal would simply lead to an unjust enrichment and a parallel unjust impoverishment. The principles developed by the courts to achieve that goal in dealing with tort liability are therefore necessarily applicable. It is well known that one of those principles has been to exclude from the damages recoverable the consequences of the act that were only indirect or too remote. In my view, the minority member was perfectly right in writing (at pages D/74-D/75):

If reinstatement is purely discretionary and compensation is less so then it seems to me certain well-known accepted principles of compensatory damages should guide the Tribunal in assessing or quantifying the financial loss. These principles are quoted with approval by the Review Tribunal in the *Foreman* (Can. Rev. Trib.) case, *supra*, [*Foreman v. Via Rail Canada Inc.* (1980), 1 C.H.R.R. D/233] as follows at para. 7716 [D/869 of *Torres, supra*]:

In our view the use of the language of “compensation” by the Canadian Act implies that tribunals are to apply the principles applied by courts when awarding compensatory damages in civil legislation. The root principle of the civil law of damages is “*restitutio in integrum*”: the injured party should be put back into the position he or she would have enjoyed had the wrong not occurred, to the extent

Les avocats du requérant ont allégué que le Tribunal aurait dû prendre en considération les principes relatifs au caractère prévisible et à la prévisibilité raisonnable des préjudices subis, et qu’il aurait dû envisager la fixation d’une limite aux dommages-intérêts en découlant, compte tenu de ces principes et des motifs majoritaires rendus par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Morgan*¹⁶. Aux pages 414 et 415 de l’arrêt, le juge Marceau, J.C.A., au nom de la majorité, s’est exprimé de la façon suivante:

a) À la lecture des commentaires du président du tribunal de première instance et de ceux de la majorité du tribunal d’appel, force m’est de constater la présence d’une certaine confusion entre le droit d’obtenir réparation d’un préjudice subi et l’évaluation des dommages-intérêts. Si la nature spéciale de la Loi sur les droits de la personne, que l’on dit tellement fondamentale qu’elle serait presque de nature constitutionnelle et qui n’est pas du domaine de la responsabilité délictuelle (voir p. ex. l’arrêt *Robichaud c. Brennan (sub nom. Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, à la page 89, et l’arrêt *Bhadauria c. Bureau des gouverneurs du Seneca College (sub nom. Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria)*, [1981] 2 R.C.S. 181), exclut l’application de limites au droit d’obtenir une indemnité qui relève de la responsabilité délictuelle, l’évaluation des dommages-intérêts exigibles par la victime ne peut être régie par des règles différentes. Dans les deux cas, le principe est le même: la partie lésée doit être remise dans la position où elle aurait été si le tort ne s’était pas produit. Tout autre but entraînerait un enrichissement sans cause et un appauvrissement injustifié parallèle. Les principes établis par les tribunaux pour atteindre cet objectif en responsabilité délictuelle s’appliquent donc nécessairement. Il est bien connu que l’un de ces principes consiste à exclure les conséquences de l’acte qui sont trop lointaines ou seulement indirectes. À mon avis, le membre minoritaire avait tout à fait raison en écrivant (aux pages D/74 et D/75):

Si la réintégration est purement discrétionnaire et que ce n’est pas le cas de l’indemnisation, il me semble que certains principes reconnus applicables en matière d’octroi de dommages-intérêts devraient guider le tribunal dans son appréciation et son évaluation de la perte financière. Ces principes ont été cités et endossés par le tribunal d’appel au par. 7716 [D/869 de *Torres, supra*] de l’affaire *Foreman [Foreman c. Via Rail Canada Inc., (1980), 1 C.H.R.R. D/233]*, *supra*:

À notre avis, le mot «indemnité» (à titre de compensation) utilisé dans la loi canadienne implique que les tribunaux doivent appliquer les principes employés par les cours de justice qui accordent des compensations en droit civil, dont le principe essentiel repose, dans l’octroi de dommages-intérêts, sur celui de la «*restitutio in integrum*»: la partie lésée doit être remise dans la position où

¹⁶ [1992] 2 F.C. 401 (C.A.).

¹⁶ [1992] 2 C.F. 401 (C.A.).

that money is capable of doing so, subject to the injured party's obligation to take reasonable steps to mitigate his or her losses. (D/238)

In a recent case, *Canada (Attorney General) v. McAlpine*, *supra*, [[1989] 3 F.C. 530] the Federal Court of Appeal, on appeal from a decision of a human rights tribunal which relied on that principle in assessing damages for lost U.I.C. benefits, commented as follows at p. 538 [para. 13, D/258]:

... the proper test must also take into account remoteness or foreseeability where the action is one of contract or tort. Only such part of the loss resulting as is reasonably foreseeable is recoverable.

After quoting further from *McAlpine*, Marceau J.A. goes on at pages 415 and 416 to state:

I think one should not be too concerned by the use of various concepts in order to give effect to the simple idea that common sense required that some limits be placed upon liability for the consequences flowing from an act, absent maybe bad faith. Reference is made at times to foreseeable consequences, a test more appropriate, it seems to me, in contract law. At other times, standards such as direct consequences or reasonably closely connected consequences are mentioned. The idea is always the same: exclude consequences which appear down the chain of causality but are too remote in view of all the intervening facts. Whatever be the source of liability, common sense still applies.

It has been found, I know, that the practice developed in cases of wrongful dismissal with respect to the assessment of the lost wages was not necessarily applicable to cases of job loss attributable to discriminatory treatment. Note that, in cases of wrongful dismissal, the act for which the employer is reproached is not to have put an end to the employment but to have done so without proper notice or in contravention of the terms of a contract. The nature of the act source of liability is different, therefore the consequences flowing from it ought to be different.

In my view, the initial Tribunal and the majority members of the Review Tribunal were wrong in refusing to establish a cap or cut-off point for the period of compensation, independent of the order of reinstatement.

While the concepts of remoteness and foreseeability are clearly enunciated in the foregoing quotations, two other concepts are also highlighted by Mr. Justice Marceau. He states that the goal in respect of

elle aurait été si le tort qui lui a été causé ne s'était pas produit, dans la mesure où l'argent peut dédommager la partie lésée et dans la mesure où celle-ci reconnaît son obligation de prendre des mesures raisonnables pour atténuer ses pertes. (D/238)

Dans un arrêt récent, *Canada (Attorney General) c. McAlpine*, *supra*, [[1989] 3 C.F. 530], la Cour d'appel fédérale, appelée à statuer sur un appel formé contre une décision d'un tribunal des droits de la personne qui s'est appuyé sur ce principe pour déterminer les dommages-intérêts devant être accordés pour les pertes de prestations d'assurance-chômage, a fait les commentaires suivants à la p. 538 [par. 13, D/258]:

[...] il aurait également fallu tenir compte du caractère prévisible ou de la prévisibilité raisonnable des dommages, peu importe que l'action intentée soit en responsabilité contractuelle ou en responsabilité délictuelle. En effet, seules les pertes subies qui sont raisonnablement prévisibles sont recouvrables.

Après avoir cité un peu plus longuement les motifs du tribunal d'appel, le juge Marceau, J.C.A., affirme aux pages 415 et 416:

À mon avis ces diverses doctrines ont peu de poids lorsqu'il s'agit de mettre en application l'idée toute simple qu'il y a une limite à la responsabilité de l'auteur du préjudice quant aux conséquences de son acte sauf, peut-être, dans les cas de mauvaise foi. Certains arrêts se sont fondés sur la doctrine de la prévisibilité des dommages, un critère qui me semble plus approprié en matière contractuelle. Dans d'autres arrêts, on mentionne des critères tels que les conséquences directes ou raisonnablement directes de l'acte dommageable. Le but visé demeure le même: écarter les conséquences de l'acte qui sont trop lointaines compte tenu de tous les événements qui ont eu lieu entre les deux. Quelle que soit la source de responsabilité, le bon sens s'applique.

Je sais que les principes appliqués dans les affaires portant sur des cas de congédiement injuste pour l'évaluation des pertes de salaire ne s'appliquent pas nécessairement aux affaires portant sur les pertes d'emploi découlant d'un acte discriminatoire. Dans les cas de congédiement injuste, on reproche à l'employeur non pas d'avoir mis fin au contrat de travail, mais de l'avoir fait sans avis préalable, en violation du contrat. La nature de l'acte sur lequel porte la responsabilité étant différente, les conséquences qui en découlent le sont donc aussi.

À mon avis, le tribunal de première instance et la majorité des membres du tribunal d'appel ont eu tort de refuser de fixer une limite à la période d'indemnisation indépendamment de l'ordonnance de réintégration.

Bien que les concepts de «caractère prévisible» et de «prévisibilité raisonnable» soient clairement énoncés dans les citations qui précèdent, deux autres concepts sont mis en relief par le juge Marceau. Ce

compensation under human rights legislation and applicable in tort law is the same, that is, to make the victim whole for the damage caused by the act that is the source of liability. Further, he states that “common sense” requires that some limits be placed upon liability for the consequences flowing from an act.

Against the principles enunciated by Mr. Justice Marceau, I find no error in the assessment of compensation for loss of past and future income by the Tribunal that would warrant the intervention of this Court.

The Tribunal relied on expert actuarial evidence introduced on behalf of both Thwaites and the CAF. The evidence was in the form of detailed written reports supplemented by *viva voce* testimony before the Tribunal. The reports reflected the term of Thwaites employment arrangement with the CAF and made varying assumptions regarding Thwaites salary and rank progression through that period. Both reports factored in Thwaites’ life expectancy based on his medical disability but not his personal medical condition. Both also factored in the reality and continued possibility of mitigation through alternative employment. Both with respect to past income and with respect to future income, the Tribunal adopted the more conservative estimate, that provided in the actuarial evidence introduced on behalf of the CAF.

Against the more conservative estimate, the Tribunal applied a “contingency deduction” of ten percent by reason of the fact that Thwaites might voluntarily have discontinued his military career and by reason of his personal medical condition.

I find that the analysis of the Tribunal is correctly directed, in a conservative way, to the objective of making Thwaites whole for the damage caused by the discriminatory act of the CAF. It gives effect to the principle of common sense by placing a limit upon liability based upon a reduction factor drawn, albeit arbitrarily, from Thwaites’ personal medical condi-

dernier affirme que le but visé dans les affaires de compensation sous le régime de la législation des droits de la personne et sous le régime de la responsabilité délictuelle est le même, c’est-à-dire, remettre la partie lésée dans la position où elle aurait été si le tort ne s’était pas produit. Il ajoute que le «bon sens» nécessite qu’une limite doive être imposée à la responsabilité de l’auteur du préjudice quant aux conséquences de son acte.

Au regard des principes énoncés par le juge Marceau, je ne trouve aucune erreur dans l’évaluation que le Tribunal a faite de la perte de revenus passée et de la perte de revenus future qui nécessiterait l’intervention de la présente Cour.

Le Tribunal s’est appuyé sur l’expertise actuarielle déposée en preuve pour le compte de M. Thwaites et des FAC. Cette preuve consistait en des rapports écrits qui ont été complétés par un témoignage oral à l’audience. Les rapports ont tenu compte de la période d’emploi sur laquelle M. Thwaites et les FAC avaient conclu un contrat, et ils ont envisagé diverses hypothèses quant à la progression qu’aurait connu M. Thwaites dans sa carrière, sur le plan du salaire et du grade, pendant cette période. Les rapports présentés pour le compte des deux parties ont pris en considération l’espérance de vie de M. Thwaites, calculée en fonction de sa déficience médicale, mais non en fonction de son état de santé personnel. Les deux rapports ont inclus dans leur calcul la réalité et la possibilité continue d’une diminution du préjudice par l’occupation d’un autre emploi. Tant dans le cas des revenus passés que dans le cas des revenus futurs, le Tribunal a adopté l’estimation la plus modérée, soit l’expertise qui a été déposée pour le compte des FAC.

À cette estimation la plus modérée, le Tribunal a appliqué une «déduction pour événements imprévus» de 10 p. 100 pour le motif que M. Thwaites aurait pu abandonner volontairement sa carrière militaire et pour le motif de l’état de santé de ce dernier.

Je considère que le Tribunal a fait une analyse correcte et modérée, orientée vers le but de replacer M. Thwaites dans la position où il aurait été s’il n’avait pas été lésé par l’acte discriminatoire posé par les FAC. Cette analyse met en pratique le principe du bon sens en fixant une limite à la responsabilité à partir d’un facteur de réduction fondé, bien qu’arbitraire-

tion. This amounted to the establishment of a cap or cut-off point for the period of compensation.

Finally, I find nothing in the analysis of the Tribunal that would indicate that it ignored the concepts of foreseeability and remoteness. It started from the reality existing at the time of its decision. It took into account Thwaites' personal medical condition. On the basis of that condition, it did not look long into the future in determining future loss of income. Although it did not specifically address the principles of foreseeability and remoteness in relation to income, it did use the expression "too remote" in addressing compensation for expenses other than actuarial fees.

ii) Did the Tribunal err in law in awarding interest on the maximum \$5,000 award for special compensation pursuant to subsection 53(3) of the *Canadian Human Rights Act*?

Subsection 53(3) of the *Canadian Human Rights Act* reads as follows:

53. . . .

(3) In addition to any order that the Tribunal may make pursuant to subsection (2), if the Tribunal finds that

(a) a person is engaging or has engaged in a discriminatory practice wilfully or recklessly,

or

(b) the victim of the discriminatory practice has suffered in respect of feelings or self-respect as a result of the practice,

the Tribunal may order the person to pay such compensation to the victim, not exceeding five thousand dollars, as the Tribunal may determine.

It is important to note that the applicant does not attack the award to Thwaites of compensation in the amount of five thousand dollars as compensation under this subsection. The questions raised are first, whether the award of simple interest on that amount at the Bank of Canada prime rate "from and after

ment, sur l'état de santé de M. Thwaites. Ceci a eu pour résultat la fixation d'un plafond pour la période de compensation.

Finalement, je ne trouve rien dans l'analyse du Tribunal qui indiquerait qu'il n'aurait pas tenu compte des concepts de «caractère prévisible» et de «prévisibilité raisonnable». Il est parti de la réalité qui existait au moment où il a rendu sa décision. Il a pris en considération l'état de santé de M. Thwaites. À partir de cet état de santé, il n'a pas exagéré l'estimation de la perte de revenus future. Bien qu'il ne se soit pas directement penché sur les principes de «caractère prévisible» et de «prévisibilité raisonnable» relativement au revenu, il a cependant utilisé les mots «dépenses très indirectes*» sur la question de la compensation à accorder relativement aux autres frais que les honoraires d'actuaire.

ii) Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en ce qu'il a accordé des intérêts sur l'indemnité spéciale dont le montant maximal de 5 000 \$ a été accordé en vertu du paragraphe 53(3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*?

Le paragraphe 53(3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est rédigé de la façon suivante:

53. . . .

(3) Outre les pouvoirs que lui confère le paragraphe (2), le tribunal peut ordonner à l'auteur d'un acte discriminatoire de payer à la victime une indemnité maximale de cinq mille dollars, s'il en vient à la conclusion, selon le cas:

a) que l'acte a été délibéré ou inconsidéré;

b) que la victime en a souffert un préjudice moral.

Il est important de noter que le requérant n'attaque pas comme telle la compensation de cinq mille dollars accordée à M. Thwaites au titre de la compensation qui peut être accordée en vertu du paragraphe cité ci-dessus. Les questions soulevées sont: premièrement, l'intérêt simple accordé sur ce montant, au

* Le parallèle terminologique établi en anglais entre «remoteness» et «remote» n'a pas pu être conservé en français, en raison de la terminologie utilisée dans la version française des motifs du Tribunal.

June 1992” has the effect of increasing the award under the subsection 53(3) to an amount in excess of the maximum compensation allowed and second, if it does not, but the interest amounts to a separate award, whether the separate award is beyond the jurisdiction of the Tribunal?

In addressing the question of interest, the Tribunal also provided that interest is payable from and after June, 1992 on the past and future income portion of the award. No objection is taken to this award of interest.

I find that both awards of interest, in the absence of specific authority to award interest and bearing in mind the principle that the *Canadian Human Rights Act* is to be interpreted so as to advance the broad policy considerations underlying it,¹⁷ derive their authority from the authority contained in paragraph 53(2)(c) of the *Canadian Human Rights Act* quoted above¹⁸ to order compensation “for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice.” The evidence before the Tribunal indicates that Thwaites went bankrupt and borrowed from his parents and possibly others to maintain himself and pay for his treatment. I find it reasonable for the Tribunal to have assumed that Thwaites would have continued to incur interest expense from the time of the Tribunal’s order until the awards were paid, thus incurring expense that would likely be only partially offset by the awards of interest provided.

On the foregoing reasoning I find that the award of interest in question was not made under subsection 53(3) and did not have the effect of increasing the award thereunder beyond what is authorized by

taux préférentiel de la Banque du Canada, «à compter de la date du dépôt de la plainte», a-t-il pour effet d’augmenter la compensation accordée en vertu du paragraphe 53(3) à un montant qui dépasse le montant maximum qui y est stipulé, et, deuxièmement et subsidiairement, si le montant maximal de la compensation n’est pas augmenté, mais que l’intérêt accordé constitue une compensation distincte, le Tribunal avait-il la compétence pour accorder cette compensation?

Sur la question de l’intérêt, le Tribunal a aussi statué qu’il était payable à compter du mois de juin 1992 sur la compensation accordée pour la perte de revenus passée et la perte de revenus future. On ne s’est pas opposé à ce que cet intérêt soit accordé.

Je considère que, en l’absence de principes clairs quant à l’allocation des intérêts et compte tenu que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* doit être interprétée de manière à mettre en pratique les principes généraux qui en sont le fondement¹⁷, les intérêts accordés sur les deux sommes sont justifiés par l’alinéa 53(2)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, précité¹⁸, qui permet d’accorder une compensation relativement aux «dépenses entraînées par l’acte». La preuve présentée au Tribunal montre que M. Thwaites a fait faillite et qu’il a emprunté de l’argent à ses parents, et peut-être à d’autres, pour subvenir à ses besoins et payer ses traitements. Je considère que le Tribunal a valablement supposé que M. Thwaites aurait continué d’assumer des dépenses d’intérêts pendant la période allant du prononcé de l’ordonnance du Tribunal au moment où les sommes allouées lui seraient payées, intérêts qui ne seraient vraisemblablement que partiellement compensés par les intérêts accordés.

Compte tenu de ce raisonnement, je considère que l’allocation des intérêts en question n’a pas été accordée en vertu du paragraphe 53(3) et n’a pas eu pour effet d’accroître le montant accordé en vertu de ce

¹⁷ See *Robichaud v. Canada (Treasury Board)* quoted *supra*, footnote 11.

¹⁸ See p. 65.

¹⁷ Voir l’arrêt *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, précité à la note 11.

¹⁸ Voir p. 65.

law.¹⁹ It follows that I find the Tribunal did not err in law in making that portion of its award of interest.

I make no finding as to whether the Tribunal had an inherent right to award interest on its monetary award that is not founded in paragraph 53(2)(c), although the *Morgan* decision, *supra*, would appear to provide authority that such an inherent right exists.

iii) Did the Tribunal err in law in awarding Thwaites reasonable costs of his counsel including the cost of actuarial services?

I refer to the authority under paragraph 53(2)(c) of the *Canadian Human Rights Act* quoted above to award compensation for expenses incurred by a victim, in this case Thwaites. I find no reason to restrict the ordinary meaning of the expression “expenses incurred”. Costs of counsel and actuarial services incurred by Thwaites are, in the ordinary usage of the English language, expenses incurred by Thwaites. The fact that lawyers and judges attach a particular significance to the term “costs” or the expression “costs of counsel” provides no basis of support for the argument that “expenses incurred” does not include those costs unless they are specifically identified in the legislation. On the basis of the principle that the words of legislation should be given their ordinary meaning unless the context otherwise requires, and finding nothing in the relevant context that here otherwise requires, I conclude that the Tribunal did not err in law in awarding Thwaites reasonable costs of his counsel including the cost of actuarial services.

COSTS

In the respondent Thwaites’ application record, Thwaites’ costs are requested against the applicant. Rule 1618 of the *Federal Court Rules*²⁰ provides that no costs shall be payable in respect of an application

¹⁹ See *Canada (Attorney General) v. Morgan*, [1992] 2 F.C. 401 (C.A.), at p. 437 where MacGuigan J.A., in dissent, indicates that the maximum award “including interest” under s. 53(3) is \$5,000.

²⁰ C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

paragraphe au-delà de ce qui y est prescrit¹⁹. J’en conclus donc que le Tribunal n’a pas commis d’erreur de droit en accordant ces intérêts.

a Je n’ai pas à décider si le Tribunal avait le droit inhérent, en dehors du droit accordé par l’alinéa 53(2)c), d’accorder des intérêts sur la somme allouée, bien qu’il semble que l’arrêt *Morgan*, précité, puisse fonder ce droit inhérent.

b iii) Le Tribunal a-t-il commis une erreur en ce qu’il a accordé à M. Thwaites les dépens raisonnables qu’il a assumés, dont les honoraires d’actuaire?

c Je me réfère au pouvoir accordé par l’alinéa 53(2)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, précité, d’accorder une compensation pour les dépenses engagées par la victime, en l’occurrence M. Thwaites. Je ne vois aucune raison de restreindre le sens des termes «dépenses entraînées». Les honoraires que M. Thwaites a dû payer pour les services de son avocat et pour l’expertise actuarielle sont, dans la langue courante, des dépenses qui ont été entraînées par l’acte discriminatoire. Le fait que les avocats et les juges accordent une signification particulière au terme «frais» et à l’expression «frais d’avocat» ne peut servir de fondement à l’argument selon lequel l’expression «dépenses entraînées» ne comprendrait pas ces frais à moins qu’ils ne soient expressément mentionnés par la loi. Partant du principe que les mots utilisés par le législateur doivent être interprétés selon leur sens habituel à moins que le contexte n’en dicte un autre, et considérant que le contexte de l’espèce ne dicte pas un autre sens, j’en conclus que le Tribunal n’a pas commis d’erreur de droit en accordant à M. Thwaites les dépens raisonnables, y compris les frais de l’expertise actuarielle.

LES DÉPENS

Dans le dossier de sa demande, l’intimé Thwaites a demandé que les dépens lui soient accordés contre le requérant. La Règle 1618 des *Règles de la Cour fédérale*²⁰ prescrit qu’il n’y aura pas de frais à l’occasion

¹⁹ Voir *Canada (Procureur général) c. Morgan*, [1992] 2 C.F. 401 (C.A.), à la p. 437, où le juge MacGuigan, J.C.A., dans ses motifs dissidents, statue que la compensation maximale, «y compris les intérêts», qui peut être accordée en vertu de l’art. 53(3) est 5 000 \$.

²⁰ C.R.C., ch. 663 (éditée par DORS/92-43, art. 19).

for judicial review unless this Court, for special reasons, so orders. While it is fair to say that this application for judicial review, including related interlocutory proceedings, has caused Thwaites concern and hardship that may have been rendered particularly difficult by his medical condition and his financial difficulties, the same can be said in respect of many judicial review applications that come before this Court. I am not prepared to conclude that Thwaites' medical condition and financial difficulties constitute special reasons.

CONCLUSION

In the result, I have ordered that the application is dismissed. There is no order as to costs.

d'une demande de contrôle judiciaire, à moins que la Cour n'en ordonne autrement pour des raisons spéciales. Bien qu'il soit juste de dire que la présente demande de contrôle judiciaire, y compris les procédures interlocutoires, ont causé à M. Thwaites des difficultés qui ont sans doute été aggravées par son état de santé et par sa situation financière, on peut en dire autant de bon nombre d'instances de contrôle judiciaire qui sont entendues par la présente Cour. Je ne suis donc pas disposé à conclure que l'état de santé et la situation financière de M. Thwaites constituent des raisons spéciales.

CONCLUSION

En définitive, j'ai ordonné que la demande soit rejetée. Il n'y aura pas adjudication des dépens.