

A-1035-84

A-1035-84

**Canadian National Railway Company (Applicant)****Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (requérante)**

v.

a c.

**Canadian Human Rights Commission, Denis Lemieux, Nicole Duval-Hesler and Joan Wallace, in their capacity as members of the Human Rights Tribunal and Action Travail des Femmes (Respondents)**

**Commission canadienne des droits de la personne, Denis Lemieux, Nicole Duval-Hesler et Joan Wallace, en leur qualité de membres du Tribunal des droits de la personne et Action Travail des Femmes (intimés)**

Court of Appeal, Pratte, Hugessen and MacGuigan JJ.—Montreal, May 27, 28, 29 and 30; Ottawa, July 16, 1985.

Cour d'appel, juges Pratte, Hugessen et MacGuigan—Montréal, 27, 28, 29 et 30 mai; Ottawa, 16 juillet 1985.

*Human Rights — Affirmative action program — Application to set aside decision of Human Rights Tribunal imposing specific program of affirmative action on employer — Tribunal's order setting goal of 13% women in targeted job positions and quota of one female hiring in four until goal reached — Tribunal lacking jurisdiction to make order under s. 41(2)(a) — S. 41(2)(a) permitting Tribunal to order taking of measures aimed at preventing future occurrence of discriminatory practice — S. 41(2)(a) specifying measures ordered may include adoption of affirmative action programs under s. 15(1) — S. 15(1) not limited to prevention of future evil, but protecting voluntary programs — Exercise of power under s. 41 requiring compliance with purposive requirements of s. 41, i.e., to prevent future acts of discrimination — Order expressed in remedial terms and cannot stand — Publicity campaign ordered by Commission justifiable as preventive, and severable from rest of order — S. 41(2)(a) requirement of consultation with Commission on general purposes referring to consultation after Tribunal decreeing measures to be taken — Failure to prescribe consultation not fatal — Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 2(a), 10, 14(a), 15, 41 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.*

*Droits de la personne — Programme d'action positive — Demande tendant à l'annulation de la décision d'un tribunal des droits de la personne ayant imposé un programme spécifique d'action positive à un employeur — L'ordonnance du tribunal fixe un objectif visant à porter à 13 le pourcentage des femmes dans les postes-cibles et impose un quota d'embauchage qui oblige le CN à confier, à l'embauche, un poste sur quatre à une femme — Le tribunal n'a pas compétence, en vertu de l'art. 41(2)a, pour rendre l'ordonnance — L'art. 41(2)a permet au tribunal d'ordonner l'adoption de mesures destinées à prévenir la répétition de l'acte discriminatoire — L'art. 41(2)a précise que les mesures qu'ordonne de prendre le tribunal peuvent comprendre l'adoption d'un programme d'action positive en vertu de l'art. 15(1) — L'art. 15(1) n'est pas limité à la prévention d'un préjudice futur, ce sont toutefois les programmes volontaires qu'il vise — Lorsqu'il exerce le pouvoir que lui confère l'art. 41, le tribunal doit se conformer aux objectifs exigés par l'art. 41, c'est-à-dire prévenir de futurs actes de discrimination — L'ordonnance est formulée en termes de redressement et ne peut être maintenue — La campagne de publicité ordonnée par la Commission est justifiée étant donné qu'elle est préventive et dissociable du reste de l'ordonnance — L'obligation faite par l'art. 41(2)a de consulter la Commission au sujet de l'objet général des mesures vise la consultation qui doit avoir eu lieu une fois que le tribunal a décrété les mesures à prendre — L'omission d'ordonner la consultation n'entache pas la décision de nullité — Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 2a), 10, 14a), 15, 41 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 28.*

Application to review and set aside a decision of the Human Rights Tribunal imposing a specific program of affirmative action on the employer. A complaint was brought against CN alleging that it had pursued a policy which deprived women of employment opportunities in blue-collar positions in the St. Lawrence region. The Tribunal concluded that there was no *bona fide* occupational requirement for CN's practice and that the "discriminatory practices were so pervasive and so permanent and so deeply rooted that the discrimination could be said to be systemic . . . in that it was imbedded in the totality of the system and co-extensive with it." The Tribunal issued a three-part order (1) requiring CN to cease certain discriminatory hiring and employment practices and to alter others (2) setting a goal of 13% women in the targeted job positions and a quota

Demande tendant à l'examen et à l'annulation de la décision du Tribunal des droits de la personne d'imposer à l'employeur un programme spécifique d'action positive. On a déposé contre le CN une plainte alléguant que cette compagnie avait appliqué des lignes de conduite annulant les chances d'emploi ou d'avancement des femmes dans les emplois manuels dans la région du Saint-Laurent. Le tribunal a conclu que les lignes de conduite du CN n'étaient pas fondées sur des exigences professionnelles normales et que «les actes discriminatoires étaient à ce point généralisés et constants et si profondément enracinés qu'il était possible d'affirmer que la discrimination était systémique . . . dans le sens qu'elle fait partie intégrante du système.» Le tribunal a rendu une ordonnance comportant trois volets: (1) le premier obligeant le CN à mettre fin à certaines méthodes

of one female hiring in four until that goal was reached, and (3) requiring the filing of periodic reports with the Commission. The principal ground of review is that the Tribunal lacked jurisdiction under s. 41(2)(a) to make such an order. CN alleges a lack of jurisdiction in the Tribunal's imposition of the detailed plan of action and in its ignoring the consultative role of the Commission. It alleges that the Tribunal is not authorized to prescribe the content of a special program, but only to order the adoption by the employer, after discussion with the Commission, of such a special program. The respondents contend that the phrase "including adoption of a special program, plan or arrangement referred to in subsection 15(1)" gives the Tribunal power to impose such a special program compulsorily, in contrast to the voluntary adoption of special programs under s. 15(1).

*Held* (MacGuigan J. dissenting in part), the application should be allowed.

*Per* Hugessen J.: The part of the order imposing a 25% hiring quota should be set aside. The Tribunal's power to make an order imposing a temporary hiring quota must be found in paragraph 41(2)(a), which permits the Tribunal to order the taking of measures aimed at preventing the future occurrence of a discriminatory practice on the part of a person found to have engaged in such a practice in the past. The sole permissible purpose for the order is prevention; it is not cure. The text requires the avoidance of future evil. It does not allow restitution for past wrongs. This is not to say that in every case restitution is impossible. Paragraphs 41(2)(b),(c) and (d) provide for compensation to "the victim" of the discriminatory practice, but it would be inappropriate to apply them in cases of systemic discrimination where individual victims are not readily identifiable.

Paragraph 41(2)(a) specifies that the measures ordered to be undertaken may include the adoption of a "special" (affirmative action) program under subsection 15(1). Subsection 15(1) is not limited to the prevention of future evil. The elimination of present disadvantages by the granting of improved opportunities to the disadvantaged group is specifically permitted. But the programs which subsection 15(1) protects are voluntary in contrast to the measures imposed under paragraph 41(2)(a) by order of the Tribunal. Ordinary grammatical construction requires that, when the Tribunal exercises its power under section 41 to order the adoption of a program envisaged by section 15, it can only order that kind of program which will meet the purposive requirements of section 41, i.e., to prevent future acts of discrimination. There is nothing of prevention in the stated justification for imposing a hiring rate of 25% women in the target area. The measure is a catch-up provision, the purpose of which is to remedy the effects of past discriminatory practices. That purpose is not permitted by section 41. The order is expressed in terms that are purely remedial. No attempt is made to justify the order as preventive only.

d'embauche et d'emploi discriminatoires et à en corriger d'autres; (2) le deuxième fixant au CN un objectif visant à porter à 13 le pourcentage des femmes dans les postes-cibles et imposant un quota d'embauchage qui oblige le CN à confier, à l'embauche, un poste sur quatre à une femme, jusqu'à ce que l'objectif de 13 % soit atteint; et, (3) exigeant du CN qu'il soumette, à intervalles réguliers, un rapport à la Commission. Suivant le principal motif d'examen, le tribunal n'avait pas compétence, en vertu de l'alinéa 41(2)a), pour rendre une telle ordonnance. Le CN allègue que le tribunal n'avait pas compétence pour imposer un plan d'action détaillé et pour méconnaître le rôle consultatif de la Commission. Le CN prétend que le tribunal n'a pas le pouvoir de prescrire le contenu d'un programme spécial, mais uniquement celui d'ordonner l'adoption d'un tel programme spécial par l'employeur, après consultation avec la Commission. Les intimés soutiennent que la phrase «celles-ci peuvent comprendre l'adoption d'une proposition relative à des programmes, des plans ou des arrangements spéciaux visés au paragraphe 15(1)» confère au tribunal le pouvoir d'imposer obligatoirement un tel programme spécial, par opposition à l'adoption volontaire de programmes spéciaux en vertu du paragraphe 15(1).

*Arrêt* (le juge MacGuigan dissident en partie), la demande devrait être rejetée.

Le juge Hugessen: la partie de l'ordonnance qui impose un quota d'embauchage de 25 % devrait être annulée. Le pouvoir du tribunal de rendre une ordonnance imposant un quota d'embauchage doit se fonder sur l'alinéa 41(2)a) qui l'autorise à ordonner que soient prises des mesures visant à empêcher la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire de récidiver. Le seul objectif acceptable que peut viser l'ordonnance est la prévention et non la réparation. Le texte de loi exige de l'ordonnance qu'elle prévienne la répétition d'actes discriminatoires. Il ne permet pas de réparer les préjudices déjà causés. Il ne faut pas en conclure que la réparation n'est jamais possible. Les alinéas 41(2)b),c) et d) prévoient la possibilité d'indemniser «la victime» de l'acte discriminatoire, mais leur application ne serait pas indiquée dans les cas de discrimination systémique où il n'est pas toujours facile d'identifier chacune des victimes.

L'alinéa 41(2)a) précise que les mesures qu'ordonne de prendre le tribunal peuvent comprendre l'adoption d'un programme (d'action positive) «spécial» en vertu du paragraphe 15(1). Le paragraphe 15(1) n'est pas limité à la prévention d'un préjudice futur. Il est expressément permis de supprimer ou de diminuer les désavantages que subit présentement un groupe de personnes désavantagées en favorisant leur accès à l'égalité. Cependant, les programmes que le paragraphe 15(1) protège sont volontaires, par opposition aux mesures qu'impose le tribunal par voie d'ordonnance en vertu de l'alinéa 41(2)a). D'un point de vue strictement grammatical, lorsque le tribunal exerce le pouvoir que lui confère l'article 41 et ordonne l'adoption d'un programme envisagé par l'article 15, il ne peut ordonner que le genre de programme qui répondra aux objectifs visés par l'article 41, c'est-à-dire la prévention de futurs actes de discrimination. La justification invoquée pour imposer un taux d'embauchage de 25 % de femmes dans la région cible n'a rien à voir avec la prévention. Il s'agit plutôt d'une mesure de rattrapage dont l'objectif est de remédier aux conséquences des actes discriminatoires déjà commis. Or, cet objectif ne fait pas partie de ceux qu'autorise l'article 41. L'ordonnance est formulée en termes de redressement. On n'a d'aucune façon tenté d'établir que l'ordonnance n'avait qu'un but préventif.

The paragraph requiring CN to undertake a temporary publicity campaign with a view to encouraging women to apply for blue-collar jobs should be allowed to stand as the nature and cause of systemic discrimination are such that to prevent it may require a change of attitudes. This paragraph is severable because it does not refer to remedial action.

Paragraph 41(2)(a) requires "consultation with the Commission on the general purposes" of the measures imposed. This means that the person against whom the order is made is obliged to consult with the Commission on the general purpose of the measures which are imposed. The consultation is to take place after the Tribunal has decreed the measures. While the failure to prescribe such consultation should not be viewed as fatal, it would be prudent for the Tribunal to do so.

*Per Pratte J.*: The whole of the second part of the order to conduct a publicity campaign, imposing a temporary hiring quota, and to appoint a person to implement the order should be set aside, as it was prescribed for the purpose of remedying the consequences of past discrimination. The third part of the order, requiring the filing of periodic reports with the Commission, should also be set aside as its sole purpose was to enable the Human Rights Commission to monitor the implementation of the prescription contained in the second part of the order.

*Per MacGuigan J.* (dissenting in part): The application should be dismissed since the Tribunal's order is within its jurisdiction under paragraph 41(2)(a). CN has not shown that the terms of the order do not "prevent the same or a similar practice occurring in the future." The phrase "take measures" should be interpreted to include the content as well as the objectives of an affirmative action program in the discretion of the Tribunal in light of paragraph 2(a) of the *Canadian Human Rights Act*, which signals the courts, in cases of doubt to give the statutory words the interpretation that provides the greatest protection to protected groups against discriminatory acts.

The argument that the powers conferred on a Tribunal under paragraph 41(2)(a) are co-extensive with the powers conferred by s. 15(1) must be rejected. But one must beware of thinking too univocally about the concept of prevention. Although the Tribunal did not justify its affirmative action programs in a form explicitly parallel to its powers under paragraph 41(2)(a), that should not prevent the upholding of these measures by the Court if they can be interpreted to be within that paragraph. The prevention of discrimination has to be effective for women as a group.

The limitation in paragraph 41(2)(a) on a Tribunal in ordering an affirmative action program for systemic discrimination is that the measures ordered must be objectively intended to prevent such systemic discrimination in the future, that is, they must bear an appropriate relationship or proportion to the problem. The Tribunal chose to derive its goal from the most proximate independent generalization, hiring in the same blue-

Le paragraphe qui oblige le CN à entreprendre une campagne de publicité temporaire destinée à encourager les femmes à postuler des emplois manuels devrait être maintenu car, la nature et les causes de la discrimination systémique étant ce qu'elles sont, leur prévention exige sans doute un changement d'attitudes. Il est possible de dissocier ce paragraphe puisqu'il ne fait pas allusion à une mesure corrective.

L'alinéa 41(2)a) crée l'obligation «de consulter la Commission relativement à l'objet général» des mesures imposées, ce qui veut dire que la personne contre qui l'ordonnance est rendue doit consulter la Commission au sujet de l'objet général des mesures qui lui sont imposées. Cette consultation doit avoir lieu après que le tribunal a décrété les mesures en question. Bien que l'omission du tribunal d'ordonner la consultation ne devrait pas entacher la décision de nullité, il serait néanmoins prudent que le tribunal ordonne cette consultation.

Le juge Pratte: Toute la seconde partie de l'ordonnance, soit celle imposant la tenue d'une campagne de publicité, un quota d'embauchage temporaire et la nomination d'une personne chargée d'assurer la mise en vigueur de l'ordonnance, devrait être annulée car elle a été prescrite afin de corriger les conséquences d'actes discriminatoires déjà commis. La troisième partie de l'ordonnance, soit celle qui exige la production de rapports périodiques à la Commission, devrait également être annulée puisqu'elle a exclusivement pour but de permettre à la Commission des droits de la personne de surveiller la mise en vigueur de l'ordre contenu dans la deuxième partie de l'ordonnance.

Le juge MacGuigan (dissentant en partie): la demande devrait être rejetée puisque le tribunal a, en rendant son ordonnance, respecté les limites de la compétence que lui confère l'alinéa 41(2)a). Le CN n'a pas réussi à démontrer qu'on ne pouvait dire des modalités de l'ordonnance qu'elles servaient «à prévenir les actes semblables.» L'expression «prendre des mesures» devrait être interprétée de façon à reconnaître que le pouvoir discrétionnaire dont est investi le tribunal s'étend non seulement aux objectifs des programmes d'action positive mais également à leur contenu, compte tenu de l'alinéa 2a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* qui indique aux tribunaux qu'en cas de doute, ils doivent donner au libellé de la Loi l'interprétation qui accorde aux groupes protégés la plus grande protection contre les actes discriminatoires.

L'argument suivant lequel les pouvoirs dont est investi un tribunal en vertu de l'alinéa 41(2)a) ont la même portée que ceux qui lui confère le paragraphe 15(1) doit être rejeté. Il faut toutefois se garder de donner une interprétation trop univoque au concept de prévention. Bien que le tribunal n'ait pas justifié son programme d'action positive d'une façon qui corresponde explicitement aux pouvoirs que lui confère l'alinéa 41(2)a), cela ne devrait toutefois pas empêcher la Cour de confirmer ces mesures si l'on peut considérer qu'elles entrent dans le champ d'application de cet alinéa. La prévention de la discrimination doit protéger les femmes en tant que groupe.

Le pouvoir du tribunal d'ordonner, en vertu de l'alinéa 41(2)a), l'implantation d'un programme d'action positive pour combattre la discrimination systémique est limité en ce sens que les mesures imposées doivent objectivement viser à prévenir cette discrimination systémique pour l'avenir, c'est-à-dire que les mesures doivent être en rapport avec le problème. Le tribunal a choisi de fixer son objectif à partir d'une comparai-

collar occupations across Canada. It was within the Tribunal's discretion to choose to move to this goal by a one-in-three or by a one-in-four ratio.

The Tribunal expressed its goal, in terms, not of hiring, but of employment, opposite sides of the same coin. However, the Court must take judicial notice of the fact that the only available official statistics on a scientific data base relate to employment. Since there was no other statistical basis available, there was therefore no other objective basis on which the Tribunal could have established its objective.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union et al.*, [1984] 1 S.C.R. 269; 53 N.R. 203; *In re Y.K.K. Zipper Co. of Canada Ltd.*, [1975] F.C. 68 (C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*Ms. Betty J. Hendry v. The Liquor Control Board of Ontario* (1980), 1 C.H.R.R. D/160 (Ont. Bd. of Inq.); *Canadian National Railway Company v. Canadian Human Rights Commission*, [1983] 2 F.C. 531 (C.A.); *Armstrong v. The State of Wisconsin*, [1973] F.C. 437 (C.A.); *Re Rohm & Haas Canada Limited and Anti-dumping Tribunal* (1978), 91 D.L.R. (3d) 212 (F.C.A.).

##### REFERRED TO:

*Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202.

##### COUNSEL:

*A. Giard, Q.C.* and *R. Boudreau, Q.C.* for applicant.

*A. Trottier* and *R. Duval* for respondent Canadian Human Rights Commission.

*L. Pillette* and *H. Lebel* for respondent Action Travail des Femmes.

##### SOLICITORS:

*Canadian National Railway Company*, Legal Department, Montreal, for applicant.

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

*Rivest, Castiglio, Castiglio, Lebel and Schmidt*, Montreal, for respondent Action Travail des Femmes.

son avec le facteur indépendant le plus rapproché, en l'occurrence, l'embauchage pour les mêmes postes manuels au Canada. La décision du tribunal de fixer un rapport de un sur trois ou de un sur quatre relevait de l'exercice raisonnable de son pouvoir discrétionnaire.

<sup>a</sup> Le tribunal a exprimé son objectif non en termes d'embauche mais en termes d'emploi, facteurs qui sont l'envers et l'endroit du même feuillet. Cependant, la Cour doit prendre connaissance d'office du fait que les seules statistiques officielles disponibles établies à partir de données scientifiques ne concernent que l'emploi. Vu l'absence de toute autre donnée statistique, le tribunal ne disposait d'aucune autre donnée objective lui permettant d'établir son objectif.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce et autre*, [1984] 1 R.C.S. 269; 53 N.R. 203; *In re Y.K.K. Zipper Co. of Canada Ltd.*, [1975] C.F. 68 (C.A.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Ms. Betty J. Hendry v. The Liquor Control Board of Ontario* (1980), 1 C.H.R.R. D/160 (Comm. d'enq. de l'Ont.); *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Commission canadienne des droits de la personne*, [1983] 2 C.F. 531 (C.A.); *Armstrong c. L'État du Wisconsin*, [1973] C.F. 437 (C.A.); *Re Rohm & Haas Canada Limited et Tribunal antidumping* (1978), 91 D.L.R. (3d) 212 (C.F. Appel).

##### DÉCISION CITÉE:

*Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202.

##### AVOCATS:

*A. Giard, c.r.* et *R. Boudreau, c.r.* pour la requérante.

*A. Trottier* et *R. Duval* pour l'intimée Commission canadienne des droits de la personne.

*L. Pillette* et *H. Lebel* pour l'intimée Action Travail des Femmes.

##### PROCUREURS:

*Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, Contentieux, Montréal, pour la requérante.

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

*Rivest, Castiglio, Castiglio, Lebel et Schmidt*, Montréal, pour l'intimée Action Travail des Femmes.

*Deputy Attorney General of Canada for the Attorney General of Canada.*

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

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

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

PRATTE J.: I agree with most of what my brother Hugessen says in his reasons for judgment. Our only important difference of opinion relates to the extent to which the decision under attack should be set aside. He would merely set aside paragraph 2 of the second part of the order entitled "Special Temporary Measures"; I would, in addition, set aside the first paragraph of that part of the order as well as the whole of the third part requiring the filing of periodic reports with the Commission.

LE JUGE PRATTE: Je souscris, pour l'essentiel, aux motifs de jugement qu'a rédigés mon collègue le juge Hugessen. Le seul point important sur lequel nous différons d'opinion concerne la mesure dans laquelle la décision attaquée devrait être annulée. Il se contenterait pour sa part d'annuler le paragraphe 2 de la deuxième partie de l'ordonnance intitulée «Mesures spéciales temporaires»; j'annulerais aussi le premier paragraphe de cette partie de l'ordonnance, de même que la totalité de la troisième partie qui oblige la requérante à remettre des rapports périodiques à la Commission.

I agree with my brother Hugessen that, as paragraph 41(2)(b) of the *Canadian Human Rights Act* [S.C. 1976-77, c. 33] did not confer on the Tribunal the power to prescribe the temporary measures contained in the second part of the order, the only question to be resolved is whether the Tribunal was given that power by paragraph 41(2)(a). I also agree that, under that paragraph, the Tribunal's power was limited to prescribing measures for the purpose of preventing the recurrence of the discriminatory practices which the Tribunal had found to exist (or, of course, the occurrence of similar practices). However, in my view, the whole of the second part of the order, not only its second paragraph, was obviously prescribed for the purpose of remedying the consequences of past discrimination rather than preventing future discrimination. I would, therefore, set aside the second part of the order in its entirety. As the sole purpose of the measures prescribed by the third part of the order is to enable the Human Rights Commission to monitor the implementation of the prescription contained in the second part of the order, the third part of the order should also, in my view, be set aside.

Comme le juge Hugessen, j'estime, étant donné qu'il est clair que l'alinéa 41(2)b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [S.C. 1976-77, chap. 33] ne conférerait pas au tribunal le pouvoir de prescrire les mesures temporaires contenues dans la deuxième partie de l'ordonnance, que la seule question à trancher est de savoir si l'alinéa 41(2)a) lui donnait ce pouvoir. Je suis également d'accord pour dire que, en vertu de cet alinéa, le pouvoir du tribunal se limitait à imposer des mesures en vue de prévenir les actes discriminatoires dont le tribunal avait constaté l'existence (ou évidemment, à prévenir des actes similaires). Je suis toutefois d'avis que toute la deuxième partie de l'ordonnance, et non seulement son deuxième paragraphe, visait manifestement à réparer les conséquences d'une discrimination antérieure plutôt qu'à prévenir une discrimination future. Je suis par conséquent d'avis d'annuler en entier la deuxième partie de l'ordonnance. Étant donné que le seul objectif des mesures prescrites par la troisième partie de l'ordonnance est de permettre à la Commission des droits de la personne de surveiller la mise à exécution de l'ordre contenu dans la deuxième partie de l'ordonnance, la troisième partie de l'ordonnance devrait également, à mon avis, être annulée.

I would allow the application and set aside the second and third parts of the order of the Tribunal.

Je suis d'avis d'accueillir la demande et d'annuler la deuxième et la troisième parties de l'ordonnance du tribunal.

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

HUGESSEN J.: This section 28 application attacks a decision made by a Tribunal constituted under the *Canadian Human Rights Act*. By its decision, the Tribunal found that the applicant, "CN", had been guilty of discriminatory hiring practices, contrary to section 10 of the Act, by denying employment opportunities to women in certain unskilled blue-collar positions. The Tribunal issued an order in three parts: the first, entitled "Permanent Measures for Neutralization of Current Policies and Practices" (page 170), requires CN to cease certain discriminatory hiring and employment practices and to alter others; the second part sets a goal of 13% women in the targeted job positions and sets a quota of one female hiring in four until that goal is reached; the third part of the order requires the filing of periodic reports with the Commission.

In so far as the Tribunal's findings of discrimination are concerned, I am satisfied that no ground has been shown which would justify intervention by this Court under the provisions of section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10]. Likewise, I have not been persuaded that the Tribunal committed any excess of jurisdiction in Parts 1 and 3 of the order under review.

The only part of the order which gives me concern are the "Special Temporary Measures" contained in Part 2 and, in particular, paragraph 2 thereof, which imposes a hiring quota of 25% on CN until such time as the goal of 13% has been achieved.

The Tribunal's power to make the order in question must be found in paragraph 41(2)(a) of the Act:

41. ...

(2) If, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is substantiated,

*Voici les motifs du jugement rendus en français par*

LE JUGE HUGESSEN: La présente demande fondée sur l'article 28 attaque une décision rendue par un tribunal constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Dans sa décision, le tribunal en est venu à la conclusion que la requérante, «CN», avait pratiqué des méthodes de recrutement qui étaient discriminatoires au sens de l'article 10 et qui privaient les femmes de leurs chances d'emploi et d'avancement relativement à certains emplois manuels non spécialisés. L'ordonnance qu'a prononcée le tribunal comporte trois volets: le premier, qui est intitulé «Mesures permanentes de neutralisation de politiques et pratiques courantes» (page 170) oblige le CN à mettre fin à certaines méthodes d'embauche et d'emploi discriminatoires et à en corriger d'autres; le deuxième volet fixe au CN un objectif visant à porter à 13 le pourcentage des femmes dans les postes-cibles et impose un quota d'embauchage qui oblige le CN à confier, à l'embauche, un poste sur quatre à une femme, jusqu'à ce que l'objectif de 13 % soit atteint; le troisième volet de l'ordonnance exige du CN qu'il soumette un rapport à la Commission à intervalles réguliers.

En ce qui concerne les conclusions du tribunal relatives aux actes discriminatoires, je suis convaincu qu'on n'a pas démontré l'existence de motifs justifiant l'intervention de cette Cour en vertu des dispositions de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10]. On ne ma pas non plus démontré que le tribunal n'a pas excédé sa compétence en ce qui concerne les premier et troisième volets de l'ordonnance attaquée.

La seule partie de l'ordonnance sur laquelle j'ai des réserves est la partie intitulée «Mesures spéciales temporaires» qui correspond au deuxième volet et, notamment, son paragraphe numéro 2 qui impose au CN un taux d'embauchage de 25 % jusqu'à ce que l'objectif de 13 % soit atteint.

Le tribunal tient son pouvoir de rendre l'ordonnance en question de l'alinéa 41(2)a) de la Loi, libellé comme suit:

41. ...

(2) A l'issue de son enquête, le tribunal qui juge la plainte fondée peut, sous réserve du paragraphe (4) et de l'article 42,

subject to subsection (4) and section 42, it may make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in such order any of the following terms that it considers appropriate:

(a) that such person cease such discriminatory practice and, in consultation with the Commission on the general purposes thereof, take measures, including adoption of a special program, plan or arrangement referred to in subsection 15(1), to prevent the same or a similar practice occurring in the future;

Reduced to its essentials, this text permits the Tribunal to order the taking of measures aimed at preventing the future occurrence of a discriminatory practice on the part of a person found to have engaged in such a practice in the past. The power to make such an order is defined by its purpose. This is clear enough in the English text ("take measures . . . to prevent"), but clearer still in the French ("*prendre des mesures destinées à prévenir*").

The sole permissible purpose for the order is prevention; it is not cure. The text requires that the order look to the avoidance of future evil. It does not allow restitution for past wrongs.

This is not to say that such restitution is in every case impossible. On the contrary, paragraphs (b), (c) and (d) provide specifically for compensation, in kind or in money. Such compensation is limited to "the victim" of the discriminatory practice; which makes it impossible, or in any event inappropriate, to apply it in cases of group or systemic discrimination where, by the nature of things, individual victims are not always readily identifiable.

Paragraph 41(2)(a) goes further, however. It specifies that the measures ordered to be undertaken may include the adoption of a special program under subsection 15(1). That subsection deals with what are commonly referred to as "affirmative action programs":

15. (1) It is not a discriminatory practice for a person to adopt or carry out a special program, plan or arrangement designed to prevent disadvantages that are likely to be suffered by, or to eliminate or reduce disadvantages that are suffered by, any group of individuals when those disadvantages would be or are based on or related to the race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status or physical handicap of

ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire

a) de mettre fin à l'acte et de prendre des mesures destinées à prévenir les actes semblables, et ce, en consultation avec la Commission relativement à l'objet général de ces mesures; celles-ci peuvent comprendre l'adoption d'une proposition relative à des programmes, des plans ou des arrangements spéciaux visés au paragraphe 15(1);

b) En substance, ce texte permet au tribunal d'ordonner à la personne qu'il a trouvée coupable d'un acte discriminatoire de prendre des mesures destinées à prévenir la répétition de cet acte. Le pouvoir de rendre cette ordonnance est défini par son objet. Cela ressort manifestement du texte anglais ("*take measures . . . to prevent*"), mais encore plus du texte français ("*prendre des mesures destinées à prévenir*").

d) Le seul objectif permis que peut viser l'ordonnance est la prévention et non la réparation. Le texte de loi exige de l'ordonnance qu'elle prévienne la répétition d'actes discriminatoires. Il ne permet pas de réparer les préjudices déjà causés.

Il ne faut pas en conclure que la réparation n'est jamais possible. Au contraire, les alinéas b), c) et d) prévoient expressément la possibilité d'une indemnisation en nature ou en espèce. Cette indemnisation ne peut être versée qu'à «la victime» de l'acte discriminatoire, ce qui rend impossible, ou du moins peu indiquée, son application à un groupe ou aux victimes d'une discrimination systématique car, de par la nature des choses, il n'est pas toujours facile dans ces cas d'identifier chacune des victimes.

L'alinéa 41(2)a) va cependant plus loin. Il précise que les mesures que le tribunal ordonne de prendre peuvent comprendre l'adoption d'un des programmes spéciaux visés au paragraphe 15(1). Ce paragraphe porte sur ce qui est communément appelé les «programmes d'action positive»:

15. (1) Ne constitue pas un acte discriminatoire le fait d'adopter ou de mettre en œuvre des programmes ou des plans ou de prendre des arrangements spéciaux destinés à supprimer, diminuer ou prévenir les désavantages que subit ou peut vraisemblablement subir un groupe d'individus pour des motifs fondés directement ou indirectement sur leur race, leur origine nationale ou ethnique, leur couleur, leur religion, leur âge, leur

members of that group, by improving opportunities respecting goods, services, facilities, accommodation or employment in relation to that group.

Again reducing this text to what is essential, it declares certain programs to be non-discriminatory provided they have one of the designated purposes (in English, "designed to"; in French, "*destinés à*"). Those purposes are the prevention of future disadvantages or the elimination or reduction of present disadvantages suffered by a protected group. The object of the subsection is obviously to prevent affirmative action programs from being struck down as constituting "reverse discrimination" against the majority.\*

Subsection 15(1) is not by its terms limited to the prevention of future evil although that is clearly included. The elimination or reduction of present disadvantages by the granting of improved opportunities to the disadvantaged group is specifically permitted. Manifestly such opportunities are aimed at reversing the consequences of past wrongs as well as at avoiding their recurrence.

The programs which subsection 15(1) protects as non-discriminatory are voluntary in nature. By contrast, the measures which paragraph 41(2)(a) permits are imposed by order of the Tribunal. Likewise paragraph 41(2)(a) is limited to prevention in the future; subsection 15(1) allows the sins of the fathers to be visited upon the sons.

Ordinary grammatical construction requires that, when the Tribunal exercises its power under section 41 to order the adoption of a program envisaged by section 15, it can only order that kind of program which will meet the purposive requirements of section 41.

In the case at bar, the Tribunal leaves us in no doubt as to its purpose in issuing the order con-

\* A similar provision is found in subsection 15(2) 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.).

sexe, leur situation de famille ou leur handicap physique en améliorant leurs chances d'emploi ou d'avancement ou en leur facilitant l'accès à des biens, des services, installations ou moyens d'hébergement.

<sup>a</sup> Encore une fois, si l'on n'en retient que l'essentiel, on voit que cette disposition déclare non discriminatoires les programmes qui poursuivent l'un des objectifs énumérés (en anglais, "*designed to*"; en français, "*destinés à*"). Les objectifs visés sont la <sup>b</sup> prévention des désavantages que pourrait subir un groupe protégé ou la suppression ou la diminution des désavantages que ce groupe subit présentement. Ce paragraphe vise manifestement à empêcher que des programmes d'action positive soient <sup>c</sup> annulés au motif qu'ils constitueraient une «discrimination à rebours» contre la majorité\*.

Le paragraphe 15(1) n'est pas limité par ses propres termes à la prévention d'un préjudice <sup>d</sup> futur, quoique cela soit clairement visé. Il est expressément permis de supprimer ou de diminuer les désavantages que subit présentement un groupe de personnes désavantagées en favorisant leur accès à l'égalité. De toute évidence, ces possibilités <sup>e</sup> d'accès visent à corriger les conséquences des injustices passées aussi bien qu'à éviter que ces dernières se répètent.

Les programmes que le paragraphe 15(1) considère comme n'étant pas discriminatoires sont, de <sup>f</sup> par leur nature, volontaires. Par contraste, les mesures que vise l'alinéa 41(2)a) sont imposées par ordre du tribunal. De la même façon, l'alinéa <sup>g</sup> 41(2)a) limite l'intervention du tribunal à la prévention des actes à venir, alors que le paragraphe 15(1) permet de «punir les enfants pour les péchés de leurs pères».

<sup>h</sup> Selon le sens ordinaire et grammatical du texte, l'article 41 exige que, lorsqu'il exerce le pouvoir d'ordonner l'adoption d'un programme envisagé par l'article 15, le tribunal se limite au genre de programme qui répondra aux objectifs visés par <sup>i</sup> l'article 41.

En l'espèce, le tribunal ne nous laisse aucun doute sur l'objectif qu'il poursuit en rendant l'or-

\* 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, chap. 11 (R.-U.), contient une disposition analogue à son paragraphe 15(2).



tained in paragraph 2 of the "Special Temporary measures". First, it sets the goal:

In order to clarify this matter, we should point out that, in this case, the objective is to increase to 13% the proportion of women in non-traditional jobs at CN in the St Lawrence Region. [Page 169.]

I am prepared to concede that the fixing of a goal such as this is a legitimate means of setting a measurable standard against which the achievement of the ultimate purpose of the order can be tested. That purpose remains however, as required by law, the prevention of future acts of discrimination.

The Tribunal goes on to require that, until such time as the required goal is achieved, CN must hire one woman for each four new entries into its unskilled blue-collar labour force. Thus a hiring rate of 25% is imposed in the target area. The justification for this is stated as follows:

Whereas we feel that the process of change in CN's St Lawrence Region must be accelerated and preferential measures for women are required; [Page 172.]

In an earlier passage, the Tribunal states:

It will be difficult in the case of CN to remedy the marked disparity resulting from years of discriminatory practices. It is to be hoped that, with time, the imbalance will be reduced. However, it is our view that this will not be possible without the imposition of an affirmative action program: [Page 166.]

There is nothing of prevention in this. The measure imposed is, and is stated to be, a catch-up provision whose purpose can only be to remedy the effects of past discriminatory practices. That purpose is not one which is permitted by section 41.

I confess to a certain sense of frustration in coming, as I do, to the conclusion that the Tribunal has exceeded its powers in making this order. On a purely impressionistic basis, neither the goal of 13% nor the imposed hiring quota of 25% strike me as being *per se* unreasonable. I would certainly not be prepared to hold, as a matter of law, that in order to meet the test of being preventive a hiring quota must always bear a one-to-one relationship with the ultimate goal; I would think, however, that any variance from that

donnance contenue au paragraphe 2 des «Mesures spéciales temporaires». Il énonce tout d'abord son but:

Pour plus de clarté, précisons donc que dans le cas présent, l'objectif visé est d'augmenter à 13 % la main-d'œuvre féminine dans les postes non traditionnels au CN dans la région du St-Laurent. [Page 169.]

Je suis disposé à admettre que le fait de fixer un objectif comme celui-ci constitue un moyen légitime pour établir une norme mesurable qui permette de vérifier si l'objectif ultime de l'ordonnance a été atteint. Il n'en demeure pas moins que, suivant la Loi, cet objectif doit être la prévention de futurs actes de discrimination.

Dans sa décision, le tribunal exige en outre que le CN engage, jusqu'à ce que le but fixé soit atteint, une femme sur quatre nouveaux employés venant s'ajouter à sa main-d'œuvre manuelle non spécialisée. Ainsi, un taux d'embauchage de 25 % est imposé dans la région-cible. Le tribunal justifie cette mesure dans les termes suivants:

Considérant qu'il nous apparaît que le processus de changement dans la région du St-Laurent au CN doit être accéléré et que des mesures préférentielles visant les femmes s'imposent. [Page 172.]

Le tribunal avait déjà dit plus haut:

Il sera difficile dans le cas du CN de remédier à la disproportion marquée qui résulte de pratiques suivies depuis des années. Il faut espérer qu'avec le temps, le déséquilibre sera réduit, mais il nous apparaît que la chose ne sera pas possible sans l'imposition d'un programme d'action positive dans le cas qui nous occupe. [Page 166.]

Cela n'a rien à voir avec la prévention. Suivant les mots mêmes du tribunal, la mesure imposée est une mesure de rattrapage dont l'objectif ne peut être que de remédier aux conséquences des actes discriminatoires déjà commis. Or, cet objectif ne fait pas partie de ceux que l'article 41 autorise.

Je dois avouer que je ressens un certain sentiment d'insatisfaction à conclure que le tribunal a excédé ses pouvoirs en rendant cette ordonnance. De prime abord, ni l'objectif de 13 %, ni le quota d'embauchage de 25 % ne m'apparaissent, en eux-mêmes, déraisonnables. Je ne serais certainement pas disposé à statuer, en droit, que pour être préventif, un quota d'embauchage doit toujours correspondre parfaitement au taux fixé comme but ultime; j'estime cependant que toute variation de ce taux exigerait du tribunal qu'il puisse la justi-

ratio would require some very specific findings by the Tribunal in order to justify it.

Likewise, I recognize that by its very nature systemic discrimination may require creative and imaginative preventive measures. Such discrimination has its roots, not in any deliberate desire to exclude from favour, but in attitudes, prejudices, mind sets and habits which may have been acquired over generations. It may well be that hiring quotas are a proper way to achieve the desired result. Again, however, one would expect a Tribunal to make clear findings supporting as preventive measures which are in appearance remedial.

I have searched in vain for any such findings in the impugned decision. No attempt is made to justify the order as being designed to prevent future discriminatory practices only. The Tribunal was perfectly aware that this case was the first in which quotas had been imposed in Canada and that the United States legislation, which it quotes at length, was very different in language from ours. Despite this, the order is expressed in terms that are purely remedial, almost as if the Tribunal had deliberately chosen to disregard the words of the statute.

Perhaps the legislation is defective in this regard and the scope of section 41 should be enlarged to encompass the whole range of affirmative action programs envisaged by section 15. It is not difficult to think of good policy reasons in favour of such action. But they are questions of policy and there are arguments the other way as well. It is not for the Tribunal or for this Court to disregard the text of the statute and to prescribe that which, reasonable or otherwise, the law does not permit.

What I have said so far is limited to the hiring quotas imposed by paragraph 2 of the "Special Temporary Measures". Paragraph 1 of these measures requires CN to undertake a temporary publicity campaign with a view to encouraging women to apply for blue-collar jobs. While it is certainly arguable that this too is remedial rather than preventive, I have decided, on balance, that it should be allowed to stand. In the first place, the

fier au moyen de conclusions bien précises.

De même, je reconnais que, de par sa nature même, la discrimination systémique peut nécessiter l'adoption de mesures préventives innovatrices et imaginatives. De tels actes discriminatoires prennent leur source, non dans une volonté délibérée de défavoriser, mais dans les attitudes, préjugés, manières de penser, et habitudes qui ont pu s'installer au cours de plusieurs générations. Il se peut bien que les quotas d'embauchage soient une bonne façon de parvenir au résultat désiré. Mais, encore une fois, on s'attendrait du tribunal à ce qu'il tire des conclusions claires pour démontrer que des mesures qui semblent correctives sont en réalité préventives.

J'ai cherché en vain de telles conclusions dans la décision attaquée. Le tribunal n'a pas tenté d'établir que l'ordonnance visait à prévenir seulement les actes discriminatoires à venir. Le tribunal était parfaitement conscient que c'était la première fois qu'on imposait des quotas au Canada et que la législation américaine, dont il citait de larges extraits, employait une formulation très différente de la nôtre. Malgré cela, l'ordonnance est formulée en termes de redressement, comme si le tribunal avait délibérément choisi de ne pas tenir compte du texte de la Loi.

Il se peut que le texte de la Loi comporte, à cet égard, des lacunes et qu'il y ait lieu d'élargir la portée de l'article 41 pour englober toute la gamme de programmes d'action positive visés à l'article 15. Les motifs d'ordre politique qui militent en faveur d'une telle mesure ne manquent pas. Mais il s'agit de motifs d'ordre politique, et il existe des arguments qui vont dans le sens contraire. Ni le tribunal, ni la Cour ne peuvent faire fi du texte de la Loi et ordonner une mesure, raisonnable ou non, que la Loi ne permet pas d'imposer.

Ce que j'ai dit jusqu'à maintenant se limite aux quotas d'embauchage imposés par le paragraphe 2 des «Mesures spéciales temporaires». Le paragraphe 1 de ces mesures oblige le CN à entreprendre une campagne de publicité temporaire destinée à encourager les femmes à postuler des emplois manuels. On pourrait certainement soutenir que cette mesure est également corrective plutôt que préventive; j'ai toutefois décidé que, tout compte

nature and cause of systemic discrimination are such that to prevent it may well require a change of attitudes and perceptions; seen in that light the publicity campaign can be readily justified as preventive. Secondly, while paragraph 1 is clearly closely associated with paragraph 2, it does not contain any of the latter's objectionable references to remedial action and the need for catch-up. Since the two paragraphs are severable, I would limit our intervention to paragraph 2.

In light of the conclusion that I have reached, it is perhaps appropriate to make one further comment regarding the text of paragraph 41(2)(a). That text, it will be recalled, requires "consultation with the Commission on the general purposes" of the measures imposed. It is apparent that both the Tribunal and the Commission viewed this text as requiring them to consult with one another. I am quite satisfied that this is not so and that an ordinary grammatical reading of the paragraph requires that the person against whom the order is made be obliged to consult with the Commission on the general purpose of the measures which are imposed. Any doubt as to the meaning of the English text is dissipated by the French: "*consultation ... relativement à l'objet général de ces mesures*". This is not to say that there is anything consensual about such measures, for it is apparent that the consultation is only to take place after the Tribunal has decreed them. Perhaps by requiring such consultation Parliament was recognizing that the Commission, as a continuing body, would be the only available source of information and advice in the event of difficulties arising in the interpretation or application of an order made by an *ad hoc* tribunal, whose very existence has come to an end once its order is made. While I would not view as fatal the Tribunal's failure to prescribe such consultation it would, I think, be prudent and for the benefit of all interested parties for it to do so.

fait, cette partie de la décision doit être maintenue. En premier lieu, la nature et les causes de la discrimination systémique étant ce qu'elles sont, leur prévention exige sans doute un changement d'attitude et de mentalité; vue sous cet angle, la campagne de publicité se justifie facilement en tant que mesure préventive. En second lieu, bien que le paragraphe 1 soit intimement lié au paragraphe 2, il ne contient aucune des allusions inadmissibles contenues dans ce dernier relativement aux mesures correctives et à la nécessité d'adopter des mesures de rattrapage. Puisqu'il est possible de séparer ces deux paragraphes, je limiterais notre intervention au paragraphe 2.

Étant donné la conclusion à laquelle j'en suis venu, il convient peut-être de formuler un autre commentaire sur le libellé de l'alinéa 41(2)a). On se rappellera que ce texte exige de consulter «la Commission relativement à l'objet général» des mesures imposées. Il est manifeste que le tribunal et la Commission ont compris que ce texte les obligeait à se consulter mutuellement. Je suis tout à fait convaincu que tel n'est pas le cas, et que l'analyse grammaticale ordinaire de cet alinéa révèle que la personne contre qui l'ordonnance est rendue doit consulter la Commission au sujet de l'objet général des mesures qui lui sont imposées. La lecture du texte français, «consultation ... relativement à l'objet général de ces mesures», dissipe les doutes qui pourraient subsister sur le sens du texte anglais. Il ne faudrait pas en conclure que ces mesures ont un caractère consensuel, car il est évident que cette consultation ne peut avoir lieu qu'une fois que le tribunal a décrété les mesures en question. En exigeant qu'il y ait consultation, le législateur a sans doute reconnu le fait qu'en sa qualité d'organisme permanent, la Commission constituerait la seule source de renseignements et de conseils disponibles dans l'éventualité où l'interprétation ou l'application de l'ordonnance prononcée par le tribunal spécial, dont l'existence même se termine une fois l'ordonnance prononcée, soulèverait des problèmes. Bien qu'à mon avis l'omission du tribunal d'ordonner la consultation susmentionnée n'entache pas sa décision de nullité, je crois toutefois prudent et avantageux pour toutes les parties intéressées que le tribunal ordonne cette consultation.

I would allow the application and set aside that part of the impugned order contained in paragraph 2 of the "Special Temporary Measures".

\* \* \*

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

MACGUIGAN J. (*dissenting in part*): The Human Rights Tribunal order of which review is sought on this section 28 application is the first such order in Canada imposing a specific program of affirmative action on an employer. In one other case, *Ms. Betty J. Hendry v. The Liquor Control Board of Ontario* (1980), 1 C.H.R.R. D/160 (Ont. Bd. of Inq.), a tribunal under the *Ontario Human Rights Code* [R.S.O. 1970, c. 318] made a compulsory order, but it required the employer itself to design a specific program. Here, the program is imposed on the employer, and the essential question is whether a Human Rights Tribunal has the power under section 41 of the *Canadian Human Rights Act* to make such an order.

The complaint on which the Tribunal's order was founded was brought against Canadian National Railways ("CN") by Action Travail des Femmes ("ATF") on November 6, 1979, under section 10 of the *Canadian Human Rights Act*, an act which had come into effect on March 1, 1978. It alleged that:

ATF has reasonable grounds to believe that CN in the St-Lawrence Region has established or pursued a policy or practice that deprives or tends to deprive a class of individuals of employment opportunities because they are female.

This complaint replaced an earlier one of June 1979. Both complaints were limited to blue-collar positions in the CN's St. Lawrence region, which comprises roughly the province of Quebec minus the Gaspé Peninsula. Not having resolved the matter by conciliation, the Canadian Human Rights Commission ("the Commission") appointed a three-person Tribunal in July, 1981, which after 5 months of hearings, rendered its decision on August 22, 1984.

Je suis d'avis d'accueillir la demande et d'annuler la partie de l'ordonnance attaquée contenue au paragraphe 2 des «Mesures spéciales temporaires».

\* \* \*

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

LE JUGE MACGUIGAN (*dissident en partie*): L'ordonnance du tribunal des droits de la personne dont on sollicite l'examen dans la présente demande fondée sur l'article 28 est la première du genre au Canada à imposer à un employeur un programme spécifique d'action positive. Dans une autre affaire, *Ms. Betty J. Hendry v. The Liquor Control Board of Ontario* (1980), 1 C.H.R.R. D/160 (Comm. d'enq. de l'Ont.), un tribunal établi en vertu de l'*Ontario Human Rights Code* [R.S.O. 1970, chap. 318] a rendu une ordonnance obligatoire. Cependant, cette ordonnance obligeait l'employeur à élaborer lui-même le programme spécifique. En l'espèce, le programme est imposé à l'employeur et la question essentielle consiste à déterminer si un tribunal des droits de la personne a, en vertu de l'article 41 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le pouvoir de rendre une telle ordonnance.

La plainte sur laquelle reposait l'ordonnance du tribunal a été portée contre les Chemins de fer nationaux du Canada («CN») par Action Travail des Femmes («ATF») le 6 novembre 1979, en vertu de l'article 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, loi qui était entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1978. On y allègue que:

[TRADUCTION] ATF a des motifs raisonnables de croire que le CN de la région du St-Laurent a fixé ou appliqué des lignes de conduite susceptibles d'annuler les chances d'emploi ou d'avancement d'individus pour le motif qu'il s'agit de personnes de sexe féminin.

Cette plainte est venue remplacer une plainte qui avait été déposée auparavant en juin 1979. Les deux plaintes ne visaient que les emplois manuels offerts au CN de la région du St-Laurent, région qui correspond, en gros, à la province de Québec exception faite de la péninsule de Gaspé. Les procédures de conciliation n'ayant pas permis de résoudre le litige, la Commission canadienne des droits de la personne («la Commission») a nommé, en juillet 1981, un tribunal composé de 3 membres qui a rendu sa décision le 22 août 1984 après 5 mois d'audience.

The relevant portions of the *Canadian Human Rights Act* as of the relevant time were as follows:

2. The purpose of this Act is to extend the present laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of the Parliament of Canada, to the following principles:

(a) every individual should have an equal opportunity with other individuals to make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have, consistent with his or her duties and obligations as a member of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex or marital status, or conviction for an offence for which a pardon has been granted or by discriminatory employment practices based on physical handicap; . . .

10. It is a discriminatory practice for an employer or an employee organization

(a) to establish or pursue a policy or practice, or

(b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,

that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.

14. 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;

15. (1) It is not a discriminatory practice for a person to adopt or carry out a special program, plan or arrangement designed to prevent disadvantages that are likely to be suffered by, or to eliminate or reduce disadvantages that are suffered by, any group of individuals when those disadvantages would be or are based on or related to the race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status or physical handicap of members of that group, by improving opportunities respecting goods, services, facilities, accommodation or employment in relation to that group.

(2) The Canadian Human Rights Commission established by section 21 may at any time

(a) make general recommendations concerning desirable objectives for special programs, plans or arrangements referred to in subsection (1); and

(b) on application, give such advice and assistance with respect to the adoption or carrying out of a special program, plan or arrangement referred to in subsection (1) as will serve to aid in the achievement of the objectives the program, plan or arrangement was designed to achieve.

Voici les passages pertinents de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* qui s'appliquaient à l'époque concernée:

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne actuelle en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, aux principes suivants:

a) tous ont droit, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, la situation de famille ou l'état de personne graciée ou, en matière d'emploi, de leurs handicaps physiques;

10. Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur ou l'association d'employés

a) de fixer ou d'appliquer des lignes de conduite, ou

b) de conclure des ententes, touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation, l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel

pour un motif de distinction illicite, d'une manière susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus.

14. Ne constituent pas des actes discriminatoires

a) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontre qu'ils sont fondés sur des exigences professionnelles normales;

15. (1) Ne constitue pas un acte discriminatoire le fait d'adopter ou de mettre en œuvre des programmes ou des plans ou de prendre des arrangements spéciaux destinés à supprimer, diminuer ou prévenir les désavantages que subit ou peut vraisemblablement subir un groupe d'individus pour des motifs fondés directement ou indirectement sur leur race, leur origine nationale ou ethnique, leur couleur, leur religion, leur âge, leur sexe, leur situation de famille ou leur handicap physique en améliorant leurs chances d'emploi ou d'avancement ou en leur facilitant l'accès à des biens, des services, installations ou moyens d'hébergement.

(2) La Commission canadienne des droits de la personne, constituée par l'article 21, peut

a) faire des recommandations d'ordre général, relatives aux objectifs souhaitables pour les programmes, plans ou arrangements visés au paragraphe (1); et

b) sur demande, prêter son concours à l'adoption ou à la mise en œuvre des programmes, plans ou arrangements visés au paragraphe (1).

41. (1) If, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is not substantiated, it shall dismiss the complaint.

(2) If, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is substantiated, subject to subsection (4) and section 42, it may make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in such order any of the following terms that it considers appropriate:

(a) that such person cease such discriminatory practice and, in consultation with the Commission on the general purposes thereof, take measures, including adoption of a special program, plan or arrangement referred to in subsection 15(1), to prevent the same or a similar practice occurring in the future;

(b) that such person make available to the victim of the discriminatory practice on the first reasonable occasion such rights, opportunities or privileges as, in the opinion of the Tribunal, are being or were denied the victim as a result of the practice;

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

(d) that such person compensate the victim, as the Tribunal may consider proper, for any or all additional cost of obtaining alternative goods, services, facilities or accommodation and any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice.

(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.

(4) If, at the conclusion of its inquiry into a complaint regarding discrimination in employment that is based on a physical handicap of the victim, the Tribunal finds that the complaint is substantiated but that the premises or facilities of the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice impede physical access thereto by, or lack proper amenities for, persons suffering from the physical handicap of the victim, the Tribunal shall, by order, so indicate and shall include in such order any recommendations that it considers appropriate but the Tribunal may not make an order under subsection (2) or (3).

The Tribunal distinguished three levels of blue-collar entry-level positions: skilled occupations requiring trade qualifications; apprenticeship occupations, for which trade training is also necessary; and positions which require no special qualifications. It is only entry-level occupations of the latter kind which it considered to be the subject of the complaint and to which its order applied. Exam-

41. (1) A l'issue de son enquête, le tribunal rejette la plainte qu'il juge non fondée.

(2) A l'issue de son enquête, le tribunal qui juge la plainte fondée peut, sous réserve du paragraphe (4) et de l'article 42, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire

a) de mettre fin à l'acte et de prendre des mesures destinées à prévenir les actes semblables, et ce, en consultation avec la Commission relativement à l'objet général de ces mesures; celles-ci peuvent comprendre l'adoption d'une proposition relative à des programmes, des plans ou des arrangements spéciaux visés au paragraphe 15(1);

b) d'accorder à la victime, à la première occasion raisonnable, les droits, chances ou avantages dont, de l'avis du tribunal, l'acte l'a privée;

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; et

d) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction qu'il fixe, des frais supplémentaires causés, pour recourir à d'autres biens, services, installations ou moyens d'hébergement, et des dépenses entraînées par l'acte.

(3) Outre les pouvoirs que lui confère le paragraphe (2), le tribunal, ayant conclu

a) que la personne a commis l'acte discriminatoire de propos délibéré ou avec négligence, ou

b) que la victime a souffert un préjudice moral par suite de l'acte discriminatoire,

peut ordonner à la personne de payer à la victime une indemnité maximale de cinq mille dollars.

(4) Le tribunal qui, à l'issue de son enquête, juge fondée une plainte portant sur l'emploi d'un handicapé physique, tout en reconnaissant l'impossibilité en raison d'un handicap de cette nature d'accéder aux locaux ou d'utiliser normalement les installations de l'auteur de l'acte discriminatoire, doit le mentionner et faire les recommandations qu'il estime indiquées dans son ordonnance; le tribunal ne peut toutefois pas rendre une ordonnance en vertu des paragraphes (2) ou (3).

Le tribunal a identifié trois catégories d'emplois manuels: les postes spécialisés exigeant des aptitudes professionnelles; les postes d'apprentis exigeant également certaines aptitudes; et les postes ne demandant aucune aptitude spéciale. Le tribunal a jugé que seuls les postes d'entrée de cette dernière catégorie faisaient l'objet de la plainte et étaient visés par son ordonnance. À titre d'exemples d'em-

ples of such occupations are brakeman, yardman, checker, bridge and building labourer, track maintainer, signal maintainer, signal helper, car cleaner, engine cleaner.

The Tribunal found as a fact that, despite the dedication of its executive management to equal opportunity for women, the CN nevertheless perpetuated traditional hiring practices which were unfair to women with knowledge of the consequences for women of these practices, that no marked changes occurred after the entry into force of the *Canadian Human Rights Act* in the spring of 1978, and that the CN must be taken to have intended what it did. Therefore, even if section 10 of the Act is interpreted, following *Canadian National Railway Company v. Canadian Human Rights Commission*, [1983] 2 F.C. 531 (C.A.) [hereinafter referred to as the *Bhinder* case], in this Court, as requiring intention for the commission of a discriminatory practice, the CN possesses the intention required for liability.

In addition, the Tribunal found that its analysis of intention was supported by statistical evidence: women in Canada occupy 13% of blue collar jobs, whereas in the St. Lawrence region, as well as in CN generally, the comparative figure is .7%. (All measurements are based on 1981.)

To ascertain whether the minute number of women in blue-collar positions could result from *bona fide* occupational requirements under paragraph 14(a) of the Act, the Tribunal engaged in a painstaking examination of the totality of the CN's hiring process: recruitment, reception and hiring criteria, including the practice of compulsory promotion, the use of the Bennett Test, and the conduct of foremen and fellow workers. This analysis led it to the conclusion not only that the CN's policies and practices regarding the employment of women in blue-collar positions could not be justified on a *bona fide* occupational requirement basis, but that the discriminatory practices were so pervasive and so permanent and so deeply rooted that the discrimination could be said to be systemic, not

plais de ce genre, citons le serre-freins, l'agent de manœuvre, le pointeur de wagons, le manœuvre—ponts et bâtiments, l'agent d'entretien de la voie, l'agent d'entretien en signalisation, l'aide à la signalisation, le nettoyeur de wagons et le nettoyeur de locomotives.

Le tribunal a conclu que malgré toute la bonne volonté montrée par sa direction afin d'accorder des chances égales aux femmes, le CN n'en a pas moins perpétué des pratiques d'embauche traditionnelles qui s'avéraient injustes à l'égard des femmes et ce, tout en étant conscient des conséquences qu'elles avaient sur ces dernières, qu'aucun changement notable n'est survenu après l'entrée en vigueur de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* au printemps 1978 et qu'il faut tenir pour acquis que le CN a agi en toute connaissance de cause. Par conséquent, même si l'article 10 de la Loi est interprété tout comme dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Commission canadienne des droits de la personne*, [1983] 2 C.F. 531 (C.A.) [ci-après appelé l'affaire *Bhinder*], de cette Cour, c'est-à-dire comme faisant de l'intention un élément essentiel de la commission d'un acte discriminatoire, le CN manifeste l'intention coupable requise.

En outre, le tribunal a conclu que les statistiques amenées en preuve étayaient son analyse de l'intention: au Canada, les femmes occupent 13 % des emplois manuels alors que dans la région du St-Laurent tout comme au CN en général, ce chiffre est de 0,7 %. (Toutes les données remontent à 1981.)

Afin de vérifier si ce pourcentage infime de femmes occupant des emplois manuels n'était pas le résultat d'exigences professionnelles normales aux termes de l'alinéa 14a) de la Loi, le tribunal a soigneusement examiné l'ensemble du processus d'embauche du CN: le recrutement, les critères d'accueil et d'embauche, y compris la politique de promotion forcée, le recours au test Bennett et la conduite des contremaîtres et collègues de travail. Au terme de cette analyse, le tribunal a conclu que non seulement les lignes de conduite du CN sur l'embauche de femmes dans les emplois manuels ne pouvaient être fondées sur des exigences professionnelles normales mais que les actes discriminatoires étaient à ce point généralisés et constants et si profondément enracinés qu'il était possible d'aff-

in the sense that it lacked deliberation, but in that it was imbedded in the totality of the system and co-extensive with it. The Commission therefore concluded that the problem could be resolved only by a full-scale affirmative action program, though it decided to impose a hiring goal or temporary quota, which would lapse when a specified ratio was achieved, rather than a more inflexible relatively permanent hiring ratio.

The terms of the Tribunal's order are as follows:

#### Order

FOR THE ABOVE REASONS this Tribunal, concluding that there are in the St Lawrence Region of CN certain hiring policies or practices that are discriminatory for the purpose of section 10 of the Canadian Human Rights Act, and that these practices are not based on *bona fide* occupational requirements for the purpose of section 14 of said Act, makes the following order, according to the powers conferred upon it by section 41:

#### Permanent Measures for Neutralization of Current Policies and Practices

1. CN shall immediately discontinue the use of the Bennett test for entry level positions other than apprentice positions, and, within one year of the time of this decision and for the same positions, shall discontinue all mechanical aptitude tests that have a negative impact on women and are not warranted by the aptitude requirements of the positions being applied for.
2. CN shall immediately discontinue all practices pursued by foremen or others in which female candidates undergo physical tests not required of male candidates, mainly the test which consists of lifting a brakeshoe with one arm.
3. CN shall immediately discontinue the requirement for welding experience for all entry level positions, with the exception of apprentice positions.
4. CN must modify its system for the dissemination of information on positions available. More specifically, within the period of one year it shall take the most suitable measures to inform the general public of all positions available.
5. CN shall immediately change the reception practices in its employment office to give female candidates complete, specific and objective information on the real requirements of non-traditional positions.
6. CN shall immediately modify its system of interviewing candidates; in particular, it shall ensure that those responsible for conducting such interviews are given strict instructions to treat all candidates in the same way, regardless of their sex.
7. Should CN wish to continue to grant foremen the power to refuse to hire persons already accepted by the employment

afirmer que la discrimination était systémique, non pas dans le sens qu'elle n'était pas intentionnelle mais plutôt dans le sens qu'elle fait partie intégrante du système. Par conséquent, la Commission en est venue à la conclusion que seul un programme complet d'action positive saurait venir à bout du problème; elle a cependant décidé d'imposer un objectif d'embauche ou contingent temporaire, qui ne serait levé que lorsqu'une proportion déterminée serait atteinte, au lieu d'un ratio d'embauche relativement permanent et beaucoup moins souple.

Voici en quels termes le tribunal a formulé son ordonnance:

#### ORDONNANCE

POUR LES MOTIFS PRÉCITÉS, ce tribunal, concluant à l'existence au CN, dans la région du St-Laurent, de certaines pratiques ou lignes de conduite d'embauche qui sont discriminatoires au sens de l'article 10 de la Loi canadienne sur les droits de la personne, et concluant de plus que ces lignes de conduite ne sont pas fondées sur des exigences professionnelles normales au sens de l'article 14 de ladite loi, rend l'ordonnance suivante, selon les pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 41 de ladite loi:

#### MESURES PERMANENTES DE NEUTRALISATION DE POLITIQUES ET PRATIQUES COURANTES

1. Le CN devra cesser immédiatement l'utilisation du test Bennett pour les postes d'entrée autres que les postes d'apprentis de même que, dans un délai d'un an à compter de la présente décision et à l'endroit des mêmes postes, cesser l'utilisation de tous tests d'aptitude mécanique qui ont un impact négatif pour les femmes sans être justifiés par les aptitudes requises pour les emplois postulés par les candidates.
2. Le CN devra cesser immédiatement toute pratique des contremaîtres ou de tout autre responsable visant à exiger des candidates féminines des tests physiques non imposés aux candidats masculins et notamment le test consistant à soulever d'une main une mâchoire de freins.
3. Le CN devra cesser immédiatement d'exiger des candidats une expérience déjà acquise en soudure pour tous les postes d'entrée, à l'exception des postes d'apprentis.
4. Le CN devra modifier son système de diffusion des renseignements relatifs aux emplois disponibles. Plus particulièrement, il devra, dans un délai d'un an, prendre les moyens d'information et de publicité les plus appropriés auprès du public en général pour annoncer tout poste disponible.
5. Le CN devra modifier dès maintenant les pratiques d'accueil du bureau d'embauche pour donner aux candidates féminines des informations complètes, précises et objectives sur les exigences réelles des emplois non traditionnels.
6. Le CN devra modifier dès maintenant son système d'entrevue des candidats; plus particulièrement, il devra veiller à ce que les responsables de ces entrevues aient de strictes instructions visant à traiter de la même façon tous les candidats, sans égard à leur sexe.
7. Dans la mesure où le CN voudrait continuer d'accorder aux contremaîtres le pouvoir de refuser d'embaucher des personnes



office, it shall immediately issue a specific directive to the effect that no one shall be rejected on the basis of sex.

8. CN shall continue to implement the measures already adopted in its directive on sexual harassment with a view to eliminating from the workplace all forms of sexual harassment and discrimination.

#### Special Temporary Measures

1. Within the period of one year and until the percentage of women in non-traditional jobs at CN has reached 13, CN shall undertake an information and publicity campaign inviting women in particular to apply for non-traditional positions.

2. Whereas we feel that the process of change in CN's St Lawrence Region must be accelerated and preferential measures for women are required;

—Whereas the employer must be given a certain measure of flexibility in view of the uncertainty surrounding the question of how many qualified female workers are available;

—Whereas ideally, in order to create as soon as possible a critical mass that would allow the system to continue to correct itself, we would be inclined to require over the coming years, until the objective of 13% is achieved, the hiring of women to fill at least one non-traditional position out of every three;

—Whereas for the sake of giving more latitude and flexibility to CN in the methods employed to achieve the desired objective, we feel that it would be more prudent to require a ratio lower than one in three for the hiring of women for non-traditional positions at CN;

ACCORDINGLY, Canadian National is ordered to hire at least one woman for every four non-traditional positions filled in the future. This measure shall take effect only when CN employees who have been laid off but who are subject to recall have been recalled by CN, but not before one year has elapsed from the time of this decision, in order to give CN a reasonable length of time to adopt measures to comply with this order. When it is in effect, daily adherence to the one-in-four ratio will not be required, in order to give the employer more choice in the selection of candidates. However, it must be complied with over each quarterly period until the desired objective of having 13% of non-traditional positions filled by women is achieved.

3. Within a period of two months of this decision, CN shall appoint a person responsible with full powers to ensure the application of the special temporary measures and to carry out any other duties assigned to him by CN to implement this decision.

#### SUBMISSION OF DATA

CN SHALL SUBMIT TO THE COMMISSION:

1. Within 20 days of the introduction of the above-mentioned special temporary measures, an initial inventory of the number

déjà acceptées par le bureau d'embauche, le CN devra émettre dans l'immédiat une directive précise à leur endroit, à l'effet que nul ne peut être refusé pour des motifs de discrimination sexuelle.

8. Le CN devra poursuivre les mesures déjà adoptées dans le cadre de sa directive sur le harcèlement sexuel visant à éliminer du lieu de travail toute forme de harcèlement et de discrimination sexuels.

#### MESURES SPÉCIALES TEMPORAIRES

1. Le CN devra, dans un délai d'un an et jusqu'à ce que le pourcentage de femmes dans les emplois non traditionnels au CN ait atteint 13 %, entreprendre une campagne d'information et de publicité pour inviter en particulier les femmes à poser leur candidature à des postes non traditionnels.

2. Considérant qu'il nous apparaît que le processus de changement dans la région du St-Laurent au CN doit être accéléré et que des mesures préférentielles visant les femmes s'imposent.

Considérant par ailleurs qu'il faut laisser à l'employeur une certaine flexibilité vu l'incertitude devant laquelle nous nous trouvons sur l'ampleur du bassin de main-d'œuvre féminine qualifiée disponible.

Considérant qu'idéalement, pour créer le plus tôt possible une masse critique qui permettrait au système de continuer à se corriger par lui-même, nous serions enclins à exiger qu'au cours des prochaines années, et jusqu'à ce que l'objectif de 13 % soit atteint, au moins un poste non traditionnel sur trois soit confié, à l'embauche, à une femme.

Considérant cependant qu'afin de donner plus de latitude et de flexibilité au CN dans les moyens à prendre pour atteindre l'objectif désiré, il nous apparaît plus prudent de fixer un nombre minimal d'embauche féminine plus faible qu'un sur trois des postes non traditionnels à être comblés au CN dorénavant.

En conséquence, il est ordonné au Canadien National d'embaucher au moins une femme sur quatre postes non traditionnels à être comblés à l'avenir. Cette mesure n'entrera en vigueur que lorsque les employés du CN actuellement mis à pied mais sujets à rappel auront été rappelés par le CN, mais, dans tous les cas, pas avant l'expiration d'un délai d'un an à compter de la présente décision, afin de donner au CN un délai raisonnable pour adopter les mesures nécessaires pour se conformer à cette ordonnance. Une fois en vigueur, la proportion d'un sur quatre n'aura pas à être respectée quotidiennement, ce afin de permettre à l'employeur un meilleur choix dans la sélection des candidats. Elle devra cependant être respectée dans l'ensemble de chaque période trimestrielle, jusqu'à ce que l'objectif désiré de 13 % de femmes dans les postes non traditionnels soit atteint.

3. Dans un délai de deux mois à compter de la présente décision, le CN devra nommer un responsable avec pleins pouvoirs pour assurer la mise en vigueur des mesures spéciales temporaires et réaliser tout autre mandat qui pourrait lui être confié par le CN relativement à la mise en œuvre de la présente décision.

#### PRODUCTION DE DONNÉES

LE CN DEVRA SOUMETTRE À LA COMMISSION:

1. Dans les vingt (20) jours suivant la mise en application des mesures spéciales temporaires susdites, un relevé initial du

of blue-collar workers in the CN's St Lawrence Region, by sex and by position.

2. Within 20 days of the end of each quarterly period after the above-mentioned special temporary measures have begun to be applied, and for the entire duration of the said measures, after forwarding a copy to ATF, a report containing:

(a) a list indicating the name, sex, title and duties, date hired and employment sector of every person hired in the St Lawrence Region during the previous quarter;

(b) a detailed statement of the efforts made by CN to recruit female candidates for non-traditional positions during the previous quarter;

(c) a breakdown, by sex, of: the total number of persons who applied for non-traditional positions at CN during the previous quarter; and the total number of persons who completed, underwent or failed every test or written examination to fill a non-traditional position. This list shall include the score and rank of every person who passed the test or examination;

(d) the name, sex and changes of titles and duties, or changes in status of every employee hired for non-traditional positions after the special temporary measures come into force.

3. A statement giving the name, official title and date of appointment of the person in charge of applying the above-mentioned special temporary measures, within twenty days of his or her appointment.

In its factum the applicant sets out five reasons for setting aside the Tribunal's order under section 28 of the *Federal Court Act*:

[TRANSLATION] (1) The Tribunal erred in law in blindly applying the American jurisprudence.

(2) The Tribunal erred in law as to the legal meaning of section 10 of the Act. According to the correct interpretation of the law, the complainant must establish the existence of systemic discrimination by a preponderance of proof.

(3) The Tribunal erred in law in its appreciation of the statistical evidence, it failed to consider important material before it, and it drew erroneous conclusions in a perverse way.

(4) The Tribunal failed to consider important material before it relating to the process of hiring and it drew erroneous conclusions in a perverse and capricious manner.

(5) The Tribunal erred in law in its interpretation of paragraph 41(2)(a) of the Act in arrogating to itself the right to establish and to impose a detailed plan of action on the applicant, in ignoring the role of the Commission, and in confiding to the A.T.F. powers of supervision which are not conferred on it in conformity with the wording of the Act itself.

The first allegation, that concerning the blind use of American precedents, cannot be taken seri-

nombre d'employés «cols bleus» dans la région du St-Laurent au CN, par sexe et par fonction.

2. Dans les vingt (20) jours suivant la fin de chaque période trimestrielle à compter de la mise en application des mesures spéciales temporaires susdites et pendant toute la durée desdites mesures, après en avoir transmis une copie à ATF, un rapport comprenant:

a) une liste indiquant les noms, sexe, titres et fonctions, date d'embauche et secteur de travail de toute personne embauchée dans la région du St-Laurent pendant le trimestre précédent;

b) une déclaration détaillée faisant état des efforts entrepris par le CN pour recruter des candidates féminines dans des postes non traditionnels pendant le trimestre précédent;

c) le nombre total de personnes ayant posé leur candidature à des postes non traditionnels au CN pendant le trimestre précédent, par sexe; le nombre total de personnes ayant complété, passé ou échoué tout test ou examen écrit pour fins d'embauche à un poste non traditionnel. Cette liste devra comprendre les résultats et le rang de toute personne ayant réussi le test ou examen;

d) les noms, sexe et tous changements de titres et fonctions, ou changement de statut des employés embauchés à des postes non traditionnels après l'entrée en vigueur des mesures spéciales temporaires.

3. Dans les vingt (20) jours suivant sa nomination, une déclaration indiquant le nom, le titre officiel et la date de nomination du responsable chargé de l'application des mesures temporaires spéciales susdites.

Dans son mémoire, la requérante énonce cinq motifs pour lesquels l'ordonnance du tribunal devrait être annulée en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*:

1) Le tribunal a erré en droit en appliquant aveuglément la jurisprudence américaine.

2) Le tribunal a erré en droit quant à la portée juridique de l'article 10 de la Loi. Suivant le droit applicable, la requérante devait par une preuve prépondérante établir l'existence de la discrimination systémique.

3) Le tribunal a erré en droit dans l'appréciation de la preuve statistique, il a omis de considérer des éléments importants qui ont été portés à sa connaissance et a tiré de façon absurde des conclusions erronées.

4) Le tribunal a omis de considérer des éléments importants qui ont été portés à sa connaissance relativement au processus d'embauche et a tiré des conclusions erronées de façon absurde et arbitraire.

5) Le tribunal a erré en droit dans l'interprétation de l'article 41(2)(a) de la Loi, en s'arrogeant le droit d'établir et d'imposer un plan d'action détaillé à la requérante, en ignorant le rôle de la Commission et en confiant à A.T.F. des pouvoirs de surveillance qui ne lui sont pas attribués selon le texte même de la Loi;

Le premier argument concernant l'application aveugle de la jurisprudence américaine ne peut,

ously in this context. The Tribunal introduces its reference to American experience in this fashion:

Since there are hardly any examples in Canadian law of the imposition of an affirmative action program such as that suggested by ATF and the Canadian Human Rights Commission, we think it is important, before considering the appropriateness of ordering CN to adopt such a program, to indicate the legal basis of affirmative action programs and to look at some examples of them. Accordingly, we will draw a comparison between the Canadian Human Rights Act and American legislation and then look at the American experience in imposing such programs. Lastly, we will give a few examples of voluntary affirmative action programs in Canada.

Not only was it not improper for the Tribunal to review the wider U.S. experience with affirmative action programs, but it might have been thought to have been delinquent not to do so. Similar considerations apply to other references by the Tribunal to U.S. material.

The second allegation raises the Tribunal's understanding of section 10 of the Act. Here, the CN takes exception to two passages in the decision. The first is as follows:

Section 10 [of the Act] requires that the complainant provide *prima facie* evidence that the disputed hiring practices are such as to deny a protected group the same employment opportunities as other applicants.

We have seen in the preceding part [of the decision] that the statistics would tend to provide such *prima facie* evidence, since the proportion of women hired by CN for the positions covered by the complaint was substantially lower than the average among employers in similar sectors.

In addition to such *prima facie* evidence, the complainant must also prove that the disputed hiring practices were adopted for the purpose of lessening the employment opportunities of a protected group.

The allegation is that the reference to a *prima facie* proof contradicts the required overall standard of proof on a balance of probabilities. But the compatibility of the two aspects of proof, the former referring to the onus of proof, the latter to the standard, is clearly shown by the words of McIntyre J. in the leading case of *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, at page 208:

Once a complainant has established before a board of inquiry a *prima facie* case of discrimination, in this case proof of a

dans le présent contexte, être pris au sérieux. Voici de quelle façon le tribunal présente ses renvois à l'expérience américaine:

Comme il n'existe guère d'exemple en droit canadien d'imposition d'un programme d'action positive tel que celui suggéré par ATF et la Commission canadienne des droits de la personne, il nous a semblé important avant de discuter de l'opportunité d'ordonner un tel programme à l'endroit du CN, d'indiquer le fondement juridique de programmes d'action positive et d'en voir certains exemples. Pour ce faire, nous procéderons à une comparaison entre la Loi canadienne sur les droits de la personne et la législation américaine avant de voir ce qu'a été jusqu'ici l'expérience américaine quant à l'imposition de tels programmes. Finalement, nous indiquerons quelques cas de programmes d'action positive volontaires au Canada.

Non seulement le tribunal n'avait-il pas tort d'examiner l'expérience américaine plus vaste en matière de programmes d'action positive, mais on aurait même pu penser qu'il aurait eu tort de ne pas le faire. Des considérations semblables s'appliquent aux autres renvois du tribunal à la jurisprudence américaine.

Le second argument met en doute l'interprétation de l'article 10 de la Loi par le tribunal. En l'espèce, le CN se dit en désaccord avec deux passages de la décision. Le premier est ainsi rédigé:

Cet article [10 de la Loi] requiert pour le plaignant qu'il fasse une preuve *prima facie* que les pratiques d'embauche attaquées sont susceptibles d'empêcher une catégorie protégée d'avoir les mêmes chances d'emploi que l'ensemble des candidats à ces emplois.

Nous avons vu dans la partie précédente [de la décision] que les statistiques tendraient à établir cette preuve *prima facie* dans la mesure où le taux d'embauche des femmes au Canadian National dans les postes visés par la plainte est sensiblement inférieur à ceux de la moyenne des employeurs œuvrant dans des secteurs analogues.

En plus de cette preuve *prima facie*, il faut que le plaignant démontre également que les pratiques d'embauche contestées ont été mises de l'avant dans le but de nuire aux chances d'emploi d'une catégorie protégée.

Selon cet argument, l'allusion à la preuve *prima facie* vient en contradiction avec la règle de preuve de la prépondérance des probabilités qui est généralement exigée. Toutefois, la compatibilité des deux aspects de la preuve, le premier se rapportant au fardeau et le second à la règle ressort clairement des paroles du juge McIntyre dans l'arrêt qui fait autorité en la matière, *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, à la page 208:

Lorsqu'un plaignant établit devant une commission d'enquête qu'il est, de prime abord, victime de discrimination, en l'espèce

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

The second passage objected to by the applicant under the second allegation is as follows:

With respect, we believe that this decision [*Bhinder*], in which leave to appeal has been granted by the Supreme Court of Canada, is in error, and that the distinction that the Court attempted to make between section 10 and section 7.03 of Title VII rests on no solid foundation.

Nevertheless, it will not be necessary for us to distinguish that case since we believe that, here, Canadian National was aware of the consequences of its hiring practices. We have already shown, at the beginning of this judgment, that Canadian National knew several years before the complaint was filed that its hiring practices had a negative effect on the employment of women and that women were under-represented at Canadian National compared with their general employment situation. Yet Canadian National continued these hiring practices, knowing their consequences. The proclamation of the Canadian Human Rights Act, which did not take Canadian National by surprise, as can be seen from the testimony in the proceeding, has not resulted in any marked changes in its hiring practices.

The CN argued before us that the Tribunal had no option but to follow the *Bhinder* decision. The problem with this argument is that, however unwillingly, that is exactly what the Tribunal did.

The CN argued, alternatively, that there was insufficient evidence on the basis of which the Tribunal could have found an intention to discriminate on the Railway's part. This variation of their second ground for review has, in my view, to be treated along with their third and fourth grounds, since all are founded on review under paragraph 28(1)(c) of the *Federal Court Act*.

This Court has frequently had the occasion to describe the limits on its intervention under paragraph 28(1)(c): *Armstrong v. The State of Wisconsin*, [1973] F.C. 437 (C.A.); *Re Rohm & Haas Canada Limited and Anti-dumping Tribunal* (1978), 91 D.L.R. (3d) 212 (F.C.A.), will serve as examples. Perhaps the most succinct statement of

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

Le second passage auquel s'oppose la requérante dans son deuxième argument est ainsi rédigé:

Avec respect, nous croyons que cet arrêt [*Bhinder*], dont la permission d'en appeler a été accueillie par la Cour suprême du Canada, est erronée et que la distinction qu'on tente d'y faire entre l'article 10 et l'article 7.03 du «Title VII» ne repose sur aucune assise solide.

Cependant, il ne sera pas nécessaire pour nous de distinguer cet arrêt, puisque nous estimons qu'en l'espèce, le Canadien National a établi ses pratiques d'embauche en sachant les conséquences de ces pratiques. Nous avons déjà montré en effet au début de ce jugement que le Canadien National connaissait depuis déjà plusieurs années avant le dépôt de la plainte que ses pratiques d'embauche avaient un effet négatif sur l'emploi des femmes et que celles-ci n'avaient pas, au Canadien National, la place qui leur revenait normalement. Le Canadien National a néanmoins perpétué ses pratiques d'embauche en en connaissant les conséquences. L'entrée en vigueur de la Loi canadienne sur les droits de la personne, qui n'a pas pris le Canadien National par surprise comme en font foi les témoignages entendus lors de l'instance, n'a pas entraîné de changements marquants dans ses pratiques d'embauche.

Devant nous, le CN a soutenu que le tribunal n'avait d'autre choix que de suivre la décision dans l'affaire *Bhinder*. Le problème avec cet argument c'est que, bien qu'involontairement, c'est exactement ce qu'a fait le tribunal.

Subsidiairement, le CN a prétendu que le tribunal n'aurait pu, étant donné l'insuffisance de la preuve, conclure que la Compagnie des chemins de fer avait eu l'intention de poser des actes discriminatoires. Cette variante de son second motif d'examen doit, à mon avis, être examinée en même temps que les troisième et quatrième motifs dans la mesure où ce sont tous des motifs d'examen fondés sur l'alinéa 28(1)c) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Cette cour a souvent eu l'occasion de définir les limites de l'exercice de son pouvoir d'intervention en vertu de l'alinéa 28(1)c): à titre d'exemples, signalons les arrêts *Armstrong c. L'État du Wisconsin*, [1973] C.F. 437 (C.A.); *Re Rohm & Haas Canada Limited et Tribunal antidumping* (1978), 91 D.L.R. (3d) 212 (C.F. Appel). L'ex-

the Court's jurisdiction is that of Urie J. in *In re Y.K.K. Zipper Co. of Canada Ltd.*, [1975] F.C. 68 (C.A.), at page 75:

It would be quite improper, therefore, for this Court to disturb such finding unless it be satisfied that there was no evidence upon which it could have been made or that a wrong principle was applied in making it.

Here, the CN has been unable to show either that there was no evidence to support the Tribunal's findings or that it applied a wrong principle in the course of arriving at them. The CN took exception, for instance, to the Tribunal's categorization of statistics in arriving at its comparison between the .7% of women employees in its blue-collar occupations and the 13% in the labour force as a whole in the same occupations, but the Tribunal made use of the most accurate statistics available and its decisions on categorization were well within its non-reviewable discretion under section 28.

The principal ground of review urged by CN was its fifth, *viz.*, that the Tribunal lacked jurisdiction under paragraph 41(2)(a) of the *Canadian Human Rights Act* to make the order it did. It alleges a lack of jurisdiction in three respects: the Tribunal's imposition of the detailed plan of action on the CN, its ignoring the role of the Commission, and its conferring supervisory powers on the ATF. Let me say at once that the third allegation is not a substantial one. The Tribunal requires the CN merely to transmit a copy of each quarterly report to the ATF, presumably so that it can make representations (to the CN itself, to the Commission, to the public) if it is not satisfied. This is far from a power of supervision, and, certainly if the Tribunal has the power to impose a detailed program of affirmative action on the Railway, under its power under paragraph 41(2)(a) to "take measures . . . to prevent . . . a similar practice occurring in the future", it does not lack the lesser power to keep the original complainant informed as to the progress of the program.

posé le plus concis sur la compétence de la Cour, a peut-être été fait par le juge Urie, dans l'affaire *In re Y.K.K. Zipper Co. of Canada Ltd.*, [1975] C.F. 68 (C.A.), à la page 75:

<sup>a</sup> La Cour ne peut donc à bon droit mettre en cause cette conclusion à moins qu'elle ne soit convaincue qu'elle n'était pas fondée sur aucune preuve ou qu'elle résultait de l'application d'un principe erroné.

<sup>b</sup> En l'espèce, le CN n'a pas été en mesure d'établir qu'il y avait absence de preuve étayant les conclusions du tribunal ni que ce dernier les a rendues en appliquant un principe erroné. À titre d'exemple, le CN a exprimé son désaccord avec la catégorisation des statistiques à laquelle s'est livré le tribunal pour établir sa comparaison entre le chiffre de 0,7 % de femmes occupant des emplois manuels et le chiffre de 13 % de femmes occupant des emplois semblables au sein de l'ensemble de la main-d'œuvre. Toutefois, le tribunal s'est servi de statistiques les plus précises qui étaient alors disponibles et ses décisions en matière de catégorisation sont restées bien en deça des limites de son pouvoir discrétionnaire qui ne peut faire l'objet d'un examen en vertu de l'article 28.

<sup>c</sup> <sup>d</sup> <sup>e</sup> Le principal motif d'examen sur lequel a insisté le CN était son cinquième argument suivant lequel le tribunal n'avait pas compétence, en vertu de l'alinéa 41(2)a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, pour rendre l'ordonnance qu'il a prononcée. On y allègue absence de compétence à trois égards: l'imposition au CN par le tribunal d'un plan d'action détaillé, la méconnaissance par ce dernier du rôle de la Commission et l'attribution à ATF de pouvoirs de surveillance par le tribunal. Permettez-moi de dire dès maintenant que la troisième allégation n'est pas fondée. Le tribunal exige simplement du CN qu'il transmette à ATF une copie de chacun des rapports trimestriels, sans doute afin de permettre à cet organisme de faire des représentations (au CN lui-même, à la Commission ou au public) s'il n'est pas satisfait. Voilà qui est loin d'un pouvoir de surveillance. D'ailleurs, si le tribunal a le pouvoir d'imposer à la Compagnie des chemins de fer un programme détaillé d'action positive, conformément au pouvoir qu'il détient en vertu de l'alinéa 41(2)a) de «prendre des mesures destinées à prévenir les actes semblables» il dispose sûrement du pouvoir moins important d'ordonner que la plaignante soit informée du déroulement du programme.

The heart of the CN's interpretation of paragraph 41(2)(a) is that the Tribunal is not itself authorized to prescribe the content of a special program but only to order the adoption by the employer, after discussion with the Commission, of such a special program. In other words, the content of such programs does not fall under the jurisdiction of the Tribunal. It must content itself with ordering the adoption of such a program and with determining the general object, which is specified by the Act as the prevention of similar discriminatory practices in the future.

Parliament's intention, the CN argues, was to accord some flexibility to the employer in the light of the characteristics of its enterprise, the state of the labour market, the impact on the employer's organization, the requirements of collective agreements, etc. In this way, with the aid of the expertise of the Commission, the employer itself taking account of all the circumstances would have to establish an adequate plan of action to attain the objectives established by the Tribunal.

Such an interpretation is not without textual plausibility. But the respondents contend that the phrase "including adoption of a special program, plan or arrangement referred to in subsection 15(1)" must necessarily establish the Tribunal's power also to impose such a special program compulsorily, by way of contrast to the voluntary adoption of special programs under subsection 15(1). They also argue that the clear implication of the exemption of orders under subsection 41(2) from the mere recommendations possible under subsection 41(4), where discrimination is based on a physical handicap, is that the subsection 41(2) orders are compulsory.

However, this argument of the respondents does not quite meet the applicant's point, which is not to deny the validity of compulsory orders entirely under paragraph 41(2)(a), but only to limit them to the imposition of objectives rather than of content.

L'interprétation que donne le CN de l'alinéa 41(2)a repose principalement sur l'argument suivant lequel le tribunal n'a pas le pouvoir de prescrire lui-même le contenu d'un programme spécial mais uniquement celui d'ordonner l'adoption d'un tel programme spécial par l'employeur, après consultation avec la Commission. En d'autres termes, le contenu de tels programmes ne relève pas de la compétence du tribunal. Ce dernier doit se contenter d'ordonner l'adoption d'un tel programme et de déterminer son objet général qui, comme le précise la Loi, est la prévention d'actes semblables.

L'intention du Parlement, soutient le CN, était d'accorder une certaine souplesse à l'employeur pour tenir compte des caractéristiques de son entreprise, des conditions du marché du travail, des conséquences sur l'organisation de l'employeur, des exigences des conventions collectives, etc. Ainsi, avec l'aide de la Commission, l'employeur lui-même doit, en tenant compte de toutes les circonstances, élaborer un plan d'action approprié en vue d'atteindre les objectifs fixés par le tribunal.

Une telle interprétation n'est pas dénuée de vraisemblance compte tenu du texte de la Loi. Cependant, les intimés soutiennent que la phrase «celles-ci peuvent comprendre l'adoption d'une proposition relative à des programmes, des plans ou des arrangements spéciaux visés au paragraphe 15(1)» a forcément pour effet de conférer en outre au tribunal le pouvoir d'imposer obligatoirement un tel programme spécial par opposition à l'adoption volontaire de programmes spéciaux en vertu du paragraphe 15(1). Ils prétendent également que le fait d'exclure les ordonnances prévues au paragraphe 41(2) du champ des simples recommandations permises par le paragraphe 41(4) en cas d'actes discriminatoires fondés sur un handicap physique témoigne clairement du caractère obligatoire des ordonnances prévues au paragraphe 41(2).

Cependant, cet argument des intimés ne contre pas totalement le point soulevé par la requérante qui consiste non pas à nier la validité des ordonnances obligatoires fondées entièrement sur l'alinéa 41(2)a) mais uniquement à leur imposer une restriction, soit celle d'imposer des objectifs plutôt qu'un contenu.

Nevertheless, it remains that the powers of a tribunal under paragraph 41(2)(a) are expressed in general and unrestricted language ("take measures . . . to prevent . . . a similar practice occurring in the future"). How should these words be interpreted?

Section 11 of the *Interpretation Act* [R.S.C. 1970, c. I-23] provides that "Every enactment . . . shall be given such fair, large and liberal construction . . . as best ensures the attainment of its objects." The *Canadian Human Rights Act* includes an internal guide to its objects in section 2. This section gives an unmistakable signal to courts, in cases of doubt, to give the statutory words the interpretation that provides the greatest protection to protected groups against discriminatory acts. This Court should therefore not hesitate to interpret the phrase "take measures" as generously as is consistent with the context, and therefore to include the content as well as the objectives of an affirmative action program in the discretion of the Tribunal ("include in such order any of the following terms that it considers appropriate").

This interpretation, which in my view is imposed by the language of paragraph 41(2)(a) read in the light of paragraph 2(a), does not immediately resolve the question of what is intended by the consultative role of the Commission, but this is a secondary issue, and, however resolved, it cannot be allowed to frustrate the broad discretionary powers of a Tribunal. The respondents urge that what Parliament intended was that a Tribunal should consult with the Commission before making its order. Such an interpretation of the text is not grammatically possible in either language:

41. . . .

(2) . . . a Tribunal . . . may make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice . . .

(a) that such person cease such discriminatory practice and, in consultation with the Commission on the general purposes thereof, take measures . . . [Emphasis added.]

In English the subject of the clause in question, and therefore the party required to consult the Commission, is the person against whom the order is made. In French, the effect is similar, though the structure is different. The result is that the CN

Il n'en demeure pas moins que les pouvoirs dont jouit un tribunal en vertu de l'alinéa 41(2)a) sont exprimés en termes généraux et sans réserve («prendre des mesures destinées à prévenir les actes semblables»). Comment devrait-on interpréter ces mots?

L'article 11 de la *Loi d'interprétation* [S.R.C. 1970, chap. I-23] dispose que «Chaque texte législatif . . . doit s'interpréter de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de ses objets.» La *Loi canadienne sur les droits de la personne* comporte, à son article 2, un guide interne de ses objets. Cet article signale clairement aux tribunaux qu'en cas de doute, ils doivent donner au libellé de la loi l'interprétation qui accorde aux groupes protégés la plus grande protection contre les actes discriminatoires. Notre Cour ne devrait donc pas hésiter à interpréter l'expression «prendre des mesures» de la façon la plus libérale qui soit compatible avec le contexte et, partant, à reconnaître que le pouvoir discrétionnaire dont est investi le tribunal s'étend non seulement aux objectifs des programmes d'action positive mais également à leur contenu («ordonner, selon les circonstances»).

Cette interprétation qui résulte, à mon avis, du rapprochement de l'alinéa 41(2)a) et de l'alinéa 2a) ne règle pas directement la question de la définition du rôle consultatif attribué à la Commission. Mais il ne s'agit là que d'une question secondaire dont l'issue ne saurait faire échec au pouvoir discrétionnaire étendu que possède un tribunal. Les intimés soutiennent que le législateur entendait bien que le tribunal consulte la Commission avant de rendre son ordonnance. Cette interprétation du texte de loi n'est grammaticalement possible ni dans une langue ni dans l'autre:

41. . . .

(2) . . . le tribunal . . . peut . . . ordonner . . . à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire . . .

a) . . . de prendre des mesures destinées à prévenir les actes semblables, et ce, en consultation avec la Commission relativement à l'objet général de ces mesures . . . [C'est moi qui souligne.]

En anglais, le sujet de la phrase en question, et donc la personne tenue de consulter la Commission, est la personne contre qui l'ordonnance est rendue. En français, l'effet est le même, bien que la formulation soit différente. Il s'ensuit que le CN

and the Commission are expected to consult on the general purposes of whatever program is adopted, but since this is already required by the statute, it does not necessarily have to be repeated in the Tribunal's order.

However, the most difficult aspect of the issue remains. Even if it is held to be bound as to the content of an affirmative action program, the CN maintains that such an order can include only measures aimed at prevention of similar acts and cannot be designed to more generally redress the disadvantages suffered by women in their labour market participation. In other words, it must be a preventive and not a catch-up or curative program.

Clearly, the Tribunal has not been given a general social mandate by the very precise words of paragraph 41(2)(a): "to take measures . . . to prevent the same or a similar practice occurring in the future" ("*de prendre des mesures destinées à prévenir les actes semblables*"). The respondent Commission's argument that the powers conferred on a Tribunal under paragraph 41(2)(a) are co-extensive with the powers conferred by subsection 15(1) must therefore be rejected.

But one must beware of thinking too univocally about the concept of prevention. How does one "prevent" systemic discrimination? The Tribunal found discriminatory practices in the CN to be pervasive, persistent and deeply rooted in the psychology of both people and workplace. So to assess the true dimensions of the problem it had to look back, even to the period when, in the absence of federal human rights legislation, discrimination was not illegal.

The Tribunal was well aware of the tightrope it was walking in this regard:

The complaint by Action Travail des femmes is aimed primarily at CN's general hiring process for positions described as unskilled, as this was being carried out in the St Lawrence Region at the time the complaint was filed.

et la Commission sont tenus de se consulter relativement à l'objet général du programme éventuellement adopté. Or, étant donné que cette exigence est déjà prévue par la loi, il n'est pas nécessaire que le tribunal la formule à nouveau dans son ordonnance.

Quoi qu'il en soit, cela laisse irrésolu l'aspect le plus difficile de la question. Le CN prétend que même si la Cour juge qu'il est lié par le contenu d'un programme d'action positive, l'ordonnance qui impose ce programme ne peut comprendre que des mesures destinées à prévenir la répétition des actes incriminés et qu'elle ne peut viser de façon plus générale à corriger les désavantages subis par les femmes dans leur participation au marché du travail. En d'autres mots, il doit s'agir d'un programme de prévention et non d'un programme de rattrapage ou d'un programme correctif.

Manifestement, le tribunal ne s'est pas vu confier un mandat social de portée générale par le libellé bien précis de l'alinéa 41(2)a): «de prendre des mesures destinées à prévenir les actes semblables» ("*to take measures . . . to prevent the same or a similar practice occurring in the future*"). L'argument par lequel la Commission intimée prétend que les pouvoirs dont est investi un tribunal en vertu de l'alinéa 41(2)a) ont la même portée que ceux que lui confère le paragraphe 15(1) doit par conséquent être rejeté.

Il faut toutefois se garder de donner une interprétation trop univoque au concept de prévention. Comment peut-on «prévenir» la discrimination systémique? Le tribunal en est venu à la conclusion que les actes discriminatoires commis au CN étaient généralisés, constants et profondément enracinés dans la psychologie des gens et de l'entreprise. Pour cerner les dimensions réelles du problème, le tribunal a donc dû examiner le passé, y compris l'époque où, en l'absence de législation fédérale sur les droits de la personne, la discrimination n'était pas illégale.

Le tribunal était bien conscient qu'il marchait alors sur une corde raide:

La plainte d'Action Travail des femmes vise essentiellement l'ensemble du processus d'embauche du Canadien National en regard des postes décrits comme non-qualifiés [sic] tel qu'il a été effectué dans la région du St-Laurent à l'époque où cette plainte a été portée.



As for the period of the complaint, the Tribunal is of the opinion that, for the purpose of determining whether CN's hiring process was legal or not under the Canadian Human Rights Act, we must adhere essentially to the period specified in the complaint. However, we shall consider the period prior to that of the complaint in order to show what developments occurred and to get a better idea of the hiring process in effect at that time. Finally, any changes that may have occurred since the filing of the complaint are also relevant, not for determining whether the hiring process was legal at that time, but for determining whether there are grounds for concluding that an affirmative action program should be adopted, and if one should, for determining its essential features.

This passage reveals that the Tribunal clearly understood that it was for legal purposes confined to the short period from the coming into effect of the Act to the time of the complaint, and that its recourse to any other period, either before or after, was for strictly limited ends. Nevertheless, a Tribunal's power is retrospective with respect to the psychological dimension as well as prospective in relation to the remedy.

The ideal form of prevention would consist of radical improvement in attitudes within the CN, leading to an amelioration in behaviour, but no one has yet devised an assured technique of directly modifying the value systems of large numbers of people. However, since the solution must reach the problem, the prevention of systemic discrimination will reasonably be thought to require systemic remedies.

It must be admitted that the Tribunal did not attempt to provide a justification of the heart of its affirmative action program, *viz.*, its special temporary measures (to hire one woman in four in non-traditional occupations until the desired objective of 13% is reached) in a form explicitly parallel to its powers under paragraph 41(2)(a), but that should not prevent the upholding of these measures by this Court if they can be interpreted to be within that paragraph. In my view, they can be so justified.

En ce qui a trait à la période de la plainte, le tribunal est d'avis que pour les fins de déterminer si le processus d'embauche du CN était ou non légal compte tenu de la Loi canadienne sur les droits de la personne, on doit s'en tenir essentiellement à la période décrite par la plainte. Cependant, la période antérieure à celle de la plainte est pertinente pour montrer l'évolution survenue et mieux saisir le processus d'embauche applicable à cette époque. Enfin, les changements qui ont pu survenir depuis le dépôt de la plainte sont également pertinents, non pas pour déterminer si le processus d'embauche était alors légal ou non, mais pour les fins de déterminer s'il y a lieu de conclure à l'adoption d'un programme d'action positive, et si oui, d'en déterminer les éléments essentiels.

Il ressort de ce passage que le tribunal comprenait manifestement que sa décision ne pouvait porter que sur la légalité du processus d'embauchage relativement à la courte période de temps séparant l'entrée en vigueur de la Loi et la date du dépôt de la plainte, et qu'il ne pouvait s'intéresser à quelque autre période, antérieure ou postérieure, que pour des fins strictement limitées. Cependant, le pouvoir que détient le tribunal lui permet de regarder le passé en ce qui concerne la dimension psychologique de l'affaire en litige, et de considérer l'avenir pour ce qui a trait à la sanction.

La forme de prévention idéale consisterait en une amélioration radicale des attitudes au sein du CN susceptible de modifier le comportement des gens. Cependant, nul n'a encore mis au point une technique éprouvée permettant de modifier directement les systèmes de valeurs des individus. Toutefois, étant donné que la solution doit être proportionnelle au problème, on peut raisonnablement s'attendre à ce que la prévention de la discrimination systémique exige des sanctions à caractère systémique.

Force nous est de reconnaître que le tribunal n'a pas essayé de justifier la clef de voûte de son programme d'action positive, en l'occurrence, les mesures spéciales temporaires qu'il a imposées au CN (l'exigence selon laquelle 25 % des nouveaux embauchés aux emplois non traditionnels doivent être des femmes jusqu'à ce que l'objectif visé de 13 % soit atteint), d'une façon qui corresponde explicitement aux pouvoirs que lui confère l'alinéa 41(2)a). Cela ne devrait toutefois pas empêcher la Cour de confirmer ces mesures si l'on peut considérer qu'elles entrent dans le champ d'application de cet alinéa. À mon avis, on peut conclure en ce sens.

The essence of the affirmative action program is a limitation on the CN's discretion in hiring. The necessity of such a program for the CN was in fact stated in the Railway's own Boyle-Kirkman Report in 1974:

Setting specific (name and number) targets is essential, as without these goals day-to-day priorities will take precedence over the more intangible employee development efforts.

The CN rejected this recommendation.

It must not be forgotten that the complaint here was brought by the ATF on behalf of women as a class. Indeed, the respondent ATF argued (without the support of the Canadian Human Rights Commission) that the Tribunal's order could be supported under paragraph 41(2)(b), with women as a class being recognized as the "victims" of the discriminatory practice. In view of my holding under paragraph 41(2)(a), I do not find it necessary to decide whether the meaning of "victim" in paragraph 41(2)(b) extends this far, but the argument serves to underline that the Tribunal's findings relate to women as a class. The prevention of discrimination has to be effective for women as a group.

As I read paragraph 41(2)(a), the limitation on a Tribunal in ordering an affirmative action program for systemic discrimination is that the measures ordered must be objectively intended to prevent such systemic discrimination in the future ("to prevent the same or a similar practice occurring in the future"), that is, they must bear an appropriate relationship or proportion to the problem. What sort of affirmative action goal would bear such a relationship in this case?

The Tribunal might arguably have set the goal for the hiring of women at 50% (or in fact a bit more) for an indefinite period, on the ground that women constitute that percentage of the Canadian population, or they might have set it at 40.7%, the percentage of women in the Canadian work force (1981). But it seems to me that such a goal would not observe a due proportionality to the observed discrimination because it would have to rely on too many unproveable assumptions, especially on the demand side—to say nothing of the onerousness of

Le programme d'action positive en cause vise essentiellement à limiter le pouvoir discrétionnaire d'embauchage du CN. En fait, dès 1974, le rapport Boyle-Kirkman soulignait la nécessité pour le CN d'adopter un programme de ce genre:

[TRADUCTION] Il est essentiel d'établir des objectifs précis (en termes de postes et de nombre), sans quoi les priorités quotidiennes l'emporteront invariablement sur les initiatives moins tangibles, visant la promotion des employés.

b Le CN a rejeté cette recommandation.

Il ne faut pas oublier qu'en l'espèce, ATF a porté plainte au nom des femmes considérées en tant que groupe. D'ailleurs, l'intimée ATF a soutenu (sans l'appui de la Commission canadienne des droits de la personne) que l'ordonnance qu'elle demandait au tribunal de rendre se justifiait aussi par l'alinéa 41(2)b), les femmes en tant que groupe étant les «victimes» de l'acte discriminatoire reproché. Étant donné la conclusion à laquelle j'en suis venu en vertu de l'alinéa 41(2)a), il ne me semble pas nécessaire de décider si le mot «victime» à l'alinéa 41(2)b) a une portée aussi large, mais cet argument sert à souligner que les conclusions du tribunal s'appliquent aux femmes considérées en tant que catégorie. La prévention de la discrimination doit donc protéger les femmes en tant que groupe.

Suivant mon interprétation de l'alinéa 41(2)a), le pouvoir du tribunal d'ordonner l'implantation d'un programme d'action positive pour combattre la discrimination systémique est limité en ce sens que les mesures imposées doivent objectivement viser à prévenir cette discrimination systémique pour l'avenir («des mesures destinées à prévenir les actes semblables»), c'est-à-dire, que les mesures doivent être en rapport avec le problème. En l'espèce, quel genre d'objectif d'action positive pourrait correspondre au problème?

Le tribunal aurait sans doute été justifié de fixer l'objectif d'embauchage des femmes à 50 % (ou en fait à un taux légèrement supérieur) pour une période indéfinie, au motif que les femmes représentent ce pourcentage de la population canadienne, ou il aurait pu l'établir à 40,7 %, soit la proportion des femmes au sein de la main-d'œuvre du Canada (1981). Il me semble toutefois qu'un tel objectif ne serait pas proportionné à la discrimination constatée parce qu'il se fonderait sur un trop grand nombre d'hypothèses non vérifiables,

such a requirement on the employer. They might have established a goal of 6.11%, based on the percentage of women in the CN work force, but such a figure, drawn from the same company, might not unreasonably be suspected of also having been diminished by systemic discrimination.

The Tribunal, wisely in my view, chose to derive its goal from the most proximate independent generalization, *viz.*, hiring in the same blue-collar occupations across Canada. I believe this figure contains the irreducible minimum of unproveable assumptions and hence is the least arbitrary and most proportionate goal. As I see it, whether the Tribunal then chose to move to this goal by a one-in-three or by a one-in-four ratio is within their reasonable discretion.

It seems to me this leaves only one difficulty—and that I believe merely an apparent one. The Tribunal expressed its goal, in terms, not of hiring, but of employment. This is undoubtedly what conjures up an image of a general social goal of employment of women out of proportion to the discrimination actually established here.

But in fact hiring and employment are opposite sides of the same coin. Employment is the consequence of, and the more permanent state resulting from, hiring. In the absence of discrimination, employment ratios probably roughly correspond to hiring ratios over a sufficient period of years. But what is key to the decision, and is a matter of which I believe this Court must take judicial notice, is that the only available official statistics on a scientific data base relate to employment. Statistics Canada does not publish general statistics either as to hiring (the “in” stream) or separation (the “out” stream) from employment, but only as to employment “stock”. Since there was no other statistical basis available, there was therefore no other objective basis on which the Tribunal could have established its objective.

It may well be that the Tribunal’s own motivation was mixed, and that it was as much aware of

notamment sur le plan de la demande, sans parler du fardeau que cela imposerait à l’employeur. Le tribunal aurait pu établir un objectif de 6,11 %, à partir du pourcentage de la main-d’œuvre féminine au CN; on aurait cependant pu raisonnablement soutenir que ce chiffre, établi à partir de la situation au sein de la même compagnie, pourrait lui aussi être le résultat de la discrimination systémique.

*b* C’est, à mon avis, avec sagesse que le tribunal a choisi de fixer son objectif à partir d’une comparaison avec le facteur indépendant le plus rapproché, en l’occurrence, l’embauchage pour les mêmes postes manuels au Canada. J’estime que c’est ce chiffre qui comporte le moins d’hypothèses indémonstrables et que c’est par conséquent lui qui constitue l’objectif le moins arbitraire et le plus adéquat. À mon avis, la décision du tribunal de fixer un rapport de un sur trois ou de un sur quatre relevait de l’exercice raisonnable de son pouvoir discrétionnaire.

*e* Il ne nous reste plus à mon avis qu’une seule difficulté à régler, difficulté qui est plus apparente que réelle. Le tribunal a exprimé son objectif non en termes d’embauche mais en termes d’emploi. C’est assurément cela qui pourrait donner à penser que l’objectif social global d’emploi des femmes est disproportionné à la discrimination qui a effectivement été établie en l’espèce.

*g* En réalité, l’embauchage et l’emploi sont l’envers et l’endroit du même feuillet. L’emploi est la conséquence de l’embauchage et correspond à l’état permanent qui en résulte. En l’absence de discrimination, il est probable que sur une période suffisamment longue, le taux d’emploi corresponde en gros au taux de recrutement. Quoi qu’il en soit, le facteur décisif dont la Cour doit, à mon avis, prendre connaissance d’office, c’est le fait que les seules statistiques officielles disponibles établies à partir de données scientifiques ne concernent que l’emploi. Statistique Canada ne publie pas de statistiques générales sur l’embauchage (l’apport) ni sur le licenciement (le retrait), mais seulement sur le nombre d’employés. Vu l’absence de toute autre donnée statistique, le tribunal ne disposait d’aucune autre donnée objective lui permettant d’établir son objectif.

*j* Il est fort possible que le tribunal ait fondé sa décision sur divers motifs et qu’il ait été parfaite-

the fact that its order served the general interests of an egalitarian society as that it was based on the more limited mandate of paragraph 41(2)(a). But in my view it is not for this Court on a section 28 application to interfere with such a judgment call by the Tribunal unless it is shown to be clearly outside its statutory jurisdiction. Chouinard J. has spoken recently in *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union et al.*, [1984] 1 S.C.R. 269, at page 288; 53 N.R. 203, at page 227, of "The caution which the courts must exercise whenever the jurisdiction of an administrative tribunal is questioned . . ." In my view the CN has not been able to show that the terms of the order here cannot be said "to prevent the same or a similar practice occurring in the future". Given the more than five and a half years it has taken to bring the complaint to this point, the 31 volumes in the record before us, the Tribunal's decision of 175 pages, the public funds and the private effort expended, it is excessive to return the matter again to the administrative forum unless there is a compelling reason to do so. In my opinion there is no such reason.

I must leave unresolved any question as to the supervision and variation of the Tribunal's order. Since the Tribunal is *functus officio*, subject to the possibility of a temporary resurrection for the reconsideration of its order, and the law does not confer supervisory powers on the Commission, there is no apparent mechanism of supervision or variation. The provision in subsection 43(1) of the Act that "Any order of a Tribunal under subsection 41(2) . . . may, for the purpose of enforcement, be made an order of the Federal Court of Canada and is enforceable in the same manner as an order of that Court" clearly creates a power of enforcement in this Court, but does not confer any power of initiative or any flexibility in the approach to the order. But that is a policy matter beyond the competence of this Court.

Since in my opinion the order of the Tribunal is within its jurisdiction under paragraph 41(2)(a), I would dismiss the application.

ment conscient du fait que l'ordonnance qu'il rendait servait les intérêts généraux d'une société égalitaire alors même que sa décision était fondée sur le mandat plus restreint de l'alinéa 41(2)a).  
 a Cependant, j'estime qu'il n'appartient pas à la Cour saisie d'une demande fondée sur l'article 28 de modifier le jugement de ce tribunal à moins qu'on démontre que celui-ci a manifestement excédé la compétence que la loi lui confère. Le juge Chouinard a, dans l'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce et autre*, [1984] 1 R.C.S. 269, à la page 288; 53 N.R. 203, à la page 227, parlé de «La prudence dont doivent faire preuve les tribunaux lorsqu'est mise en cause la compétence d'un tribunal administratif . . .». À mon avis, le CN n'a pas réussi à démontrer qu'en l'espèce, on ne pouvait dire des modalités de l'ordonnance qu'elles servaient «à prévenir les actes semblables». Étant donné qu'il a fallu plus de cinq ans et demi pour que la plainte en arrive à cette étape-ci, et vu les 31 volumes du dossier qui nous a été soumis, la décision du tribunal de 175 pages, les fonds publics dépensés et les efforts déployés par les particuliers,  
 b  
 c  
 d  
 e il serait exagéré de renvoyer l'affaire devant un tribunal administratif à moins qu'il n'existe une raison sérieuse de le faire, ce qui, à mon avis, n'est pas le cas.

f Je dois laisser non résolue la question de la surveillance et de la modification de l'ordonnance du tribunal. Étant donné que le tribunal est *functus officio* et qu'il ne saurait revivre que d'une façon temporaire pour réexaminer l'ordonnance qu'il a rendue, et étant donné que la loi ne confère aucun pouvoir de surveillance à la Commission, il n'existe apparemment aucun mécanisme de surveillance ou de modification. La disposition du paragraphe 43(1) de la Loi qui porte que «Les ordonnances que le tribunal rend en vertu [du] paragraphe 41(2) . . . peuvent, dans certains cas, être exécutées comme celles de la Cour fédérale du Canada» confère manifestement un pouvoir d'exécution à notre Cour mais ne confère aucune initiative ou flexibilité dans la formulation de l'ordonnance. Il s'agit toutefois là d'une question de politique qui excède la compétence de cette Cour.

Vu qu'en rendant son ordonnance, le tribunal a, à mon avis, respecté les limites de la compétence que lui confère l'alinéa 41(2)a), je suis d'avis de rejeter la demande.