

	A-911-90		A-911-90
The Attorney General of Canada (<i>Applicant</i>)		Le procureur général du Canada (<i>requérant</i>)	
v.		c.	
Gihane Mongrain (<i>Respondent</i>)		^a Gihane Mongrain (<i>intimée</i>)	
	A-914-90		A-914-90
Gihane Mongrain (<i>Applicant</i>)		Gihane Mongrain (<i>requérante</i>)	
v.		b	
Department of National Defence (<i>Respondent</i>)		c.	
and		c et	
Canadian Human Rights Commission (<i>Respondent</i>)		Commission canadienne des droits de la personne (<i>intimée</i>)	
<i>INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) v. MONGRAIN (C.A.)</i>		^d <i>RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) c. MONGRAIN (C.A.)</i>	
Court of Appeal, Hugessen, Desjardins and Décaré JJ.A.—Montréal, September 11; Ottawa, September 20, 1991.		Cour d'appel, juges Hugessen, Desjardins et Décaré, J.C.A.—Montréal, 11 septembre; Ottawa, 20 septembre 1991.	
<i>Human rights — Offer of extension of term employment withdrawn when employee seeking to exercise right to maternity leave without pay — Canadian Human Rights Act deeming discrimination for pregnancy sex discrimination — Review Tribunal under Canadian Human Rights Act empowered to overturn first instance tribunal only where error of law or manifest error in assessment of facts — Onus on complainant to make out prima facie case of discrimination — Doctrine of bona fide occupational requirement (BFOR) applying only to direct discrimination — Where BFOR exists, no duty of accommodation — Discrimination by adverse effect existing, independently of intent to discriminate, where apparently neutral requirement having prejudicial effect on persons in protected categories — Duty to accommodate affected employees if possible without undue interference in operations, excessive cost.</i>		^f <i>Droits de la personne — Offre de prolongation d'une nomination pour période déterminée retirée lorsque l'employée a voulu se prévaloir de son droit de prendre un congé de maternité non payé — En vertu de la Loi canadienne sur les droits de la personne, une distinction fondée sur la grossesse est réputée être une distinction fondée sur le sexe — Le tribunal d'appel constitué en vertu de la Loi canadienne sur les droits de la personne n'est investi du pouvoir d'infirmier la décision d'un tribunal de première instance qu'en cas d'erreur de droit ou d'erreur manifeste dans l'appréciation des faits — C'est au plaignant qu'incombe le fardeau d'établir une preuve prima facie de discrimination — La notion d'exigence professionnelle normale (EPN) ne s'applique qu'à la discrimination directe — En présence d'une EPN, il n'y a pas d'obligation d'accommodement — Il y a discrimination par suite d'un effet préjudiciable, indépendamment de l'intention d'exercer une discrimination, lorsqu'une exigence, neutre en apparence, produit un effet préjudiciable sur les personnes appartenant aux catégories protégées — Obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec les employés lésés, sans que cela n'entraîne l'exploitation de l'entreprise et n'impose des frais excessifs.</i>	
<i>Public service — Labour relations — Employee engaged under successive term appointments from January 1981 to April 1983 applying for maternity leave without pay — Leave granted for duration of one-month term — Employer offering further term subject to availability — Offer withdrawn when employee stating intent to take maternity leave as provided for in collective agreement — Availability to work normal term of</i>		^h <i>Fonction publique — Relations du travail — Employée nommée pour des périodes déterminées successives de janvier 1981 à avril 1983 ayant présenté une demande de congé de maternité non payé — Congé accordé pour une période d'un mois — L'employeur a offert une prolongation, sous réserve de disponibilité — L'offre a été retirée lorsque l'employée a fait part de son intention de prendre le congé de maladie prévu à</i>	

employment offer but discriminatory when offeree pregnant — Duty to accommodate in absence of undue hardship for employer.

These were section 28 applications against a decision of a Review Tribunal constituted under the *Canadian Human Rights Act*. That decision reversed the decision of the first instance tribunal that the applicant had not been discriminated against by reason of pregnancy. The Attorney General seeks review of the finding of discrimination: and Ms. Mongrain, the complainant at the first instance, seeks review of the decision not to order her reinstatement.

Ms. Mongrain worked for the Department of National Defence, teaching French as a second language. She had been employed under successive term appointments since January 5, 1981. As of April 12, 1985, her current term was scheduled to expire on April 30, 1985. That day, she applied for maternity leave without pay commencing April 22. On the same day, she was offered, and accepted, a new term for the period April 30 to May 24, 1985. On April 18, she was offered an appointment in extension of that one, to August 2, 1985. The letter of offer included, for the first time, an "availability" clause stating that the offer was conditional on her reporting for work on May 27, failing which the offer would be cancelled. That clause appeared only in offers to people known by the employer to be pregnant. On April 19, the employee was granted maternity leave for April 22 to May 24. On April 30, she wrote to accept the offer of an extension to August 2, but stated her intention to exercise her right to maternity leave under the collective agreement. The collective agreement provides for maternity leave without pay for up to 26 weeks. The employer replied that the offer of a term from May 24 to August 2 was withdrawn on the grounds that she would not meet the condition of availability set out in that offer.

After attempting other avenues of redress, Ms. Mongrain filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission. Section 3 of the *Canadian Human Rights Act* defines sex as a prohibited ground of discrimination and stipulates that discrimination because of pregnancy or childbirth is deemed to be discrimination on grounds of sex. The Human Rights Tribunal dismissed the complaint, apparently considering that the employer had no intention of discriminating and that the availability clause was a *bona fide* occupational requirement (BFOR). The Review Tribunal found that there was *prima facie* evidence of discrimination and no BFOR. It overturned the decision of the first instance tribunal, but did not order reinstatement, finding that Ms. Mongrain would not, in any event, have been offered further employment. Against that decision these section 28 applications are brought.

Held, the applications should be dismissed.

la convention collective — La disponibilité est une condition normale dans une offre d'emploi mais elle est discriminatoire lorsque la personne visée est enceinte — Existence d'une obligation d'accommodement vu l'absence de contrainte excessive pour l'employeur.

a Il s'agit de demandes faites en vertu de l'article 28 à l'encontre d'une décision d'un tribunal d'appel constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Cette décision infirmait la décision du tribunal de première instance portant que la requérante n'avait pas été victime de discrimination en raison de sa grossesse. Le procureur général demande que soit révisée la conclusion qu'il y a eu discrimination; M^{me} Mongrain, plaignante en première instance, demande quant à elle la révision de la décision de ne pas ordonner sa réintégration.

b c M^{me} Mongrain travaillait au ministère de la Défense nationale où elle enseignait le français langue seconde. Elle avait été nommée pour des périodes déterminées successives depuis le 5 janvier 1981. Au 12 avril 1985, la période d'emploi en cours devait se terminer le 30 avril suivant. Ce jour-là, elle a présenté une demande de congé de maternité non payé à compter du 22 avril. Le même jour, on lui a offert un renouvellement pour une autre période déterminée, soit du 30 avril au 24 mai 1985, offre qu'elle a acceptée. Le 18 avril, on lui a offert de prolonger sa nomination jusqu'au 2 août 1985. L'offre incluait, pour la première fois, une clause de «disponibilité» portant que l'offre était conditionnelle à sa présence au travail le 27 mai, à défaut de quoi elle serait annulée. Cette clause ne figurait que dans les offres faites à des personnes qui, à la connaissance de l'employeur, étaient enceintes. Le 19 avril, l'employée a obtenu un congé de maternité pour la période du 22 avril au 24 mai. Le 30 avril, elle a accepté par écrit l'offre de prolongation jusqu'au 2 août, tout en exprimant son intention de se prévaloir de son droit au congé de maternité en vertu de la convention collective. Cette dernière prévoit la possibilité de prendre un congé de maternité non payé pour une période d'au plus 26 semaines. L'employeur a répondu que l'offre de prolongation du 24 mai au 2 août était retirée parce que l'employée n'allait pas remplir la condition de disponibilité qui y était stipulée.

d e f g Après avoir tenté d'exercer des recours devant d'autres instances, M^{me} Mongrain a porté plainte devant la Commission canadienne des droits de la personne. L'article 3 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* fait du sexe un motif illicite de distinction et dispose qu'une distinction fondée sur la grossesse ou l'accouchement est réputée être fondée sur le sexe. Le tribunal des droits de la personne a rejeté la plainte, considérant apparemment que l'employeur n'avait aucune intention d'exercer une discrimination et que la clause de disponibilité était une exigence professionnelle normale (EPN). Le tribunal d'appel a conclu pour sa part à l'existence d'une preuve *prima facie* de discrimination et à l'absence d'EPN. Il a infirmé la décision du tribunal de première instance mais, estimant que M^{me} Mongrain n'aurait pas reçu, de toute façon, une autre offre d'emploi, il n'a pas ordonné sa réintégration. C'est à l'encontre de cette décision qu'ont été présentées les demandes fondées sur l'article 28.

Arrêt: les demandes devraient être rejetées.

A complainant before a Human Rights Tribunal must present *prima facie* evidence of discrimination, and then the onus moves to the respondent. Although the appeal tribunal was mistaken in saying that the complainant had only to affirm reasonable grounds to believe she had been discriminated against, that error does not invalidate the decision because, in any event, the appeal tribunal did find that Ms. Mongrain had made out a *prima facie* case of discrimination. The factual basis for her complaint is not in dispute.

The powers of a review tribunal under the Act to intervene in the first instance decision are analogous to those of a court of appeal in the judicial hierarchy; that is, it may only overturn the decision if there is either an error of law or a manifest error in the assessment of the facts. In this case the review tribunal correctly identified both kinds of error in the first level decision. On the uncontested facts, the action of the employer had a discriminatory effect on the complainant—what is known as discrimination by adverse effect. The respondent's plea of *bona fide* occupational requirement is not relevant, the BFOR doctrine having no application to discrimination by adverse effect.

The notion of a BFOR applies only to cases of direct discrimination, that is, where the discriminatory action is based directly upon a prohibited ground. Such discrimination can be justified only by the employer's establishing a BFOR and, if it does, there can be no question of a duty of accommodation, since the discriminatory practice is justified in its application to the entire class of employees. The duty to accommodate arises only in case of discrimination by adverse effect, where there is a rule which appears not to be based on a prohibited ground but which, in spite of its apparent neutrality, has prejudicial effects on certain persons in the categories protected by human rights legislation. Invariably, the group suffering prejudice is smaller than that to which the rule applies and may, indeed, be composed of a single complainant. No issue of justification arises, and the rule is maintained in place as regards all except the person(s) on whom it would have a discriminatory effect. For those persons the employer has a duty to adopt such measures of accommodation as will not interfere unduly with the operation of the undertaking or entail excessive cost.

Here, the availability clause and the rule that employees be ready to report to work are normal terms of the employment relationship. Their application to pregnant employees who wished to exercise their right to maternity leave without pay, however, had a discriminatory effect. The onus is on the employer to show it has met its duty of accommodation, in so far as that does not create undue hardship for the employer. It is difficult to imagine how granting the employee further leave without pay could have created any hardship for the employer.

The refusal of the review tribunal to order reinstatement was based on a finding of fact to the effect that, even if Ms. Mon-

Devant un tribunal des droits de la personne, le plaignant doit établir une preuve *prima facie* de discrimination, après quoi il y a renversement du fardeau sur l'intimé. Bien que le tribunal d'appel ait commis une erreur en disant qu'il suffisait pour la plaignante d'affirmer qu'elle avait des motifs raisonnables de croire qu'un acte discriminatoire avait été commis à son endroit, cette erreur n'invalide pas la décision puisque le tribunal a, malgré cela, estimé que M^{me} Mongrain avait établi une cause *prima facie* de discrimination. Les faits sur lesquels repose la plainte ne sont pas contestés.

Les pouvoirs d'intervention d'un tribunal d'appel, constitué en vertu de la Loi, à l'égard de la décision rendue en première instance sont analogues à ceux exercés par une cour d'appel dans la hiérarchie judiciaire, c'est-à-dire qu'il ne peut infirmer la décision qu'en cas d'erreur de droit ou d'erreur manifeste dans l'appréciation des faits. En l'espèce, le tribunal d'appel a bien identifié les deux sortes d'erreurs commises dans la décision de première instance. D'après les faits non contestés, la politique de l'employeur a eu un effet discriminatoire sur la plaignante—ce qu'on appelle une discrimination indirecte. La prétention de l'intimé quant à l'existence d'une exigence professionnelle normale n'est pas pertinente, cette notion ne s'appliquant pas à la discrimination indirecte.

La notion d'EPN s'applique seulement aux cas de discrimination directe, c'est-à-dire aux cas où l'acte discriminatoire est fondé directement sur un motif illicite. Cette discrimination ne peut être justifiée que si l'employeur établit l'existence d'une EPN et, s'il y réussit, il ne peut être question d'un devoir d'accommodement puisque la règle discriminatoire est alors justifiée dans son application à une catégorie entière d'employés. L'obligation d'accommodement n'entre en ligne de compte que dans les cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, là où existe une règle qui, malgré sa neutralité apparente, produit des effets préjudiciables à l'égard de certaines personnes qui appartiennent aux catégories protégées par les lois sur les droits de la personne. Le groupe des personnes qui subissent un effet préjudiciable est toujours plus petit que le groupe auquel la règle s'applique et peut, dans les faits, se composer d'un seul plaignant. Aucune justification n'est alors nécessaire et la règle est maintenue en ce sens qu'elle s'appliquera à tous sauf aux personnes sur lesquelles elle aurait un effet discriminatoire. À l'égard de ces personnes, l'employeur a l'obligation de procéder aux accommodements nécessaires dans la mesure où cela n'entraîne pas indûment l'exploitation de l'entreprise ou ne lui impose pas des frais excessifs.

En l'espèce, la clause de disponibilité et la règle voulant que les employés soient prêts à se présenter au travail sont des conditions normales de travail. Toutefois, leur application à des employées enceintes voulant se prévaloir de leur droit de prendre un congé de maternité sans solde a produit un effet discriminatoire. Il appartient alors à l'employeur de démontrer qu'il a respecté son obligation d'accommodement, dans la mesure où cela ne comporte pas une contrainte excessive. Il est difficile d'imaginer quelle sorte de contrainte le fait d'accorder un autre congé sans solde pourrait causer à l'employeur.

Le refus du tribunal d'appel d'ordonner la réintégration était fondé sur une conclusion de fait selon laquelle, même si M^{me}

grain had been kept on the availability list, she would not have had contracts subsequent to the one containing the discriminatory clause. Since there was evidence to support this finding, and it is consistent with the findings of fact at the first instance, the Court may not intervene under paragraph 28(1)(c).

Mongrain avait été maintenue sur la liste de disponibilité, elle n'aurait pas eu d'autres contrats subséquents à celui contenant la clause discriminatoire. Cette conclusion trouvant appui dans certains éléments de la preuve et étant conforme aux conclusions de fait tirées par le tribunal de première instance, la Cour ne peut intervenir en vertu de l'alinéa 28(1)c).

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3(1),(2), 7. **b**

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 25.

Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 2(g). **c**

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission), [1990] 2 S.C.R. 489; (1990), 33 C.C.E.L. 1. **d**

CONSIDERED:

Latif v. Canadian Human Rights Commission, [1980] 1 F.C. 687; (1979), 105 D.L.R. (3d) 609; 79 CLLC 14,223; 28 N.R. 494 (C.A.). **e**

REFERRED TO:

Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke, [1982] 1 S.C.R. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159. **f**

APPEARANCE:

Gérard Mongrain on behalf of respondent/applicant, Gihane Mongrain. **g**

COUNSEL:

J. LeVasseur for applicant/respondent, Minister of National Defence. **h**

François Lumbu for respondent, Canadian Human Rights Commission.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant/respondent, Minister of National Defence.

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

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), chap. H-6, art. 3(1),(2), 7.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-33, art. 25.

Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-35, art. 2g.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission), [1990] 2 R.C.S. 489; (1990), 33 C.C.E.L. 1.

DÉCISION EXAMINÉE:

Latif c. La Commission canadienne des droits de la personne, [1980] 1 C.F. 687; (1979), 105 D.L.R. (3d) 609; 79 CLLC 14,223; 28 N.R. 494 (C.A.).

DÉCISION CITÉE:

Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke, [1982] 1 R.C.S. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159.

A COMPARU:

Gérard Mongrain pour l'intimée-requérante, Gihane Mongrain.

AVOCATS:

J. LeVasseur pour le requérant-intimé, le ministre de la Défense nationale.

François Lumbu pour l'intimée, la Commission canadienne des droits de la personne.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant-intimé, le ministre de la Défense nationale.

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

ON BEHALF OF RESPONDENT/APPLICANT:

Gérard Mongrain, St-Jean-sur-Richelieu,
Quebec.

*The following is the English version of the reasons
for judgment rendered by*

HUGESSEN J.A.: These are two applications brought under section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] from a decision of a Review Tribunal established under the *Canadian Human Rights Act*.¹ The subject decision set aside an earlier decision made by the original Tribunal established under that Act, and allowed the complainant's appeal, declaring that she had been the victim of discrimination based on the fact that she was pregnant. The Attorney General is asking us to review the decision of the Review Tribunal and restore the decision of the original Tribunal which had dismissed the complaint of discrimination. The complainant, Ms. Mongrain, is asking us to review that portion of the decision of the Review Tribunal which refused to order that she be reinstated in her employment.

Ms. Mongrain, the complainant, had been employed as a teacher of French as a second language at the St-Jean military base since January 5, 1981. However, she had never been appointed for an indeterminate period, but rather for successive fixed periods. As a result, and in accordance with section 25 of the *Public Service Employment Act*,² she lost her status as an employee upon the expiry of each period. Nonetheless, she was an "employee" within the meaning of the *Public Service Staff Relations Act*:³

2. . . .

"employee" means a person employed in the Public Service, other than

(g) a person employed on a casual or temporary basis, unless the person has been so employed for a period of six months or more,

As such, she benefited from the provisions of the collective agreement which applied in the situation.

¹ R.S.C., 1985, c. H-6.

² R.S.C., 1985, c. P-33.

³ R.S.C., 1985, c. P-35, s. 2(g).

POUR LE COMPTE DE L'INTIMÉE-REQUÉRANTE:

Gérard Mongrain, St-Jean-sur-Richelieu
(Québec).

Voici les motifs du jugement rendus en français par

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Il s'agit de deux demandes faites en vertu de l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7] à l'encontre d'une décision d'un tribunal d'appel constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*¹. La décision attaquée a infirmé une décision précédente rendue par un tribunal de première instance constitué en vertu de la même Loi et a accueilli le pourvoi de la plaignante en déclarant que celle-ci avait été victime de discrimination basée sur son état de grossesse. Le procureur général nous demande de réviser la décision du tribunal d'appel et de rétablir la décision du tribunal de première instance qui avait rejeté la plainte de discrimination. Pour sa part, la plaignante, M^{me} Mongrain, nous demande de réviser cette partie de la décision du tribunal d'appel qui a refusé d'ordonner sa réintégration dans son emploi.

M^{me} Mongrain, la plaignante, avait été employée comme professeur de français, langue seconde, à la base militaire de St-Jean depuis le 5 janvier 1981. Elle n'avait pas, toutefois, été nommée pour une période indéterminée mais plutôt pour des périodes déterminées successives. Par conséquent et conformément à l'article 25 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*², elle perdait sa qualité de fonctionnaire à l'expiration de chaque période. Elle était quand-même un «fonctionnaire» au sens de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*³:

2. . . .

«fonctionnaire» Personne employée dans la fonction publique, . . . mais à l'exclusion des personnes:

g) employées à titre occasionnel ou temporaire et ayant travaillé à ce titre pendant moins de six mois;

À ce titre elle bénéficiait des dispositions de la convention collective applicable en l'espèce.

¹ L.R.C. (1985), chap. H-6.

² L.R.C. (1985), chap. P-33.

³ L.R.C. (1985), chap. P-35, art. 2g).

At the beginning of April 1985, Ms Mongrain was working under an appointment which had taken effect on July 24, 1984 and was to terminate on April 30, 1985. On April 12, 1985 she informed her immediate superior that she wished to be absent from her work starting on Monday, April 22, 1985, because of her pregnancy, since her delivery date was expected to be in May.

On that same day, April 12, 1985, the employer had offered the complainant an "extension" of her employment, for a fixed period: from April 30, 1985 to May 24, 1985. This offer was accepted that same day.

On April 18, 1985 the employer again offered the complainant another "extension", this time for the period from May 24, 1985 to August 2, 1985. However, this offer was accompanied by an "availability" condition, which read as follows:

[TRANSLATION] Please confirm to us your availability to report to work on May 27, 85. It goes without saying that if you are not available on that date, this offer will be automatically cancelled. We shall then ask you to inform us of the date on which you would be available to take up duties, should we require your services. [Record, at page 1053.]

It is common ground, first, that this is the first time that an express condition of this nature was inserted in an offer of employment by the employer, and second, that this condition appeared only in offers to people who were, to the employer's knowledge, pregnant. On the other hand, the employer established to the satisfaction of the Tribunal that it would have imposed this condition on any employee who had stated his or her intention not to report to work for the entire term of the contract.

On April 19, 1985, the complainant submitted a formal request for leave covering the entire period from April 22, 1985 to May 24, 1985, the end of the contract she had just accepted. This request was granted that same day. Part of the leave granted, representing sick days and other similar benefits, was paid, but another part, by far the larger, running from April 29, 1985 (before the end of the then current period of employment) to May 24, 1985 (the end of the next period of employment), was unpaid mater-

Au début d'avril 1985 M^{me} Mongrain travaillait en vertu d'une nomination qui avait pris effet le 24 juillet 1984 et allait se terminer au 30 avril 1985. Le 12 avril 1985 elle a informé son supérieur immédiat qu'elle désirait s'absenter de son travail à compter du lundi 22 avril 1985 en raison de sa grossesse, son accouchement étant prévu pour le mois de mai.

Le même jour, le 12 avril 1985, l'employeur avait offert à la plaignante une «prolongation» de son emploi pour une période déterminée, soit du 30 avril 1985 au 24 mai 1985. Cette offre a été acceptée le même jour.

Le 18 avril 1985 l'employeur a offert à la plaignante encore une autre «prolongation», cette fois-ci pour la période du 24 mai 1985 au 2 août 1985. Cette offre, toutefois, est assortie d'une condition de «disponibilité» qui se lit comme suit:

Vous voudrez bien nous confirmer votre disponibilité pour vous présenter au travail le 27 mai 85. Il va sans dire que si vous n'êtes pas disponible à cette date, cette offre sera automatiquement annulée et nous vous demanderions alors de nous préciser la date à laquelle vous seriez disponible pour entrer en fonction si on devait avoir recours à vos services éventuellement. [Dossier, à la page 1053.]

Il est constant aux débats, d'une part, que c'est la première fois qu'une condition expresse de cette nature est insérée dans une offre d'emploi faite par l'employeur et, d'autre part, que cette condition ne figurait que dans les offres faites à des personnes qui, à la connaissance de l'employeur, étaient enceintes. Par contre, l'employeur a établi à la satisfaction du tribunal qu'il aurait imposé cette même condition à tout employé qui aurait déclaré son intention de ne pas se présenter au travail pour toute la durée du contrat.

Le 19 avril 1985 la plaignante a formulé une demande formelle de congé couvrant toute la période du 22 avril 1985 jusqu'au 24 mai 1985, soit la fin du contrat qu'elle venait d'accepter. Cette demande est accueillie le même jour. Une partie du congé accordé, représentant des jours de maladie et d'autres bénéfices semblables, a été payée mais une autre partie, de loin la plus importante, allant du 29 avril 1985 (soit avant la fin de la période d'emploi en cours) jusqu'au 24 mai 1985 (soit la fin de la prochaine période

nity leave. This leave was granted under section 15.06 of the collective agreement:

15.06 Maternity leave without pay

- (a) An employee who becomes pregnant shall notify the employer at least fifteen (15) weeks prior to the expected date of the termination of her pregnancy and, subject to section (b) of this clause, shall, eleven (11) weeks before the expected date of the termination of her pregnancy be granted leave without pay for a period ending not later than twenty-six (26) weeks after the date of the term of her pregnancy subject to clause 15.07(d). [Record, at page 829.]

In fact, Ms. Mongrain was absent from her work and was not paid under this clause for the entire period in question.

On April 30, 1985 Ms. Mongrain replied to the offer that had been made to her in the letter of April 18, 1985. She accepted the offer for the entire period in question, from May 24, 1985 to August 2, 1985, but she added the following:

[TRANSLATION] However, I intend to exercise my right to maternity leave, as set out in section 15.06 of my collective agreement. [Record, at page 1055.]

On May 22, 1985, the employer replied:

[TRANSLATION] We acknowledge receipt of your letter of April 30, 1985. As you indicate in your letter, "I intend to exercise my right to maternity leave, as set out in section 15.06 of my collective agreement", it appears that we would have to understand that you will not report for work to teach on May 27, 1985 and so that you will not be available at the required time, as set out in our offer of employment of April 18, 1985.

Since this offer was conditional on your being present at work as of that day and on subsequent days, we find that we must withdraw this offer beyond May 24, 1985 because you are not available, in accordance with the previous offer of term employment from April 30, 1985 to May 24, 1985. [Record, page 1056.]

After a number of fruitless attempts to exercise remedies before other bodies (grievance under the *Public Service Staff Relations Act*, appeal under the *Public Service Employment Act*), Ms. Mongrain filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission. That complaint read as follows:

d'emploi), était un congé de maternité non payé. Ce congé était accordé en vertu de l'article 15.06 de la convention collective:

15.06 Congé de maternité non payé

- a) L'employée en état de grossesse en avertit l'employeur au moins quinze (15) semaines avant la date prévue de sa grossesse (sic!) et, sous réserve des dispositions du paragraphe b) de la présente clause, doit, onze (11) semaines avant la date prévue de la fin de sa grossesse, sous réserve de l'alinéa 15.07 d), bénéficier d'une période de congé non payé qui se termine au plus tard vingt-six (26) semaines après la date de la fin de sa grossesse. [Dossier, à la page 829.]

De fait, M^{me} Mongrain s'est absentée de son travail et n'a pas été payée en vertu de cette clause pour toute la période prévue.

En date du 30 avril 1985 M^{me} Mongrain a répondu à l'offre qui lui avait été faite dans la lettre du 18 avril 1985. Elle accepte l'offre pour toute la période prévue, soit du 24 mai 1985 au 2 août 1985, mais elle ajoute ce qui suit:

Toutefois, je vais me prévaloir de mes droits au congé de maternité tel que stipulé dans l'article 15.06 de ma convention collective. [Dossier, à la page 1055.]

Et de répondre l'employeur en date du 22 mai 1985:

Nous accusons réception de votre lettre du 30 avril 1985. Tel que vous l'indiquez dans votre lettre soit: «je vais me prévaloir de mes droits au congé de maternité tel que stipulé à l'article 15.06 de ma convention collective», il appert qu'il faudrait entendre que vous ne vous présenterez pas au travail pour enseigner le 27 mai 1985 et qu'alors vous ne serez pas disponible au moment requis comme stipulé dans notre offre d'emploi du 18 avril 1985.

Puisqu'il s'agissait d'une offre conditionnelle à votre présence au travail à compter de ce jour et pour les jours subséquents nous nous voyons dans l'obligation de retirer cette offre au delà du 24 mai 1985 dû à votre non disponibilité et ce, en conformité avec l'offre antérieure d'emploi déterminé du 30 avril 1985 au 24 mai 1985. [Dossier, à la page 1056.]

Après certaines tentatives infructueuses d'exercer des recours devant d'autres instances (grief en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, appel en vertu de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*), M^{me} Mongrain a porté plainte devant la Commission canadienne des droits de la personne. Cette plainte se lisait comme il suit:

[TRANSLATION] I have reasonable grounds to believe that the Department of National Defence discriminated against me because of my pregnancy, in violation of section 7 of the Canadian Human Rights Act. The employer withdrew the offer of employment it had made me for the period from May 24, 1985 to August 2, 1985, citing my unavailability. However, this very employer renewed the contract of another employee who was unavailable for another reason. I therefore believe I was treated differently because of my pregnancy. [Record, at page 1045.]

It will be useful to reproduce sections 3 and 7 of the *Canadian Human Rights Act* here:

3.(1) For all purposes of this Act, race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted are prohibited grounds of discrimination.

(2) Where the ground of discrimination is pregnancy or child-birth, the discrimination shall be deemed to be on the ground of sex.

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

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

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

on a prohibited ground of discrimination.

This complaint was heard, first, by a Human Rights Tribunal composed of a single member. On June 30, 1988, after four days of hearing in January and February 1988, that Tribunal dismissed the complaint. It is difficult to summarize the reasons of the initial Tribunal in a few lines, but I believe that I do it justice by saying that its primary reason was that the complainant had no right to be rehired at the end of her last period of employment, on May 24, 1985, and that the employer had no intention of discriminating against her. The Tribunal also seems to have seen in the availability clause quoted above a "bona fide occupational requirement" (BFOR) within the meaning of the Act.

Up to this point in the story, Ms. Mongrain had been acting in concert with two of her women colleagues who had been in a situation more or less identical to hers. However, after their complaints were dismissed at first instance by the Human Rights Tribunal, the two others abandoned the fight. Ms.

J'ai des motifs raisonnables de croire que le Ministère de la Défense Nationale m'a traitée de façon discriminatoire en raison de ma grossesse contrairement à la Loi canadienne sur les droits de la personne en vertu de l'article 7. L'employeur a retiré l'offre d'emploi qu'il m'avait faite du 24 mai 1985 au 2 août 1985 en invoquant ma non disponibilité. Cependant, ce même employeur a renouvelé le contrat d'une autre employée non disponible pour une autre raison. J'estime donc avoir subi un traitement différent à cause de ma grossesse. [Dossier, à la page 1046.]

Il convient de reproduire ici les articles 3 et 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*:

3.(1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

(2) Une distinction fondée sur la grossesse ou l'accouchement est réputée être fondée sur le sexe.

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

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

b) de le défavoriser en cours d'emploi.

Cette plainte a été jugée, dans un premier temps, par un tribunal des droits de la personne composé d'un seul membre. Après quatre jours d'audience en janvier et février 1988 ce tribunal a, le 30 juin 1988, rejeté la plainte. Il est difficile de résumer en quelques lignes les motifs du tribunal de première instance mais je crois lui rendre justice en disant que son principal motif était que la plaignante n'avait aucun droit d'être réengagée à la fin de sa dernière période d'emploi, soit le 24 mai 1985 et que l'employeur n'avait aucune intention de discriminer contre elle. Le tribunal semble également avoir vu dans la clause de disponibilité précitée une «exigence professionnelle normale» (EPN) au sens de la loi.

Jusqu'à ce point dans l'histoire, M^{me} Mongrain avait fait cause commune avec deux de ses consœurs qui avaient été dans une situation à peu près identique à la sienne. Toutefois, après le rejet de leurs plaintes en première instance par le tribunal des droits de la personne, les deux autres ont abandonné la lutte.

Mongrain was therefore the only one who took the matter before a Review Tribunal as provided in the *Canadian Human Rights Act*.

The Review Tribunal, composed of three people, held hearings during March 1989 and made a decision dated June 26, 1990, but apparently filed only on October 12 of that year. It is that decision which is the subject-matter of the two section 28 applications.

The Review Tribunal decided "that the original Tribunal was clearly and plainly wrong in its assessment of the evidence" (Record, at page 1555). More particularly, the Review Tribunal was of the opinion that the original Tribunal had erred by not giving effect to the testimony given by representatives of the employer who stated that another employee, Ms. Landry, who was not pregnant, had not been treated in the same manner as the complainant, and that the availability clause had been imposed for the first time in the complainant's case, and solely in respect of pregnant employees. The Review Tribunal was of the opinion that there was *prima facie* evidence of discrimination and that the employer had not proved that the availability clause was a "bona fide occupational requirement"⁴ or that it had fulfilled its duty of accommodation.

The Review Tribunal concluded that the complainant had been the victim of indirect discrimination, or discrimination by adverse effect. However, being of the opinion that even if the complainant had not been the victim of discrimination, she would still not have received an offer of employment after August 2, 1985, the Review Tribunal refused to order that she be reinstated and ordered that the employer pay her compensation in the amount of \$3,500 for pain and suffering.

The applicant, the Attorney General, attacks the decision of the Review Tribunal on four grounds.⁵

⁴ The expression, "*exigence professionnelle réelle*", which is repeated several times in the decision of the appeal tribunal, undoubtedly means "*exigence professionnelle normale*" as in the case law or "*exigence professionnelle justifiée*" ["*bona fide occupational requirement*"] as in s. 15 of the Act.

⁵ A fifth ground dealing with the order to pay damages is set out in the memorandum of the Attorney General, but was not argued at the hearing.

Donc, M^{me} Mongrain a été la seule à porter l'affaire devant un tribunal d'appel tel que prévu dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

a Le tribunal d'appel composé de trois personnes a tenu des audiences au mois de mars 1989 et a rendu une décision datée du 26 juin 1990 mais apparemment déposée seulement le 12 octobre de la même année. C'est cette dernière décision qui fait l'objet b des deux demandes faites en vertu de l'article 28.

c Le tribunal d'appel a décidé «que le tribunal de première instance a erré de façon manifestement évidente dans l'appréciation de la preuve qui lui a été soumise» (Dossier, à la page 1555). Plus particulièrement, le tribunal d'appel était d'avis que le tribunal de première instance avait erré en ne donnant pas suite aux témoignages rendus par les représentants de l'employeur à l'effet qu'une autre employée, M^{me} Landry, qui n'était pas enceinte, n'avait pas été traitée de la même façon que la plaignante et que la clause de disponibilité avait été imposée pour la première fois dans le cas de la plaignante et seulement à l'égard d'employées enceintes. Le tribunal d'appel est d'avis qu'il y avait une preuve *prima facie* de discrimination et que l'employeur n'avait pas prouvé que la clause de disponibilité était une «exigence professionnelle réelle»⁴ ni qu'il avait rempli son devoir f d'accommodement.

g La conclusion du tribunal d'appel était que la plaignante avait été victime d'une discrimination indirecte ou par effet préjudiciable. Étant, toutefois, d'avis que, même si la plaignante n'avait pas été victime de discrimination, elle n'aurait pas quand même reçu une autre offre d'emploi après le 2 août 1985, le tribunal d'appel a refusé d'ordonner sa réintégration et a condamné l'employeur à lui payer une indemnité h d'un montant de 3 500 \$ pour préjudice moral.

Le requérant, le procureur général, s'en prend à la décision du comité d'appel pour quatre motifs⁵.

⁴ Cette expression, qui est répétée à plusieurs reprises dans la décision du tribunal d'appel, veut sans doute signifier «l'exigence professionnelle normale» de la jurisprudence (EPN) ou «l'exigence professionnelle justifiée» [en anglais «*bona fide occupational requirement*»] de l'art. 15 de la Loi.

⁵ Un cinquième motif touchant la condamnation aux dommages est mentionné dans le mémoire du procureur général mais n'a pas été repris à l'audience.

First, the Attorney General submits that the Review Tribunal erred in law in respect of the burden of proof. There is no doubt that the Attorney General is correct on this point, because the Review Tribunal, citing on this point the decision of this Court in *Latif v. Canadian Human Rights Commission*,⁶ had expressed the opinion that it was sufficient for the complainant to affirm reasonable grounds for belief that she was a victim of a discriminatory practice, and that at that point the burden of proof shifted to the employer. This is a double error: first, *Latif* does not deal at all with the burden of proof before the Human Rights Tribunal, but rather with the obligation the Commission had at that time to investigate a complaint; second, it has long been established in the case law that the burden on the complainant before the Human Rights Tribunal is to establish *prima facie* evidence.⁷

However, while the error is real, it is of no consequence, for two reasons.

First, the question of the burden of proof simply does not arise in the circumstances. The Review Tribunal was required to rule on the record established before the initial Tribunal, where both parties had the opportunity to present all the evidence they wished to present. Moreover, the facts in this case are really not contested, and it is not a question of one party or the other succumbing because it failed to present evidence on some point.

Second, although the Review Tribunal erred in its interpretation of *Latif*, it is obvious on reading its decision that, despite the error, it in fact decided that the complainant's evidence was sufficient to establish a *prima facie* case:

We are of the opinion that, as soon as the original Tribunal heard the employer's testimony to the effect that Ms Landry had been treated differently from the complainants, it should have found the allegations of discrimination in the complaint to be substantiated, or at least made a finding of *prima facie*

Dans un premier temps, le procureur général allègue que le tribunal d'appel a commis une erreur de droit en ce qui concerne le fardeau de la preuve. Il ne fait aucun doute que le procureur général a raison sur ce point parce que le tribunal d'appel, citant à cet égard la décision de notre Cour dans l'affaire *Latif c. La Commission canadienne des droits de la personne*,⁶ avait exprimé l'opinion qu'il suffisait pour la plaignante d'affirmer qu'elle a des motifs raisonnables de croire qu'un acte discriminatoire a été commis à son endroit et que, dès lors, le fardeau de la preuve est déplacé vers l'employeur. L'erreur est double: d'une part, l'affaire *Latif* ne traite pas du tout du fardeau de la preuve devant le tribunal des droits de la personne mais plutôt de l'obligation qu'avait la Commission à l'époque d'enquêter sur une plainte; d'autre part, la jurisprudence a depuis longtemps établi que le fardeau de la plaignante devant le tribunal des droits de la personne est d'établir une preuve *prima facie*.⁷

L'erreur, toutefois, si réelle soit-elle, est sans conséquence et ceci pour deux raisons.

Premièrement, la question du fardeau de la preuve ne se soulève tout simplement pas dans les circonstances. Le tribunal d'appel était appelé à statuer sur le dossier tel que constitué devant le tribunal de première instance où les deux parties avaient eu l'opportunité de présenter toute la preuve qu'elles voulaient présenter. D'ailleurs, les faits dans la présente affaire ne sont vraiment pas contestés et il n'est pas question que l'une ou l'autre partie succombe parce qu'elle a fait défaut de présenter une preuve sur une question quelconque.

Deuxièmement, même si le comité d'appel a erré dans son interprétation de l'arrêt *Latif*, il est évident à la lecture de sa décision que, malgré son erreur, il a, en fait, décidé que la preuve de la plaignante suffisait pour établir une cause *prima facie*:

Il est de notre opinion que dès que le juge de première instance a reçu la preuve de l'employeur à l'effet que madame Landry avait reçu un traitement différent de celui des plaignantes, il aurait dû conclure que les allégations de discrimination qui formaient les plaintes étaient fondées. Tout au moins

⁶ [1980] 1 F.C. 687 (C.A.).

⁷ For example, see *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, at p. 208.

⁶ [1980] 1 C.F. 687 (C.A.).

⁷ À titre d'exemple voir *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, à la p. 208.

evidence, which would have shifted the burden of proof onto the employer. The employer would then have had to establish a *bona fide* occupational requirement which applied to all its employees, in accordance with the precedents noted above. [Record, at page 1559.]

Accordingly, this first ground should not be upheld.

It is appropriate to consider the Crown's second and third arguments together; they are worded as follows in its memorandum:

[TRANSLATION] . . . the Review Tribunal erred in law

(2) by intervening in the absence of any manifest error by the original Tribunal;

(3) by failing to ask whether the original Tribunal had erred in concluding that there was no discrimination, and by concluding that the employer had committed a discriminatory act; [Applicant's Memorandum of fact and law, at page 10.]

It is correct to state that the powers of a Review Tribunal established under the *Canadian Human Rights Act* are analogous to those of a court of appeal in the ordinary judicial hierarchy. Accordingly, the Attorney General is correct in stating that the Review Tribunal could only intervene if there were an error of law or manifest error in assessing the facts. In any event, however, the Review Tribunal in the case at bar correctly identified the two kinds of error which enable it to intervene.

The uncontested facts clearly show that the employer's policy had an adverse effect on the complainant. This was therefore what is commonly called "indirect" discrimination, and the conclusions of the original Tribunal dealing with the absence of intent to discriminate on the part of the employer (direct discrimination) were simply not relevant in resolving the case.

This is how the Review Tribunal explained why it decided to intervene in the decision at first instance:

In conclusion, it seems very clear to us that the reason behind the availability clause was the fact that the complainants, and the appellant in particular, were pregnant. In addition, we should not forget that the authorities are very exacting, given the goals and very nature of human rights legislation,

conclure à une preuve *prima facie* qui aurait pour effet de renverser le fardeau de preuve sur l'employeur qui alors devait, selon la jurisprudence énoncer (sic) plus haut, démontrer une exigence professionnelle réelle s'appliquant à tous ses employées (sic). [Dossier, à la page 1559.]

Ce premier motif ne devrait pas donc être retenu.

Il convient de traiter ensemble des deuxième et troisième arguments du ministère public qui sont libellés comme il suit dans son mémoire:

. . . le Tribunal d'appel a erré en droit

2) en intervenant en l'absence d'une erreur manifeste du tribunal de première instance;

3) en omettant de se demander si le tribunal de première instance avait erré en concluant à l'absence de discrimination et en concluant à la commission d'un acte discriminatoire par l'employeur; [Exposé des faits et du droit du requérant, à la page 10.]

Il est exact d'affirmer que les pouvoirs d'intervention d'un tribunal d'appel constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sont analogues à ceux exercés par une Cour d'appel dans l'hierarchie judiciaire ordinaire. Conséquemment, le procureur général a raison d'affirmer que le tribunal d'appel ne pouvait intervenir qu'en cas d'erreur de droit ou d'erreur manifeste dans l'appréciation des faits. Il reste, toutefois, que le tribunal d'appel, dans le présent cas, a bien identifié les deux sortes d'erreurs qui lui permettent d'intervenir.

Les faits non contestés démontraient bien que la politique de l'employeur a eu un effet préjudiciable sur la plaignante. Il s'agissait donc de ce qu'on appelle communément la discrimination «indirecte» et les conclusions du tribunal de première instance portant sur l'absence chez l'employeur d'une intention de discriminer (la discrimination directe) étaient tout simplement non pertinentes à la solution du litige.

Voici comment le tribunal d'appel a expliqué pourquoi il a décidé d'intervenir dans la décision de première instance:

En résumé, il nous apparaît très clairement que l'état de grossesse des plaignantes et par surcroît de l'appelante est à l'origine de l'apparition de la clause de disponibilité. De plus, il ne faut pas oublier que la jurisprudence est très exigeante compte tenu des buts et de la nature même d'une Loi sur les

and do not require that the discrimination being complained of be intentional or premeditated, but only that it exist. This is referred to as adverse effect discrimination.

In light of the foregoing, and from the testimony given at the first hearing and the arguments we have heard, we conclude that the original Tribunal was clearly and plainly wrong in its assessment of the evidence, which led it to an incorrect finding with regard to the assessment of the principles of the legislation and precedents bearing on the case before us. [Record, at page 1560.]

I myself find it impossible to say that in acting as it did the Review Tribunal exceeded the bounds of its authority in such a manner as to permit this Court to intervene under section 28.

Finally, the Attorney General's fourth argument deals with the alleged error in the decision of the Review Tribunal, when it refused to consider the availability clause as a "bona fide occupational requirement" and concluded that the employer had not fulfilled its duty to accommodate.

The dual nature of this argument, which deals both with the existence of a BFOR and with the duty to accommodate, attests to a degree of confusion between these two concepts. In fact, the two are entirely distinct from each other.

The concept of a BFOR applies only to cases of direct discrimination, that is, where the discriminatory act is based directly on a prohibited ground. Thus, for example, a rule which excluded pregnant women from certain kinds of employment could be justified only if the employer were able to establish that there was a BFOR. If this is established, there can then be no question of accommodation, because the directly discriminatory rule has been justified.

On the contrary, the duty to accommodate comes into play only in cases of indirect discrimination, or discrimination by adverse effect. In these cases the rule is not apparently based on an unlawful ground. However, despite its apparent neutrality, the rule produces adverse effects on certain people who are in protected categories. The employer then has the duty to try to accommodate the people in question.

droits de la personne et ne demande pas à ce que la discrimination dont on se plaint soit volontaire ou préméditée, mais simplement qu'elle existe; c'est ce que l'on appelle la discrimination par l'effet préjudiciable.

a Compte tenu de ce qui précède et compte tenu des témoignages entendus en première instance et des débats qui ont eu lieu devant nous, nous croyons que le juge de première instance a erré de façon manifeste et évidente dans l'appréciation de la preuve. Ce qui a mené à une conclusion erronée quant à l'appréciation des principes de droit et de jurisprudence applicables au dossier qui est devant nous. [Dossier, à la page 1560.]

b Pour ma part, il m'est impossible de dire qu'en agissant comme il l'a fait le tribunal d'appel a dépassé les limites de son autorité de façon à permettre l'intervention de notre Cour en vertu de l'article 28.

c Finalement, la quatrième prétention du procureur général porte sur la prétendue erreur dans la décision du tribunal d'appel lorsque celui-ci a refusé de considérer la clause de disponibilité comme étant une «exigence professionnelle normale» et a conclu que l'employeur n'avait pas respecté son obligation d'accommodement.

d Le caractère double de cette prétention qui porte à la fois sur l'existence d'une EPN et de l'obligation d'accommodement témoigne d'une certaine confusion entre ces deux concepts. En fait, les deux sont entièrement distincts l'un de l'autre.

e La notion de la EPN s'applique seulement aux cas de discrimination directe, c'est-à-dire où l'acte discriminatoire est fondé directement sur un motif prohibé. Donc, par exemple, une règle qui exclurait les femmes enceintes de certains genres d'emploi ne pourrait être justifiée que si l'employeur était en mesure d'établir l'existence d'une EPN. Et s'il l'établit, il ne peut pas être question alors d'un devoir d'accommodement parce que la règle directement discriminatoire a été justifiée.

f Par contre, l'obligation d'accommodement n'entre en ligne de compte que dans des cas de discrimination indirecte ou par effet préjudiciable. Il s'agit dans ces cas d'une règle qui, en apparence, n'est pas basée sur un motif illicite. Malgré sa neutralité apparente, toutefois, la règle produit des effets préjudiciables à l'égard de certaines personnes qui sont dans les catégories protégées. C'est alors que l'employeur a le

Madam Justice Wilson, writing for the Supreme Court, explained the rule as follows:

Where a rule discriminates on its face on a prohibited ground of discrimination, it follows that it must rely for its justification on the validity of its application to all members of the group affected by it. There can be no duty to accommodate individual members of that group within the justificatory test because, as McIntyre J. pointed out, that would undermine the rationale of the defence. Either it is valid to make a rule that generalizes about members of a group or it is not. By their very nature rules that discriminate directly impose a burden on all persons who fall within them. If they can be justified at all, they must be justified in their general application. That is why the rule must be struck down if the employer fails to establish the BFOQ. This is distinguishable from a rule that is neutral on its face but has an adverse effect on certain members of the group to whom it applies. In such a case the group of people who are adversely affected by it is always smaller than the group to which the rule applies. On the facts of many cases the "group" adversely affected may comprise a minority of one, namely the complainant. In these situations the rule is upheld so that it will apply to everyone except persons on whom it has a discriminatory impact, provided the employer can accommodate them without undue hardship. In *O'Malley McIntyre J.* clarifies the basis for the different consequences that follow a finding of direct discrimination as opposed to a finding of adverse effect discrimination. He states at p. 555:

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

devoir de tenter d'accueillir les personnes en question.

Voici comment la Cour Suprême, par la plume de Madame le juge Wilson, a expliqué la règle:

Lorsque, à première vue, une règle établit une distinction fondée sur un motif de discrimination prohibé, sa justification devra reposer sur la validité de son application à tous les membres du groupe touché. En vertu du critère du motif justifiable, il ne peut en effet y avoir d'obligation d'accueillement à l'égard des membres individuels du groupe puisque, comme l'a fait observer le juge McIntyre, cela saperait le fondement même de ce moyen de défense. Ou bien on peut valablement établir une règle qui généralise à l'égard des membres d'un groupe ou bien on ne le peut pas. Par leur nature même, les règles qui constituent une discrimination directe imposent un fardeau à tous ceux qui y sont assujettis. Si tant est qu'elles puissent être justifiées, c'est dans leur application générale, qu'elles doivent l'être. Voilà pourquoi la règle doit être annulée si l'employeur ne réussit pas à démontrer qu'il s'agit d'une EPN. Une telle règle doit être distinguée d'une règle qui, neutre en apparence, a un effet préjudiciable sur certains membres du groupe auquel elle s'applique. En pareil cas, le groupe des personnes qui subissent un effet préjudiciable est toujours plus petit que le groupe auquel la règle s'applique. Dans les faits, fréquemment, le «groupe» lésé se composera d'une seule personne, savoir le plaignant. La règle est alors maintenue en ce sens qu'elle s'appliquera à tous sauf aux personnes sur lesquelles elle a un effet discriminatoire, pourvu que l'employeur puisse procéder aux accommodements nécessaires sans subir des contraintes excessives. Dans l'arrêt *O'Malley*, le juge McIntyre met en lumière les conséquences différentes que comportent une conclusion à la discrimination directe ou une conclusion à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Voici comment il s'exprime à la p. 555:

L'obligation dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la religion ou la croyance, consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive: en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs. Les cas comme celui-ci soulèvent une question très différente de celle que soulèvent les cas de discrimination directe. Lorsqu'on démontre l'existence de discrimination directe, l'employeur doit justifier la règle, si cela est possible en vertu de la loi en cause, sinon elle est annulée. Lorsqu'il y a discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la croyance, la règle ou la condition répréhensible ne sera pas nécessairement annulée. Elle subsistera dans la plupart des cas parce que son effet discriminatoire est limité à une personne ou à un groupe de personnes et que c'est son effet sur eux plutôt que sur l'ensemble des employés qui doit être examiné. Dans un tel cas, le problème de la justification ne se pose pas, car la condition raisonnablement liée à l'emploi n'a besoin d'aucune justification; ce qui est requis est une certaine mesure d'accueillement. L'employeur doit, à cette fin, prendre des

accommodating steps on his own part such as an acceptance in this case of part-time work, must either sacrifice his religious principles or his employment. [Emphasis added.]

For these reasons, I am of the view that *Bhinder* is correct in so far as it states that accommodation is not a component of the BFOR test and that once a BFOR is proven the employer has no duty to accommodate. It is incorrect, however, in so far as it applied that principle to a case of adverse effect discrimination. The end result is that where a rule discriminates directly it can only be justified by a statutory equivalent of a BFOQ, ie, a defence that considers the rule in its totality. (I note in passing that all human rights codes in Canada contain some form of BFOQ provision.) However, where a rule has an adverse discriminatory effect, the appropriate response is to uphold the rule in its general application and consider whether the employer could have accommodated the employee adversely affected without undue hardship.⁸

In the instant case, it is clear that this was not direct discrimination. The availability clause and the rule that employees be prepared to work are not only perfectly neutral in appearance, but are also implied conditions in any offer of employment and contract of service.

The problem in this case arises from the fact that the application of the rule to pregnant employees who want to exercise their right to take unpaid maternity leave produces a discriminatory effect. The employer then must show that it complied with its duty to accommodate:

The onus is upon the respondent employer to show that it made efforts to accommodate the religious beliefs of the complainant up to the point of undue hardship.⁹

The Review Tribunal was of the opinion that it would "have difficulty understanding how this accommodation could have resulted in undue hardship for the employer." [Record, page 1559.]

⁸ *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at pp. 514–517.

⁹ *Alberta Dairy Pool, supra*, at p. 520.

mesures raisonnables qui seront susceptibles ou non de réaliser le plein accommodement. Cependant, lorsque ces mesures ne permettent pas d'atteindre complètement le but souhaité, le plaignant, en l'absence de concessions de sa propre part, comme l'acceptation en l'espèce d'un emploi à temps partiel, doit sacrifier soit ses principes religieux, soit son emploi. [Je souligne.]

Pour ces motifs, je suis d'avis que l'arrêt *Bhinder* est bien fondé lorsqu'il énonce que l'accommodement n'est pas un élément du critère de l'EPN et qu'une fois démontrée l'existence d'une EPN, l'employeur n'a pas d'obligation d'accommodement. En revanche, cet arrêt est mal fondé dans la mesure où il applique ce principe à un cas de discrimination indirecte. Il en résulte finalement que, lorsqu'une règle crée une discrimination directe, elle ne peut être justifiée que par une exception légale équivalente à une EPN, c'est-à-dire un moyen de défense qui envisage la règle dans sa totalité. (Je souligne au passage que les codes de droits de la personne au Canada contiennent tous une disposition d'exception fondée sur l'EPN.) Par contre, lorsqu'une règle crée une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, il convient de confirmer la validité de cette règle dans son application générale et de se demander si l'employeur aurait pu composer avec l'employé lésé sans subir des contraintes excessives⁸.

Dans le présent cas, il est clair qu'il ne s'agit pas d'une discrimination directe. La clause de disponibilité et la règle voulant que les employés soient prêt à rendre une prestation de travail sont non seulement parfaitement neutre en apparence mais sont également des conditions implicites de toute offre d'emploi et de tout contrat de travail.

Le problème dans le présent cas provient du fait que l'application de la règle à des employées à terme qui sont enceintes et qui veulent se prévaloir de leur droit de prendre un congé de maternité sans solde produit un effet discriminatoire. Il appartenait alors à l'employeur de démontrer qu'il avait respecté son obligation d'accommodement:

C'est à l'employeur qu'incombe le fardeau de prouver qu'il s'est efforcé de tenir compte des croyances religieuses du plaignant, dans la mesure où cela ne comportait pas une contrainte excessive⁹.

Le tribunal d'appel était d'avis qu'il serait «difficile de comprendre comment cet accommodement (sic) pourrait devenir une contrainte excessive pour l'employeur». [Dossier, à la page 1559.]

⁸ *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, aux p. 514 à 517.

⁹ *Alberta Dairy Pool, supra*, à la p. 520.

I am of the same opinion. In fact, all that Ms. Mongrain was requesting was leave without pay¹⁰ of exactly the same nature as the leave that she had already been granted. In these circumstances, it is impossible for me to imagine what sort of hardship, even slight, this could cause to the employer, and none emerged from the evidence. I would therefore not intervene in the decision.

In her section 28 application, Ms. Mongrain asks us to review that part of the decision of the Review Tribunal which refused to order that she be reinstated.

This refusal is based on a finding of fact which the Review Tribunal expressed as follows:

In view of the evidence that, even if Ms Mongrain had been kept on the availability list, she would not have had another contract after the one containing the availability clause . . . [Record, page 1561.]

Whether or not this conclusion is justified, it is supported by certain of the evidence adduced before the Tribunal. It is also consistent with the findings of fact made by the initial Tribunal. In these circumstances, it is simply impossible for us to intervene under paragraph 28(1)(c).

For these reasons, I would dismiss the two section 28 applications.

DESJARDINS J.A.: I concur.

DÉCARY J.A.: I concur.

Je suis du même avis. En fait, tout ce qu'a demandé M^{me} Mongrain était un congé sans solde¹⁰ d'exactly la même nature que celui dont elle avait déjà bénéficié. Dans ces circonstances, il m'est impossible d'imaginer quelle sorte de contrainte, même minimale, cela pourrait causer à l'employeur et la preuve n'en révèle aucune. Je n'interviendrais donc pas dans la décision.

Par sa demande faite en vertu de l'article 28, M^{me} Mongrain nous demande de réviser cette partie de la décision du tribunal d'appel qui a refusé d'ordonner sa réintégration.

Ce refus est basé sur une conclusion de fait que le tribunal d'appel a exprimé dans les termes suivants:

. . . même si madame Mongrain avait été maintenue sur la liste de disponibilité, elle n'aurait pas eu d'autre contrat subséquent à celui contenant la clause discriminatoire . . . [Dossier, à la page 1561.]

Cette conclusion, soit elle ou non bien fondée, trouve appui dans certains éléments de la preuve présentée devant le tribunal. Elle est aussi conforme avec les conclusions de fait tirées par le tribunal de première instance. Dans ces circonstances, il nous est tout simplement impossible d'intervenir en vertu de l'alinéa 28(1)c).

Pour ces motifs, je rejetterais les deux demandes faites en vertu de l'article 28.

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: J'y souscris.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: J'y souscris.

¹⁰ The interest of the complainant, a term employee, in requesting leave, even unpaid, derives from a policy of the employer that casuals who have completed five years of continuous work are entitled to permanent status. It will be recalled that the complainant was in her fifth year of employment.

¹⁰ L'intérêt de la plaignante, employée à terme, à demander un congé même non payé provient d'une politique de l'employeur voulant que les occasionnels qui complètent cinq ans de travail continu, ont droit à la permanence. On se rappèlera que la plaignante était dans sa cinquième année d'emploi.