

**The British Columbia Government and Service Employees' Union** *Appellant*

v.

**The Government of the Province of British Columbia as represented by the Public Service Employee Relations Commission** *Respondent*

and

**The British Columbia Human Rights Commission, the Women's Legal Education and Action Fund, the DisAbled Women's Network of Canada and the Canadian Labour Congress** *Intervenors*

INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA (PUBLIC SERVICE EMPLOYEE RELATIONS COMMISSION) v. BCGSEU

File No.: 26274.

1999: February 22; 1999: September 9.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Civil rights — Sex — Employment — Adverse effect discrimination — Forest firefighters — Women having more difficulty passing fitness test owing to physiological differences — Whether fitness test a bona fide occupational requirement — Test to be applied — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 13(1)(a), (b), (4).*

The British Columbia government established minimum physical fitness standards for its forest firefighters. One of the standards was an aerobic standard. The claimant, a female firefighter who had in the past performed her work satisfactorily, failed to meet the aerobic standard after four attempts and was dismissed. The claimant's union brought a grievance on her behalf.

**Le British Columbia Government and Service Employees' Union** *Appelant*

c.

**Le gouvernement de la province de la Colombie-Britannique, représenté par la Public Service Employee Relations Commission** *Intimé*

et

**La British Columbia Human Rights Commission, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada et le Congrès du travail du Canada** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: COLOMBIE-BRITANNIQUE (PUBLIC SERVICE EMPLOYEE RELATIONS COMMISSION) c. BCGSEU

N° du greffe: 26274.

1999: 22 février; 1999: 9 septembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Libertés publiques — Sexe — Emploi — Discrimination par suite d'un effet préjudiciable — Pompiers forestiers — Femmes ayant plus de difficulté à réussir des tests d'évaluation de la condition physique en raison de différences physiologiques — Un test d'évaluation de la condition physique est-il une exigence professionnelle justifiée? — Critère applicable — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 13(1)a), b), (4).*

Le gouvernement de la Colombie-Britannique a établi des normes minimales de condition physique pour ses pompiers forestiers. L'une d'elles était une norme aéro-bique. La demanderesse, une pompière forestière qui avait fait son travail de façon satisfaisante dans le passé, n'a pas réussi à satisfaire à la norme aéro-bique après quatre essais et a été congédiée. Son syndicat a déposé un grief en son nom.

Evidence accepted by the arbitrator designated to hear the grievance demonstrated that, owing to physiological differences, most women have a lower aerobic capacity than most men and that, unlike most men, most women cannot increase their aerobic capacity enough with training to meet the aerobic standard. No credible evidence showed that the prescribed aerobic capacity was necessary for either men or women to perform the work of a forest firefighter safely and efficiently. The arbitrator found that the claimant had established a *prima facie* case of adverse effect discrimination and that the Government had not discharged its burden of showing that it had accommodated the claimant to the point of undue hardship. The Court of Appeal allowed an appeal from that decision. The narrow issue here was whether the Government improperly dismissed the claimant. The broader legal issue, however, was whether the aerobic standard that led to her dismissal unfairly excluded women from forest firefighting jobs.

*Held:* The appeal should be allowed.

The conventional approach of categorizing discrimination as “direct” or “adverse effect” discrimination should be replaced by a unified approach for several reasons. First, the distinction between a standard that is discriminatory on its face and a neutral standard that is discriminatory in its effect is difficult to justify: few cases can be so neatly characterized. Second, it is disconcerting that different remedies are available depending on the stream into which a malleable initial inquiry shunts the analysis. Third, the assumption that leaving an ostensibly neutral standard in place is appropriate so long as its adverse effects are felt only by a numerical minority is questionable: the standard itself is discriminatory because it treats some individuals differently from others on the basis of a prohibited ground, the size of the “affected group” is easily manipulable, and the affected group can actually constitute a majority of the workforce. Fourth, the distinctions between the elements an employer must establish to rebut a *prima facie* case of direct or adverse effect discrimination are difficult to apply in practice. Fifth, the conventional analysis may serve to legitimize systemic discrimination. Sixth, a bifurcated approach may compromise both the broad purposes and the specific terms of the *Human Rights Code*. Finally, the focus by the conventional analysis on the mode of discrimination differs in substance from the

La preuve acceptée par l’arbitre désigné pour entendre le grief démontrait qu’en raison de différences physiologiques la plupart des femmes ont une capacité aérobie moindre que celle de la plupart des hommes et que, contrairement à la plupart des hommes, la majorité des femmes sont incapables en s’entraînant d’accroître leur capacité aérobie d’une manière suffisante pour satisfaire à la norme aérobie. Il n’y avait aucune preuve crédible que la capacité aérobie prescrite était nécessaire pour que soit les hommes soit les femmes puissent exécuter le travail de pompier forestier de manière sûre et efficace. L’arbitre a conclu que la demanderesse avait établi une preuve *prima facie* de l’existence de discrimination par suite d’un effet préjudiciable et que le gouvernement ne s’était pas acquitté de son obligation de démontrer qu’il avait composé avec elle tant qu’il n’en avait pas résulté pour lui une contrainte excessive. La Cour d’appel a accueilli un appel de cette décision. Il s’agissait strictement de savoir, en l’espèce, si le gouvernement avait congédié irrégulièrement la demanderesse. La question de droit générale, toutefois, était de savoir si la norme aérobie qui a mené au congédiement de la demanderesse excluait injustement les femmes des emplois de pompier forestier.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Il y a lieu, pour plusieurs raisons, de remplacer par une méthode unifiée la méthode conventionnelle consistant à classer la discrimination dans la catégorie de la discrimination «directe» ou dans celle de la discrimination «par suite d’un effet préjudiciable». Premièrement, la distinction entre une norme qui est discriminatoire à première vue et une norme neutre qui a un effet discriminatoire est difficile à justifier: peu de cas peuvent être aussi clairement identifiés. Deuxièmement, il est déconcertant que différentes réparations soient disponibles selon l’orientation qu’un examen malléable initial donne à l’analyse. Troisièmement, la présomption qu’il convient de maintenir une norme apparemment neutre pourvu que ses effets préjudiciables ne soient subis que par une minorité sur le plan du nombre est douteuse: la norme elle-même est discriminatoire parce qu’elle traite certains individus différemment des autres pour un motif prohibé, la taille du «groupe touché» est facilement manipulable et le groupe touché peut en fait être composé de la majorité des employés. Quatrièmement, les distinctions entre les éléments qu’un employeur doit établir pour réfuter une preuve *prima facie* de discrimination directe ou de discrimination par suite d’un effet préjudiciable sont difficiles à appliquer en pratique. Cinquièmement, l’analyse conventionnelle peut contribuer à légitimer la discrimination systémique. Sixièmement,

approach taken to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

A three-step test should be adopted for determining whether an employer has established, on a balance of probabilities, that a *prima facie* discriminatory standard is a *bona fide* occupational requirement (BFOR). First, the employer must show that it adopted the standard for a purpose rationally connected to the performance of the job. The focus at the first step is not on the validity of the particular standard, but rather on the validity of its more general purpose. Second, the employer must establish that it adopted the particular standard in an honest and good faith belief that it was necessary to the fulfilment of that legitimate work-related purpose. Third, the employer must establish that the standard is reasonably necessary to the accomplishment of that legitimate work-related purpose. To show that the standard is reasonably necessary, it must be demonstrated that it is impossible to accommodate individual employees sharing the characteristics of the claimant without imposing undue hardship upon the employer.

It may often be useful to consider separately, first, the procedures, if any, which were adopted to assess the issue of accommodation and, second, the substantive content of either a more accommodating standard which was offered or alternatively the employer's reasons for not offering any such standard.

Here, the claimant having established a *prima facie* case of discrimination, the burden shifts to the Government to demonstrate that the aerobic standard is a BFOR. The Government has satisfied the first two steps of the BFOR analysis. However, the Government failed to demonstrate that this particular aerobic standard is reasonably necessary to identify those persons who are able to perform the tasks of a forest firefighter safely and efficiently. The Government has not established that it would experience undue hardship if a different standard were used.

The procedures adopted by the researchers who developed the aerobic standard were problematic on two levels. First, their approach was primarily a descriptive one. However, merely describing the characteristics of a test subject does not necessarily allow one to identify the standard minimally required for the safe and efficient performance of the job. Second, the studies failed to distinguish the female test subjects from the male test

une méthode à deux volets risque de contrecarrer à la fois les objectifs généraux et le libellé particulier du *Human Rights Code*. Enfin, l'analyse conventionnelle, qui porte sur le mode de discrimination, diffère fondamentalement de la façon dont le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* a été abordé.

Il y a lieu d'adopter une méthode en trois étapes pour déterminer si un employeur a établi, selon la prépondérance des probabilités, qu'une norme discriminatoire à première vue est une exigence professionnelle justifiée (EPJ). Premièrement, l'employeur doit démontrer qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause. À cette première étape, l'analyse porte non pas sur la validité de la norme particulière, mais plutôt sur la validité de son objet plus général. Deuxièmement, l'employeur doit établir qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Troisièmement, l'employeur doit établir que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive.

Il peut souvent se révéler utile d'examiner séparément, d'abord, la procédure, s'il en est, qui a été adoptée pour étudier la question de l'accommodement, et, ensuite, la teneur réelle d'une norme plus conciliante qui a été offerte ou, subsidiairement, celle des raisons pour lesquelles l'employeur n'a pas offert une telle norme.

Étant donné, en l'espèce, que la demanderesse a établi une preuve *prima facie* de discrimination, il appartient au gouvernement de démontrer que la norme aérobique est une EPJ. Le gouvernement a satisfait aux deux premières étapes de l'analyse concernant l'EPJ. Toutefois, le gouvernement n'a pas démontré que cette norme aérobique particulière est raisonnablement nécessaire pour déceler les personnes en mesure d'exécuter de façon sûre et efficace les tâches de pompier forestier. Le gouvernement n'a pas prouvé qu'il subirait une contrainte excessive si une norme différente était utilisée.

La procédure adoptée par les chercheurs qui ont conçu la norme aérobique posait un problème à deux égards. Premièrement, leur méthode était principalement de nature descriptive. Cependant, le simple fait de décrire les caractéristiques d'une personne testée ne permet pas nécessairement d'identifier la norme minimale nécessaire à l'exécution sûre et efficace du travail en question. Deuxièmement, les études n'ont pas fait la

subjects, who constituted the majority of the sample groups. The record therefore did not permit a decision as to whether men and women require the same minimum level of aerobic capacity to perform a forest firefighter's tasks safely and efficiently.

Assuming that the Government had properly addressed the question of accommodation in a procedural sense, its response that it would experience undue hardship if it had to accommodate the claimant is deficient from a substantive perspective. There is no reason to interfere with the arbitrator's holding that the evidence fell well short of establishing that the claimant posed a serious safety risk to herself, her colleagues, or the general public. The Government also claimed that accommodating the claimant would undermine the morale of the workforce. However, the attitudes of those who seek to maintain a discriminatory practice cannot be determinative of whether the employer has accommodated the claimant to the point of undue hardship. If it were possible to perform the tasks of a forest firefighter safely and efficiently without meeting the aerobic standard, the rights of other forest firefighters would not be affected by allowing the claimant to continue performing her job. The order of the arbitrator reinstating the claimant to her former position and compensating her for lost wages and benefits was restored.

#### Cases Cited

**Referred to:** *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Ontario (Human Rights Commission) v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Caldwell v. Stuart*, [1984] 2 S.C.R. 603; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297; *Large v. Stratford (City)*, [1995] 3 S.C.R. 733; *Canada (Human Rights Commission) v. Toronto-Dominion Bank*, [1998] 4 F.C. 205; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Canada (Attorney General) v. Levac*, [1992] 3 F.C. 463; *Large v. Stratford (City)* (1992), 92 D.L.R. (4th) 565; *Saran v. Delta Cedar*

distinction entre les femmes testées et les hommes testés qui composaient la majorité des groupes-échantillons. Le dossier ne permettait donc pas de décider si les femmes et les hommes avaient besoin de la même capacité aérobique minimale pour exécuter de façon sûre et efficace les tâches d'un pompier forestier.

À supposer que le gouvernement ait bien examiné la question de l'accommodement sur le plan procédural, sa réponse qu'il subirait une contrainte excessive s'il devait composer avec la demanderesse est déficiente sur le plan du fond. Il n'y a aucune raison de modifier la conclusion de l'arbitre que la preuve n'établissait pas que la demanderesse présentait un risque grave pour sa propre sécurité, celle de ses collègues et celle du public en général. Le gouvernement a également prétendu que composer avec la demanderesse minerait le moral des employés. Toutefois, l'attitude de ceux qui cherchent à maintenir une pratique discriminatoire ne saurait être déterminante quant à la question de savoir si l'employeur a composé avec la demanderesse tant qu'il n'en a pas résulté pour lui une contrainte excessive. S'il était possible d'exécuter les tâches d'un pompier forestier de manière sûre et efficace sans satisfaire à la norme aérobique, le fait de permettre à la demanderesse de continuer d'exécuter son travail ne porterait pas atteinte aux droits des autres pompiers forestiers. L'ordonnance de l'arbitre enjoignant de réintégrer la demanderesse dans ses anciennes fonctions et de l'indemniser de la perte de salaire et d'avantages qu'elle a subie est rétablie.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Caldwell c. Stuart*, [1984] 2 R.C.S. 603; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297; *Large c. Stratford (Ville)*, [1995] 3 R.C.S. 733; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Banque Toronto-Dominion*, [1998] 4 C.F. 205; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Canada (Procureur général) c. Levac*, [1992] 3 C.F. 463; *Large c. Stratford (City)*

*Products Ltd.*, [1995] B.C.C.H.R.D. No. 3 (QL); *Grismer v. British Columbia (Attorney General)* (1994), 25 C.H.R.R. D/296; *Thwaites v. Canada (Armed Forces)* (1993), 19 C.H.R.R. D/259; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970; *R. v. Cranston*, [1997] C.H.R.D. No. 1 (QL).

(1992), 92 D.L.R. (4th) 565; *Saran c. Delta Cedar Products Ltd.*, [1995] B.C.C.H.R.D. No. 3 (QL); *Grismer c. British Columbia (Attorney General)* (1994), 25 C.H.R.R. D/296; *Thwaites c. Canada (Forces armées)* (1993), 19 C.H.R.R. D/259; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970; *R. c. Cranston*, [1997] D.C.D.P. n° 1 (QL).

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15(1).  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 15(2) [am. 1998, c. 9, s. 10].  
*Human Rights Act*, S.Y. 1987, c. 3, s. 7.  
*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, ss. 3, 13(1)(a), (b), (4).  
*Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 24(2).  
*Human Rights Code*, S.M. 1987-88, c. 45, s. 12.

#### Authors Cited

Canada. Canadian Human Rights Commission. *The Effects of the Bhinder Decision on the Canadian Human Rights Commission: A Special Report to Parliament*. Ottawa: The Commission, 1986.  
 Crane, M. C. "Human Rights, *Bona Fide* Occupational Requirements and the Duty to Accommodate: Semantics or Substance?" (1996), 4 *C.L.E.L.J.* 209.  
 Day, Shelagh, and Gwen Brodsky. "The Duty to Accommodate: Who Will Benefit?" (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 433.  
 Etherington, Brian. "Central Alberta Dairy Pool: The Supreme Court of Canada's Latest Word on the Duty to Accommodate" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 311.  
 Lepofsky, M. David. "The Duty to Accommodate: A Purposive Approach" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 1.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 15(1).  
*Code des droits de la personne*, L.M. 1987-88, ch. 45, art. 12.  
*Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 24(2).  
*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 3, 13(1)a), b), (4).  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 15(2) [mod. 1998, ch. 9, art. 10].  
*Loi sur les droits de la personne*, L.Y. 1987, ch. 3, art. 7.

#### Doctrine citée

Canada. Commission canadienne des droits de la personne. *Les effets de la décision Bhinder sur la Commission canadienne des droits de la personne: Rapport spécial au Parlement*. Ottawa: La Commission, 1986.  
 Crane, M. C. «Human Rights, *Bona Fide* Occupational Requirements and the Duty to Accommodate: Semantics or Substance?» (1996), 4 *C.L.E.L.J.* 209.  
 Day, Shelagh, and Gwen Brodsky. «The Duty to Accommodate: Who Will Benefit?» (1996), 75 *R. du B. can.* 433.  
 Etherington, Brian. «Central Alberta Dairy Pool: The Supreme Court of Canada's Latest Word on the Duty to Accommodate» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 311.  
 Lepofsky, M. David. «The Duty to Accommodate: A Purposive Approach» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 1.

McKenna, Ian B. "Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada: Can the Impasse Be Resolved?" (1997-98), 29 *Ottawa L. Rev.* 153.

Messing, Karen. *One-Eyed Science: Occupational Health and Women Workers*. Philadelphia: Temple University Press, 1998.

Messing, Karen, and Joan Stevenson. "Women in Procrustean Beds: Strength Testing and the Workplace" (1996), 3 *Gender, Work and Organization* 156.

Molloy, Anne M. "Disability and the Duty to Accommodate" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 23.

Pentney, William. "Belonging: The Promise of Community — Continuity and Change in Equality Law 1995-96" (1996), 25 *C.H.R.R. C/6*.

Phillips, Paul, and Erin Phillips. *Women and Work: Inequality in the Canadian Labour Market*, rev. ed. Toronto: James Lorimer & Co., 1993.

Watkin, Kenneth. "The Justification of Discrimination under Canadian Human Rights Legislation and the Charter: Why So Many Tests?" (1993), 2 *N.J.C.L.* 63.

Yalden, Maxwell F. "The Duty to Accommodate — A View from the Canadian Human Rights Commission" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 283.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 37 B.C.L.R. (3d) 317, 94 B.C.A.C. 292, 152 W.A.C. 292, 149 D.L.R. (4th) 261, [1997] 9 W.W.R. 759, 30 C.H.R.R. D/83, [1997] B.C.J. No. 1630 (QL), allowing an appeal from a decision of a Labour Arbitration Board (1996), 58 L.A.C. (4th) 159, allowing a grievance and reinstating the employee with full compensation. Appeal allowed.

*Kenneth R. Curry, Gwen Brodsky, John Brewin and Michelle Alman*, for the appellant.

*Peter A. Gall, Lindsay M. Lyster and Janine Benedet*, for the respondent.

*Deirdre A. Rice*, for the intervener the British Columbia Human Rights Commission.

*Kate A. Hughes and Melina Buckley*, for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund, the DisAbled Women's Network of Canada and the Canadian Labour Congress.

McKenna, Ian B. «Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada: Can the Impasse Be Resolved?» (1997-98), 29 *R.D. Ottawa* 153.

Messing, Karen. *One-Eyed Science: Occupational Health and Women Workers*. Philadelphia: Temple University Press, 1998.

Messing, Karen, and Joan Stevenson. «Women in Procrustean Beds: Strength Testing and the Workplace» (1996), 3 *Gender, Work and Organization* 156.

Molloy, Anne M. «Disability and the Duty to Accommodate» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 23.

Pentney, William. «Belonging: The Promise of Community — Continuity and Change in Equality Law 1995-96» (1996), 25 *C.H.R.R. C/6*.

Phillips, Paul, and Erin Phillips. *Women and Work: Inequality in the Canadian Labour Market*, rev. ed. Toronto: James Lorimer & Co., 1993.

Watkin, Kenneth. «The Justification of Discrimination under Canadian Human Rights Legislation and the Charter: Why So Many Tests?» (1993), 2 *N.J.C.L.* 63.

Yalden, Maxwell F. «The Duty to Accommodate — A View from the Canadian Human Rights Commission» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 283.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 37 B.C.L.R. (3d) 317, 94 B.C.A.C. 292, 152 W.A.C. 292, 149 D.L.R. (4th) 261, [1997] 9 W.W.R. 759, 30 C.H.R.R. D/83, [1997] B.C.J. No. 1630 (QL), qui a accueilli un appel contre la décision d'un conseil d'arbitrage (1996), 58 L.A.C. (4th) 159, qui avait accueilli un grief et réintégré l'employée dans ses fonctions avec pleine compensation. Pourvoi accueilli.

*Kenneth R. Curry, Gwen Brodsky, John Brewin et Michelle Alman*, pour l'appelant.

*Peter A. Gall, Lindsay M. Lyster et Janine Benedet*, pour l'intimé.

*Deirdre A. Rice*, pour l'intervenante la British Columbia Human Rights Commission.

*Kate A. Hughes et Melina Buckley*, pour les intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada et le Congrès du travail du Canada.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J. —

### I. Introduction

Seven years ago Tawney Meiorin was hired as a forest firefighter by the Province of British Columbia (the “Government”). Although she did her work well, she lost her job three years later when the Government adopted a new series of fitness tests for forest firefighters. She passed three of the tests but failed a fourth one, a 2.5 kilometre run designed to assess whether she met the Government’s aerobic standard, by taking 49.4 seconds longer than required.

The narrow issue in this case is whether the Government improperly dismissed Ms. Meiorin from her job as a forest firefighter. The broader legal issue is whether the aerobic standard that led to Ms. Meiorin’s dismissal unfairly excludes women from forest firefighting jobs. Employers seeking to maintain safety may err on the side of caution and set standards higher than are necessary for the safe performance of the work. However, if men and women do not have an equal ability to meet the excessive standard, the effect may be to exclude qualified female candidates from employment for no reason but their gender. Like human rights legislation throughout Canada, the British Columbia *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, seeks to counter this by requiring employers to justify their standards where *prima facie* discrimination is established. The question in this case is whether the Government has done so.

Although this case may be resolved on the basis of the conventional bifurcated analysis this Court has applied to claims of workplace discrimination under human rights statutes, the parties have

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN —

### I. Introduction

Il y a sept ans, Tawney Meiorin a été embauchée comme pompière forestière par la province de la Colombie-Britannique (le «gouvernement»). Même si elle effectuait bien son travail, elle a perdu son emploi trois ans plus tard à la suite de l’adoption par le gouvernement d’une nouvelle série de tests d’évaluation de la condition physique des pompiers forestiers. Elle a réussi trois de ces tests, mais a échoué le quatrième, destiné à vérifier si elle respectait la norme aérobique du gouvernement, en excédant de 49,4 secondes le délai maximal prescrit pour franchir à la course une distance de 2,5 kilomètres.

Il s’agit strictement de savoir, en l’espèce, si le gouvernement a mis fin irrégulièrement à l’emploi de pompière forestière de M<sup>me</sup> Meiorin. La question de droit générale est de savoir si la norme aérobique qui a mené au congédiement de M<sup>me</sup> Meiorin exclut injustement les femmes des emplois de pompier forestier. Les employeurs qui cherchent à assurer la sécurité peuvent pécher par excès de prudence et établir des normes plus élevées que ce qui est nécessaire à l’exécution sûre du travail. Cependant, si les hommes et les femmes n’ont pas la même capacité de satisfaire à cette norme excessive, cela peut avoir pour effet d’exclure des postulantes qualifiées en raison uniquement de leur sexe. À l’instar des autres lois sur les droits de la personne que l’on trouve au Canada, le *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210, de la Colombie-Britannique tente de prévenir cette situation en exigeant des employeurs qu’ils justifient leurs normes lorsque l’existence de discrimination à première vue est établie. En l’espèce, la question est de savoir si cela a été fait par le gouvernement.

Même si la présente affaire peut être résolue au moyen de l’analyse conventionnelle à deux volets que notre Cour a appliquée à des demandes fondées sur une loi en matière de droits de la

1

2

3

invited us to reconsider that approach. Accepting this invitation, I propose a revised approach to what an employer must show to justify a *prima facie* case of discrimination. On this approach, I conclude that Ms. Meiorin has demonstrated that the Government's aerobic standard is *prima facie* discriminatory and the Government has failed to establish on the record before this Court that it is a *bona fide* occupational requirement ("BFOR"). I would therefore allow the appeal and restore the arbitrator's decision to reinstate Ms. Meiorin.

## II. Facts

4 Ms. Meiorin was employed for three years by the British Columbia Ministry of Forests as a member of a three-person Initial Attack Forest Firefighting Crew in the Golden Forest District. The crew's job was to attack and suppress forest fires while they were small and could be contained. Ms. Meiorin's supervisors found her work to be satisfactory.

5 Ms. Meiorin was not asked to take a physical fitness test until 1994, when she was required to pass the Government's "Bona Fide Occupational Fitness Tests and Standards for B.C. Forest Service Wildland Firefighters" (the "Tests"). The Tests required that the forest firefighters weigh less than 200 lbs. (with their equipment) and complete a shuttle run, an upright rowing exercise, and a pump carrying/hose dragging exercise within stipulated times. The running test was designed to test the forest firefighters' aerobic fitness and was based on the view that forest firefighters must have a minimum "VO<sub>2</sub> max" of 50 ml·kg<sup>-1</sup>·min<sup>-1</sup> (the "aerobic standard"). "VO<sub>2</sub> max" measures "maximal oxygen uptake", or the rate at which the body

personne, dans lesquelles on alléguait l'existence de discrimination en milieu de travail, les parties nous ont invité à reconsidérer cette méthode. Je me rends à leur invitation en proposant une nouvelle méthode quant à ce que l'employeur doit démontrer à titre de justification en présence d'une preuve *prima facie* de discrimination. Suivant cette méthode, je conclus que M<sup>me</sup> Meiorin a démontré que la norme aérobique du gouvernement est discriminatoire à première vue et que, d'après le dossier dont notre Cour est saisie, le gouvernement n'a pas établi que cette norme est une exigence professionnelle justifiée («EPJ»). Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision de l'arbitre de réintégrer M<sup>me</sup> Meiorin dans ses fonctions.

## II. Les faits

Madame Meiorin a travaillé pour le ministère des Forêts de la Colombie-Britannique pendant trois ans en tant que membre d'une équipe de choc de trois personnes chargée de lutter contre les incendies de forêt, dans le district de Golden Forest. Le travail de l'équipe consistait à lutter contre les feux de forêts et à les éteindre lorsqu'ils étaient mineurs et pouvaient être circonscrits. Les superviseurs de M<sup>me</sup> Meiorin jugeaient son travail satisfaisant.

Ce n'est qu'en 1994 que M<sup>me</sup> Meiorin a été appelée à subir des tests du gouvernement qui permettraient d'évaluer sa condition physique, soit les «Bona Fide Occupational Fitness Tests and Standards for B.C. Forest Service Wildland Firefighters». Ces tests exigeaient que les pompiers forestiers pèsent moins de 200 livres (avec leur équipement) et qu'ils effectuent une course-navette, un exercice de flexion verticale des bras ainsi qu'un exercice de portage de pompes et de tir de boyaux à l'intérieur de certains délais. L'épreuve de course visait à évaluer la condition aérobique du pompier forestier et reposait sur l'idée que les pompiers forestiers doivent avoir au moins un «VO<sub>2</sub> max» de 50 ml·kg<sup>-1</sup>·min<sup>-1</sup> (la «norme aérobique»). Le «VO<sub>2</sub> max» mesure la «consommation maximale d'oxygène», ou le rythme auquel le corps peut absorber l'oxygène,

can take in oxygen, transport it to the muscles, and use it to produce energy.

The Tests were developed in response to a 1991 Coroner's Inquest Report that recommended that only physically fit employees be assigned as front-line forest firefighters for safety reasons. The Government commissioned a team of researchers from the University of Victoria to undertake a review of its existing fitness standards with a view to protecting the safety of firefighters while meeting human rights norms. The researchers developed the Tests by identifying the essential components of forest firefighting, measuring the physiological demands of those components, selecting fitness tests to measure those demands and, finally, assessing the validity of those tests.

The researchers studied various sample groups. The specific tasks performed by forest firefighters were identified by reviewing amalgamated data collected by the British Columbia Forest Service. The physiological demands of those tasks were then measured by observing test subjects as they performed them in the field. One simulation involved 18 firefighters, another involved 10 firefighters, but it is unclear from the researchers' report whether the subjects at this stage were male or female. The researchers asked a pilot group of 10 university student volunteers (6 females and 4 males) to perform a series of proposed fitness tests and field exercises. After refining the preferred tests, the researchers observed them being performed by a larger sample group composed of 31 forest firefighter trainees and 15 university student volunteers (31 males and 15 females), and correlated their results with the group's performance in the field. Having concluded that the preferred tests were accurate predictors of actual forest firefighting performance — including the running test designed to gauge whether the subject met the

l'acheminer aux muscles et l'utiliser pour produire de l'énergie.

Les tests ont été conçus à la suite du dépôt, en 1991, d'un rapport d'enquête du coroner qui recommandait que, pour des raisons de sécurité, seuls les employés en bonne condition physique soient affectés à la lutte de première ligne contre les incendies de forêt. Le gouvernement a chargé une équipe de chercheurs de l'Université de Victoria d'entreprendre l'examen de ses normes existantes en matière de condition physique en vue d'assurer la sécurité des pompiers forestiers tout en respectant les normes relatives aux droits de la personne. Les chercheurs ont mis au point les tests en identifiant les éléments essentiels de la lutte contre les incendies de forêt, en mesurant les exigences physiologiques de ces éléments, en choisissant des tests d'évaluation physique permettant de mesurer ces exigences et, enfin, en vérifiant la validité de ces tests.

Les chercheurs ont étudié divers groupes-échantillons. Les tâches particulières exécutées par les pompiers forestiers ont été identifiées au moyen d'un mélange de données recueillies par le British Columbia Forest Service. Les exigences physiologiques de ces tâches ont alors été mesurées en regardant les personnes testées les exécuter sur le terrain. Une simulation comportait 18 pompiers tandis qu'une autre en comportait 10, mais le rapport des chercheurs n'indique pas clairement si les personnes testées, à ce stade, étaient des hommes ou des femmes. Les chercheurs ont ensuite demandé à un groupe-pilote composé de 10 étudiants universitaires volontaires (6 femmes et 4 hommes) de subir une série de projets de test d'évaluation de la condition physique et d'exercices sur le terrain. Après avoir perfectionné les tests préférés, les chercheurs les ont fait subir à un groupe-échantillon plus important de 31 pompiers forestiers stagiaires et de 15 étudiants universitaires volontaires (31 hommes et 15 femmes), et ont comparé les résultats obtenus avec la performance du groupe sur le terrain. Ayant conclu que les tests préférés, y compris l'épreuve de course destinée à évaluer si le sujet respectait la norme aérobique, constituaient des indicateurs prévision-

6

7

aerobic standard — the researchers presented their report to the Government in 1992.

8 A follow-up study in 1994 of 77 male forest firefighters and 2 female forest firefighters used the same methodology. However, the researchers this time recommended that the Government initiate another study to examine the impact of the Tests on women. There is no evidence before us that the Government has yet responded to this recommendation.

9 Two aspects of the researchers' methodology are critical to this case. First, it was primarily descriptive, based on measuring the average performance levels of the test subjects and converting this data into minimum performance standards. Second, it did not seem to distinguish between the male and female test subjects.

10 After four attempts, Ms. Meiorin failed to meet the aerobic standard, running the distance in 11 minutes and 49.4 seconds instead of the required 11 minutes. As a result, she was laid off. Her union subsequently brought a grievance on her behalf. The arbitrator designated to hear the grievance was required to determine whether she had been improperly dismissed.

11 Evidence accepted by the arbitrator demonstrated that, owing to physiological differences, most women have lower aerobic capacity than most men. Even with training, most women cannot increase their aerobic capacity to the level required by the aerobic standard, although training can allow most men to meet it. The arbitrator also heard evidence that 65 percent to 70 percent of male applicants pass the Tests on their initial attempts, while only 35 percent of female applicants have similar success. Of the 800 to 900 Initial Attack Crew members employed by the Government in 1995, only 100 to 150 were female.

nels précis de rendement en matière de lutte contre les incendies de forêt, les chercheurs ont présenté leur rapport au gouvernement en 1992.

La même méthodologie a été utilisée, en 1994, pour effectuer une étude complémentaire auprès de 77 pompiers forestiers et de 2 pompières forestières. Cependant, les chercheurs ont recommandé, cette fois, que le gouvernement entreprenne une autre étude pour examiner l'incidence des tests sur les femmes. On ne nous a soumis aucune preuve que le gouvernement a jusqu'à maintenant donné suite à cette recommandation.

Deux aspects de la méthodologie utilisée par les chercheurs sont cruciaux en l'espèce. Premièrement, elle était principalement de nature descriptive, et consistait à mesurer les niveaux de rendement moyens des personnes testées et à convertir ces données en normes de rendement minimales. Deuxièmement, elle ne semblait établir aucune distinction entre les hommes et les femmes qui subissaient les tests.

Après quatre essais, M<sup>me</sup> Meiorin n'a pas réussi à satisfaire à la norme aérobique, ayant parcouru la distance requise en 11 minutes et 49,4 secondes plutôt que dans le délai prescrit de 11 minutes. Elle a donc été congédiée. Son syndicat a, par la suite, déposé un grief en son nom. L'arbitre désigné pour entendre le grief devait déterminer si elle avait été congédiée irrégulièrement.

La preuve acceptée par l'arbitre démontrait qu'en raison de différences physiologiques la plupart des femmes ont une capacité aérobique moindre que celle de la plupart des hommes. Même en s'entraînant, la plupart des femmes sont incapables d'accroître leur capacité aérobique au niveau requis par la norme aérobique, bien que l'entraînement puisse permettre à la plupart des hommes de le faire. L'arbitre a également entendu des témoignages selon lesquels entre 65 et 70 pour 100 des postulants réussissent les tests à leur premier essai, tandis que seulement 35 pour 100 des postulantes en font autant. Parmi les 800 à 900 membres de l'équipe de choc employés par le gouvernement en 1995, seulement 100 à 150 étaient des femmes.

There was no credible evidence showing that the prescribed aerobic capacity was necessary for either men or women to perform the work of a forest firefighter satisfactorily. On the contrary, Ms. Meiorin had in the past performed her work well, without apparent risk to herself, her colleagues or the public.

### III. The Rulings

The arbitrator found that Ms. Meiorin had established a *prima facie* case of adverse effect discrimination by showing that the aerobic standard has a disproportionately negative effect on women as a group. He further found that the Government had presented no credible evidence that Ms. Meiorin's inability to meet the aerobic standard meant that she constituted a safety risk to herself, her colleagues, or the public, and hence had not discharged its burden of showing that it had accommodated Ms. Meiorin to the point of undue hardship. He ordered that she be reinstated to her former position and compensated for her lost wages and benefits: (1996), 58 L.A.C. (4th) 159.

The Court of Appeal ((1997), 37 B.C.L.R. (3d) 317) did not distinguish between direct and adverse effect discrimination. It held that so long as the standard is necessary to the safe and efficient performance of the work and is applied through individualized testing, there is no discrimination. The Court of Appeal (mistakenly) read the arbitrator's reasons as finding that the aerobic standard was necessary to the safe and efficient performance of the work. Since Ms. Meiorin had been individually tested against this standard, it allowed the appeal and dismissed her claim. The Court of Appeal commented that to permit Ms. Meiorin to succeed would create "reverse discrimination", i.e., to set a lower standard for women than for men would discriminate against those men who failed to meet the men's standard

Il n'y avait aucune preuve crédible que la capacité aérobique prescrite était nécessaire pour que soit les hommes soit les femmes puissent exécuter le travail de pompier forestier de façon satisfaisante. Au contraire, M<sup>me</sup> Meiorin avait bien fait son travail dans le passé, sans présenter de risque apparent pour elle-même, ses collègues ou le public.

### III. Les décisions

L'arbitre a conclu que M<sup>me</sup> Meiorin avait établi une preuve *prima facie* de l'existence de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, en démontrant que la norme aérobique avait un effet négatif disproportionné sur les femmes en tant que groupe. Il a également conclu que le gouvernement n'avait présenté aucune preuve crédible que l'incapacité de M<sup>me</sup> Meiorin de satisfaire à la norme aérobique signifiait qu'elle mettait en péril sa sécurité, celle de ses collègues ou celle du public, et qu'il ne s'était donc pas acquitté de son obligation de démontrer qu'il avait composé avec M<sup>me</sup> Meiorin tant qu'il n'en avait pas résulté pour lui une contrainte excessive. Il a ordonné qu'elle soit réintégrée dans ses anciennes fonctions et indemnisée de la perte de salaire et d'avantages qu'elle avait subie: (1996), 58 L.A.C. (4th) 159.

La Cour d'appel ((1997), 37 B.C.L.R. (3d) 317) n'a pas établi de distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Elle a décidé que, dans la mesure où la norme est nécessaire à l'exécution sûre et efficace du travail et qu'elle est appliquée au moyen de tests individualisés, il n'y a pas de discrimination. La Cour d'appel a (erronément) interprété les motifs de l'arbitre comme concluant que la norme aérobique était nécessaire à l'exécution sûre et efficace du travail. Étant donné que M<sup>me</sup> Meiorin avait été testée individuellement selon cette norme, la cour a accueilli l'appel et rejeté sa demande. La Cour d'appel a souligné que donner gain de cause à M<sup>me</sup> Meiorin créerait de la «discrimination à rebours», c'est-à-dire que l'établissement d'une norme moins élevée pour les femmes que pour les hommes serait discriminatoire envers les hommes qui n'ont pas réussi à satisfaire à la norme qui leur était applicable, mais qui étaient néanmoins en

12

13

14

but were nevertheless capable of meeting the women's standard.

#### IV. Statutory Provisions

15 The following provisions of the British Columbia *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, are at issue on this appeal:

##### **Discrimination in employment**

13 (1) A person must not

- (a) refuse to employ or refuse to continue to employ a person, or
- (b) discriminate against a person regarding employment or any term or condition of employment

because of the race, colour, ancestry, place of origin, political belief, religion, marital status, family status, physical or mental disability, sex, sexual orientation or age of that person or because that person has been convicted of a criminal or summary conviction offence that is unrelated to the employment or to the intended employment of that person.

. . . .

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

#### V. The Issues

16 The first issue on this appeal is the test applicable to s. 13(1) and (4) of the British Columbia *Human Rights Code*. The second issue is whether, on this test, Ms. Meiorin has established that the Government violated the Code.

#### VI. Analysis

17 As a preliminary matter, I must sort out a characterization issue. The Court of Appeal seems to have understood the arbitrator as having held

mesure de satisfaire à la norme applicable aux femmes.

#### IV. Les dispositions législatives

Le présent pourvoi porte sur les dispositions suivantes du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 210:

[TRADUCTION]

##### **Discrimination en matière d'emploi**

13 (1) Nul ne peut

- a) refuser d'employer ou de continuer d'employer une personne;
- b) faire preuve de discrimination envers une personne relativement à son emploi ou aux modalités de son emploi,

du fait de sa race, de sa couleur, de son ascendance, de son lieu d'origine, de ses opinions politiques, de sa religion, de son état matrimonial, de sa situation familiale, de ses déficiences mentales ou physiques, de son sexe, de son orientation sexuelle ou de son âge, ou en raison de sa déclaration de culpabilité à l'égard d'une infraction criminelle ou d'une infraction punissable par procédure sommaire qui n'ont aucun rapport avec l'emploi actuel ou envisagé de la personne en question.

. . . .

- (4) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas à un refus, à une limite, à une spécification ou à une préférence fondés sur une exigence professionnelle justifiée.

#### V. Les questions en litige

La première question en litige dans le présent pourvoi est celle du critère applicable aux par. 13(1) et (4) du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique. La deuxième question en litige est de savoir si, selon ce critère, M<sup>me</sup> Meiorin a prouvé que le gouvernement a contrevenu au Code.

#### VI. Analyse

À titre préliminaire, je dois régler une question de caractérisation. La Cour d'appel semble avoir compris que l'arbitre a conclu que la capacité de

that the ability to meet the aerobic standard is necessary to the safe and efficient performance of the work of an Initial Attack Crew member. With respect, I cannot agree with this reading of the arbitrator's reasons.

The arbitrator held that the standard was one of the appropriate measurements available to the Government and that there is generally a reasonable relationship between aerobic fitness and the ability to perform the job of an Initial Attack Crew member. This falls short, however, of an affirmative finding that the ability to meet the aerobic standard chosen by the Government is necessary to the safe and efficient performance of the job. To the contrary, that inference is belied by the arbitrator's conclusion that, despite her failure to meet the aerobic standard, Ms. Meiorin did not pose a serious safety risk to herself, her colleagues, or the general public. I therefore proceed on the view that the arbitrator did not find that an applicant's ability to meet the aerobic standard is necessary to his or her ability to perform the tasks of an Initial Attack Crew member safely and efficiently. This leaves us to face squarely the issue of whether the aerobic standard is unjustifiably discriminatory within the meaning of the Code.

#### A. *The Test*

##### 1. The Conventional Approach

The conventional approach to applying human rights legislation in the workplace requires the tribunal to decide at the outset into which of two categories the case falls: (1) "direct discrimination", where the standard is discriminatory on its face, or (2) "adverse effect discrimination", where the facially neutral standard discriminates in effect: *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536 (hereinafter "*O'Malley*"), at p. 551, *per* McIntyre J. If a *prima facie* case of either form of discrimination is established, the burden shifts to the employer to justify it.

satisfaire à la norme aérobique était nécessaire à l'exécution sûre et efficace du travail d'un membre de l'équipe de choc. En toute déférence, je ne puis être d'accord avec cette interprétation des motifs de l'arbitre.

L'arbitre a décidé que la norme constituait l'une des mesures d'évaluation appropriées dont dispose le gouvernement et qu'il existe généralement un lien raisonnable entre la condition aérobique et la capacité d'exécuter le travail de membre de l'équipe de choc. Cela ne constitue toutefois pas une conclusion catégorique que la capacité de satisfaire à la norme aérobique choisie par le gouvernement est nécessaire à l'exécution sûre et efficace du travail. Au contraire, cette déduction est contredite par la conclusion de l'arbitre qu'en dépit de son omission de satisfaire à la norme aérobique M<sup>me</sup> Meiorin ne présentait aucun risque grave pour sa propre sécurité, celle de ses collègues ou celle du public en général. Je pars donc du point de vue que l'arbitre n'a pas conclu qu'un postulant doit pouvoir satisfaire à la norme aérobique pour être en mesure d'exécuter de manière sûre et efficace les tâches d'un membre de l'équipe de choc. Il nous reste donc à aborder carrément la question de savoir si la norme aérobique est discriminatoire de façon injustifiable au sens du Code.

#### A. *Le critère*

##### 1. La méthode conventionnelle

La méthode conventionnelle d'application des lois sur les droits de la personne en milieu de travail exige du tribunal qu'il décide, au départ, dans laquelle de deux catégories tombe l'affaire dont il est saisi: (1) celle de la «discrimination directe», où la norme est discriminatoire à première vue, ou (2) celle de la «discrimination par suite d'un effet préjudiciable», où la norme neutre à première vue a un effet discriminatoire: *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536 (ci-après «*O'Malley*»), à la p. 551, le juge McIntyre. Lorsqu'il y a preuve *prima facie* de l'existence d'une forme ou l'autre de discrimination, il appartient alors à l'employeur de justifier la discrimination en cause.

18

19

20

In the case of direct discrimination, the employer may establish that the standard is a BFOR by showing: (1) that the standard was imposed honestly and in good faith and was not designed to undermine the objectives of the human rights legislation (the subjective element); and (2) that the standard is reasonably necessary to the safe and efficient performance of the work and does not place an unreasonable burden on those to whom it applies (the objective element). See *Ontario (Human Rights Commission) v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, at pp. 208-9, per McIntyre J.; *Caldwell v. Stuart*, [1984] 2 S.C.R. 603, at pp. 622-23, per McIntyre J.; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, at pp. 310-12, per Beetz J. It is difficult for an employer to justify a standard as a BFOR where individual testing of the capabilities of the employee or applicant is a reasonable alternative: *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at pp. 513-14, per Wilson J.; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297, at pp. 1313-14, per Sopinka J.

21

If these criteria are established, the standard is justified as a BFOR. If they are not, the standard itself is struck down: *Etobicoke*, *supra*, at pp. 207-8, per McIntyre J.; *O'Malley*, *supra*, at p. 555, per McIntyre J.; *Saskatoon*, *supra*, at pp. 1308-10, per Sopinka J.; *Central Alberta Dairy Pool*, *supra*, at p. 506, per Wilson J.; *Large v. Stratford (City)*, [1995] 3 S.C.R. 733, at para. 33, per Sopinka J.

22

A different analysis applies to adverse effect discrimination. The BFOR defence does not apply. *Prima facie* discrimination established, the employer need only show: (1) that there is a rational connection between the job and the particular standard, and (2) that it cannot further accommodate the claimant without incurring undue hardship: *O'Malley*, *supra*, at pp. 555-59, per McIntyre J.; *Central Alberta Dairy Pool*, *supra*, at pp. 505-6 and 519-20, per Wilson J. If the employer cannot discharge this burden, then it has

Dans le cas de discrimination directe, l'employeur peut établir que la norme en cause est une EPJ en démontrant: (1) que la norme a été imposée honnêtement et de bonne foi, et qu'elle n'était pas destinée à miner les objectifs de la législation sur les droits de la personne (l'élément subjectif), et (2) que la norme est raisonnablement nécessaire à l'exécution sûre et efficace du travail, et qu'elle n'impose aucune obligation déraisonnable à ceux auxquels elle s'applique (l'élément objectif). Voir *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, aux pp. 208 et 209, le juge McIntyre; *Caldwell c. Stuart*, [1984] 2 R.C.S. 603, aux pp. 622 et 623, le juge McIntyre; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, aux pp. 310 à 312, le juge Beetz. Il est difficile à un employeur de justifier une norme en tant qu'EPJ lorsque l'évaluation individuelle des capacités de l'employé ou du postulant est une solution de rechange raisonnable: *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, aux pp. 513 et 514, le juge Wilson; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297, aux pp. 1313 et 1314, le juge Sopinka.

Si l'existence de ces critères est prouvée, la norme est justifiée en tant qu'EPJ, sinon la norme elle-même est annulée: *Etobicoke*, précité, aux pp. 207 et 208, le juge McIntyre; *O'Malley*, précité, à la p. 555, le juge McIntyre; *Saskatoon*, précité, aux pp. 1308 à 1310, le juge Sopinka; *Central Alberta Dairy Pool*, précité, à la p. 506, le juge Wilson; *Large c. Stratford (Ville)*, [1995] 3 R.C.S. 733, au par. 33, le juge Sopinka.

Une analyse différente s'applique à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. La défense d'EPJ ne s'applique pas. Lorsqu'il y a une preuve *prima facie* de l'existence de discrimination, l'employeur n'a qu'à démontrer: (1) qu'il y a un lien rationnel entre l'emploi et la norme particulière, et (2) qu'il ne peut pas composer d'avantage avec le demandeur sans subir une contrainte excessive: *O'Malley*, précité, aux pp. 555 à 559, le juge McIntyre; *Central Alberta Dairy Pool*, précité, aux pp. 505 et 506, ainsi que 519 et 520,

failed to establish a defence to the charge of discrimination. In such a case, the claimant succeeds, but the standard itself always remains intact.

The arbitrator considered the aerobic standard to be a neutral standard that adversely affected Ms. Meiorin. The Court of Appeal, on the other hand, did not distinguish between direct and adverse effect discrimination, simply holding that it is not discriminatory to test individuals against a standard demonstrated to be necessary to the safe and efficient performance of the work. Approaching the case purely on the conventional bifurcated approach, the better view would seem to be that the standard is neutral on its face, leading one to the adverse effect discrimination analysis. On the conventional analysis, I agree with the arbitrator that a case of *prima facie* adverse effect discrimination was made out and that, on the record before him and before this Court, the Government failed to discharge its burden of showing that it had accommodated Ms. Meiorin to the point of undue hardship.

However, the divergent approaches taken by the arbitrator and the Court of Appeal suggest a more profound difficulty with the conventional test itself. The parties to this appeal have accordingly invited this Court to adopt a new model of analysis that avoids the threshold distinction between direct discrimination and adverse effect discrimination and integrates the concept of accommodation within the BFOR defence.

## 2. Why is a New Approach Required?

The conventional analysis was helpful in the interpretation of the early human rights statutes, and indeed represented a significant step forward

le juge Wilson. L'employeur qui est incapable de s'acquitter de cette obligation omet alors d'établir l'existence d'un moyen de défense contre l'accusation de discrimination. Dans un tel cas, le demandeur a gain de cause, mais la norme elle-même demeure toujours intacte.

L'arbitre a considéré que la norme aérobique était une norme neutre qui lésait M<sup>me</sup> Meiorin. Par contre, la Cour d'appel n'a pas établi de distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, se contentant de conclure qu'il n'est pas discriminatoire d'évaluer des individus selon une norme dont la nécessité à l'exécution sûre et efficace du travail est démontrée. Si on examine l'affaire uniquement à la lumière de la méthode conventionnelle à deux volets, il semble qu'il vaudrait mieux considérer que la norme est neutre à première vue, ce qui nous amènerait à l'analyse de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. En recourant à l'analyse conventionnelle, je conviens avec l'arbitre qu'il y a preuve *prima facie* de l'existence de discrimination par suite d'un effet préjudiciable et que, d'après le dossier dont ce dernier et notre Cour ont été saisis, le gouvernement ne s'est pas acquitté de son obligation de prouver qu'il avait composé avec M<sup>me</sup> Meiorin tant qu'il n'en avait pas résulté pour lui une contrainte excessive.

Toutefois, les différentes façons de procéder utilisées par l'arbitre et la Cour d'appel portent à croire que la méthode conventionnelle elle-même pose une difficulté plus profonde. Les parties au présent pourvoi ont donc invité notre Cour à adopter un nouveau modèle d'analyse qui évite la distinction préliminaire entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, et qui intègre la notion d'accommodement à la défense d'EPJ.

## 2. Pourquoi une nouvelle méthode est-elle requise?

L'analyse conventionnelle était utile pour interpréter les premières lois sur les droits de la personne, et représentait vraiment un progrès

23

24

25

in that it recognized for the first time the harm of adverse effect discrimination. The distinction it drew between the available remedies may also have reflected the apparent differences between direct and adverse effect discrimination. However well this approach may have served us in the past, many commentators have suggested that it ill-serves the purpose of contemporary human rights legislation. I agree. In my view, the complexity and unnecessary artificiality of aspects of the conventional analysis attest to the desirability of now simplifying the guidelines that structure the interpretation of human rights legislation in Canada.

important du fait qu'elle reconnaissait pour la première fois le mal de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Il se peut aussi que la distinction qu'elle établissait entre les réparations possibles ait reflété les différences apparentes entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Cependant, peu importe à quel point cette méthode peut nous avoir été utile dans le passé, un bon nombre d'auteurs ont indiqué qu'elle sert mal les fins des lois contemporaines sur les droits de la personne. Je suis d'accord. À mon avis, la complexité et la facticité inutile de certains aspects de l'analyse conventionnelle témoignent du fait que le moment est venu de simplifier les lignes directrices qui régissent l'interprétation des lois sur les droits de la personne au Canada.

26 I will canvass seven difficulties with the conventional approach taken to claims under human rights legislation. Taken cumulatively, they make a compelling case for revising the analysis.

Je vais examiner attentivement sept difficultés que pose la façon conventionnelle d'aborder les demandes fondées sur une loi concernant les droits de la personne. Considérées cumulativement, ces difficultés militent puissamment en faveur de la révision de l'analyse.

(a) *Artificiality of the Distinction Between Direct and Adverse Effect Discrimination*

a) *La facticité de la distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable*

27 The distinction between a standard that is discriminatory on its face and a neutral standard that is discriminatory in its effect is difficult to justify, simply because there are few cases that can be so neatly characterized. For example, a rule requiring all workers to appear at work on Fridays or face dismissal may plausibly be characterized as either directly discriminatory (because it means that no workers whose religious beliefs preclude working on Fridays may be employed there) or as a neutral rule that merely has an adverse effect on a few individuals (those same workers whose religious beliefs prevent them from working on Fridays). On the same reasoning, it could plausibly be argued that forcing employees to take a mandatory pregnancy test before commencing employment is a neutral rule because it is facially applied to all

La distinction entre une norme qui est discriminatoire à première vue et une norme neutre qui a un effet discriminatoire est difficile à justifier pour la simple raison que peu de cas peuvent être aussi clairement identifiés. Par exemple, une règle qui oblige tous les travailleurs à se présenter au travail le vendredi sous peine de congédiement peut être qualifiée de façon plausible soit de règle directement discriminatoire (parce qu'elle signifie qu'aucun travailleur dont les croyances religieuses l'empêchent de travailler le vendredi ne peut être employé à cet endroit), soit de règle neutre qui n'a un effet préjudiciable que sur quelques personnes (ces mêmes travailleurs dont les croyances religieuses les empêchent de travailler le vendredi). Suivant le même raisonnement, on pourrait soutenir de façon plausible que forcer des employées à

members of a workforce and its special effects on women are only incidental.

Several courts and commentators have observed that it seems perverse to have a threshold classification that is so malleable, indeed “chimerical”: see, for example, *Canada (Human Rights Commission) v. Toronto-Dominion Bank*, [1998] 4 F.C. 205 (C.A.), at paras. 114 and 145, *per* Robertson J.A.; S. Day and G. Brodsky, “The Duty to Accommodate: Who Will Benefit?” (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 433, at pp. 447-57; A. M. Molloy, “Disability and the Duty to Accommodate” (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 23, at pp. 36-37. Given the vague boundaries of the categories, an adjudicator may unconsciously tend to classify the impugned standard in a way that fits the remedy he or she is contemplating, be that striking down the standard itself or requiring only that the claimant’s differences be accommodated. If so, form triumphs over substance and the broad purpose of the human rights statutes is left unfulfilled.

Not only is the distinction between direct and indirect discrimination malleable, it is also unrealistic: a modern employer with a discriminatory intention would rarely frame the rule in directly discriminatory terms when the same effect — or an even broader effect — could be easily realized by couching it in neutral language: M. D. Lepofsky, “The Duty to Accommodate: A Purposive Approach” (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 1, at pp. 8-9. Dickson C.J., for one, recognized that this more subtle type of discrimination, which rises in the aggregate to the level of systemic discrimination, is now much more prevalent than the cruder brand of openly direct discrimination: *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, at p. 931. See also the classic case of *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971). The bifurcated analysis gives employers with a discriminatory intention and the forethought to

subir un test de grosseur obligatoire avant leur entrée en fonction est une règle neutre parce qu’elle s’applique, à première vue, à tous les membres d’un personnel et que ses effets particuliers sur les femmes ne sont qu’accessoires.

Plusieurs tribunaux et commentateurs ont fait observer qu’il semble incongru d’avoir une classification préliminaire aussi malléable, voire même «chimérique»: voir, par exemple, *Canada (Commission des droits de la personne) c. Banque Toronto-Dominion*, [1998] 4 C.F. 205 (C.A.), aux par. 114 et 145, le juge Robertson; S. Day et G. Brodsky, «The Duty to Accommodate: Who Will Benefit?» (1996), 75 *R. du B. can.* 433, aux pp. 447 à 457; A. M. Molloy, «Disability and the Duty to Accommodate» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 23, aux pp. 36 et 37. Étant donné la délimitation imprécise des catégories, un arbitre peut inconsciemment avoir tendance à classer la norme contestée selon la réparation qu’il envisage, qu’il s’agisse d’annuler la norme elle-même ou d’exiger seulement de composer avec les différences du demandeur. Le cas échéant, la forme l’emporte sur le fond et l’objet général des lois sur les droits de la personne n’est pas réalisé.

28

La distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte est non seulement malléable, mais encore irréaliste: l’employeur qui, de nos jours, aurait l’intention de faire preuve de discrimination formulerait rarement la règle de manière directement discriminatoire, si le même effet, voire un effet encore plus large, pouvait facilement être obtenu au moyen d’une formulation neutre: M. D. Lepofsky, «The Duty to Accommodate: A Purposive Approach» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 1, aux pp. 8 et 9. Le juge en chef Dickson, pour sa part, a reconnu que cette forme plus subtile de discrimination qui, somme toute, constitue de la discrimination systémique est désormais beaucoup plus courante que la forme plus rudimentaire que constitue la discrimination directe flagrante: *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, à la p. 931. Voir aussi l’affaire classique *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971). L’analyse à deux volets confère une apparence de légitimité non méritée aux

29

draft the rule in neutral language an undeserved cloak of legitimacy.

(b) *Different Remedies Depending on Method of Discrimination*

30

The malleability of the initial classification under the conventional approach would not matter so much if both routes led to the same result. But, as indicated above, the potential remedies may differ. If an employer cannot justify a directly discriminatory standard as a BFOR, it will be struck down in its entirety. However, if the rule is characterized as a neutral one that adversely affects a certain individual, the employer need only show that there is a rational connection between the standard and the performance of the job and that it cannot further accommodate the claimant without experiencing undue hardship. The general standard, however, remains in effect. These very different results flow directly from the stream into which the initial inquiry shunts the analysis.

31

The proposition that dramatically different results should follow from a tenuous initial classification of the method of discrimination is disconcerting because the effect of a discriminatory standard does not substantially change depending on how it is expressed: see M. C. Crane, "Human Rights, *Bona Fide* Occupational Requirements and the Duty to Accommodate: Semantics or Substance?" (1996), 4 *C.L.E.L.J.* 209, at pp. 226-29. Kenneth Watkin therefore observes that the question should not be whether the discrimination is direct or indirect, but rather "whether the individual or group discriminated against receives the same protection regardless of the manner in which that discrimination is brought about": K. Watkin, "The Justification of Discrimination under Canadian Human Rights Legislation and the *Charter*: Why So Many Tests?" (1993), 2 *N.J.C.L.* 63, at p. 88. These criticisms are compelling. It is difficult to justify conferring more or less protection on a claimant and others who share his or her charac-

employeurs qui ont des intentions discriminatoires et la prudence de formuler la règle de manière neutre.

b) *L'existence de réparations différentes selon le mode de discrimination*

La malléabilité de la classification initiale selon la méthode conventionnelle n'aurait pas tant d'importance si les deux démarches menaient au même résultat. Mais, comme nous avons vu, les réparations possibles peuvent différer. Si un employeur est incapable de justifier une norme directement discriminatoire en tant qu'EPJ, cette norme sera annulée complètement. Cependant, si la règle est qualifiée de règle neutre qui lèse une certaine personne, l'employeur n'a qu'à démontrer qu'il existe un lien rationnel entre la norme en cause et l'exécution du travail, et qu'il ne peut pas composer davantage avec le demandeur sans subir une contrainte excessive. La norme générale demeure toutefois en vigueur. Ces résultats très différents découlent directement de l'orientation que l'examen initial donne à l'analyse.

La proposition selon laquelle des résultats diamétralement opposés devraient découler d'une classification initiale précaire du moyen de discrimination est déconcertante parce que l'effet d'une norme discriminatoire ne change pas sensiblement selon la manière dont celle-ci est exprimée: voir M. C. Crane, «Human Rights, *Bona Fide* Occupational Requirements and the Duty to Accommodate: Semantics or Substance?» (1996), 4 *C.L.E.L.J.* 209, aux pp. 226 à 229. Kenneth Watkin fait donc remarquer que la question devrait être non pas de savoir si la discrimination est directe ou indirecte, mais plutôt de savoir [TRADUCTION] «si l'individu ou le groupe qui fait l'objet de discrimination bénéficie de la même protection quelle que soit la forme que revêt cette discrimination»: K. Watkin, «The Justification of Discrimination under Canadian Human Rights Legislation and the *Charter*: Why So Many Tests?» (1993), 2 *N.J.C.L.* 63, à la p. 88. Ces critiques sont convaincantes. Il est difficile de justifier l'attribution d'une protection plus ou moins grande à un demandeur et à ceux qui ont les mêmes caractéristiques que lui

teristics, depending only on how the discriminatory rule is phrased.

(c) *Questionable Assumption that Adversely Affected Group Always a Numerical Minority*

From a narrowly utilitarian perspective, it could be argued that it is sometimes appropriate to leave an ostensibly neutral standard in place if its adverse effects are felt by only one or, at most, a few individuals. This seems to have been the original rationale of this Court's adverse effect discrimination jurisprudence. In *O'Malley, supra*, McIntyre J. commented, at p. 555:

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 *Central Alberta Dairy Pool, supra*, Wilson J. held at p. 514, that "the group of people who are adversely affected . . . is always smaller than the group to which the rule applies". More recently, in *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525, at p. 544, Cory J. made the more modest observation that "[a]lmost invariably, those adversely affected will be members of a minority group".

To the extent that the bifurcated analysis relies on a comparison between the relative demographic representation of various groups, it is arguably unhelpful. First, the argument that an apparently neutral standard should be permitted to stand because its discriminatory effect is limited to members of a minority group and does not adversely affect the majority of employees is difficult to defend. The standard itself is discriminatory precisely because it treats some individuals differently from others, on the basis of a prohibited ground: see generally *Toronto-Dominion Bank, supra*, at paras. 140-41, *per* Robertson J.A. As this

uniquement par la façon dont la règle discriminatoire est formulée.

c) *La présomption douteuse que le groupe lésé est toujours une minorité sur le plan du nombre*

D'un point de vue strictement utilitaire, on pourrait prétendre qu'il convient parfois de maintenir une norme apparemment neutre si ses effets préjudiciables ne sont subis que par une seule personne ou, tout au plus, par un petit nombre de personnes. Cela semble avoir été le raisonnement initial suivi par notre Cour dans sa jurisprudence relative à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Dans *O'Malley*, précité, le juge McIntyre fait observer, à la p. 555:

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 *Central Alberta Dairy Pool*, précité, le juge Wilson a conclu, aux pp. 514 et 515, que «le groupe des personnes qui subissent un effet préjudiciable est toujours plus petit que le groupe auquel la règle s'applique». Plus récemment, dans *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, à la p. 544, le juge Cory a fait observer de façon plus modérée que «les employés lésés [. . .] appartiennent presque toujours à un groupe minoritaire».

Dans la mesure où l'analyse à deux volets repose sur une comparaison de la représentation démographique relative de divers groupes, on peut prétendre qu'elle est inutile. En premier lieu, il est difficile de soutenir qu'une norme apparemment neutre devrait être maintenue parce que son effet discriminatoire est limité aux membres d'un groupe minoritaire et ne touche pas la majorité des employés. La norme elle-même est discriminatoire justement parce qu'elle traite certains individus différemment des autres pour un motif prohibé: voir, de manière générale, l'arrêt *Banque Toronto-Dominion*, précité, aux par. 140 et 141, le juge

32

33

Court held in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 66, if a rule has a substantively discriminatory effect on a prohibited ground, it should be characterized as such regardless of whether the claimant is a member of a majority or minority group.

Robertson. Comme notre Cour l'a statué dans *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, au par. 66, si une règle a un effet discriminatoire réel pour un motif prohibé, elle devrait être qualifiée de discriminatoire peu importe que le demandeur appartienne à un groupe majoritaire ou à un groupe minoritaire.

34

Second, the size of the “group affected” is easily manipulable: see Day and Brodsky, *supra*, at p. 453. For example, in *Toronto-Dominion Bank, supra*, the Bank instituted a policy of having returning employees submit to drug tests. Was the affected group the small minority of returning employees who were drug-dependent, leading to a characterization of the policy as adverse effect discrimination? Or was the affected group all returning employees who were required to submit to invasive drug-testing on the assumption that some of them were drug-dependent, lending itself to a characterization of the policy as direct discrimination? “It is possible for a policy to be characterized as direct discrimination, or adverse effect discrimination, or both, depending on how ‘neutrality’ and the group affected are defined by the adjudicator”: Day and Brodsky, *supra*, at p. 453. Because the size of the affected group is so manipulable, it is difficult to justify using it as the foundation of the entire analysis.

En deuxième lieu, la taille du [TRADUCTION] «groupe touché» est facilement manipulable: voir Day et Brodsky, *loc. cit.*, à la p. 453. Par exemple, dans l'arrêt *Banque Toronto-Dominion*, précité, la banque avait comme politique de faire subir un test de dépistage de drogue aux employés qui reprenaient le travail. Le groupe touché était-il la faible minorité des employés reprenant le travail qui avaient une dépendance à la drogue, d'où la qualification de la politique comme constituant de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable? Ou, le groupe touché était-il composé de tous les employés reprenant le travail qui devaient subir un test envahissant de dépistage de drogue en raison de la présomption que certains d'entre eux avaient une dépendance à la drogue, d'où la qualification de la politique comme constituant de la discrimination directe? [TRADUCTION] «Il est possible de considérer qu'une politique constitue de la discrimination directe ou de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, ou les deux à la fois, selon la façon dont l'arbitre définit la “neutralité” et le groupe touché»: Day et Brodsky, *loc. cit.*, à la p. 453. Étant donné que la taille du groupe touché est si manipulable, il est difficile d'en justifier l'utilisation comme fondement de toute l'analyse.

35

Third, the emphasis on whether the claimant is a member of a majority or a minority group is clearly most unhelpful when the affected group actually constitutes a majority of the workforce: see B. Etherington, “Central Alberta Dairy Pool: The Supreme Court of Canada’s Latest Word on the Duty to Accommodate” (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 311, at pp. 324-25. The utilitarian arguments about the minority’s having to abide by the practices of the majority for reasons of economic

En troisième lieu, il n'est manifestement pas utile de mettre l'accent sur la question de savoir si le demandeur appartient à un groupe majoritaire ou à un groupe minoritaire lorsque le groupe touché est en fait composé de la majorité des employés: voir B. Etherington, «Central Alberta Dairy Pool: The Supreme Court of Canada’s Latest Word on the Duty to Accommodate» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 311, aux pp. 324 et 325. Les arguments utilitaires selon lesquels la minorité doit se conformer aux pratiques de la majorité pour des raisons de sécurité ou d'efficacité économique perdent de leur

efficiency or safety fade in strength as the affected group nears the status of the majority.

At this point, which exists where women constitute the adversely affected group, the adverse effect analysis may serve to entrench the male norm as the “mainstream” into which women must integrate. Concerns about economic efficiency and safety, shorn of their utilitarian cloaks, may well operate to discriminate against women in a way that is direct in every way except that contemplated by the legal nomenclature. An analysis that does not acknowledge this reality fails to give full effect to the purpose of the human rights legislation at issue.

(d) *Difficulties in Practical Application of Employers’ Defences*

The conventional analysis developed by this Court has also been criticized for drawing difficult distinctions between the elements an employer must establish to rebut a *prima facie* case of direct discrimination and the elements an employer must establish to rebut a *prima facie* case of adverse effect discrimination. For example, a distinction has been drawn between the obligation to explore “reasonable alternatives”, applicable to direct discrimination, and the obligation to consider “individual accommodation”, applicable to adverse effect discrimination: see *Large, supra*, at paras. 30-34, *per* Sopinka J.

In practice, however, there may be little difference between the two defences: see, for example, *Canada (Attorney General) v. Levac*, [1992] 3 F.C. 463 (C.A.); *Large v. Stratford (City)* (1992), 92 D.L.R. (4th) 565 (Ont. Div. Ct.), *per* Campbell J., at pp. 577-79; *Saran v. Delta Cedar Products Ltd.*, [1995] B.C.C.H.R.D. No. 3 (QL); *Grismer v. British Columbia (Attorney General)* (1994), 25 C.H.R.R. D/296 (B.C.C.H.R.). In *Thwaites v. Canada (Armed Forces)* (1993), 19 C.H.R.R.

force lorsque le groupe touché est près de représenter la majorité.

À ce moment, qui survient lorsque des femmes constituent le groupe lésé, l’analyse de l’effet préjudiciable est susceptible de servir à consacrer la norme masculine comme étant le «courant dominant» auquel doivent adhérer les femmes. Dépouillés de leur apparence utilitaire, les soucis de sécurité et d’efficacité économique peuvent fort bien avoir un effet discriminatoire sur les femmes d’une manière on ne peut plus directe mais qui n’est pas prévue par la nomenclature juridique. Une analyse qui ne reconnaît pas cette réalité ne met pas complètement à exécution l’objet de la mesure législative sur les droits de la personne dont il est question.

d) *Les difficultés que pose l’application concrète des moyens de défense des employeurs*

L’analyse conventionnelle conçue par notre Cour a également été critiquée pour le motif qu’elle établissait des distinctions délicates entre les éléments qu’un employeur doit établir pour réfuter une preuve *prima facie* de discrimination directe et ceux qu’il doit établir pour réfuter une preuve *prima facie* de discrimination par suite d’un effet préjudiciable. Par exemple, une distinction a été établie entre l’obligation de chercher des «solutions de rechange raisonnables», applicable à la discrimination directe, et l’obligation d’examiner la possibilité de «tenir compte de la situation de chacun», applicable à la discrimination par suite d’un effet préjudiciable: voir *Large, précité*, aux par. 30 à 34, le juge Sopinka.

En pratique, toutefois, il se peut que les deux moyens de défense ne diffère pas beaucoup: voir, par exemple, les décisions *Canada (Procureur général) c. Levac*, [1992] 3 C.F. 463 (C.A.); *Large c. Stratford (City)* (1992), 92 D.L.R. (4th) 565 (C. div. Ont.), le juge Campbell, aux pp. 577 à 579; *Saran c. Delta Cedar Products Ltd.*, [1995] B.C.C.H.R.D. No. 3 (QL); *Grismer c. British Columbia (Attorney General)* (1994), 25 C.H.R.R. D/296 (B.C.C.H.R.). Dans la décision *Thwaites c.*

36

37

38

D/259 (Can. H.R.T.), it was recognized, at p. D/282, that

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

Parties, tribunals and courts are therefore compelled to frame their arguments and decisions within the confines of definitions that are themselves blurred. The broad purpose of human rights legislation may be obscured in the process. If the ultimate practical question is common to both the direct and adverse effect discrimination analyses, it may fairly be argued that there is little reason to distinguish between either the two analyses or the available remedies.

(e) *Legitimizing Systemic Discrimination*

It has also been argued that the distinction drawn by the conventional analysis between direct and adverse effect discrimination may, in practice, serve to legitimize systemic discrimination, or “discrimination that results from the simple operation of established procedures of recruitment, hiring and promotion, none of which is necessarily designed to promote discrimination”: *Canadian National Railway Co. v. Canada* (*Canadian*

*Canada (Forces armées)* (1993), 19 C.H.R.R. D/259 (T.D.P.C.), il a été reconnu, à la p. D/282, que

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

Les parties, les tribunaux administratifs et les cours de justice sont donc tenus de formuler leurs arguments et leurs décisions en fonction de définitions qui sont elles-mêmes ambiguës. L'objet général des lois sur les droits de la personne peut s'estomper dans le processus. Si la question pratique qui se pose en fin de compte est la même tant pour l'analyse de la discrimination directe que pour celle de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, on peut à bon droit soutenir qu'il y a peu de raisons d'établir une distinction entre soit les deux analyses soit les réparations possibles.

e) *La légitimation de la discrimination systémique*

On a également prétendu que la distinction que l'analyse conventionnelle établit entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable peut, en pratique, contribuer à légitimer la discrimination systémique ou «la discrimination qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour pro-

*Human Rights Commission*), [1987] 1 S.C.R. 1114 (hereinafter “*Action Travail*”), at p. 1139, per Dickson C.J. See generally I. B. McKenna, “Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada: Can the Impasse Be Resolved?” (1997-98), 29 *Ottawa L. Rev.* 153, and P. Phillips and E. Phillips, *Women and Work: Inequality in the Canadian Labour Market* (rev. ed. 1993), at pp. 45-95.

Under the conventional analysis, if a standard is classified as being “neutral” at the threshold stage of the inquiry, its legitimacy is never questioned. The focus shifts to whether the individual claimant can be accommodated, and the formal standard itself always remains intact. The conventional analysis thus shifts attention away from the substantive norms underlying the standard, to how “different” individuals can fit into the “mainstream”, represented by the standard.

Although the practical result of the conventional analysis may be that individual claimants are accommodated and the particular discriminatory effect they experience may be alleviated, the larger import of the analysis cannot be ignored. It bars courts and tribunals from assessing the legitimacy of the standard itself. Referring to the distinction that the conventional analysis draws between the accepted neutral standard and the duty to accommodate those who are adversely affected by it, Day and Brodsky, *supra*, write at p. 462:

The difficulty with this paradigm is that it does not challenge the imbalances of power, or the discourses of dominance, such as racism, ablebodyism and sexism, which result in a society being designed well for some and not for others. It allows those who consider themselves “normal” to continue to construct institutions and relations in their image, as long as others, when they challenge this construction are “accommodated”.

Accommodation, conceived this way, appears to be rooted in the formal model of equality. As a formula,

mouvoir la discrimination»: *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114 (ci-après «*Action Travail*»), à la p. 1139, le juge en chef Dickson. Voir, de manière générale, I. B. McKenna, «Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada: Can the Impasse Be Resolved?» (1997-98), 29 *R.D. Ottawa* 153, et P. Phillips et E. Phillips, *Women and Work: Inequality in the Canadian Labour Market* (éd. rév. 1993), aux pp. 45 à 95.

Selon l’analyse conventionnelle, si une norme est qualifiée de «neutre» à l’étape préliminaire de l’examen, sa légitimité n’est jamais mise en doute. Il s’agit alors de savoir si on peut composer avec le demandeur, et la norme formelle elle-même demeure toujours intacte. L’analyse conventionnelle porte donc non plus sur les principes qui sous-tendent la norme, mais sur la façon dont des personnes «différentes» peuvent cadrer dans le «courant dominant» que représente la norme.

Même si l’analyse conventionnelle peut permettre concrètement de composer les demandeurs et d’atténuer l’effet discriminatoire particulier qu’ils subissent, on ne saurait passer sous silence la portée plus générale de l’analyse. Elle empêche les cours de justice et les tribunaux administratifs d’évaluer la légitimité de la norme elle-même. Au sujet de la distinction que l’analyse conventionnelle établit entre la norme neutre acceptée et l’obligation de composer avec ceux que cette norme lèse, Day et Brodsky, *loc. cit.*, écrivent, à la p. 462:

[TRADUCTION] La difficulté que pose ce paradigme est qu’il ne met en question ni l’inégalité du rapport de force ni les discours de domination, comme le racisme, la prétention de la supériorité des personnes non handicapées, le sexisme, qui font qu’une société est bien conçue pour certains mais pas pour d’autres. Il permet à ceux qui se considèrent «normaux» de continuer à établir des institutions et des rapports à leur image, pourvu qu’ils «composent» avec ceux qui en contestent l’établissement.

Sous cet angle, l’accommodement paraît ancré dans le modèle de l’égalité formelle. En tant que formule, le

40

41

different treatment for “different” people is merely the flip side of like treatment for likes. Accommodation does not go to the heart of the equality question, to the goal of transformation, to an examination of the way institutions and relations must be changed in order to make them available, accessible, meaningful and rewarding for the many diverse groups of which our society is composed. Accommodation seems to mean that we do not change procedures or services, we simply “accommodate” those who do not quite fit. We make some concessions to those who are “different”, rather than abandoning the idea of “normal” and working for genuine inclusiveness.

In this way, accommodation seems to allow formal equality to be the dominant paradigm, as long as some adjustments can be made, sometimes, to deal with unequal effects. Accommodation, conceived of in this way does not challenge deep-seated beliefs about the intrinsic superiority of such characteristics as mobility and sightedness. In short, accommodation is assimilationist. Its goal is to try to make “different” people fit into existing systems.

I agree with the thrust of these observations. Interpreting human rights legislation primarily in terms of formal equality undermines its promise of substantive equality and prevents consideration of the effects of systemic discrimination, as this Court acknowledged in *Action Travail*, *supra*.

42

This case, where Ms. Meiorin seeks to keep her position in a male-dominated occupation, is a good example of how the conventional analysis shields systemic discrimination from scrutiny. This analysis prevents the Court from rigorously assessing a standard which, in the course of regulating entry to a male-dominated occupation, adversely affects women as a group. Although the Government may have a duty to accommodate an individual claimant, the practical result of the conventional analysis is that the complex web of seemingly neutral, systemic barriers to traditionally male-dominated occupations remains beyond the direct reach of the law. The right to be free from discrimination is reduced to a question of whether the “mainstream” can afford to confer proper treatment on those

traitement différent réservé à des personnes «différentes» ne constitue que l'inverse du traitement semblable réservé aux personnes semblables. L'accommodement ne touche pas le cœur de la question de l'égalité, le but de la transformation ni l'examen de la façon dont les institutions et les rapports doivent être modifiés pour les rendre disponibles, accessibles, significatifs et gratifiants pour la multitude de groupes qui composent notre société. L'accommodement semble signifier que nous ne modifions ni les procédures ni les services; nous nous contentons de «composer» avec ceux qui ne cadrent pas tout à fait. Nous faisons certaines concessions à ceux qui sont «différents», plutôt que d'abandonner l'idée de la «normalité» et d'œuvrer à la véritable inclusion.

De cette manière, l'accommodement semble permettre à l'égalité formelle d'être le paradigme dominant, pourvu que certaines adaptations puissent parfois être faites pour remédier à des effets inégaux. Sous cet angle, l'accommodement ne met pas en doute les croyances profondes relatives à la supériorité intrinsèque de caractéristiques comme la mobilité et la vue. Bref, l'accommodement favorise l'assimilation. Son objectif est de tenter de faire cadrer les personnes «différentes» dans les systèmes existants.

Je suis d'accord avec l'essentiel de ces observations. Interpréter les lois sur les droits de la personne principalement en fonction de l'égalité formelle mine la promesse d'égalité réelle qu'elles comportent et empêche l'examen des effets de la discrimination systémique, comme notre Cour l'a reconnu dans *Action Travail*, précité.

La présente affaire, où M<sup>me</sup> Meiorin cherche à conserver son poste dans un métier à prédominance masculine, est un bon exemple de la manière dont l'analyse conventionnelle met la discrimination systémique à l'abri de tout examen. Cette analyse empêche la Cour d'évaluer rigoureusement une norme qui, en régissant l'accès à un emploi à prédominance masculine, lèse les femmes en tant que groupe. Bien que le gouvernement puisse avoir l'obligation de composer avec un demandeur, l'analyse conventionnelle fait concrètement en sorte que l'ensemble complexe d'obstacles systémiques et apparemment neutres aux emplois traditionnellement à prédominance masculine échappe à la portée directe de la loi. Le droit de ne pas faire l'objet de discrimination est ramené à la question

adversely affected, within the confines of its existing formal standard. If it cannot, the edifice of systemic discrimination receives the law's approval. This cannot be right.

(f) *Dissonance Between Conventional Analysis and Express Purpose and Terms of Human Rights Code*

Although the various human rights statutes have an elevated legal status (*Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321), they remain legislative pronouncements and, in the absence of a constitutional challenge, this Court must interpret them according to their terms, and in light of their purposes. As I suggested earlier, the conventional analysis may compromise both the broad purposes and the specific terms of the Code.

In British Columbia, the relevant purposes are stated in s. 3 of the Code:

3 . . .

- (a) to foster a society in British Columbia in which there are no impediments to full and free participation in the economic, social, political and cultural life of British Columbia;
- (b) to promote a climate of understanding and mutual respect where all are equal in dignity and rights;
- (c) to prevent discrimination prohibited by this Code;
- (d) to identify and eliminate persistent patterns of inequality associated with discrimination prohibited by this Code;
- (e) to provide a means of redress for those persons who are discriminated against contrary to this Code. . . .

This Court has held that, because of their status as "fundamental law", human rights statutes must be interpreted liberally, so that they may better fulfill their objectives: *O'Malley*, *supra*, at p. 547, *per*

de savoir si le «courant dominant» peut, dans le cadre de sa norme formelle existante, se permettre d'accorder un traitement approprié aux personnes lésées. Dans la négative, l'institution de la discrimination systémique reçoit l'approbation de la loi. Cela n'est pas acceptable.

f) *La dissonance entre l'analyse conventionnelle et l'objet explicite, et le libellé du Human Rights Code*

Même si les différentes lois sur les droits de la personne occupent un rang juridique élevé (*Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321), il ne s'agit pas moins de déclarations législatives et, en l'absence de contestation fondée sur la Constitution, notre Cour doit les interpréter en fonction de leur libellé et de leurs objectifs. Comme je l'ai déjà indiqué, l'analyse conventionnelle risque de contrecarrer à la fois les objectifs généraux et le libellé particulier du Code.

En Colombie-Britannique, les objectifs pertinents sont énoncés à l'art. 3 du Code:

[TRADUCTION]

3 . . .

- a) favoriser l'existence en Colombie-Britannique d'une société dépourvue d'obstacle à la participation pleine et libre à la vie économique, sociale, politique et culturelle de cette province;
- b) favoriser un climat de compréhension et de respect mutuel où tous ont la même dignité et les mêmes droits;
- c) prévenir la discrimination interdite par le présent code;
- d) déceler et éliminer les formes d'inégalité persistantes liées à la discrimination interdite par le présent code;
- e) fournir un recours aux personnes qui sont victimes de discrimination contrairement au présent code . . .

Notre Cour a conclu que, parce qu'elles constituent du «droit fondamental», les lois sur les droits de la personne doivent être interprétées de façon libérale afin de leur permettre de mieux atteindre leurs

43

44

McIntyre J.; *Action Travail, supra*, at pp. 1134-36, *per* Dickson C.J.; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, at pp. 89-90, *per* La Forest J. An interpretation that allows the rule itself to be questioned only if the discrimination can be characterized as “direct” does not allow these statutes to accomplish their purposes as well as they might otherwise do.

objectifs: *O'Malley*, précité, à la p. 547, le juge McIntyre; *Action Travail*, précité, aux pp. 1134 à 1136, le juge en chef Dickson; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, aux pp. 89 et 90, le juge La Forest. Une interprétation qui permet de mettre en question la règle elle-même seulement si la discrimination peut être qualifiée de «directe» ne permet pas à ces lois de réaliser leurs objectifs aussi bien qu'elles pourraient par ailleurs le faire.

45 Furthermore, the terms of the British Columbia Code do not contemplate one type of employment-related discrimination being treated differently from another. Section 13(1) generally prohibits discriminating “against a person regarding employment or any term or condition of employment”. Section 13(4) states that the general rule does not apply “with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational requirement”. The BFOR defence thus applies to all types of discrimination. There is no presumption that an ostensibly neutral rule is not discriminatory in itself, nor is there any statement in the Code that a discriminatory rule can be allowed to stand as long as the group or individual against whom it discriminates constitutes a minority of the workforce and it would be prohibitively difficult to accommodate them.

De plus, le libellé du Code de la Colombie-Britannique n'envisage pas la possibilité qu'une forme de discrimination liée à l'emploi soit traitée différemment d'une autre. Le paragraphe 13(1) interdit de manière générale la discrimination envers «une personne relativement à son emploi ou aux modalités de son emploi». Le paragraphe 13(4) prévoit que la règle générale ne s'applique pas «à un refus, à une limite, à une spécification ou à une préférence fondés sur une exigence professionnelle justifiée». La défense d'EPJ s'applique donc à toutes les formes de discrimination. Il n'y a aucune présomption qu'une règle apparemment neutre n'est pas discriminatoire en soi, et le Code ne prévoit nullement qu'une règle discriminatoire peut être maintenue lorsque le groupe ou la personne qu'elle vise constitue une minorité des travailleurs avec qui il serait excessivement difficile de composer.

46 Most of the other Canadian human rights statutes that refer to a BFOR do not confine it or the duty to accommodate to certain types of discrimination. Indeed, some statutes expressly foreclose such reasoning, as I will discuss below. Stated simply, there is no statutory imperative in this case to perpetuate different categories of discrimination and provide different remedies for their respective breaches.

La plupart des autres lois canadiennes sur les droits de la personne qui font état d'une EPJ ne restreignent pas cette dernière, ni l'obligation d'accommodement, à certaines formes de discrimination. En fait, certaines lois écartent expressément ce genre de raisonnement, comme nous le verrons plus loin. Il n'y a simplement aucune obligation législative en l'espèce de perpétuer l'existence de différentes catégories de discrimination et d'accorder des réparations différentes selon chacune d'elles.

(g) *Dissonance Between Human Rights Analysis and Charter Analysis*

g) *La dissonance entre l'analyse fondée sur les droits de la personne et l'analyse fondée sur la Charte*

47 The conventional analysis differs in substance from the approach this Court has taken to s. 15(1)

L'analyse conventionnelle diffère fondamentalement de la façon dont notre Cour a abordé le

of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In the *Charter* context, the distinction between direct and adverse effect discrimination may have some analytical significance but, because the principal concern is the effect of the impugned law, it has little legal importance. As Iacobucci J. noted at para. 80 of *Law*, *supra*:

While it is well established that it is open to a s. 15(1) claimant to establish discrimination by demonstrating a discriminatory legislative purpose, proof of legislative intent is not required in order to found a s. 15(1) claim: *Andrews*, *supra*, at p. 174. What is required is that the claimant establish that either the purpose or the effect of the legislation infringes s. 15(1), such that the onus may be satisfied by showing only a discriminatory effect. [Emphasis in original.]

Where s. 15(1) of the *Charter* is concerned, therefore, this Court has recognized that the negative effect on the individual complainant's dignity does not substantially vary depending on whether the discrimination is overt or covert. Where it is possible to make a *Charter* claim in the course of an employment relationship, the employer cannot dictate the nature of what it must prove in justification simply by altering the method of discrimination. I see little reason for adopting a different approach when the claim is brought under human rights legislation which, while it may have a different legal orientation, is aimed at the same general wrong as s. 15(1) of the *Charter*.

It has been suggested that the distinction between direct and adverse effect discrimination in human rights analysis may be attributable, at least in part, to a sense that "unintentional" discrimination occasioned by "neutral" rules is less deserving of legal censure: see Etherington, *supra*, at pp. 324-25. At p. 457, Day and Brodsky, *supra*, argue that:

par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans le contexte de la *Charte*, la distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable peut avoir une certaine importance sur le plan analytique, mais, puisque la principale préoccupation est l'effet de la loi contestée, cette distinction a peu d'importance sur le plan juridique. Comme le juge Iacobucci l'a fait remarquer au par. 80 de l'arrêt *Law*, précité:

Bien qu'il soit bien établi qu'il est loisible à la personne qui invoque le par. 15(1) de faire la preuve de la discrimination en démontrant que la loi a un objet discriminatoire, la preuve de l'intention législative n'est pas nécessaire pour établir le bien-fondé d'une allégation fondée sur l'art. 15: *Andrews*, précité, à la p. 174. L'exigence faite au demandeur est d'établir que soit l'objet, soit l'effet de la disposition législative viole le par. 15(1), de sorte qu'il puisse satisfaire au fardeau qui lui incombe en faisant la preuve seulement d'un effet discriminatoire. [Souligné dans l'original.]

Lorsqu'il est question du par. 15(1) de la *Charte*, notre Cour reconnaît donc que l'effet négatif sur la dignité du demandeur ne varie pas sensiblement selon que la discrimination est flagrante ou dissimulée. Lorsqu'il est possible de présenter une demande fondée sur la *Charte* dans le cadre d'une relation employeur-employé, l'employeur ne peut pas dicter la nature de ce qu'il doit prouver à titre de justification simplement en changeant le mode de discrimination. Je ne vois pas pourquoi une méthode différente devrait être adoptée lorsqu'une demande est fondée sur une loi concernant les droits de la personne qui, bien qu'elle puisse avoir une orientation juridique différente, vise le même mal général que le par. 15(1) de la *Charte*.

On a laissé entendre que la distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, dans le cadre de l'analyse fondée sur les droits de la personne, peut être attribuable, du moins en partie, au sentiment que la discrimination «non intentionnelle» due à des règles «neutres» ne mérite pas autant la réprobation de la loi: voir Etherington, *loc. cit.*, aux pp. 324 et 325. À la page 457, Day et Brodsky, *loc. cit.*, soutiennent que:

48

49

It seems apparent that the distinction between direct and adverse effect discrimination is based on the need to maintain that there is a difference between intentional discrimination and unintentional discrimination, even though tribunals and courts, including the Supreme Court of Canada, have repeatedly ruled that unintentional discrimination is no less a violation of human rights laws, and that it is the effects of discrimination which matter. There remains a holdover sense that direct discrimination is more loathsome, morally more repugnant, because the perpetrator *intends* to discriminate or has discriminated *knowingly*. By contrast, adverse effect discrimination is viewed as “innocent”, unwitting, accidental, and consequently not morally repugnant. [Emphasis in original.]

I acknowledge that there may in some cases be differences in the respective origins of directly discriminatory standards and neutral standards with adverse effects. However, this Court long ago held that the fact that a discriminatory effect was unintended is not determinative of its general *Charter* analysis and certainly does not determine the available remedy: *Law, supra*, at para. 80, per Iacobucci J.; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 174-75, per McIntyre J.; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 62, per La Forest J. In cases such as *O'Malley, supra*, and *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561, this Court endeavoured to entrench the same principle in its analysis of human rights legislation. In my view, care should be taken to ensure that this goal is not compromised by a bifurcated method of analysing claims made pursuant to such legislation.

### 3. Toward a Unified Approach

Whatever may have once been the benefit of the conventional analysis of discrimination claims brought under human rights legislation, the difficulties discussed show that there is much to be said for now adopting a unified approach that (1) avoids the problematic distinction between

[TRADUCTION] Il semble évident que la distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable repose sur le besoin de maintenir qu'il existe une différence entre la discrimination intentionnelle et la discrimination non intentionnelle, même si les tribunaux administratifs et les cours de justice, y compris la Cour suprême du Canada, ont décidé à maintes reprises que la discrimination non intentionnelle ne constituait pas moins une violation des droits de la personne et que ce sont les effets de la discrimination qui importent. Il subsiste un sentiment que la discrimination directe est plus méprisante et plus répugnante sur le plan moral parce que son auteur *a l'intention* d'agir de manière discriminatoire ou qu'il l'a fait *en connaissance de cause*. Par contre, la discrimination par suite d'un effet préjudiciable est perçue comme étant «innocente», involontaire, accidentelle et, par conséquent, non répugnante sur le plan moral. [En italique dans l'original.]

Je reconnais que, dans certains cas, des normes directement discriminatoires et des normes neutres ayant des effets préjudiciables peuvent avoir des origines différentes. Cependant, notre Cour a conclu depuis longtemps que le fait qu'un effet discriminatoire n'était pas voulu n'est pas déterminant pour les fins de son analyse générale fondée sur la *Charte* et que cela n'est sûrement pas décisif quant à la réparation possible: *Law*, précité, au par. 80, le juge Iacobucci; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, aux pp. 174 et 175, le juge McIntyre; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 62, le juge La Forest. Dans des arrêts comme *O'Malley*, précité, et *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, notre Cour s'est efforcée d'appliquer le même principe dans son analyse des lois sur les droits de la personne. À mon avis, il faut prendre soin de s'assurer que cet objectif n'est pas compromis par une méthode d'analyse à deux volets des demandes fondées sur de telles lois.

### 3. Vers une méthode unifiée

Quels que soient les avantages qu'ait pu offrir l'analyse conventionnelle des demandes fondées sur une loi concernant les droits de la personne, dans lesquelles l'existence de discrimination était alléguée, les difficultés analysées démontrent la force de l'argument que le moment est venu

direct and adverse effect discrimination, (2) requires employers to accommodate as much as reasonably possible the characteristics of individual employees when setting the workplace standard, and (3) takes a strict approach to exemptions from the duty not to discriminate, while permitting exemptions where they are reasonably necessary to the achievement of legitimate work-related objectives.

Many of those who have studied the issue and written on it have advocated such a unified approach: see W. Pentney, "Belonging: The Promise of Community — Continuity and Change in Equality Law 1995-96" (1996), 25 C.H.R.R. C/6; Day and Brodsky, *supra*, at pp. 459-60 and 472; Lepofsky, *supra*, at pp. 16-17; Crane, *supra*, at pp. 231-32; Molloy, *supra*, at pp. 36-37; Watkin, *supra*, at pp. 86-93; M. F. Yalden, "The Duty to Accommodate — A View from the Canadian Human Rights Commission" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 283, at pp. 286-93; Canadian Human Rights Commission, *The Effects of the Bhinder Decision on the Canadian Human Rights Commission: A Special Report to Parliament* (1986).

Furthermore, some provinces have revised their human rights statutes so that courts are now required to adopt a unified approach: see s. 24(2) of the Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19; s. 12 of the Manitoba *Human Rights Code*, S.M. 1987-88, c. 45, and, in a more limited sense, s. 7 of the Yukon *Human Rights Act*, S.Y. 1987, c. 3. Most recently, the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, was amended (S.C. 1998, c. 9, s. 10) so that s. 15(2) of the Act now expressly provides that an otherwise discriminatory practice will only constitute a BFOR if the employer establishes that the needs of the

d'adopter une méthode unifiée (1) qui évite la distinction problématique entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, (2) qui exige de l'employeur qu'il compose autant qu'il est raisonnablement possible de le faire avec les caractéristiques de chacun de ses employés lorsqu'il établit la norme applicable au milieu de travail, et (3) qui aborde de manière restrictive les exceptions à l'obligation de ne pas faire preuve de discrimination tout en permettant des exceptions lorsqu'elles sont raisonnablement nécessaires à la réalisation d'objectifs légitimes liés au travail.

Un bon nombre de ceux qui ont étudié la question et qui ont écrit à ce sujet préconisent le recours à une telle méthode unifiée: voir W. Pentney, «Belonging: The Promise of Community — Continuity and Change in Equality Law 1995-96» (1996), 25 C.H.R.R. C/6; Day et Brodsky, *loc. cit.*, aux pp. 459, 460 et 472; Lepofsky, *loc. cit.*, aux pp. 16 et 17; Crane, *loc. cit.*, aux pp. 231 et 232; Molloy, *loc. cit.*, aux pp. 36 et 37; Watkin, *loc. cit.*, aux pp. 86 à 93; M. F. Yalden, «The Duty to Accommodate — A View from the Canadian Human Rights Commission» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 283, aux pp. 286 à 293; Commission canadienne des droits de la personne, *Les effets de la décision Bhinder sur la Commission canadienne des droits de la personne: Rapport spécial au Parlement* (1986).

De plus, certaines provinces ont modifié leur législation sur les droits de la personne de sorte que les tribunaux doivent maintenant recourir à une méthode unifiée: voir le par. 24(2) du *Code des droits de la personne* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.19, l'art. 12 du *Code des droits de la personne* du Manitoba, L.M. 1987-88, ch. 45, et, de façon plus limitée, l'art. 7 de la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon, L.Y. 1987, ch. 3. Tout récemment, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, a été modifiée (L.C. 1998, ch. 9, art. 10) de sorte que le par. 15(2) de cette loi prévoit désormais expressément qu'une pratique par ailleurs discriminatoire ne constitue une EPJ que si l'employeur démontre qu'il ne lui est pas possible de répondre aux

51

52

individual or class of individuals cannot be accommodated without imposing undue hardship.

besoins de la personne ou de la catégorie de personnes en cause sans subir une contrainte excessive.

53 Finally, judges of this Court have not infrequently written of the need to adopt a simpler, more common-sense approach to determining when an employer may be justified in applying a standard with discriminatory effects. See *Bhinder*, *supra*, at pp. 567-68, *per* Dickson C.J. (dissenting); *Central Alberta Dairy Pool*, *supra*, at pp. 528-29, *per* Sopinka J.; *Large*, *supra*, at para. 56, *per* L'Heureux-Dubé J. It is noteworthy that even Wilson J., writing for the majority of this Court in *Central Alberta Dairy Pool*, *supra*, arguably recognized that a form of accommodation — the search for proportionate, reasonable alternatives to a general rule — had a certain place within the BFOR analysis, then applicable only to cases of direct discrimination. See in particular her references, at pp. 518-19, to *Brossard*, *supra*, and *Saskatoon*, *supra*.

Enfin, il n'est pas rare que les juges de notre Cour aient écrit sur la nécessité de recourir à une méthode plus simple et plus conforme au bon sens pour déterminer quand un employeur peut être justifié d'appliquer une norme qui a des effets discriminatoires. Voir *Bhinder*, précité, aux pp. 567 et 568, le juge en chef Dickson (dissident); *Central Alberta Dairy Pool*, précité, aux pp. 528 et 529, le juge Sopinka; *Large*, précité, au par. 56, le juge L'Heureux-Dubé. Il vaut la peine de souligner que l'on pourrait soutenir que même le juge Wilson, qui s'exprimait au nom de notre Cour à la majorité dans *Central Alberta Dairy Pool*, précité, a reconnu qu'une forme d'accommodement, soit la recherche de solutions de rechange raisonnables et proportionnelles à une règle générale, avait sa place dans l'analyse relative à l'EPJ, qui ne s'appliquait alors qu'aux cas de discrimination directe. Voir, en particulier, les renvois qu'elle fait, aux pp. 518 et 519, aux arrêts *Brossard* et *Saskatoon*, précités.

#### 4. Elements of a Unified Approach

#### 4. Les éléments d'une méthode unifiée

54 Having considered the various alternatives, I propose the following three-step test for determining whether a *prima facie* discriminatory standard is a BFOR. An employer may justify the impugned standard by establishing on the balance of probabilities:

Après avoir examiné les diverses possibilités qui s'offrent, je propose d'adopter la méthode en trois étapes qui suit pour déterminer si une norme discriminatoire à première vue est une EPJ. L'employeur peut justifier la norme contestée en établissant selon la prépondérance des probabilités:

- (1) that the employer adopted the standard for a purpose rationally connected to the performance of the job;
- (2) that the employer adopted the particular standard in an honest and good faith belief that it was necessary to the fulfilment of that legitimate work-related purpose; and
- (3) that the standard is reasonably necessary to the accomplishment of that legitimate work-related purpose. To show that the standard is reasonably necessary, it must be demonstrated that it is impossible to accommodate individual employees sharing the character-

- (1) qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause;
- (2) qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail;
- (3) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le

istics of the claimant without imposing undue hardship upon the employer.

This approach is premised on the need to develop standards that accommodate the potential contributions of all employees in so far as this can be done without undue hardship to the employer. Standards may adversely affect members of a particular group, to be sure. But as Wilson J. noted in *Central Alberta Dairy Pool*, *supra*, at p. 518, “[i]f a reasonable alternative exists to burdening members of a group with a given rule, that rule will not be [a BFOR]”. It follows that a rule or standard must accommodate individual differences to the point of undue hardship if it is to be found reasonably necessary. Unless no further accommodation is possible without imposing undue hardship, the standard is not a BFOR in its existing form and the *prima facie* case of discrimination stands.

Having set out the test, I offer certain elaborations on its application.

#### Step One

The first step in assessing whether the employer has successfully established a BFOR defence is to identify the general purpose of the impugned standard and determine whether it is rationally connected to the performance of the job. The initial task is to determine what the impugned standard is generally designed to achieve. The ability to work safely and efficiently is the purpose most often mentioned in the cases but there may well be other reasons for imposing particular standards in the workplace. In *Brossard*, *supra*, for example, the general purpose of the town’s anti-nepotism policy was to curb actual and apparent conflicts of interest among public employees. In *Caldwell*, *supra*, the Roman Catholic high school sought to maintain the religious integrity of its teaching environment and curriculum. In other circumstances, the employer may seek to ensure that qualified employees are present at certain times. There are innumerable possible reasons that an

demandeur sans que l’employeur subisse une contrainte excessive.

Cette méthode est fondée sur la nécessité d’établir des normes qui composent avec l’apport potentiel de tous les employés dans la mesure où cela peut être fait sans que l’employeur subisse une contrainte excessive. Il est évident que des normes peuvent léser les membres d’un groupe particulier. Mais, comme le juge Wilson l’a fait remarquer dans *Central Alberta Dairy Pool*, précité, à la p. 518, «[s]’il est possible de trouver une solution raisonnable qui évite d’imposer une règle donnée aux membres d’un groupe, cette règle ne sera pas considérée comme [une EPJ]». Il s’ensuit que la règle ou la norme jugée raisonnablement nécessaire doit composer avec les différences individuelles dans la mesure où cela ne cause aucune contrainte excessive. À moins qu’aucun accommodement ne soit possible sans imposer une contrainte excessive, la norme telle qu’elle existe n’est pas une EPJ, et la preuve *prima facie* de l’existence de discrimination n’est pas réfutée.

Après avoir énoncé le critère applicable, je fournis certaines précisions sur son application.

#### Première étape

La première étape à franchir pour évaluer si l’employeur a réussi à établir une défense d’EPJ consiste à identifier l’objet général de la norme contestée et à décider s’il est rationnellement lié à l’exécution du travail en cause. Il faut d’abord déterminer ce que vise à réaliser de manière générale la norme contestée. La capacité de travailler de manière sûre et efficace est l’objet le plus fréquemment mentionné dans la jurisprudence, mais il peut bien y avoir d’autres raisons d’imposer des normes particulières dans le milieu de travail. Par exemple, dans l’arrêt *Brossard*, précité, l’objet général de la politique de la ville interdisant le népotisme était de réprimer les conflits d’intérêts réels et apparents chez les fonctionnaires. Dans l’arrêt *Caldwell*, précité, l’école secondaire catholique cherchait à maintenir la présence de la religion dans le milieu et le programme scolaires. Dans d’autres cas, l’employeur peut vouloir assurer la présence d’employés compétents à certains

55

56

57

employer might seek to impose a standard on its employees.

58 The employer must demonstrate that there is a rational connection between the general purpose for which the impugned standard was introduced and the objective requirements of the job. For example, turning again to *Brossard, supra*, Beetz J. held, at p. 313, that because of the special character of public employment, “[i]t is appropriate and indeed necessary to adopt rules of conduct for public servants to inhibit conflicts of interest”. Where the general purpose of the standard is to ensure the safe and efficient performance of the job — essential elements of all occupations — it will likely not be necessary to spend much time at this stage. Where the purpose is narrower, it may well be an important part of the analysis.

59 The focus at the first step is not on the validity of the particular standard that is at issue, but rather on the validity of its more general purpose. This inquiry is necessarily more general than determining whether there is a rational connection between the performance of the job and the particular standard that has been selected, as may have been the case on the conventional approach. The distinction is important. If there is no rational relationship between the general purpose of the standard and the tasks properly required of the employee, then there is of course no need to continue to assess the legitimacy of the particular standard itself. Without a legitimate general purpose underlying it, the standard cannot be a BFOR. In my view, it is helpful to keep the two levels of inquiry distinct.

#### Step Two

60 Once the legitimacy of the employer’s more general purpose is established, the employer must take the second step of demonstrating that it adopted the particular standard with an honest and good faith belief that it was necessary to the accomplishment of its purpose, with no intention of discriminating against the claimant. This addresses the subjective element of the test which,

moments. Il existe une multitude de raisons susceptibles d’inciter un employeur à imposer une norme à ses employés.

L’employeur doit démontrer l’existence d’un lien rationnel entre l’objet général de la norme contestée et les exigences objectives du travail. Par exemple, si on revient à l’arrêt *Brossard*, précité, le juge Beetz a conclu, à la p. 313, qu’en raison de la nature particulière de l’emploi dans la fonction publique, «[i]l est approprié, voire nécessaire, d’adopter pour les fonctionnaires des règles de conduite destinées à prévenir les conflits d’intérêts». Lorsque l’objet général de la norme est d’assurer l’exécution sûre et efficace du travail — un élément essentiel de tout métier — il ne sera vraisemblablement pas nécessaire de consacrer beaucoup de temps à cette étape. Lorsque l’objet est plus restreint, une partie importante de l’analyse peut bien lui être consacrée.

À cette première étape, l’analyse porte non pas sur la validité de la norme particulière en cause, mais plutôt sur la validité de son objet plus général. Cet examen est nécessairement plus général que lorsqu’il s’agit de déterminer s’il existe un lien rationnel entre l’exécution du travail et la norme particulière qui a été choisie, comme cela peut avoir été le cas en vertu de la méthode conventionnelle. La distinction est importante. S’il n’y a aucun lien rationnel entre l’objet général de la norme et les tâches que l’employé est légitimement tenu d’accomplir, il n’est alors naturellement pas nécessaire de continuer d’évaluer la légitimité de la norme particulière elle-même. Sans objet général légitime sous-jacent, la norme ne saurait être une EPJ. À mon avis, il est utile de garder séparés les deux niveaux d’examen.

#### Deuxième étape

Une fois établie la légitimité de l’objet plus général visé par l’employeur, ce dernier doit franchir la deuxième étape qui consiste à démontrer qu’il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu’elle était nécessaire à la réalisation de son objet, et sans qu’il ait eu l’intention de faire de preuve de discrimination envers le demandeur. Il est alors question de l’élément subjectif du cri-

although not essential to a finding that the standard is not a BFOR, is one basis on which the standard may be struck down: see *O'Malley, supra*, at pp. 547-50, *per* McIntyre J.; *Etobicoke, supra*, at p. 209, *per* McIntyre J. If the imposition of the standard was not thought to be reasonably necessary or was motivated by discriminatory *animus*, then it cannot be a BFOR.

It is important to note that the analysis shifts at this stage from the general purpose of the standard to the particular standard itself. It is not necessarily so that a particular standard will constitute a BFOR merely because its general purpose is rationally connected to the performance of the job: see *Brossard, supra*, at pp. 314-15, *per* Beetz J.

### Step Three

The employer's third and final hurdle is to demonstrate that the impugned standard is reasonably necessary for the employer to accomplish its purpose, which by this point has been demonstrated to be rationally connected to the performance of the job. The employer must establish that it cannot accommodate the claimant and others adversely affected by the standard without experiencing undue hardship. When referring to the concept of "undue hardship", it is important to recall the words of Sopinka J. who observed in *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970, at p. 984, that "[t]he use of the term 'undue' infers that some hardship is acceptable; it is only 'undue' hardship that satisfies this test". It may be ideal from the employer's perspective to choose a standard that is uncompromisingly stringent. Yet the standard, if it is to be justified under the human rights legislation, must accommodate factors relating to the unique capabilities and inherent worth and dignity of every individual, up to the point of undue hardship.

When determining whether an existing standard is reasonably necessary for the employer to accomplish its purpose, it may be helpful to refer to the jurisprudence of this Court dealing both with the

tère qui constitue un motif d'annulation de la norme même s'il n'est pas essentiel pour conclure que cette dernière n'est pas une EPJ: voir les arrêts *O'Malley*, précité, aux pp. 547 à 550, le juge McIntyre, et *Etobicoke*, précité, à la p. 209, le juge McIntyre. Si l'imposition de la norme n'était pas jugée raisonnablement nécessaire ou était motivée par une animosité discriminatoire, elle ne saurait alors constituer une EPJ.

Il importe de noter qu'à cette étape l'analyse passe de l'objet général de la norme à la norme particulière elle-même. Il n'est pas nécessairement vrai qu'une norme particulière est une EPJ du seul fait que son objet général est rationnellement lié à l'exécution du travail: voir l'arrêt *Brossard*, précité, aux pp. 314 et 315, le juge Beetz.

### Troisième étape

Le troisième et dernier obstacle que doit franchir l'employeur consiste à démontrer que la norme contestée est raisonnablement nécessaire pour qu'il puisse atteindre l'objet qu'elle vise, dont le lien rationnel avec l'exécution du travail a été démontré à ce stade. L'employeur doit établir qu'il lui est impossible de composer avec le demandeur et les autres personnes lésées par la norme sans subir une contrainte excessive. Lorsqu'on parle de «contrainte excessive», il importe de se rappeler les propos du juge Sopinka, qui a fait remarquer dans l'arrêt *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, à la p. 984, que «[l]'utilisation de l'adjectif "excessive" suppose qu'une certaine contrainte est acceptable; seule la contrainte "excessive" répond à ce critère». Il peut être idéal, du point de vue de l'employeur, de choisir une norme d'une rigidité absolue. Encore est-il que, pour être justifiée en vertu de la législation sur les droits de la personne, cette norme doit tenir compte de facteurs concernant les capacités uniques ainsi que la valeur et la dignité inhérentes de chaque personne, dans la mesure où cela n'impose aucune contrainte excessive.

Pour déterminer si une norme existante est raisonnablement nécessaire pour que l'employeur en réalise l'objet, il peut être utile de renvoyer aux arrêts de notre Cour qui portent sur la justification

61

62

63

justification of direct discrimination and the concept of accommodation within the adverse effect discrimination analysis. For example, dealing with adverse effect discrimination in *Central Alberta Dairy Pool*, *supra*, at pp. 520-21, Wilson J. addressed the factors that may be considered when assessing an employer's duty to accommodate an employee to the point of undue hardship. Among the relevant factors are the financial cost of the possible method of accommodation, the relative interchangeability of the workforce and facilities, and the prospect of substantial interference with the rights of other employees. See also *Renaud*, *supra*, at p. 984, *per* Sopinka J. The various factors are not entrenched, except to the extent that they are expressly included or excluded by statute. In all cases, as Cory J. noted in *Chambly*, *supra*, at p. 546, such considerations "should be applied with common sense and flexibility in the context of the factual situation presented in each case".

de la discrimination directe et sur la notion d'accommodement dans le cadre de l'analyse de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Par exemple, en étudiant la question de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable dans *Central Alberta Dairy Pool*, précité, aux pp. 520 et 521, le juge Wilson a abordé les facteurs qui peuvent être pris en considération en évaluant l'obligation d'un employeur de composer avec un employé tant qu'il n'en résulte pas pour lui une contrainte excessive. Parmi les facteurs pertinents, il y a le coût de la méthode d'accommodement possible, l'interchangeabilité relative des employés et des installations, de même que la perspective d'atteinte réelle aux droits d'autres employés. Voir également l'arrêt *Renaud*, précité, à la p. 984, le juge Sopinka. Les divers facteurs ne sont pas consacrés, sauf dans la mesure où ils sont inclus ou écartés expressément par la loi. De toute manière, comme le juge Cory l'a souligné dans *Chambly*, précité, à la p. 546, «[i]l y a lieu de les appliquer d'une manière souple et conforme au bon sens, en fonction des faits de chaque cas».

64 Courts and tribunals should be sensitive to the various ways in which individual capabilities may be accommodated. Apart from individual testing to determine whether the person has the aptitude or qualification that is necessary to perform the work, the possibility that there may be different ways to perform the job while still accomplishing the employer's legitimate work-related purpose should be considered in appropriate cases. The skills, capabilities and potential contributions of the individual claimant and others like him or her must be respected as much as possible. Employers, courts and tribunals should be innovative yet practical when considering how this may best be done in particular circumstances.

Les cours de justice et les tribunaux administratifs devraient tenir compte des diverses manières dont il est possible de composer avec les capacités d'un individu. Outre les évaluations individuelles visant à déterminer si la personne a les aptitudes ou les compétences requises pour exécuter le travail, il y a lieu de prendre en considération, lorsque cela est indiqué, la possibilité d'exécuter le travail de différentes manières tout en réalisant l'objet légitime lié à l'emploi que vise l'employeur. Les aptitudes, les capacités et l'apport potentiel du demandeur et de ceux qui sont dans la même situation que lui doivent être respectés autant qu'il est possible de le faire. Les employeurs, les cours de justice et les tribunaux administratifs devraient être innovateurs tout en étant pratiques lorsqu'ils étudient la meilleure façon de le faire dans les circonstances en cause.

65 Some of the important questions that may be asked in the course of the analysis include:

Parmi les questions importantes qui peuvent être posées au cours de l'analyse, il y a les suivantes:

(a) Has the employer investigated alternative approaches that do not have a discrimina-

a) L'employeur a-t-il cherché à trouver des méthodes de rechange qui n'ont pas d'effet

tory effect, such as individual testing against a more individually sensitive standard?

- (b) If alternative standards were investigated and found to be capable of fulfilling the employer's purpose, why were they not implemented?
- (c) Is it necessary to have all employees meet the single standard for the employer to accomplish its legitimate purpose or could standards reflective of group or individual differences and capabilities be established?
- (d) Is there a way to do the job that is less discriminatory while still accomplishing the employer's legitimate purpose?
- (e) Is the standard properly designed to ensure that the desired qualification is met without placing an undue burden on those to whom the standard applies?
- (f) Have other parties who are obliged to assist in the search for possible accommodation fulfilled their roles? As Sopinka J. noted in *Renaud*, *supra*, at pp. 992-96, the task of determining how to accommodate individual differences may also place burdens on the employee and, if there is a collective agreement, a union.

Notwithstanding the overlap between the two inquiries, it may often be useful as a practical matter to consider separately, first, the procedure, if any, which was adopted to assess the issue of accommodation and, second, the substantive content of either a more accommodating standard which was offered or alternatively the employer's reasons for not offering any such standard: see generally Lepofsky, *supra*.

If the *prima facie* discriminatory standard is not reasonably necessary for the employer to accomplish its legitimate purpose or, to put it another way, if individual differences may be accommodated without imposing undue hardship on the employer, then the standard is not a BFOR.

discriminatoire, comme les évaluations individuelles en fonction d'une norme qui tient davantage compte de l'individu?

- b) Si des normes différentes ont été étudiées et jugées susceptibles de réaliser l'objet visé par l'employeur, pourquoi n'ont-elles pas été appliquées?
- c) Est-il nécessaire que tous les employés satisfassent à la norme unique pour que l'employeur puisse réaliser l'objet légitime qu'il vise, ou est-il possible d'établir des normes qui reflètent les différences et les capacités collectives ou individuelles?
- d) Y a-t-il une manière moins discriminatoire d'effectuer le travail tout en réalisant l'objet légitime de l'employeur?
- e) La norme est-elle bien conçue pour que le niveau de compétence requis soit atteint sans qu'un fardeau excessif ne soit imposé à ceux qui sont visés par la norme?
- f) Les autres parties qui sont tenues d'aider à la recherche de mesures d'accommodement possibles ont-elles joué leur rôle? Comme le juge Sopinka l'a fait remarquer dans *Renaud*, précité, aux pp. 992 à 996, la tâche de déterminer la manière de composer avec des différences individuelles peut aussi imposer un fardeau à l'employé et, dans les cas où il existe une convention collective, au syndicat.

Malgré le chevauchement des deux examens, il peut souvent se révéler utile, en pratique, d'examiner séparément, d'abord, la procédure, s'il en est, qui a été adoptée pour étudier la question de l'accommodement, et, ensuite, la teneur réelle d'une norme plus conciliante qui a été offerte ou, subsidiairement, celle des raisons pour lesquelles l'employeur n'a pas offert une telle norme: voir, de manière générale, Lepofsky, *loc. cit.*

Si la norme discriminatoire à première vue n'est pas raisonnablement nécessaire pour que l'employeur en réalise l'objet légitime ou, autrement dit, s'il est possible de composer avec des différences individuelles sans que l'employeur subisse une contrainte excessive, la norme n'est pas alors

The employer has failed to establish a defence to the charge of discrimination. Although not at issue in this case, as it arose as a grievance before a labour arbitrator, when the standard is not a BFOR, the appropriate remedy will be chosen with reference to the remedies provided in the applicable human rights legislation. Conversely, if the general purpose of the standard is rationally connected to the performance of the particular job, the particular standard was imposed with an honest, good faith belief in its necessity, and its application in its existing form is reasonably necessary for the employer to accomplish its legitimate purpose without experiencing undue hardship, the standard is a BFOR. If all of these criteria are established, the employer has brought itself within an exception to the general prohibition of discrimination.

une EPJ. L'employeur n'a pas établi l'existence d'un moyen de défense contre l'accusation de discrimination. Bien que cette question ne soit pas en cause dans la présente affaire, qui résulte d'un grief déposé devant un arbitre en matière de relations du travail, lorsque la norme n'est pas une EPJ, la réparation appropriée sera choisie en fonction de celles prévues par la loi applicable en matière de droits de la personne. À l'inverse, si l'objet général de la norme est rationnellement lié à l'exécution du travail en cause, si la norme particulière a été imposée avec la conviction sincère qu'elle était nécessaire et si son application sous sa forme existante est raisonnablement nécessaire pour permettre à l'employeur d'en réaliser l'objet légitime sans subir une contrainte excessive, la norme est une EPJ. Si l'existence de tous ces critères est établie, l'employeur peut se prévaloir d'une exception à l'interdiction générale de la discrimination.

68

Employers designing workplace standards owe an obligation to be aware of both the differences between individuals, and differences that characterize groups of individuals. They must build conceptions of equality into workplace standards. By enacting human rights statutes and providing that they are applicable to the workplace, the legislatures have determined that the standards governing the performance of work should be designed to reflect all members of society, in so far as this is reasonably possible. Courts and tribunals must bear this in mind when confronted with a claim of employment-related discrimination. To the extent that a standard unnecessarily fails to reflect the differences among individuals, it runs afoul of the prohibitions contained in the various human rights statutes and must be replaced. The standard itself is required to provide for individual accommodation, if reasonably possible. A standard that allows for such accommodation may be only slightly different from the existing standard but it is a different standard nonetheless.

Les employeurs qui conçoivent des normes pour le milieu de travail doivent être conscients des différences entre les personnes et des différences qui caractérisent des groupes de personnes. Ils doivent intégrer des notions d'égalité dans les normes du milieu de travail. En adoptant des lois sur les droits de la personne et en prévoyant leur application au milieu de travail, les législatures ont décidé que les normes régissant l'exécution du travail devraient tenir compte de tous les membres de la société, dans la mesure où il est raisonnablement possible de le faire. Les cours de justice et les tribunaux administratifs doivent avoir cela à l'esprit lorsqu'ils sont saisis d'une demande dans laquelle l'existence de discrimination liée à l'emploi est alléguée. La norme qui fait inutilement abstraction des différences entre les personnes va à l'encontre des interdictions contenues dans les diverses lois sur les droits de la personne et doit être remplacée. La norme elle-même doit permettre de tenir compte de la situation de chacun, lorsqu'il est raisonnablement possible de le faire. Il se peut que la norme qui permet un tel accommodement ne soit que légèrement différente de la norme existante, mais il reste qu'elle constitue une norme différente.

B. *Application of the Reformed Approach to the Case on Appeal*

1. Introduction

Ms. Meiorin has discharged the burden of establishing that, *prima facie*, the aerobic standard discriminates against her as a woman. The arbitrator held that, because of their generally lower aerobic capacity, most women are adversely affected by the high aerobic standard. While the Government's expert witness testified that most women can achieve the aerobic standard with training, the arbitrator rejected this evidence as "anecdotal" and "not supported by scientific data". This Court has not been presented with any reason to revisit this characterization. Ms. Meiorin has therefore demonstrated that the aerobic standard is *prima facie* discriminatory, and has brought herself within s. 13(1) of the Code.

Ms. Meiorin having established a *prima facie* case of discrimination, the burden shifts to the Government to demonstrate that the aerobic standard is a BFOR. For the reasons below, I conclude that the Government has failed to discharge this burden and therefore cannot rely on the defence provided by s. 13(4) of the Code.

2. Steps One and Two

The first two elements of the proposed BFOR analysis, that is (1) that the employer adopted the standard for a purpose rationally connected to the performance of the job; and (2) that the employer adopted the particular standard in an honest and good faith belief that it was necessary to the fulfilment of that legitimate work-related purpose, have been fulfilled. The Government's general purpose in imposing the aerobic standard is not disputed. It is to enable the Government to identify those employees or applicants who are able to perform the job of a forest firefighter safely and efficiently. It is also clear that there is a rational connection between this general characteristic and the performance of the particularly strenuous tasks expected of a forest firefighter. All indications are

B. *L'application de la nouvelle méthode au présent pourvoi*

1. Introduction

Madame Meiorin s'est acquittée de l'obligation d'établir qu'à première vue la norme aérobique est discriminatoire envers elle en tant que femme. L'arbitre a conclu qu'en raison de leur capacité aérobique généralement moindre, la plupart des femmes sont lésées par la norme aérobique élevée. Bien que le témoin expert du gouvernement ait affirmé que l'entraînement peut permettre à la plupart des femmes de respecter la norme aérobique, l'arbitre a rejeté ce témoignage en disant qu'il s'agissait [TRADUCTION] «d'anecdotes» et qu'il n'était «pas appuyé par des données scientifiques». On n'a présenté à notre Cour aucun motif de revenir sur cette caractérisation. Madame Meiorin a donc démontré que la norme aérobique est discriminatoire à première vue, de sorte qu'elle peut se prévaloir du par. 13(1) du Code.

Étant donné que M<sup>me</sup> Meiorin a établi une preuve *prima facie* de discrimination, il appartient au gouvernement de démontrer que la norme aérobique est une EPJ. Pour les motifs qui suivent, je conclus que le gouvernement ne s'est pas acquitté de cette obligation et ne peut donc pas invoquer le moyen de défense prévu par le par. 13(4) du Code.

2. Première et deuxième étapes

Il a été satisfait aux deux premières étapes de l'analyse proposée relativement à l'EPJ, à savoir (1) que l'employeur a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause, et (2) que l'employeur a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. L'objet général que le gouvernement visait en imposant la norme aérobique n'est pas contesté. Cet objet est de permettre au gouvernement de déceler les employés ou les postulants qui sont en mesure d'effectuer le travail de pompier forestier de manière sûre et efficace. Il est également évident qu'il existe un lien rationnel entre cette caractéristique générale et l'exécution des tâches particulièrement ardues qu'un pompier forestier est

69

70

71

that the Government acted honestly and in a good faith belief that adopting the particular standard was necessary to the identification of those persons able to perform the job safely and efficiently. It did not intend to discriminate against Ms. Meiorin. To the contrary, one of the reasons the Government retained the researchers from the University of Victoria was that it sought to identify non-discriminatory standards.

### 3. Step Three

72 Under the third element of the unified approach, the employer must establish that the standard is reasonably necessary to the accomplishment of that legitimate work-related purpose. To show that the standard is reasonably necessary, it must be demonstrated that it is impossible to accommodate individual employees sharing the characteristics of the claimant without imposing undue hardship upon the employer. In the case on appeal, the contentious issue is whether the Government has demonstrated that this particular aerobic standard is reasonably necessary in order to identify those persons who are able to perform the tasks of a forest firefighter safely and efficiently. As noted, the burden is on the government to demonstrate that, in the course of accomplishing this purpose, it cannot accommodate individual or group differences without experiencing undue hardship.

73 The Government adopted the laudable course of retaining experts to devise a non-discriminatory test. However, because of significant problems with the way the researchers proceeded, passing the resulting aerobic standard has not been shown to be reasonably necessary to the safe and efficient performance of the work of a forest firefighter. The Government has not established that it would experience undue hardship if a different standard were used.

74 The procedures adopted by the researchers are problematic on two levels. First, their approach seems to have been primarily a descriptive one: test subjects were observed completing the tasks,

censé accomplir. Tout indique que le gouvernement a agi honnêtement et en croyant sincèrement que l'adoption de la norme particulière était nécessaire pour déceler les personnes en mesure d'exécuter le travail de façon sûre et efficace. Il n'avait pas l'intention de faire preuve de discrimination envers M<sup>me</sup> Meiorin. Au contraire, l'une des raisons pour lesquelles le gouvernement a retenu les services des chercheurs de l'Université de Victoria était sa volonté de trouver des normes non discriminatoires.

### 3. Troisième étape

La troisième étape de la méthode unifiée consiste pour l'employeur à établir que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive. En l'espèce, la question en litige est de savoir si le gouvernement a démontré que cette norme aérobique particulière est raisonnablement nécessaire pour déceler les personnes en mesure d'exécuter de façon sûre et efficace les tâches de pompier forestier. Comme je l'ai mentionné, il incombe au gouvernement de démontrer que, pour réaliser cet objet, il ne peut pas composer avec des différences individuelles ou collectives sans subir une contrainte excessive.

Le gouvernement a fait le choix louable de faire appel à des experts pour mettre au point une norme non discriminatoire. Toutefois, en raison des graves problèmes posés par la façon de procéder des chercheurs, il n'a pas été démontré qu'il était raisonnablement nécessaire de satisfaire à la norme aérobique qui en a résulté pour effectuer de manière sûre et efficace le travail de pompier forestier. Le gouvernement n'a pas prouvé qu'il subirait une contrainte excessive si une norme différente était utilisée.

La procédure adoptée par les chercheurs pose un problème à deux égards. Premièrement, leur méthode semble avoir été principalement de nature descriptive: les personnes testées ont été observées

the aerobic capacity of the test subjects was ascertained, and that capacity was established as the minimum standard required of every forest firefighter. However, merely describing the characteristics of a test subject does not necessarily allow one to identify the standard minimally necessary for the safe and efficient performance of the task. Second, these primarily descriptive studies failed to distinguish the female test subjects from the male test subjects, who constituted the vast majority of the sample groups. The record before this Court therefore does not permit us to say whether men and women require the same minimum level of aerobic capacity to perform safely and efficiently the tasks expected of a forest firefighter.

While the researchers' goal was admirable, their aerobic standard was developed through a process that failed to address the possibility that it may discriminate unnecessarily on one or more prohibited grounds, particularly sex. This phenomenon is not unique to the procedures taken towards identifying occupational qualifications in this case: see generally K. Messing and J. Stevenson, "Women in Procrustean Beds: Strength Testing and the Workplace" (1996), 3 *Gender, Work and Organization* 156; K. Messing, *One-Eyed Science: Occupational Health and Women Workers* (1998). Employers and researchers should be highly mindful of this serious problem.

The expert who testified before the arbitrator on behalf of the Government defended the original researchers' decision not to analyse separately the aerobic performance of the male and female, experienced and inexperienced, test subjects as an attempt to reflect the actual conditions of firefighting. This misses the point. The polymorphous group's average aerobic performance is irrelevant to the question of whether the aerobic standard constitutes a minimum threshold that cannot be altered without causing undue hardship to the employer. Rather, the goal should have been to measure whether members of all groups require

pendant leur exécution des tâches, leur capacité aérobie a été évaluée et cette capacité a été désignée comme étant la norme minimale requise de la part de chaque pompier forestier. Toutefois, le simple fait de décrire les caractéristiques d'une personne testée ne permet pas nécessairement d'identifier la norme minimale nécessaire à l'exécution sûre et efficace de la tâche en question. Deuxièmement, ces études, qui étaient principalement de nature descriptive, n'ont pas fait la distinction entre les femmes testées et les hommes testés qui composaient la grande majorité des groupes-échantillons. Le dossier dont notre Cour est saisie ne nous permet donc pas de dire si les femmes et les hommes ont besoin de la même capacité aérobie minimale pour exécuter de façon sûre et efficace les tâches qu'un pompier forestier est censé accomplir.

Bien que l'objectif des chercheurs ait été admirable, leur norme aérobie a été conçue d'une manière qui ne tenait pas compte de la possibilité de discrimination inutile fondée sur un seul ou plusieurs motifs prohibés, notamment le sexe. Ce phénomène n'est pas spécifique à la procédure suivie en l'espèce pour identifier les qualifications requises pour le poste: voir, de manière générale, K. Messing et J. Stevenson, «Women in Procrustean Beds: Strength Testing and the Workplace» (1996), 3 *Gender, Work and Organization* 156; K. Messing, *One-Eyed Science: Occupational Health and Women Workers* (1998). Les employeurs et les chercheurs devraient être très attentifs à ce grave problème.

L'expert qui a témoigné pour le compte du gouvernement devant l'arbitre a défendu la décision initiale des chercheurs de ne pas analyser séparément la performance aérobie des hommes et des femmes, avec ou sans expérience, qui étaient testés, dans le but de refléter les conditions réelles de la lutte contre les incendies de forêt. Là n'est pas la question. La performance aérobie moyenne du groupe polymorphe n'a rien à voir avec la question de savoir si la norme aérobie constitue un seuil minimal qui ne peut pas être modifié sans imposer une contrainte excessive à l'employeur. L'objectif visé aurait plutôt dû être

75

76

the same minimum aerobic capacity to perform the job safely and efficiently and, if not, to reflect that disparity in the employment qualifications. There is no evidence before us that any action was taken to further this goal before the aerobic standard was adopted.

77 Neither is there any evidence that the Government embarked upon a study of the discriminatory effects of the aerobic standard when the issue was raised by Ms. Meiorin. In fact, the expert reports filed by the Government in these proceedings content themselves with asserting that the aerobic standard set in 1992 and 1994 is a minimum standard that women can meet with appropriate training. No studies were conducted to substantiate the latter assertion and the arbitrator rejected it as unsupported by the evidence.

78 Assuming that the Government had properly addressed the question in a procedural sense, its response — that it would experience undue hardship if it had to accommodate Ms. Meiorin — is deficient from a substantive perspective. The Government has presented no evidence as to the cost of accommodation. Its primary argument is that, because the aerobic standard is necessary for the safety of the individual firefighter, the other members of the crew, and the public at large, it would experience undue hardship if compelled to deviate from that standard in any way.

79 Referring to the Government's arguments on this point, the arbitrator noted that, "other than anecdotal or 'impressionistic' evidence concerning the magnitude of risk involved in accommodating the adverse-effect discrimination suffered by the grievor, the employer has presented no cogent evidence . . . to support its position that it cannot accommodate Ms. Meiorin because of safety risks". The arbitrator held that the evidence fell short of establishing that Ms. Meiorin posed a serious safety risk to herself, her colleagues, or the general public. Accordingly, he held that the

d'évaluer si les membres de tous les groupes ont besoin de la même capacité aérobique minimale pour exécuter le travail de façon sûre et efficace, et, dans la négative, de refléter cette disparité dans les qualifications requises pour l'emploi. On ne nous a soumis aucune preuve que des mesures ont été prises pour favoriser la réalisation de cet objectif avant l'adoption de la norme aérobique.

De plus, il n'y a aucune preuve que le gouvernement a entrepris une étude des effets discriminatoires de la norme aérobique lorsque la question a été soulevée par M<sup>me</sup> Meiorin. En fait, dans les rapports d'expert déposés en l'espèce par le gouvernement, on se contente d'affirmer que la norme aérobique établie en 1992 et en 1994 est une norme minimale à laquelle les femmes peuvent satisfaire grâce à un entraînement approprié. Aucune étude n'a été faite pour établir le bien-fondé de cette affirmation, et l'arbitre l'a rejetée pour le motif qu'elle n'était pas étayée par la preuve.

À supposer que le gouvernement ait bien examiné la question sur le plan procédural, sa réponse — qu'il subirait une contrainte excessive s'il devait composer avec M<sup>me</sup> Meiorin — est déficiente sur le plan du fond. Le gouvernement n'a présenté aucune preuve concernant le coût de l'accommodement. Il soutient principalement que, parce que la norme aérobique est nécessaire pour assurer la sécurité de chaque pompier, celle des autres membres de l'équipe et celle du public en général, il subirait une contrainte excessive s'il était forcé de s'écarter un tant soit peu de cette norme.

L'arbitre a fait remarquer, au sujet des arguments du gouvernement sur ce point, que, [TRA-DUCTION] «outre les éléments de preuve constitués d'anecdotes ou d'impressions relativement à l'ampleur du risque que comporte la prise de mesures pour remédier à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable subie par l'auteur du grief, l'employeur n'a présenté aucun élément de preuve convaincant [. . .] à l'appui de son point de vue qu'il ne peut pas composer avec M<sup>me</sup> Meiorin en raison de dangers pour la sécurité». L'arbitre a conclu que la preuve n'établissait pas que

Government had failed to accommodate her to the point of undue hardship. This Court has not been presented with any reason to interfere with his conclusion on this point, and I decline to do so. The Government did not discharge its burden of showing that the purpose for which it introduced the aerobic standard would be compromised to the point of undue hardship if a different standard were used.

This leaves the evidence of the Assistant Director of Protection Programs for the British Columbia Ministry of Forests, who testified that accommodating Ms. Meiorin would undermine the morale of the Initial Attack Crews. Again, this proposition is not supported by evidence. But even if it were, the attitudes of those who seek to maintain a discriminatory practice cannot be reconciled with the Code. These attitudes cannot therefore be determinative of whether the employer has accommodated the claimant to the point of undue hardship: see generally *Renaud, supra*, at pp. 984-85, *per Sopinka J.*; *Chambly, supra*, at pp. 545-46, *per Cory J.* Although serious consideration must of course be taken of the “objection of employees based on well-grounded concerns that their rights will be affected”, discrimination on the basis of a prohibited ground cannot be justified by arguing that abandoning such a practice would threaten the morale of the workforce: *Renaud, supra*, at p. 988, *per Sopinka J.*; *R. v. Cranston*, [1997] C.H.R.D. No. 1 (QL). If it were possible to perform the tasks of a forest firefighter safely and efficiently without meeting the prescribed aerobic standard (and the Government has not established the contrary), I can see no right of other firefighters that would be affected by allowing Ms. Meiorin to continue performing her job.

M<sup>me</sup> Meiorin présentait un risque grave pour sa propre sécurité, celle de ses collègues et celle du public en général. Par conséquent, il a conclu que le gouvernement n’avait pas composé avec elle jusqu’à ce qu’il en résulte pour lui une contrainte excessive. On n’a soumis à notre Cour aucune raison de modifier sa conclusion à ce sujet, et je refuse de le faire. Le gouvernement ne s’est pas acquitté de son obligation de démontrer que, sur le plan du but dans lequel il a adopté la norme aérobique, le recours à une norme différente l’obligerait à faire des concessions qui lui imposeraient une contrainte excessive.

Cela nous laisse le témoignage du directeur adjoint des programmes de protection du ministère des Forêts de la Colombie-Britannique, qui a affirmé que composer avec M<sup>me</sup> Meiorin minerait le moral des équipes de choc. Là encore, cette proposition n’est pas appuyée par la preuve. Mais, même si elle l’était, l’attitude de ceux qui cherchent à maintenir une pratique discriminatoire ne saurait être conciliée avec le Code. Cette attitude ne saurait donc être déterminante quant à la question de savoir si l’employeur a composé avec le demandeur tant qu’il n’en a pas résulté pour lui une contrainte excessive: voir, de manière générale, l’arrêt *Renaud*, précité, aux pp. 984 et 985, le juge Sopinka; *Chambly*, précité, aux pp. 545 et 546, le juge Cory. Même s’il va sans dire qu’il faut examiner sérieusement «l’opposition des employés qui résulte de craintes légitimes que leurs droits soient lésés», on ne peut pas justifier la discrimination fondée sur un motif prohibé par l’argument que l’abandon de cette pratique minerait le moral des employés: *Renaud*, précité, à la p. 988, le juge Sopinka; *R. c. Cranston*, [1997] D.C.D.P. n° 1 (QL). S’il était possible d’exécuter les tâches d’un pompier forestier de manière sûre et efficace sans satisfaire à la norme aérobique prescrite (et le gouvernement n’a pas prouvé le contraire), je ne vois pas comment le fait de permettre à M<sup>me</sup> Meiorin de continuer d’exécuter son travail porterait atteinte aux droits des autres pompiers forestiers.

81 The Court of Appeal suggested that accommodating women by permitting them to meet a lower aerobic standard than men would constitute “reverse discrimination”. I respectfully disagree. As this Court has repeatedly held, the essence of equality is to be treated according to one’s own merit, capabilities and circumstances. True equality requires that differences be accommodated: *Andrews, supra*, at pp. 167-69, *per* McIntyre J.; *Law, supra*, at para. 51, *per* Iacobucci J. A different aerobic standard capable of identifying women who could perform the job safely and efficiently therefore does not necessarily imply discrimination against men. “Reverse” discrimination would only result if, for example, an aerobic standard representing a minimum threshold for all forest firefighters was held to be inapplicable to men simply because they were men.

82 The Court of Appeal also suggested that the fact that Ms. Meiorin was tested individually immunized the Government from a finding of discrimination. However, individual testing, without more, does not negate discrimination. The individual must be tested against a realistic standard that reflects his or her capacities and potential contributions. Having failed to establish that the aerobic standard constitutes the minimum qualification required to perform the job safely and efficiently, the Government cannot rely on the mere fact of individual testing to rebut Ms. Meiorin’s *prima facie* case of discrimination.

## VII. Conclusion

83 I conclude that Ms. Meiorin has established that the aerobic standard is *prima facie* discriminatory, and the Government has not shown that it is reasonably necessary to the accomplishment of the Government’s general purpose, which is to identify those forest firefighters who are able to work safely and efficiently. Because it has therefore not been established that the aerobic standard is a BFOR, the Government cannot avail itself of the defence in s. 13(4) of the Code and is bound by the

La Cour d’appel a indiqué que le fait de composer avec les femmes en leur permettant de satisfaire à une norme aérobique moindre que celle des hommes constituerait de la «discrimination à rebours». En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Comme notre Cour l’a conclu à maintes reprises, l’égalité consiste essentiellement à être traité en fonction de son propre mérite, de ses propres capacités et de sa propre situation. L’égalité véritable exige de tenir compte des différences: *Andrews*, précité, aux pp. 167 à 169, le juge McIntyre; *Law*, précité, au par. 51, le juge Iacobucci. Une norme aérobique différente qui permet de déceler les femmes qui pourraient exécuter le travail de manière sûre et efficace n’est donc pas nécessairement discriminatoire envers les hommes. Il n’y aurait discrimination «à rebours» que si, par exemple, il était conclu qu’une norme aérobique qui représente un seuil minimal pour tous les pompiers forestiers est inapplicable aux hommes uniquement en raison de leur sexe.

La Cour d’appel a aussi indiqué que le fait que M<sup>me</sup> Meiorin a subi une évaluation individuelle permettait au gouvernement d’échapper à toute conclusion de discrimination. Toutefois, l’évaluation individuelle, sans plus, n’annule pas la discrimination. La personne doit être évaluée selon une norme réaliste qui reflète ses capacités et son apport potentiel. Vu qu’il n’a pas établi que la norme aérobique constitue la qualification minimale requise pour exécuter le travail de manière sûre et efficace, le gouvernement ne peut pas invoquer le seul fait qu’il y a eu évaluation individuelle pour réfuter la preuve *prima facie* de discrimination présentée par M<sup>me</sup> Meiorin.

## VII. Conclusion

Je conclus que M<sup>me</sup> Meiorin a prouvé que la norme aérobique est discriminatoire à première vue et que le gouvernement n’a pas démontré qu’elle est raisonnablement nécessaire à la réalisation de son objectif général qui est de déceler les pompiers forestiers qui sont en mesure de travailler de manière sûre et efficace. Puisqu’il n’a donc pas été établi que la norme aérobique est une EPJ, le gouvernement est incapable de se prévaloir du moyen de défense prévu par le par. 13(4) du Code,

prohibition of such a discriminatory standard in s. 13(1)(b). The Code accordingly prevents the Government from relying on the aerobic standard as the basis for Ms. Meiorin's dismissal. As this case arose as a grievance before a labour arbitrator, rather than as a claim before the Human Rights Tribunal or its predecessor, relief of a more general nature cannot be claimed. No challenge was made to the other components of the Government's Tests.

I would allow the appeal and restore the order of the arbitrator reinstating Ms. Meiorin to her former position and compensating her for lost wages and benefits. Ms. Meiorin's union, the appellant on this appeal, shall have its costs in this Court and in the court below.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitor for the appellant: The British Columbia Government and Service Employees' Union, Burnaby.*

*Solicitors for the respondent: Heenan, Blaikie, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the British Columbia Human Rights Commission: The British Columbia Human Rights Commission, Victoria.*

*Solicitors for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund, the DisAbled Women's Network of Canada and the Canadian Labour Congress: Cavalluzzo, Hayes, Shilton, McIntyre & Cornish, Toronto.*

et est tenu de respecter l'interdiction d'adopter une telle norme discriminatoire, qui est contenue à l'al. 13(1)(b). En conséquence, le Code empêche le gouvernement d'invoquer la norme aérobique pour justifier le congédiement de M<sup>me</sup> Meiorin. Étant donné que la présente affaire résulte d'un grief déposé devant un arbitre en matière de relations du travail plutôt que d'une demande présentée devant le Tribunal des droits de la personne ou l'organisme qui l'a précédé, il n'est pas possible de demander une réparation de nature plus générale. Les autres éléments des tests gouvernementaux n'ont pas été contestés.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance de l'arbitre enjoignant de réintégrer M<sup>me</sup> Meiorin dans ses anciennes fonctions et de l'indemniser de la perte de salaire et d'avantages qu'elle a subie. Le syndicat de M<sup>me</sup> Meiorin, qui est l'appelant dans le présent pourvoi, a droit à ses dépens en notre Cour et en Cour d'appel.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureur de l'appelant: Le British Columbia Government and Service Employees' Union, Burnaby.*

*Procureurs de l'intimé: Heenan, Blaikie, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenante la British Columbia Human Rights Commission: La British Columbia Human Rights Commission, Victoria.*

*Procureurs des intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada et le Congrès du travail du Canada: Cavalluzzo, Hayes, Shilton, McIntyre & Cornish, Toronto.*