

**Ontario Human Rights Commission and Theresa O'Malley (Vincent) Appellants;**

and

**Simpsons-Sears Limited Respondent;**

and

**Canadian Human Rights Commission, Saskatchewan Human Rights Commission, Manitoba Human Rights Commission, Alberta Human Rights Commission, Canadian Association for the Mentally Retarded, Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped and Canadian Jewish Congress Intervenors.**

File No.: 17328.

1985: January 29; 1985: December 17.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Civil rights — Discrimination through effect on basis of creed — Employees legitimately required to work Friday evenings and Saturdays — Appellant forbidden by creed to work Saturdays — Whether or not discrimination through effect on basis of creed contrary to Ontario Human Rights Code — Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1980, c. 340, s. 4(1)(g).*

Appellant O'Malley alleged discrimination on the basis of creed against her employer, a retailer, because she was periodically required to work Friday evenings and Saturdays as a condition of her employment. Appellant's religion required strict observance of the Sabbath from sundown Friday to sundown Saturday. Given this conflict, appellant accepted part-time work because a full-time position not involving work on Saturday was not available to a person with her qualifications. Both the Divisional Court and the Court of Appeal upheld a Board of Inquiry's decision to dismiss the complaint. At issue was whether or not a work requirement imposed on all employees for business reasons discriminated against appellant because compliance required her to act contrary to her religious beliefs and did not so affect other

**Commission ontarienne des droits de la personne et Theresa O'Malley (Vincent) Appelantes;**

<sup>a</sup> et

**Simpsons-Sears Limited Intimée;**

et

<sup>b</sup> **Commission canadienne des droits de la personne, Commission des droits de la personne de la Saskatchewan, Commission des droits de la personne du Manitoba, Commission des droits de la personne de l'Alberta, Association canadienne pour les déficients mentaux, Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped et Congrès juif canadien Intervenants.**

<sup>d</sup> N° du greffe: 17328.

1985: 29 janvier; 1985: 17 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

<sup>e</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Libertés publiques — Effet discriminatoire en raison de la croyance — Obligation légitime pour les employés de travailler le vendredi soir et le samedi — Interdiction pour l'appelante, en raison de ses croyances, de travailler le samedi — Y a-t-il effet discriminatoire en raison de la croyance contrairement au Code ontarien des droits de la personne? — Code ontarien des droits de la personne, L.R.O. 1980, chap. 340, art. 4(1)g.*

<sup>h</sup> L'appelante O'Malley allègue qu'elle a été victime de discrimination fondée sur ses croyances de la part de son employeur, un magasin de vente au détail, du fait qu'on l'a obligée périodiquement à travailler le vendredi soir et le samedi, comme condition de son emploi. La religion de l'appelante prescrit l'observance stricte du sabbat qui s'étend du coucher du soleil le vendredi au coucher du soleil le samedi. À cause de ce conflit, l'appelante a accepté de travailler à temps partiel parce qu'aucun poste à plein temps n'impliquant pas de travail le samedi n'était disponible pour une personne ayant ses qualifications. Tant la Cour divisionnaire que la Cour d'appel ont confirmé la décision d'une commission d'enquête de rejeter la plainte. Il s'agit de savoir si une condition d'emploi imposée pour des raisons d'affaires à tous les employés a pour effet d'établir une distinction contre l'appelante, du fait qu'elle l'oblige à agir contrairement

members of the employed group.

*Held:* The appeal should be allowed.

An employment rule, honestly made for sound economic and business reasons and equally applicable to all to whom it is intended to apply, may nevertheless be discriminatory if it affects a person or persons differently from others to whom it is intended to apply. The intent to discriminate is not a governing factor in construing human rights legislation aimed at eliminating discrimination. Rather, it is the result or effect of the alleged discriminatory action that is significant. The aim of the *Ontario Human Rights Code* is to remove discrimination — its main approach is not to punish the discriminator but to provide relief to the victim of discrimination.

In a case of adverse effect discrimination, the employer has a duty to take reasonable steps to accommodate short of undue hardship in the operation of the employer's business. There is no question of justification because the rule, if rationally connected to the employment, needs none. If such reasonable steps do not fully reach the desired end, the complainant, in the absence of some accommodating steps on his own part, must sacrifice either his religious principles or his employment.

The complainant first must establish a *prima facie* case of discrimination. The onus then shifts to the employer to show that he has taken such reasonable steps to accommodate the employee as are open to him without undue hardship. Here, the employer did not discharge the onus of showing that it had taken reasonable steps to accommodate the complainant.

#### Cases Cited

*Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, applied; *Singh (Ishar) v. Security and Investigation Services Ltd.*, Ontario Human Rights Board of Inquiry, unreported decision of May 31, 1977; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun*, [1979] 2 S.C.R. 435; *Re Attorney-General for Alberta and Gares* (1976), 67 D.L.R. (3d) 635; *Re Rocca Group Ltd. and Muise* (1979), 102 D.L.R. (3d) 529; *Osborne v. Inco Ltd.*, [1984] 5 W.W.R. 228, reversed on other grounds, [1985] 2 W.W.R. 577; *British Columbia Human Rights Commission v. College of Physicians and Surgeons of*

à ses croyances religieuses alors qu'elle n'a aucun effet semblable sur les autres membres du groupe d'employés.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Une condition d'emploi adoptée honnêtement, pour de bonnes raisons économiques et d'affaires, également applicable à tous ceux qu'elle vise, peut néanmoins se révéler discriminatoire si elle touche une personne ou des personnes d'une manière différente par rapport à d'autres personnes visées. L'intention d'établir une distinction n'est pas un facteur déterminant dans l'interprétation d'une loi sur les droits de la personne visant à éliminer la discrimination. C'est plutôt le résultat, l'effet de la prétendue mesure discriminatoire qui importe. Le *Code ontarien des droits de la personne* vise la suppression de la discrimination — sa façon principale de procéder consiste non pas à punir l'auteur de la discrimination, mais plutôt à offrir une voie de recours à la victime de discrimination.

Dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, l'employeur a l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'entendre à moins que cela ne cause une contrainte excessive à l'exploitation de son entreprise. Le problème de la justification ne se pose pas, car la condition raisonnablement liée à l'emploi n'a besoin d'aucune justification. Lorsque ces mesures ne permettent pas d'atteindre complètement le but souhaité, le plaignant, en l'absence de concessions de sa propre part, doit sacrifier soit ses principes religieux, soit son emploi.

Le plaignant doit d'abord prouver, de façon suffisante jusqu'à preuve contraire, qu'il y a discrimination. Il incombe alors à l'employeur de prouver qu'il a pris, en vue de s'entendre avec l'employé, les mesures raisonnables qu'il lui était possible de prendre sans subir de contrainte excessive. En l'espèce, l'employeur ne s'est pas acquitté du fardeau de prouver qu'il a pris des mesures raisonnables pour s'entendre avec la plaignante.

#### Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; arrêts mentionnés: *Singh (Ishar) v. Security and Investigation Services Ltd.*, Ontario Human Rights Board of Inquiry, décision inédite du 31 mai 1977; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435; *Re Attorney-General for Alberta and Gares* (1976), 67 D.L.R. (3d) 635; *Re Rocca Group Ltd. and Muise* (1979), 102 D.L.R. (3d) 529; *Osborne v. Inco Ltd.*, [1984] 5 W.W.R. 228, infirmé pour d'autres motifs, [1985] 2 W.W.R. 577; *British Columbia Human Rights Com-*

*B.C.*, British Columbia Board of Inquiry, unreported decision of May 27, 1976; *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950); *Rand v. Sealy Eastern Ltd.* (1982), 3 C.H.R.R. D/938; *Marcotte v. Rio Algom Ltd.* (1983), 5 C.H.R.R. D/2010; *Christie v. Central Alberta Dairy Pool* (1984), 6 C.H.R.R. D/2488; *Reid v. Memphis Publishing Co.*, 468 F.2d 346 (1972); *Riley v. Bendix Corp.*, 464 F.2d 1113 (1972); *Trans World Airlines, Inc. v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977); *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, referred to.

#### Statutes and Regulations Cited

*Civil Rights Act of 1964*, 42 USCS §§ 2000e(j), 2000e-2(a)(1).  
*Human Rights Act*, 1975 (P.E.I.), c. 72.  
*Human Rights Code of British Columbia*, 1973 (B.C.) (2nd Sess.), c. 119, s. 3.  
*Individual's Rights Protection Act*, 1972 (Alta.), c. 2, s. 5.  
*Interpretation Act*, R.S.O. 1970, c. 225, s. 10.  
*Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1980, c. 340, preamble, ss. 4(1)(g), 9.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1982), 138 D.L.R. (3d) 133, 38 O.R. (2d) 423, dismissing an appeal from a judgment of the Divisional Court (1982), 133 D.L.R. (3d) 611, 36 O.R. (2d) 59, dismissing an appeal from a decision of a Board of Inquiry dismissing a complaint of discrimination. Appeal allowed.

*John Sopinka, Q.C.*, and *Robert Rueter*, for the appellants.

*Christopher Riggs, Q.C.*, and *Brenda Bowlby*, for the respondent.

*Russell G. Juriansz* and *James Hendry*, for the interveners the Canadian Human Rights Commission.

*M. C. Woodward*, for the interveners Saskatchewan Human Rights Commission and Manitoba Human Rights Commission.

*R. A. Philp*, for the interveners Alberta Human Rights Commission.

*J. David Baker*, for the interveners Canadian Association for the Mentally Retarded and Coali-

*mission v. College of Physicians and Surgeons of B.C.*, commission d'enquête Colombie-Britannique, décision inédite du 27 mai 1976; *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950); *Rand v. Sealy Eastern Ltd.* (1982), 3 C.H.R.R. D/938; *Marcotte v. Rio Algom Ltd.* (1983), 5 C.H.R.R. D/2010; *Christie v. Central Alberta Dairy Pool* (1984), 6 C.H.R.R. D/2488; *Reid v. Memphis Publishing Co.*, 468 F.2d 346 (1972); *Riley v. Bendix Corp.*, 464 F.2d 1113 (1972); *Trans World Airlines, Inc. v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977); *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

#### Lois et règlements cités

*Code ontarien des droits de la personne*, L.R.O. 1980, chap. 340, préambule, art. 4(1)g), 9.  
*Civil Rights Act of 1964*, 42 USCS §§ 2000e(j), 2000e-2(a)(1).  
*Human Rights Act*, 1975 (Î.-P.-É.), chap. 72.  
*Human Rights Code of British Columbia*, 1973 (C.-B.) (2nd Sess.), chap. 119, art. 3.  
*Individual's Rights Protection Act*, 1972 (Alb.), chap. 2, art. 5.  
*Loi d'interprétation*, S.R.O. 1970, chap. 225, art. 10.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1982), 138 D.L.R. (3d) 133, 38 O.R. (2d) 423, qui a rejeté l'appel d'un jugement de la Cour divisionnaire (1982), 133 D.L.R. (3d) 611, 36 O.R. (2d) 59, qui avait rejeté l'appel de la décision d'une commission d'enquête de rejeter une plainte de discrimination. Pourvoi accueilli.

*John Sopinka, c.r.*, et *Robert Rueter*, pour les appelantes.

*Christopher Riggs, c.r.*, et *Brenda Bowlby*, pour l'intimée.

*Russell G. Juriansz* et *James Hendry*, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

*M. C. Woodward*, pour les intervenantes la Commission des droits de la personne de la Saskatchewan et la Commission des droits de la personne du Manitoba.

*R. A. Philp*, pour l'intervenante la Commission des droits de la personne de l'Alberta.

*J. David Baker*, pour les intervenantes l'Association canadienne pour les déficients mentaux et la

tion of Provincial Organizations of the Handicapped.

*John I. Laskin*, for the intervener the Canadian Jewish Congress.

The judgment of the Court was delivered by

McINTYRE J.—This appeal arose out of a complaint by the appellant O'Malley against her employer, the respondent, alleging discrimination with regard to a condition of employment on the basis of her creed, contrary to the provisions of s. 4(1)(g) of the *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1980, c. 340, as it stood when the events giving rise to these proceedings occurred.

Mrs. O'Malley, now Vincent, was first employed in 1971 by the respondent, Simpsons-Sears, in Quebec City. After moving to Kingston she worked full-time as a saleswoman in the respondent's Kingston store from 1975 until October 1978. The ladies' wear department, where she was employed, was one of the major income producers. The store remained open for business on Thursday and Friday evenings and was open, of course, on Saturdays. This period from Thursday evening to Saturday evening was acknowledged by both the complainant and the respondent to be the busiest time of the week. It was described as "the time for selling". It was a condition of employment that full-time sales clerks employed by the respondent would work on Friday evenings, on a rotating basis, and on two Saturdays out of three.

In October of 1978 the complainant became a member of the Seventh-Day Adventist Church. A tenet of this faith is that the Sabbath must be strictly kept; its Sabbath extends from sundown Friday to sundown Saturday. As a result, the complainant could no longer, consistent with her new faith, work for her employer on Saturdays. In the proceedings which followed it was found by the Board of Inquiry appointed under the *Ontario Human Rights Code*, and indeed not questioned by the respondent, that the complainant's conversion was genuine, sincerely made, and in no way actuated by any desire to procure more favourable

Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped.

*John I. Laskin*, pour l'intervenant le Congrès juif canadien.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE McINTYRE—Ce pourvoi découle de la plainte que l'appelante O'Malley a déposée contre son employeur, l'intimée, portant qu'elle a été victime de discrimination relative à une condition d'emploi et fondée sur ses croyances, contrairement aux dispositions de l'al. 4(1)(g) du *Code ontarien des droits de la personne*, L.R.O. 1980, chap. 340, en vigueur au moment où se sont produits les événements à l'origine de la présente instance.

M<sup>me</sup> O'Malley, épouse Vincent, a d'abord été embauchée par l'intimée, Simpsons-Sears, en 1971 à Québec. Après être déménagée à Kingston, elle a travaillé à plein temps comme vendeuse au magasin de l'intimée à Kingston, de 1975 jusqu'à octobre 1978. Le département du prêt-à-porter pour dames, où elle travaillait, constituait une source majeure de revenus. Le magasin demeurait ouvert les jeudis et vendredis soir et, bien entendu, le samedi. La plaignante et l'intimée ont toutes les deux reconnu que cette période, qui s'étend du jeudi soir au samedi soir, est la plus achalandée de la semaine. On l'a décrite comme [TRADUCTION] «la période de vente». L'une des conditions d'emploi des commis-vendeurs à plein temps de l'intimée était qu'ils devaient travailler le vendredi soir, par rotation, et deux samedis sur trois.

En octobre 1978, la plaignante a adhéré à l'Église adventiste du septième jour qui prescrit notamment l'observance stricte du sabbat; le sabbat, selon cette foi, s'étend du coucher du soleil le vendredi au coucher du soleil le samedi. En conséquence, la plaignante ne pouvait plus, en vertu de sa nouvelle foi, travailler pour son employeur le samedi. Au cours de l'instance qui s'ensuivit, la commission d'enquête constituée en vertu du *Code ontarien des droits de la personne* a conclu, ce que d'ailleurs ne conteste pas l'intimée, que la conversion de la plaignante était réelle et sincère, et qu'elle n'était nullement motivée par la

working conditions. Mrs. O'Malley, because of her conversion, found herself in a position where she could no longer fulfil her employment obligations without compromising her religious beliefs. It was also found, however, and again it was not disputed, that the policy of Saturday opening followed by the respondent was adopted for sound business reasons and not as the result of any intent to discriminate against the complainant, nor out of any malice towards the complainant or members of her faith. In fact, the evidence made it clear that until her conversion the complainant was in all respects a competent and valued employee. She, with other members of the staff, had accepted as a condition of employment the obligation to work on Saturdays when required by the employer's rotating schedule.

The complainant informed a Mr. Burleigh, the personnel manager for the respondent, of her conversion and he informed her that she would be required to work her turn on Saturdays. The complainant did not want to resign but Burleigh informed her that Saturday work was a requirement and she would be discharged if she could not work on Saturdays. She wanted to continue her employment but could not continue on the required basis because of her newly-assumed obligation of Sabbath observance. On October 20, during what was to be the last week of her employment, Mr. Burleigh called her into his office and offered her part-time employment commencing the next week. She accepted this offer and then became a part-time employee. She worked about one-half the hours formerly required and suffered a consequent reduction in her earnings and fringe benefits. Mr. Burleigh also told her she would be considered for any jobs for which she might be suitable and which could accommodate her personal requirements. On October 23, the complainant and Mr. Burleigh signed a statement summarizing these events, which is set out below:

On Friday, October 20, 1978 Mrs. Therese O'Malley was officially removed from full time status with Simpsons-Sears Kingston and subsequently re-hired on a contingent basis. This action was required as Mrs.

volonté d'obtenir de meilleures conditions de travail. M<sup>me</sup> O'Malley, à cause de sa conversion, ne pouvait plus exécuter les obligations rattachées à son emploi sans compromettre ses croyances religieuses. Cependant, on a aussi conclu, ce qui n'a pas non plus été contesté, que la politique de l'ouverture le samedi suivie par l'intimée avait été adoptée pour de bonnes raisons d'affaires et non par suite de quelque intention d'établir une distinction au détriment de la plaignante, ni par malice envers cette dernière ou les adeptes de sa foi. En fait, il ressort clairement de la preuve que, jusqu'à sa conversion, la plaignante avait été à tous égards une employée compétente et appréciée. Elle-même et les autres membres du personnel avaient accepté, comme condition d'emploi, l'obligation de travailler le samedi lorsque la grille de rotations de l'employeur l'exigerait.

d

La plaignante a informé de sa conversion M. Burleigh, le directeur du personnel de l'intimée, qui l'a prévenue qu'elle devrait travailler le samedi son tour venu. La plaignante ne voulait pas démissionner, mais Burleigh lui a dit que travailler le samedi était une obligation et qu'elle serait congédiée si elle ne pouvait pas le faire. Elle voulait continuer de travailler, mais ne pouvait continuer à le faire dans les conditions requises à cause de sa nouvelle obligation d'observer le sabbat. Le 20 octobre, au cours de ce qui devait être sa dernière semaine de travail, M. Burleigh l'a fait venir à son bureau et lui a offert un emploi à temps partiel pour la semaine suivante. Elle a accepté cette offre et est alors devenue une employée à temps partiel. Ne travaillant plus que pendant la moitié des heures comprises dans son horaire antérieur, elle a de ce fait subi une réduction de son salaire et de ses avantages sociaux. M. Burleigh lui a aussi dit qu'on prendrait sa candidature en considération pour tout poste pour lequel elle pourrait être qualifiée et qui répondrait à ses exigences personnelles. Le 23 octobre, la plaignante et M. Burleigh ont signé une déclaration résumant ces événements, reproduite ci-après:

[TRADUCTION] Le vendredi 20 octobre 1978, M<sup>me</sup> Thérèse O'Malley a officiellement perdu son statut d'employée permanente au magasin de Simpsons-Sears à Kingston et a ensuite été rengagée comme employée

O'Malley indicated she would no longer be available for work on Saturdays.

When Mrs. O'Malley started working for Sears on August, 1971 she was fully aware of the need for her to work on Saturday as a condition of her employment. This situation has continued to her present situation where she has been working since August, 1975 in Department 17/31.

She first brought the situation to our attention on Tuesday, October 10, 1978. At that time she informed us that she would not be available Saturday October 14 although she was scheduled to be present. She was advised that this could not be allowed on a regular basis as it would be preferential treatment not offered to all our other sales staff.

Mrs. O'Malley and myself discussed the possibility of her resigning from full time employment with Sears. At that time Mrs. O'Malley suggested she would want to resign. However, when I discussed the situation with her on Friday October 13 she indicated that she did not choose to resign. At that time I indicated we would be required to terminate her services then on Friday, October 20, 1978, as she could not fulfill the requirements of the job.

On Friday October 20 Mrs. O'Malley was once again asked if she had reconsidered and would be available on Saturdays. When she indicated she had not we proceeded with the termination.

During the time Mrs. O'Malley was employed by the Kingston store she proved to be a satisfactory saleslady. In view of her length of service and not wishing to create an undue hardship we offered her contingent employment which she readily accepted.

At the same time, without any guarantees, we indicated we would consider her for any jobs she might be suitable for and could accommodate her personal needs.

The situation is somewhat unfortunate from Mrs. O'Malley's point of view as she has been with the company for a good length of time. However this action is necessary to ensure proper staff availability consistent with departmental needs.

I have discussed the above with Mrs. O'Malley over our series of conversations.

Although the hours of work offered to the complainant after she became a part-time employee

occasionnelle. Cette mesure était nécessaire étant donné que M<sup>me</sup> O'Malley avait fait savoir qu'elle ne pourrait plus travailler le samedi.

Lorsque M<sup>me</sup> O'Malley est entrée au service de Sears, en août 1971, elle savait fort bien qu'il lui serait nécessaire de travailler le samedi, comme condition de son emploi. Cette situation est demeurée inchangée jusqu'à ce jour, depuis qu'elle a commencé à travailler, en août 1975, au département 17/31.

Elle nous a avisé pour la première fois de la situation le mardi 10 octobre 1978. À ce moment, elle nous a fait savoir qu'elle ne pourrait pas travailler le samedi 14 octobre même si, d'après son horaire de travail, sa présence était requise ce jour-là. On lui a dit que cela ne pourrait se faire régulièrement car ce serait lui accorder un traitement préférentiel dont ne profitait pas le reste du personnel des ventes.

M<sup>me</sup> O'Malley et moi-même avons discuté de la possibilité qu'elle démissionne de son poste à plein temps chez Sears. M<sup>me</sup> O'Malley a alors laissé entendre qu'elle souhaiterait démissionner. Cependant, lorsque j'ai discuté de la situation avec elle le vendredi 13 octobre, elle a mentionné qu'elle avait choisi de ne pas démissionner. Je l'ai alors informée que nous serions obligés de la congédier dès le vendredi 20 octobre 1978, puisqu'elle ne pouvait plus remplir les exigences de son poste.

Le vendredi 20 octobre, on a demandé de nouveau à M<sup>me</sup> O'Malley si elle était revenue sur sa décision et si elle se présenterait au travail le samedi. Lorsqu'elle a déclaré que non, nous avons mis fin à son emploi.

Pendant tout le temps où M<sup>me</sup> O'Malley a travaillé au magasin de Kingston, ses services comme vendeuse se sont avérés satisfaisants. Compte tenu de ses années de service et afin d'éviter de lui causer une contrainte excessive, nous lui avons offert un emploi occasionnel qu'elle a tout de suite accepté.

En même temps, sans offrir de garantie, nous avons mentionné que nous prendrions sa candidature en considération pour tout poste pour lequel elle pourrait être qualifiée et qui répondrait à ses exigences personnelles.

Cette situation est quelque peu malheureuse du point de vue de M<sup>me</sup> O'Malley étant donné les nombreuses années qu'elle a passées au service de notre compagnie. Toutefois, cette mesure est nécessaire si on veut s'assurer de la disponibilité du personnel nécessaire aux besoins du département.

J'ai discuté de ce qui précède avec M<sup>me</sup> O'Malley au cours de notre série de conversations.

Certes, le nombre d'heures de travail offert à la plaignante après qu'elle fut devenue une employée

were fewer than she wished for, it was agreed that the respondent tried to give her more hours when possible. Any full-time positions which came to her attention either involved Saturday work or the complainant did not have the necessary qualifications. Before the Board of Inquiry the complainant said she was no longer interested in full-time employment because her husband preferred that she not work full time. She, therefore, now seeks compensation only for the difference in remuneration between full-time and part-time employment lost between October 23, 1978 and July 6, 1979, the date of her marriage.

The complaint, alleging discrimination in a condition of employment, based on her creed, came before Professor Edward J. Ratushny, appointed under the *Ontario Human Rights Code* as a Board of Inquiry to hear and determine the complaint. After outlining the facts, he succinctly stated the questions in issue in these terms:

- (1) Assuming (as in this case) that a general employment condition is established without a discriminatory motive and for legitimate business reasons, can there be discrimination under the *Ontario Human Rights Code* where that condition applies equally to all employees but has the practical consequence of discriminating against one or more of those employees on a prohibited ground such as creed?
- (2) If so, and if the general employment condition has such a practical consequence, how far must an employer go in accommodating the religious beliefs of such an employee in order to avoid a contravention of the Code?

Relying on the preamble, s. 9 of the Code, and s. 10 of the *Interpretation Act*, R.S.O. 1970, c. 225, he considered that s. 4(1)(g) of the Code required a broad inquiry into the effect of the condition of employment on the religious beliefs and practices of the complainant. He was of the view that s. 4(1)(g) should be interpreted to prohibit not only employment conditions which are on their face

à temps partiel était moindre que ce qu'elle voulait, mais il avait été convenu que l'intimée tenterait de la faire travailler pendant un plus grand nombre d'heures lorsque ce serait possible. Tous les postes à plein temps dont elle a eu connaissance impliquaient soit du travail le samedi, soit des qualifications qu'elle n'avait pas. Devant la commission d'enquête, la plaignante a déclaré ne plus être intéressée à un emploi à plein temps, son mari préférant qu'elle travaille à temps partiel. Par conséquent, elle ne demande plus une indemnité que pour la différence de rémunération, entre un emploi à plein temps et un emploi à temps partiel, perdue entre le 23 octobre 1978 et le 6 juillet 1979, date de son mariage.

La plaignante, se prétendant victime de discrimination relative à une condition d'emploi et fondée sur ses croyances, a comparu devant le professeur Edward J. Ratushny, constitué, en vertu du *Code ontarien des droits de la personne*, en commission d'enquête pour instruire la plainte. Après avoir exposé les faits, il énonce succinctement les questions en litige dans les termes suivants:

[TRADUCTION]

- 1) Si l'on présume (comme en l'espèce) qu'une condition générale d'emploi est établie sans motif discriminatoire, mais pour des raisons d'affaires légitimes, peut-il y avoir discrimination au sens du *Code ontarien des droits de la personne* si cette condition s'applique également à tous les employés, mais qu'elle a comme conséquence pratique d'établir une distinction contre un seul ou plusieurs de ces employés pour une raison illicite, telle la croyance?
- 2) Dans l'affirmative, et si la condition générale d'emploi a une telle conséquence pratique, jusqu'où doit aller l'employeur pour que les croyances religieuses de cette employée soient respectées de manière à ne pas contrevenir au Code?

S'appuyant sur le préambule, sur l'art. 9 du Code ainsi que sur l'art. 10 de la *Loi d'interprétation*, S.R.O. 1970, chap. 225, il a jugé que l'al. 4(1)(g) du Code exigeait un examen approfondi de l'effet de la condition d'emploi sur les croyances et pratiques religieuses de la plaignante. À son avis, l'al. 4(1)(g) devait être interprété comme interdisant non seulement les conditions d'emploi qui sont

discriminatory, but also those which, though innocuous in their terms, could result in discrimination against a particular employee or group of employees.

In dealing with the second question which follows directly from the first, he concluded, relying in great part on the decision of Professor Peter A. Cumming, Chairman of a Board of Inquiry under the *Ontario Human Rights Code*, in the complaint of *Singh (Ishar) v. Security and Investigation Services Ltd.* (decision handed down May 31, 1977, as yet unreported), that the duty of the employer was to accommodate the position of the complainant unless "undue hardship" would result. He reviewed various American decisions and concluded that in the absence of any legislative provision imposing a duty to accommodate no specific standard of undue hardship should be imposed. The appropriate test would be to decide whether in all the circumstances of the case and within the general context of the Code the employer had acted reasonably. He concluded by posing a question in these words:

Did the respondent act reasonably in the steps which it took to accommodate Mrs. Vincent after learning that the general condition of employment was incompatible with her religious observance?

And after some discussion he answered the question in these terms:

Taking into account all of the circumstances of the case and the entire context of the *Ontario Human Rights Code*, I have concluded that the Commission has not satisfied its onus of establishing that the respondent acted unreasonably in the steps which it took to accommodate the complainant after learning that the general condition of employment was incompatible with her religious observance.

The complaint was dismissed.

The complainant appealed to the Divisional Court (Southey, Gray and Smith JJ.) The appeal was dismissed, Southey J. writing for the majority, while Smith J. dissented. Southey J. pointed out that there was no saving clause in the *Ontario*

discriminatoires à première vue, mais aussi celles qui, quoique formulées en termes inoffensifs, peuvent avoir pour résultat d'établir une distinction contre un employé ou un groupe d'employés en particulier.

Quant à la seconde question qui découle directement de la première, il a conclu, en s'appuyant en grande partie sur la décision du professeur Peter A. Cumming, président d'une commission d'enquête constituée en vertu du *Code ontarien des droits de la personne* relativement à la plainte *Singh (Ishar) v. Security and Investigation Services Ltd.* (décision inédite, rendue le 31 mai 1977), que le devoir de l'employeur était de faire en sorte que la position de la plaignante soit respectée à moins qu'une «contrainte excessive» n'en résulte. Il a passé en revue diverses décisions américaines pour conclure qu'en l'absence de dispositions législatives imposant une obligation d'accommodement, aucune norme précise de contrainte excessive ne doit être imposée. Le critère approprié consisterait à décider si, dans les circonstances de l'espèce et selon le contexte général du Code, l'employeur a agi raisonnablement. Il a conclu en posant la question suivante:

[TRADUCTION] L'intimée a-t-elle agi raisonnablement dans les mesures qu'elle a prises pour s'entendre avec M<sup>me</sup> Vincent après avoir appris que cette condition générale d'emploi était incompatible avec l'observance de sa religion?

Puis, après analyse, il a répondu ainsi à cette question:

[TRADUCTION] Compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire et du contexte global du *Code ontarien des droits de la personne*, j'en suis venu à la conclusion que la commission n'a pas satisfait à son obligation d'établir que l'intimée a agi déraisonnablement dans les mesures qu'elle a prises pour s'entendre avec la plaignante après avoir appris que cette condition générale d'emploi était incompatible avec l'observance de sa religion.

La plainte fut rejetée.

La plaignante interjeta appel à la Cour divisionnaire (les juges Southey, Gray et Smith). L'appel fut rejeté, le juge Southey écrivant les motifs de la majorité, le juge Smith étant dissident. Le juge Southey a souligné que l'interdiction de la discri-



*Human Rights Code* covering the prohibition in s. 4(1)(g) of discrimination based on creed which would determine the limits to which an employer would be required to go in accommodating the religious practices of an employee, such as the one which appears in s. 4(6) for discrimination based on age, sex, or marital status. He was of the view that the absence of such a saving clause was a strong indication that the Legislature did not intend to prohibit unintentional discrimination and had limited the prohibition to discrimination resulting from intentional acts. He was strengthened in this view by the use of the words "because of" employed in s. 4(1), which he considered referred to the reason or reasons the employer imposed the impugned terms or conditions. He was not critical of the test employed by the Chairman of the Board of Inquiry imposing the requirement of reasonable steps toward accommodation on the part of the employer, but he was of the view that no such standard could be imported into the construction of the Code without specific legislative provisions. In dismissing the appeal, he expressed his conclusion in these terms:

For the reasons I have given, I cannot hold that the Legislature intended the Code as now worded to mean that an employer acting for legitimate business reasons and with no thought of discriminating on a prohibited ground, as in the case at bar, is guilty of a contravention of s. 4(1)(g). The question of whether it would be desirable to prohibit under some circumstances practices that unintentionally discriminate for reasons that are prohibited is not for the Court to decide.

For the foregoing reasons, it is my judgment that the learned Chairman was in error in holding with respect to the first question that an intention to discriminate on a prohibited ground is not an essential element of a contravention of s. 4(1)(g) of the Code. As it is admitted that the respondent had not such intention in this case, there was no contravention of the Code by the respondent and the appeal is dismissed.

The complainant appealed to the Court of Appeal (Lacourcière, Weatherston and Goodman J.J.A.) Lacourcière J.A. wrote the judgment of the court dismissing the appeal and held clearly that there could be no breach of the anti-discrimination provisions of the *Ontario Human Rights Code*

mination fondée sur la croyance, que l'on trouve à l'al. 4(1)(g) du *Code ontarien des droits de la personne*, n'était assortie d'aucune réserve fixant la mesure dans laquelle un employeur serait requis de faire en sorte que les pratiques religieuses d'un employé soient respectées, comme celle qui figure au par. 4(6) concernant la discrimination fondée sur l'âge, le sexe ou l'état matrimonial. À son avis, l'absence d'une telle réserve dénotait fortement que le législateur n'avait pas voulu interdire la discrimination involontaire et n'avait interdit que la discrimination résultant d'actes intentionnels. Son point de vue était renforcé par l'utilisation au par. 4(1) des termes [TRADUCTION] «pour des raisons de» qui, d'après lui, désignaient le ou les motifs pour lesquels l'employeur avait imposé les modalités ou conditions contestées. Il n'a pas critiqué le critère appliqué par le président de la commission d'enquête, portant que l'employeur doit avoir pris des mesures raisonnables pour tenter de s'entendre avec l'employé, mais il était d'avis qu'on ne pouvait avoir recours à une norme semblable pour interpréter le Code, sans disposition législative expresse. En rejetant l'appel, il exprime ainsi sa conclusion:

[TRADUCTION] Pour les raisons que j'ai énoncées, je ne puis conclure que le législateur a voulu que le Code, tel que rédigeé actuellement, signifie que l'employeur qui agit pour des raisons d'affaires légitimes, sans penser à établir une distinction pour un motif prohibé, comme en l'espèce, se rend coupable d'une infraction à l'al. 4(1)(g). Il n'appartient pas à la cour de déterminer s'il serait souhaitable d'interdire dans certaines circonstances des pratiques qui, d'une manière involontaire, établissent une distinction pour des motifs prohibés.

Pour les raisons qui précèdent, j'estime que le savant président a eu tort de conclure, en ce qui concerne la première question, que l'intention d'établir une distinction pour un motif prohibé n'est pas un élément essentiel d'une infraction à l'al. 4(1)(g) du Code. Comme il est admis que l'intimée n'avait aucune intention de ce genre en l'espèce, il n'y a pas eu d'infraction au Code de sa part et l'appel est rejeté.

La plaignante a interjeté appel à la Cour d'appel (les juges Lacourcière, Weatherston et Goodman). Le juge Lacourcière a écrit l'arrêt de la cour qui a rejeté l'appel, affirmant clairement qu'il ne peut y avoir de manquement aux dispositions anti-discriminatoires du *Code ontarien des droits de la*

unless the employer intended to discriminate on one of the prohibited grounds. There was clearly no such intent in the case at bar and the appeal was dismissed. He concluded by saying:

For these reasons I agree with the majority of the Divisional Court that an intention to discriminate is an essential requirement for a contravention of s. 4(1)(g) of the Code prior to the proclamation of the amendment.

This appeal comes to us by leave granted November 1, 1982. In addition to the parties, the Ontario Human Rights Commission acting on behalf of the complainant O'Malley, and the respondent Simpsons-Sears Limited, interventions were allowed to the Canadian Human Rights Commission; the Human Rights Commissions of Alberta, Saskatchewan and Manitoba; the Canadian Association for the Mentally Retarded; the Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped; and the Canadian Jewish Congress. The interveners filed factums and were heard before this Court. Though the specific statement of issues involved in this appeal appeared in different terms in the factums and submissions of the interveners, in general all were in support of the appellant. In essence, their positions are all included in the appellant's framing of the issues. The appellant contended that the Court of Appeal was in error in holding that proof of an intention to discriminate on a prohibited ground of discrimination is essential to a finding that s. 4(1) of the *Ontario Human Rights Code* has been contravened and further that the Court of Appeal erred in failing to hold that the onus of proving business necessity and reasonable accommodation is on the employer.

The discrimination complained of in this case is said to be discrimination on the basis of the creed of the complainant, which is forbidden by s. 4(1)(g) of the *Ontario Human Rights Code* as it then stood. The relevant portions of s. 4 are set out hereunder:

4.—(1) No person shall

*personne à moins que l'employeur n'ait eu l'intention d'établir une distinction pour l'un des motifs prohibés. Il n'y a eu manifestement aucune intention de ce genre en l'espèce et l'appel a été rejeté.*

a Il a conclu en disant:

[TRADUCTION] Pour ces raisons, je partage l'avis de la Cour divisionnaire à la majorité portant que l'intention d'établir une distinction était une condition essentielle pour qu'il y ait infraction à l'al. 4(1)g) du Code avant la promulgation de la modification.

b

Le présent pourvoi est formé par suite de l'autorisation accordée le 1<sup>er</sup> novembre 1982. Outre les parties en cause, savoir la Commission ontarienne des droits de la personne, agissant au nom de la plaignante O'Malley, et l'intimée Simpsons-Sears Limited, ont été autorisés à intervenir la Commission canadienne des droits de la personne, les commissions des droits de la personne de l'Alberta, de la Saskatchewan et du Manitoba, l'Association canadienne pour les déficients mentaux, la Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped et le Congrès juif canadien. Les intervenants ont produit des mémoires et la Cour les a entendus. Même si, dans leurs mémoires et leurs plaidoiries, les intervenants énoncent de façon différente les questions soulevées dans le présent pourvoi, en général ils appuient tous l'appelante. Essentiellement, leurs positions sont toutes incluses dans la formulation que fait l'appelante des questions en litige. L'appelante a soutenu que la Cour d'appel a eu tort de décider que la preuve de l'intention d'établir une distinction pour un motif prohibé est essentielle pour pouvoir conclure que le par. 4(1) du *Code ontarien des droits de la personne* a été enfreint, et aussi que la Cour d'appel a commis une erreur en ne concluant pas qu'il incombe à l'employeur de faire la preuve concernant la nécessité sur le plan des affaires et les mesures d'accommodement raisonnables.

c

d

e

f

g

h

La discrimination dont on se plaint en l'espèce est, dit-on, de la discrimination fondée sur la croyance de la plaignante, ce qu'interdisait l'al. 4(1)g) du *Code ontarien des droits de la personne* à l'époque. Voici les extraits pertinents de l'art. 4:

j

[TRADUCTION] 4. — (1) Nul

(g) discriminate against any employee with regard to any term or condition of employment,

because of race, creed, colour, age, sex, marital status, nationality, ancestry or place of origin of such person or employee. a

It is asserted that the requirement to work on Saturdays, while itself an employment rule imposed for business reasons upon all employees, discriminates against the complainant because compliance with it requires her to act contrary to her religious beliefs and does not so affect other members of the employed group. The Board of Inquiry accepted this proposition, but it was firmly rejected in the judgment of the majority of the Divisional Court and in the Court of Appeal. It is the principal ground upon which this appeal is taken. b

It will be seen at once that the problem confronting the Court involves consideration of unintentional discrimination on the part of the employer and as well the concept of adverse effect discrimination. To begin with, we must consider the nature and purpose of human rights legislation. The preamble to the *Ontario Human Rights Code* provides the guide and it is worth quoting in full: c

WHEREAS recognition of the inherent dignity and the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world and is in accord with the Universal Declaration of Human Rights as proclaimed by the United Nations; d

AND WHEREAS it is public policy in Ontario that every person is free and equal in dignity and rights without regard to race, creed, colour, sex, marital status, nationality, ancestry or place or [*sic*] origin; e

AND WHEREAS these principles have been confirmed in Ontario by a number of enactments of the Legislature; f

AND WHEREAS it is desirable to enact a measure to codify and extend such enactments and to simplify their administration; g

There we find enunciated the broad policy of the Code and it is this policy which should have effect. It is not, in my view, a sound approach to say that h

g) n'établira de distinction injuste contre un employé quelconque quant à une clause ou à une condition d'emploi,

pour des raisons de race, de croyance, de couleur, d'âge, de sexe, d'état matrimonial, de nationalité, d'ascendance ou de lieu d'origine de ladite personne ou dudit employé.

On prétend que l'obligation de travailler le samedi, tout en étant en soi une condition d'emploi imposée pour des raisons d'affaires à tous les employés, a pour effet d'établir une distinction injuste contre la plaignante parce qu'elle l'oblige à agir contrairement à ses croyances religieuses alors qu'elle n'a aucun effet semblable sur les autres membres du groupe d'employés. La commission d'enquête a accepté cet argument, mais il a été fermement rejeté dans le jugement de la Cour divisionnaire à la majorité et en Cour d'appel. C'est le principal moyen d'appel invoqué en l'espèce. i

Nous constaterons immédiatement que le problème auquel fait face la Cour comporte l'examen de la discrimination involontaire de la part de l'employeur ainsi que de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Tout d'abord, nous devons examiner la nature et l'objet d'une loi concernant les droits de la personne. Le préambule du *Code ontarien des droits de la personne* peut servir de guide et mérite d'être cité en entier: j

[TRADUCTION] ATTENDU QUE la reconnaissance de la dignité humaine et de l'égalité des droits inaliénables de tous les êtres humains constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde et se trouve en accord avec la Déclaration universelle des droits de la personne proclamée par les Nations Unies;

ATTENDU QUE l'Ontario a pour principe que toute personne est libre et égale en dignité et en droits sans distinction de race, de croyance, de couleur, de sexe, d'état matrimonial, de nationalité, d'ascendance ou de lieu d'origine;

ATTENDU QUE ces principes ont été confirmés en Ontario par un certain nombre de lois promulguées par l'Assemblée législative; k

ATTENDU QU'il est souhaitable de promulguer une mesure en vue de codifier et d'élargir lesdites lois et de simplifier leur administration;

Nous y trouvons un énoncé de la politique générale du Code et c'est cette politique qui doit s'appliquer. Ce n'est pas, à mon avis, une bonne solution l

according to established rules of construction no broader meaning can be given to the Code than the narrowest interpretation of the words employed. The accepted rules of construction are flexible enough to enable the Court to recognize in the construction of a human rights code the special nature and purpose of the enactment (see Lamer J. in *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, at pp. 157-58), and give to it an interpretation which will advance its broad purposes. Legislation of this type is of a special nature, not quite constitutional but certainly more than the ordinary—and it is for the courts to seek out its purpose and give it effect. The Code aims at the removal of discrimination. This is to state the obvious. Its main approach, however, is not to punish the discriminator, but rather to provide relief for the victims of discrimination. It is the result or the effect of the action complained of which is significant. If it does, in fact, cause discrimination; if its effect is to impose on one person or group of persons obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the community, it is discriminatory.

Without express statutory support in Ontario, inquiry board chairmen and judges have recognized the principle that an intention to discriminate is not a necessary element of the discrimination generally forbidden in Canadian human rights legislation. Laskin C.J., in a dissenting opinion in *Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun*, [1979] 2 S.C.R. 435, said at p. 446, in reference to s. 3 of the *Human Rights Code of British Columbia*, 1973 (B.C.) (2nd Sess.), c. 119, a section prohibiting discrimination with respect to the supply of accommodation, services, and facilities available to the public:

What appears to me to have occurred in this case is a concern with “motive” as if it was being differentiated from “intent” for criminal law purposes. Intent is not, however, an issue under s. 3 of the *Human Rights Code*.

que d'affirmer que, selon les règles d'interprétation bien établies, on ne peut prêter au Code un sens plus large que le sens le plus étroit que peuvent avoir les termes qui y sont employés. Les règles d'interprétation acceptées sont suffisamment souples pour permettre à la Cour de reconnaître, en interprétant un code des droits de la personne, la nature et l'objet spéciaux de ce texte législatif (voir le juge Lamer dans *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, aux pp. 157 et 158), et de lui donner une interprétation qui permettra de promouvoir ses fins générales. Une loi de ce genre est d'une nature spéciale. Elle n'est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire. Il appartient aux tribunaux d'en rechercher l'objet et de le mettre en application. Le Code vise la suppression de la discrimination. C'est là l'évidence. Toutefois, sa façon principale de procéder consiste non pas à punir l'auteur de la discrimination, mais plutôt à offrir une voie de recours aux victimes de la discrimination. C'est le résultat ou l'effet de la mesure dont on se plaint qui importe. Si elle crée effectivement de la discrimination, si elle a pour effet d'imposer à une personne ou à un groupe de personnes des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres membres de la société, elle est discriminatoire.

Sans aucun appui législatif explicite en Ontario, des présidents de commissions d'enquête et des juges ont reconnu le principe selon lequel l'intention d'établir une distinction n'est pas un élément essentiel de la discrimination qui est généralement interdite dans les lois canadiennes sur les droits de la personne. Dans l'opinion dissidente qu'il a rédigée dans *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435, le juge en chef Laskin affirme à la p. 446, au sujet de l'art. 3 du *Human Rights Code of British Columbia*, 1973 (C.-B.) (2nd Sess.), chap. 119, qui interdit la discrimination en matière de logement, de services et d'installations offerts au public:

En l'espèce, à mon avis, on s'est préoccupé du «mobile» comme si on voulait le distinguer de l'«intention», en droit criminel. L'article 3 du *Human Rights Code* ne soulève pas la question de l'intention.

This Court in *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, found mandatory retirement provisions agreed upon in a collective agreement discriminatory, even though "there was no evidence to indicate that the motives of the employer were other than honest and in good faith ..." (at p. 209). In *Re Attorney-General for Alberta and Gares* (1976), 67 D.L.R. (3d) 635 (Alta. S.C.), a case arising out of a complaint of discrimination on the basis of sex under s. 5 of *The Individual's Rights Protection Act*, 1972 (Alta.), c. 2, of Alberta, because of a lower rate of pay for female employees than that for males, McDonald J. of the Alberta Supreme Court, Trial Division, said, at p. 695:

He also submits that compensation ought to be directed only when the employer wilfully or consciously discriminated between the sexes. Here, he says, the employer did not have the sexual distinction in mind when it negotiated first a collective agreement with the male group, then with the female group, then again with the male group and so on. However, in my opinion relief in the form of compensation for lost wages should ordinarily be granted to a complainant whose complaint as to unequal pay has been found to be justified, even in the absence of present or past intent to discriminate on the ground of sex. It is the discriminatory result which is prohibited and not a discriminatory intent.

In *Re Rocca Group Ltd. and Muise* (1979), 102 D.L.R. (3d) 529, MacDonald J., speaking for the Prince Edward Island Supreme Court in *Banco*, said in dealing with a complaint under the *Human Rights Act*, 1975 (P.E.I.), c. 72, at p. 533:

I am not in absolute agreement that it was the trial Judge's finding that intention was a relevant part of his finding, however, if it were I would agree with the appellant's contention that intention plays no part in considering whether or not there has been discrimination.

He then cited the *Gares* case. The matter was considered as well in *Osborne v. Inco Ltd.*, [1984] 5 W.W.R. 228 (Man. Q.B.), where Kroft J. said, at p. 238:

Cette Cour, dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, a jugé discriminatoires les dispositions sur la retraite obligatoire acceptées dans une convention collective, même si « aucune preuve ne démontre que les motifs de l'employeur n'étaient pas honnêtes et sincères ... » (à la p. 209). Dans la décision *Re Attorney-General for Alberta and Gares* (1976), 67 D.L.R. (3d) 635 (C.S. Alb.), qui a fait suite à une plainte de discrimination fondée sur le sexe portée en vertu de l'art. 5 de *The Individual's Rights Protection Act* de l'Alberta, 1972 (Alb.), chap. 2, pour le motif que les employées touchaient un salaire moindre que les employés, le juge McDonald de la Cour suprême de l'Alberta, Division de première instance, affirme à la p. 695:

[TRADUCTION] Il fait valoir également que le versement d'une indemnité ne devrait être ordonné que si l'employeur a volontairement ou délibérément établi une distinction entre les sexes. En l'espèce, dit-il, l'employeur n'avait à l'esprit aucune distinction fondée sur le sexe lorsqu'il a négocié une convention collective d'abord avec le groupe d'employés, ensuite avec le groupe d'employées, puis de nouveau avec le groupe d'employés et ainsi de suite. Toutefois, j'estime que le redressement sous forme d'indemnité pour salaire perdu devrait normalement être accordé à la plaignante dont la plainte d'avoir touché un salaire inégal a été jugée justifiée, même en l'absence d'une intention présente ou passée d'établir une distinction fondée sur le sexe. C'est le résultat discriminatoire qui est interdit et non une intention discriminatoire.

Dans l'affaire *Re Rocca Group Ltd. and Muise* (1979), 102 D.L.R. (3d) 529, le juge MacDonald, s'exprimant au nom de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard in *Banco*, affirme à la p. 533, au sujet d'une plainte déposée en vertu de la *Human Rights Act*, 1975 (Î.-P.-É.), chap. 72:

[TRADUCTION] Je ne suis pas entièrement d'accord pour dire que le juge de première instance a conclu que l'intention était un élément important de sa décision. Cependant, si c'était le cas, j'accepterais l'argument de l'appellante portant que l'intention n'est d'aucune utilité lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a eu discrimination.

Puis, il cite l'affaire *Gares*. Cette question a également été examinée dans l'affaire *Osborne v. Inco Ltd.*, [1984] 5 W.W.R. 228 (B.R. Man.), où le juge Kroft affirme à la p. 238:

Adjudicators in Manitoba have consistently concluded that discrimination, be it on the grounds of religion or sex, is not confined to instances where intent is shown: e.g., *Froese v. Pine Creek Sch. Div. 30*, M. Rothstein, Q.C., 28th December 1978 (Man. Bd. Adjud.) (unreported); *McDonald v. Knit-Rite Mills Ltd.* (1983), 5 C.H.R.R. D/1949 (Man. Bd. Adjud.); and *Can. Safeway Ltd. v. Steel*, supra. This is a view which I think to be totally consistent with the object of the Manitoba Act and the wording of s. 6(1) in particular.

But see: [1985] 2 W.W.R. 577, where the appeal was allowed. Matas J.A. referred to the question, at p. 584, but refrained from deciding it. In *British Columbia Human Rights Commission v. College of Physicians and Surgeons of B.C.*, B.C. Bd. Inq. May 27, 1976, a policy adopted by the British Columbia College of Physicians and Surgeons, which required doctors who were not Canadian citizens to practise in remote and 'undocored' areas of the Province during the first three years of their practice, was held to be discriminatory and a violation of the Code even though the motive was described as being "wholly laudable".

I do not consider that to adopt such an approach does any violence to the *Ontario Human Rights Code*, nor would it be impractical in its application. To take the narrower view and hold that intent is a required element of discrimination under the Code would seem to me to place a virtually insuperable barrier in the way of a complainant seeking a remedy. It would be extremely difficult in most circumstances to prove motive, and motive would be easy to cloak in the formation of rules which, though imposing equal standards, could create, as in *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), injustice and discrimination by the equal treatment of those who are unequal (*Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950), at p. 184). Furthermore, as I have endeavoured to show, we are dealing here with consequences of conduct rather than with punishment for misbehaviour. In other words, we are considering what are essentially civil remedies. The proof of intent, a necessary requirement in our approach to criminal and punitive legislation, should not be a governing factor in construing human rights legis-

[TRADUCTION] Les arbitres au Manitoba ont constamment conclu que la discrimination, qu'elle soit fondée sur la religion ou sur le sexe, ne se limite pas aux cas où l'intention est démontrée: par exemple, *Froese v. Pine Creek Sch. Div. 30*, M. Rothstein, c.r., le 28 décembre 1978 (cons. arb. Man.) (non publié), *McDonald v. Knit-Rite Mills Ltd.* (1983), 5 C.H.R.R. D/1949 (cons. arb. Man.) et *Can. Safeway Ltd. v. Steel*, précité. Ce point de vue est, à mon avis, tout à fait compatible avec l'objet de la loi manitobaine et, en particulier, avec le texte du par. 6(1).

Voir cependant: [1985] 2 W.W.R. 577, où l'appel a été accueilli. Le juge Matas mentionne la question à la p. 584, mais il s'abstient de la trancher. Dans *British Columbia Human Rights Commission v. College of Physicians and Surgeons of B.C.*, comm. d'enquête C.-B., le 27 mai 1976, la politique adoptée par le British Columbia College of Physicians and Surgeons, qui exigeait que les médecins qui n'avaient pas la citoyenneté canadienne aillent pratiquer dans les régions éloignées et dépourvues de médecins pendant leurs trois premières années de pratique, a été jugée discriminatoire et contraire au Code même si le mobile avait été décrit comme «tout à fait louable».

Je n'estime pas que l'adoption d'un tel point de vue constitue une entorse au *Code ontarien des droits de la personne* ni qu'il serait peu pratique de l'appliquer. Adopter un point de vue plus étroit pour conclure que l'intention constitue un élément nécessaire de la discrimination en vertu du Code serait, me semble-t-il, élever une barrière pratiquement insurmontable pour le plaignant qui demande réparation. Il serait extrêmement difficile dans la plupart des cas de prouver le mobile et il serait facile de camoufler ce mobile en formulant des règles qui, tout en imposant des normes d'égalité, créeraient, comme dans l'affaire *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), des injustices et de la discrimination en traitant également ceux qui sont inégaux (*Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950), à la p. 184). De plus, comme j'ai tenté de le démontrer, nous avons ici affaire aux conséquences d'une conduite plutôt qu'à la punition d'une mauvaise conduite. En d'autres termes, nous sommes saisis essentiellement de voies de recours civiles. La preuve de l'intention, une exigence nécessaire dans notre façon d'aborder

lation aimed at the elimination of discrimination. It is my view that the courts below were in error in finding an intent to discriminate to be a necessary element of proof.

As to the second consideration, the courts below upon a not unreasonable construction of the *Ontario Human Rights Code* based their judgments primarily upon the proposition that an intent to discriminate was a necessary element in prohibited discrimination under the Code. They did not then have to consider the question of adverse effect discrimination as a concept separate from intentional discrimination.

<sup>4</sup> The idea of treating as discriminatory regulations and rules not discriminatory on their face but which have a discriminatory effect, sometimes termed adverse effect discrimination, is of American origin and is usually said to have been introduced in the *Duke Power* case, *supra*, in the Supreme Court of the United States. In that case the employer required as a condition of employment or advancement in employment the production of a high school diploma or the passing of an intelligence test. The requirement applied equally to all employees but had the effect of excluding from employment a much higher proportion of black applicants than white. It was found that the requirements were not related to performance on the job, and the Supreme Court of the United States held them to be discriminatory because of their disproportionate effect upon the black population. There was no provision in the relevant statute, the *Civil Rights Act of 1964*, (Title VII, 78 Stat. 255, s. 703(a)(1)) 42 USCS § 2000e-2(a)(1), which directed such an interpretation.

Again, without express statutory support in Ontario, Inquiry Board chairmen have introduced the concept. In addition to the Inquiry Board decision under review in this appeal, the adverse effect principle was applied in *Singh (Ishar) v. Security and Investigation Services Ltd.*, *supra*; *Rand v. Sealy Eastern Ltd.* (1982), 3 C.H.R.R.

une loi criminelle et punitive, ne devrait pas être un facteur déterminant dans l'interprétation d'une loi sur les droits de la personne qui vise à éliminer la discrimination. Je suis d'avis que les tribunaux d'instance inférieure ont eu tort de conclure que l'intention d'établir une distinction constitue un élément de preuve nécessaire.

Quant au second facteur, les tribunaux d'instance inférieure, par suite d'une interprétation raisonnable du *Code ontarien des droits de la personne*, ont fondé leurs décisions avant tout sur la thèse que l'intention d'établir une distinction est un élément nécessaire de la discrimination que proscriit le Code. Ils n'ont pas eu alors à examiner la question de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable comme concept distinct de la discrimination volontaire.

<sup>d</sup> L'idée de considérer comme discriminatoires un règlement et des règles qui ne sont pas discriminatoires à première vue, mais qui ont un effet discriminatoire, parfois appelé discrimination par suite d'un effet préjudiciable, est d'origine américaine et, dit-on habituellement, a fait son apparition dans l'affaire *Duke Power*, précitée, de la Cour suprême des États-Unis. Dans cette affaire, l'employeur exigeait, comme condition d'emploi ou d'avancement, la production d'un diplôme d'études secondaires ou la réussite d'un test d'intelligence. Cette exigence s'appliquait également à tous les employés, mais avait pour effet d'exclure une proportion beaucoup plus grande de candidats de couleur. On a constaté que ces exigences n'étaient pas liées à l'exécution du travail et la Cour suprême des États-Unis les a jugées discriminatoires en raison de leur effet disproportionné sur la population noire. Il n'y avait, dans la loi pertinente, la *Civil Rights Act of 1964* (Title VII, 78 Stat. 255, s. 703(a)(1)), 42 USCS, § 2000e-2(a)(1), aucune disposition exigeant une telle interprétation.

<sup>i</sup> Je répète que c'est en l'absence d'appui législatif explicite en Ontario que les présidents de commissions d'enquête ont introduit le concept. Outre la décision de la commission d'enquête qui fait l'objet d'un examen dans le présent pourvoi, le principe de l'effet préjudiciable a été appliqué dans *Singh (Ishar) v. Security and Investigation Services Ltd.*,

D/938 (Ont. Bd. Inq.) See also *Marcotte v. Rio Algom Ltd.* (1983), 5 C.H.R.R. D/2010 (Canadian Human Rights Commission, Review Tribunal); *Christie v. Central Alberta Dairy Pool* (1984), 6 C.H.R.R. D/2488 (Alta. Bd. Inq.), as well as several others.

A distinction must be made between what I would describe as direct discrimination and the concept already referred to as adverse effect discrimination in connection with employment. Direct discrimination occurs in this connection where an employer adopts a practice or rule which on its face discriminates on a prohibited ground. For example, "No Catholics or no women or no blacks employed here." There is, of course, no disagreement in the case at bar that direct discrimination of that nature would contravene the Act. On the other hand, there is the concept of adverse effect discrimination. It arises where an employer for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristic of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force. For essentially the same reasons that led to the conclusion that an intent to discriminate was not required as an element of discrimination contravening the Code I am of the opinion that this Court may consider adverse effect discrimination as described in these reasons a contradiction of the terms of the Code. An employment rule honestly made for sound economic or business reasons, equally applicable to all to whom it is intended to apply, may yet be discriminatory if it affects a person or group of persons differently from others to whom it may apply. From the foregoing I therefore conclude that the appellant showed a *prima facie* case of

précité, et *Rand v. Sealy Eastern Ltd.* (1982), 3 C.H.R.R. D/938 (comm. d'enquête Ont.). Voir aussi *Marcotte v. Rio Algom Ltd.* (1983), 5 C.H.R.R. D/2010 (Tribunal d'appel, Commission canadienne des droits de la personne), *Christie v. Central Alberta Dairy Pool* (1984), 6 C.H.R.R. D/2488 (comm. d'enquête Alb.), ainsi que plusieurs autres.

On doit faire la distinction entre ce que je qualifierais de discrimination directe et ce qu'on a déjà désigné comme le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable en matière d'emploi. À cet égard, il y a discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé. Par exemple, «Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir». En l'espèce, il est évident que personne ne conteste que la discrimination directe de cette nature contrevient à la Loi. D'autre part, il y a le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés. Essentiellement pour les mêmes raisons qui sous-tendent la conclusion que l'intention d'établir une distinction n'est pas un élément nécessaire de la discrimination proscrite par le Code, je suis d'avis que cette Cour peut considérer que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, décrite dans les présents motifs, contrevient au Code. Une condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires, également applicable à tous ceux qu'elle vise, peut quand même être discriminatoire si elle touche une personne ou un groupe de personnes d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer. À partir de ce qui précède, je conclus donc que l'appelante a prouvé à la commission d'enquête, de façon suffisante jus-



discrimination based on creed before the Board of Inquiry.

Where discrimination in connection with employment on grounds of a person's creed is found, is that person automatically entitled to remedies provided in the *Ontario Human Rights Code*? One of the arguments advanced in this Court and in the courts below was based on the fact that the Code, while prohibiting discrimination on the basis of creed, contains no saving or justifying clause for the protection of the employer. Such a saving provision is found in s. 4(6) for cases concerning discrimination on the basis of age, sex, and marital status—the *bona fide* occupational qualification defence. This omission was said to create a vacuum in the Code and was relied on for the proposition that only intentional discrimination was prohibited because without some such protection the innocent discriminator would be defenceless. While I reject that argument as support for a limitation of the Code to intentional discrimination, I do not on the other hand accept the proposition that on a showing of adverse effect discrimination on the basis of religion the right to a remedy is automatic.

No question arises in a case involving direct discrimination. Where a working rule or condition of employment is found to be discriminatory on a prohibited ground and fails to meet any statutory justification test, it is simply struck down: see the *Etobicoke* case, *supra*. In the case of discrimination on the basis of creed resulting from the effect of a condition or rule rationally related to the performance of the job and not on its face discriminatory a different result follows. The working rule or condition is not struck down, but its effect on the complainant must be considered, and if the purpose of the *Ontario Human Rights Code* is to be given effect some accommodation must be required from the employer for the benefit of the complainant. The Code must be construed and flexibly applied to protect the right of the employee who is subject to discrimination and also to protect the right of the employer to proceed

qu'à preuve contraire, l'existence d'un cas de discrimination fondée sur la croyance.

Lorsqu'on conclut qu'il y a discrimination en matière d'emploi, fondée sur la croyance d'une personne, cette personne a-t-elle automatiquement droit aux redressements prévus par le *Code ontarien des droits de la personne*? L'un des arguments soumis à cette Cour et aux tribunaux d'instance inférieure reposait sur le fait que le Code, même s'il interdit la discrimination fondée sur la croyance, ne contient aucune réserve ou clause justificative protégeant l'employeur. On trouve une réserve de ce genre au par. 4(6) relativement aux cas de discrimination fondée sur l'âge, le sexe ou l'état matrimonial—le moyen de défense fondé sur l'exigence professionnelle réelle. Cette omission, a-t-on dit, crée un vide dans le Code et c'est sur elle que l'on s'est appuyé pour prétendre que seule la discrimination volontaire était interdite car, sans une telle protection, celui qui ferait innocemment de la discrimination serait sans défense. Tout en rejetant cet argument dans la mesure où il sert à limiter l'application du Code à la discrimination volontaire, je n'accepte pas d'autre part la thèse selon laquelle, dès qu'on démontre l'existence de discrimination religieuse par suite d'un effet préjudiciable, le droit à un redressement est automatique.

La question ne se pose pas dans le cas de la discrimination directe. Lorsqu'une condition de travail ou d'emploi est jugée discriminatoire pour un motif prohibé et qu'elle ne satisfait à aucun critère de justification légale, elle est simplement annulée: voir l'affaire *Etobicoke*, précitée. Dans un cas de discrimination fondée sur la croyance et résultant de l'effet d'une condition ou d'une règle qui est raisonnablement liée à l'exécution des fonctions et qui n'est pas discriminatoire à première vue, un résultat différent s'ensuit. La règle ou la condition de travail n'est pas annulée, mais son effet sur le plaignant doit être étudié et si l'on veut mettre en application l'objet du *Code ontarien des droits de la personne* un accommodement quelconque s'impose de la part de l'employeur au profit du plaignant. Le Code doit être interprété et appliqué avec souplesse afin de protéger le droit de l'employé victime de discrimination ainsi que le droit

with the lawful conduct of his business. The Code was not intended to accord rights to one to the exclusion of the rights of the other. American courts have met this problem with what has been described as a "duty to accommodate", short of undue hardship, on the part of the employer: see *Reid v. Memphis Publishing Co.*, 468 F.2d 346 (6th Cir. 1972); *Riley v. Bendix Corp.*, 464 F.2d 1113 (5th Cir. 1972). Statutory authority for this approach in the United States is said to be found in the provisions of the 1972 amendment to the *Civil Rights Act of 1964*—see: *Civil Rights Act of 1964*, 42 USCS § 2000e(j); see also *Trans World Airlines, Inc. v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977). In Canada, boards of inquiry under human rights legislation have adopted this concept and it was formulated by the Board of Inquiry in this case by Professor Ratushny as:

... the very general standard of whether the employer acted reasonably in attempting to accommodate the employee in all of the circumstances of the case as well as in the context of the general scope and objects of the Code.

The reasonable standard, referred to by Professor Ratushny, and the duty to accommodate, referred to in the American cases, provide that where it is shown that a working rule has caused discrimination it is incumbent upon the employer to make a reasonable effort to accommodate the religious needs of the employee, short of undue hardship to the employer in the conduct of his business. There is no express statutory base for such a proposition in the Code. Hence, the vacuum in the Code and the question: Should such a doctrine be imported to fill it?

The question is not free from difficulty. No problem is found with the proposition that a person should be free to adopt any religion he or she may choose and to observe the tenets of that faith. This general concept of freedom of religion has been well-established in our society and was a recognized and protected right long before the human rights codes of recent appearance were enacted. Difficulty arises when the question is posed of how far the person is entitled to go in the exercise of his religious freedom. At what point in

de l'employeur à la gestion licite de ses affaires. Le Code n'a pas pour objet de conférer des droits à l'un en excluant les droits de l'autre. Les tribunaux américains ont remédié à ce problème avec ce qu'on a décrit comme une «obligation d'accommodement», en l'absence de contrainte excessive, de la part de l'employeur: voir *Reid v. Memphis Publishing Co.*, 468 F.2d 346 (6th Cir. 1972); *Riley v. Bendix Corp.*, 464 F.2d 1113 (5th Cir. 1972). On dit que ce point de vue aux États-Unis est appuyé par les dispositions de la modification de 1972 de la *Civil Rights Act of 1964*—voir *Civil Rights Act of 1964*, 42 USCS § 2000e(j); voir aussi *Trans World Airlines Inc. v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977). Au Canada, les commissions d'enquête instituées en application des lois sur les droits de la personne ont adopté cette notion que le professeur Ratushny décrit, pour la commission d'enquête en l'espèce, comme étant:

[TRANSDUCTION] ... la norme très générale qui consiste à déterminer si l'employeur a agi raisonnablement en tentant de s'entendre avec l'employé, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce et de la portée et des objets généraux du Code.

La norme du caractère raisonnable mentionnée par le professeur Ratushny et l'obligation d'accommodement, dont parle la jurisprudence américaine, prévoient que, lorsqu'il est démontré qu'une condition de travail a causé de la discrimination, il incombe à l'employeur de tenter raisonnablement de faire en sorte que les besoins religieux de l'employée soient respectés à moins que cela ne lui cause une contrainte excessive dans la gestion de ses affaires. Rien dans le Code n'appuie expressément cette thèse d'où une lacune dans le Code et la question: Devrait-on combler cette lacune au moyen de ce principe?

La question n'est pas exempte de difficultés. La thèse selon laquelle chaque personne devrait être libre d'adopter la religion de son choix et d'en observer les préceptes ne pose aucun problème. Cette notion générale de la liberté religieuse est bien établie dans notre société et constituait un droit reconnu et protégé bien avant que ne soient adoptés les codes des droits de la personne qu'on a vu apparaître récemment. Le problème se pose lorsqu'on se demande jusqu'où peut aller une personne dans l'exercice de sa liberté religieuse? À

the profession of his faith and the observance of its rules does he go beyond the mere exercise of his rights and seek to enforce upon others conformance with his beliefs? To what extent, if any, in the exercise of his religion is a person entitled to impose a liability upon another to do some act or accept some obligation he would not otherwise have done or accepted? In a clear case involving legislation—see: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295—the *Lord's Day Act* was struck down essentially for the reason that its effect was to impose upon minority groups a legal duty to observe the Christian Sabbath. To put the question in the individual context of this case: in the honest desire to exercise her religious practices, how far can an employee compel her employer in the conduct of its business to conform with, or to accommodate, such practices? How far, it may be asked, may the same requirement be made of fellow employees and, for that matter, of the general public?

These questions raise difficult problems. It is not, in my view, either wise or possible to venture an answer that would apply generally. We are, however, faced with the necessity of finding an answer at least for this case and, therefore, in the nature of the judicial process an answer for similar cases. In my view, for this case the answer lies in the *Ontario Human Rights Code*, its purpose, and its general provisions. The Code accords the right to be free from discrimination in employment. While no right can be regarded as absolute, a natural corollary to the recognition of a right must be the social acceptance of a general duty to respect and to act within reason to protect it. In any society the rights of one will inevitably come into conflict with the rights of others. It is obvious then that all rights must be limited in the interest of preserving a social structure in which each right may receive protection without undue interference with others. This will be especially important where special relationships exist, in the case at bar the relationship of employer and employee. In this case, consistent with the provisions and intent of the *Ontario Human Rights Code*, the employee's

quel moment, dans la profession de sa foi et l'observance de ses règles, outrepassa-t-elle le simple exercice de ses droits et cherche-t-elle à imposer à autrui le respect de ses croyances? Dans quelle mesure, s'il y a lieu, une personne peut-elle, en pratiquant sa religion, obliger autrui à accomplir un acte ou à accepter une obligation qu'elle n'aurait pas autrement accomplie ou acceptée selon le cas? Dans un cas où il était nettement question d'une loi—voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295—la *Loi sur le dimanche* a été déclarée inopérante pour le motif qu'elle avait pour effet d'imposer à des groupes minoritaires une obligation légale d'observer le sabbat chrétien. Pour situer la question dans le contexte particulier de l'espèce: dans sa volonté honnête de pratiquer sa religion, dans quelle mesure une employée peut-elle forcer son employeur à se conformer dans la gestion de son entreprise à ses pratiques ou à faire en sorte qu'elles soient respectées? Jusqu'où, peut-on se demander, peut-on exiger la même chose de ses camarades de travail et, quant à cela, du public en général?

Ces questions soulèvent des problèmes difficiles. Il n'est, à mon avis, ni sage ni possible de tenter d'y répondre de manière générale. Il nous faut toutefois trouver une réponse applicable au moins à la présente espèce et, par conséquent, de par la nature même du processus judiciaire, à des cas semblables. À mon avis, quant à l'espèce, la réponse se trouve dans le *Code ontarien des droits de la personne*, dans son objet et ses dispositions générales. Le Code confère le droit de ne pas être victime de discrimination dans son emploi. Même si aucun droit ne saurait être considéré comme absolu, une conséquence naturelle de la reconnaissance d'un droit doit être l'acceptation sociale de l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger. Dans toute société, les droits d'une personne entreront inévitablement en conflit avec les droits d'autrui. Il est alors évident que tous les droits doivent être limités afin de préserver la structure sociale dans laquelle chaque droit peut être protégé sans porter atteinte indûment aux autres. Cela est particulièrement important lorsque des rapports spéciaux existent, en l'espèce les rapports entre employeur

right requires reasonable steps towards an accommodation by the employer.

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

To relate the principle of accommodation to the facts at bar, we must begin with the proposition that the employer is lawfully entitled to carry on business and to stay open for business on Satur-

et employé. Dans le présent cas, conformément aux dispositions et à l'objet du *Code ontarien des droits de la personne*, le droit de l'employé exige que l'employeur prenne des mesures d'accommodement raisonnables.

Si on accepte la thèse selon laquelle une obligation d'accommodement incombe à l'employeur, il devient nécessaire de la délimiter de façon réaliste. L'obligation dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la religion ou la croyance, consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive: en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs. Les cas comme celui-ci soulèvent une question très différente de celle que soulèvent les cas de discrimination directe. Lorsqu'on démontre l'existence de discrimination directe, l'employeur doit justifier la règle, si cela est possible en vertu de la loi en cause, sinon elle est annulée. Lorsqu'il y a discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la croyance, la règle ou la condition répréhensible ne sera pas nécessairement annulée. Elle subsistera dans la plupart des cas parce que son effet discriminatoire est limité à une personne ou à un groupe de personnes et que c'est son effet sur eux plutôt que sur l'ensemble des employés qui doit être examiné. Dans un tel cas, le problème de la justification ne se pose pas, car la condition raisonnablement liée à l'emploi n'a besoin d'aucune justification; ce qui est requis est une certaine mesure d'accommodement. L'employeur doit, à cette fin, prendre des mesures raisonnables qui seront susceptibles ou non de réaliser le plein accommodement. Cependant, lorsque ces mesures ne permettent pas d'atteindre complètement le but souhaité, le plaignant, en l'absence de concessions de sa propre part, comme l'acceptation en l'espèce d'un emploi à temps partiel, doit sacrifier soit ses principes religieux, soit son emploi.

Pour relier ce principe de l'accommodement aux faits de l'espèce, nous devons commencer par le principe selon lequel l'employeur est légalement autorisé à exploiter une entreprise et à l'ouvrir le

days. It is accordingly entitled to engage employees on the condition that they work on Saturdays. The complainant, however, is lawfully entitled to pursue the practices of her religion and to be free from compulsion to work on Saturday, contrary to her religious beliefs. We are faced here with a record which in some respects is incomplete and is perhaps inadequate for a proper resolution of the issue which arises regarding the accommodation made by the respondent. Professor Ratushny recognized this inadequacy but reached his conclusion on the basis that the Commission had not discharged the onus upon it of proving inadequate accommodation. He considered the question of onus of proof and discussed it at some length. He concluded that the Commission, which had the conduct of proceedings at the outset, had the burden of showing a *prima facie* case of discrimination, in this case of discriminatory effect. He then said that once the discriminatory effect had been established an onus of proof would pass to the respondent employer, and he observed that in this case the employer had not called any evidence and this left the record inadequate in some particulars. He considered that the employer would be best able to provide evidence on the issue of accommodation, and he also considered that there was power not exercised here by the Commission to call company officials to provide the evidence. He was reluctant, however, to impose a strict burden of proof upon the employer, reasoning that the *Ontario Human Rights Code* itself did not impose any duty of accommodation or burden of proof. He said:

Quite frankly, I have reservations about attempting to impose an onus of proof upon an employer to meet a specific standard of undue hardship in the absence of any specific legislative basis. It is one thing to conclude that the total framework of the Code warrants a broad interpretation of what might constitute discrimination under that statute. It is another, in effect, to adopt and read into the Code the specific legislative provision of another jurisdiction.

and later he said:

samedi. Il est en conséquence autorisé à engager des employés à la condition qu'ils travaillent le samedi. Cependant, la plaignante est légalement autorisée à pratiquer sa religion et à ne pas être forcée à travailler le samedi contrairement à ses croyances religieuses. Nous sommes saisis en l'espèce d'un dossier qui, à certains égards, est incomplet et peut-être insuffisant pour trancher adéquatement la question qui se pose au sujet de l'accommodement consenti par l'intimée. Le professeur Ratushny a reconnu cette insuffisance, mais a fondé sa conclusion sur le fait que la commission n'était pas parvenue à s'acquitter de son obligation de prouver que l'accommodement était inadéquat. Il a examiné la question du fardeau de la preuve et l'a analysée assez longuement. Il a conclu qu'il incombait à la commission, qui était chargée de diriger les procédures au départ, de prouver de façon suffisante jusqu'à preuve contraire qu'il y avait discrimination, c'est-à-dire, en l'espèce, un effet discriminatoire. Ajoutant ensuite qu'une fois cette preuve faite le fardeau de la preuve incombait alors à l'employeur intimé, il a fait observer qu'en l'espèce l'employeur n'avait produit aucune preuve, ce qui rendait le dossier incomplet à certains égards. Il a estimé que c'est l'employeur qui aurait été le mieux en mesure de fournir des preuves sur la question de l'accommodement et il a jugé également que la commission avait le pouvoir, qu'elle n'a pas exercé, d'appeler les dirigeants de la compagnie à témoigner. Il hésitait cependant à imposer à l'employeur une obligation stricte de faire la preuve, faisant valoir que le *Code ontarien des droits de la personne* n'imposait lui-même aucune obligation d'accommodement ni aucun fardeau de la preuve. Il a affirmé:

[TRADUCTION] À vrai dire, je doute qu'on puisse, en l'absence de fondement législatif précis, tenter d'imposer à l'employeur un fardeau de la preuve de manière à satisfaire à une norme particulière en matière de contrainte excessive. C'est une chose que de conclure que l'économie générale du Code justifie une interprétation large de ce qui pourrait constituer de la discrimination aux termes de cette loi. C'en est une autre en fait que de voir dans le Code, et d'y incorporer, une disposition législative spécifique d'un autre ressort.

Et plus loin, il dit:

Meanwhile, I propose to apply the very general standard of whether the employer acted reasonably in attempting to accommodate the employee in all of the circumstances of the case as well as in the context of the general scope and objects of the Code.

He then went on to say that in a particular case the matter must be dealt with as a question of proof:

In my view, the onus of establishing a contravention of the *Ontario Human Rights Code* remains upon the Commission (on behalf of the complainant) throughout the inquiry. As a practical matter, the evidential burden will often shift to the respondent (employer, in this case).

He concluded his decision by holding that the Commission had not discharged its burden of proof. He said:

Taking into account all of the circumstances of the case and the entire context of the *Ontario Human Rights Code*, I have concluded that the Commission has not satisfied its onus of establishing that the respondent acted unreasonably in the steps which it took to accommodate the complainant after learning that the general condition of employment was incompatible with her religious observance.

And, finally, he said:

I have decided, therefore, that the Commission has not satisfied its onus of establishing a contravention of the Code.

It appears that the Board of Inquiry resolved the matter by holding that a *prima facie* case for discrimination had been shown, but that the Commission had not then discharged its burden of showing that the employer had not acted reasonably in all the circumstances of the case and in the context of the *Ontario Human Rights Code* to accommodate the complainant.

The majority in the Divisional Court, and the Court of Appeal, having decided that intentional discrimination had to be shown, did not consider the question of accommodation and burden of proof.

[TRADUCTION] Entre-temps, je propose d'appliquer la norme très générale qui consiste à déterminer si l'employeur a agi raisonnablement en tentant de s'entendre avec l'employé, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce et de la portée et des objets généraux du Code.

Il poursuit ensuite en disant que, dans chaque cas particulier, cela doit être traité comme une question de preuve:

[TRADUCTION] À mon avis, le fardeau d'établir qu'il y a une infraction au *Code ontarien des droits de la personne* incombe à la commission (au nom de la plaignante) tout au long de l'enquête. En pratique, il y aura souvent un déplacement du fardeau de la preuve qui incombera alors à l'intimé (l'employeur en l'espèce).

Il termine en concluant que la commission ne s'est pas acquittée du fardeau de la preuve qui lui incombait. Il dit:

[TRADUCTION] Compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce et du contexte global du *Code ontarien des droits de la personne*, j'en suis venu à la conclusion que la commission n'a pas satisfait à son obligation d'établir que l'intimée a agi déraisonnablement en prenant les mesures qu'elle a prises pour s'entendre avec la plaignante après avoir appris que cette condition générale d'emploi était incompatible avec l'observance de sa religion.

Et, enfin, il affirme:

[TRADUCTION] J'ai donc décidé que la commission n'a pas satisfait à son obligation d'établir qu'il y a eu une infraction au Code.

Il semble que la commission d'enquête a résolu le litige en jugeant qu'il y avait eu une preuve suffisante jusqu'à preuve contraire de l'existence d'un cas de discrimination, mais que la commission ne s'était pas alors acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer que l'employeur n'avait pas pris des mesures raisonnables, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce et du contexte du *Code ontarien des droits de la personne*, pour s'entendre avec la plaignante.

La majorité des juges de la Cour divisionnaire et de la Cour d'appel, ayant décidé qu'il fallait démontrer l'existence de discrimination volontaire, n'ont pas examiné la question de l'accommodement et du fardeau de la preuve.

It will be seen that Professor Ratushny departed from the rule respecting the onus of proof expressed in *Etobicoke*. It was held in that case that at least in direct discrimination cases, where the complainant has shown a *prima facie* case of discrimination on a prohibited ground, the onus falls on the employer to justify if he can the discriminatory rule on a balance of probabilities. The question then is whether this rule should apply in cases of adverse effect discrimination.

To begin with, experience has shown that in the resolution of disputes by the employment of the judicial process, the assignment of a burden of proof to one party or the other is an essential element. The burden need not in all cases be heavy—it will vary with particular cases—and it may not apply to one party on all issues in the case; it may shift from one to the other. But as a practical expedient it has been found necessary, in order to insure a clear result in any judicial proceeding, to have available as a ‘tie-breaker’ the concept of the onus of proof. I agree then with the Board of Inquiry that each case will come down to a question of proof, and therefore there must be a clearly-recognized and clearly-assigned burden of proof in these cases as in all civil proceedings. To whom should it be assigned? Following the well-settled rule in civil cases, the plaintiff bears the burden. He who alleges must prove. Therefore, under the *Etobicoke* rule as to burden of proof, the showing of a *prima facie* case of discrimination, I see no reason why it should not apply in cases of adverse effect discrimination. The complainant in proceedings before human rights tribunals must show a *prima facie* case of discrimination. A *prima facie* case in this context is one which covers the allegations made and which, if they are believed, is complete and sufficient to justify a verdict in the complainant’s favour in the absence of an answer from the respondent-employer. Where adverse effect discrimination on the basis of creed is shown and the offending rule is rationally connected to the performance of the job, as in the case at bar, the employer is not required to justify it but rather to show that he has taken such reasonable steps toward accommodation of the

On constate que le professeur Ratushny s’est écarté de la règle énoncée dans l’arrêt *Etobicoke* au sujet du fardeau de la preuve. On a jugé dans cette affaire que, tout au moins dans les cas de discrimination directe, lorsque le plaignant a fait une preuve suffisante jusqu’à preuve contraire de l’existence de discrimination pour un motif prohibé, il incombe à l’employeur de justifier, s’il le peut, la règle discriminatoire par prépondérance des probabilités. Donc, la question est de savoir si cette règle doit s’appliquer au cas de discrimination par suite d’un effet préjudiciable.

Pour commencer, l’expérience a montré qu’en matière de règlement judiciaire des différends, l’attribution du fardeau de la preuve à l’une ou l’autre partie est un élément essentiel. Ce fardeau n’est pas toujours nécessairement lourd—il varie en fonction de chaque cas—et il se peut qu’il n’incombe pas à une partie pour tous les points de l’affaire; il peut passer d’une partie à l’autre. Mais, faute de mieux en pratique, on a jugé nécessaire, pour assurer une solution claire dans toute instance judiciaire, d’attribuer le fardeau de la preuve à l’une ou l’autre partie, pour les départager. Par conséquent, je suis d’accord avec la commission d’enquête pour dire que chaque cas se ramène à une question de preuve et donc que, dans ces affaires comme dans toute instance civile, il doit y avoir reconnaissance et attribution claires et nettes du fardeau de la preuve. À qui doit-il incomber? Suivant la règle bien établie en matière civile, ce fardeau incombe au demandeur. Celui qui réclame l’exécution d’une obligation doit la prouver. Donc, selon la règle énoncée dans l’arrêt *Etobicoke* quant au fardeau de la preuve, savoir faire une preuve suffisante jusqu’à preuve contraire de l’existence d’un cas de discrimination, je ne vois aucune raison pour laquelle cela ne devrait pas s’appliquer dans les cas de discrimination par suite d’un effet préjudiciable. Dans les instances devant un tribunal des droits de la personne, le plaignant doit faire une preuve suffisante jusqu’à preuve contraire qu’il y a discrimination. Dans ce contexte, la preuve suffisante jusqu’à preuve contraire est celle qui porte sur les allégations qui ont été faites et qui, si on leur ajoute foi, est complète et suffisante pour justifier un verdict en faveur de la plaignante, en l’absence de réplique de l’employeur intimé. Lors-

employee's position as are open to him without undue hardship. It seems evident to me that in this kind of case the onus should again rest on the employer, for it is the employer who will be in possession of the necessary information to show undue hardship, and the employee will rarely, if ever, be in a position to show its absence. The onus will not be a heavy one in all cases. In some cases it may be established without evidence; for example, a requirement that all employees work on Saturday in a business which is open only on Saturdays, but once the *prima facie* proof of a discriminatory effect is made it will remain for the employer to show undue hardship if required to take more steps for its accommodation than he has done. In my view, the Board of Inquiry was in error in fixing the Commission with the burden of proof.

In this case the respondent-employer called no evidence. While the evidence called for the complainant reveals some steps taken by the respondent towards her accommodation, there is no evidence in the record bearing on the question of undue hardship to the employer. The first reaction to the complainant's announcement that she would not be able to continue to work on Saturdays was the response that she would have to resign her job. Within a few days, and before she had left her employment, the employer on its own initiative offered part-time work, which was accepted. In addition the employer agreed to consider Mrs. O'Malley for other jobs as they became vacant. All of the vacancies of which Mrs. O'Malley had notice required Saturday work except one and for that one she was not qualified. There was no evidence adduced regarding the problems which could have arisen as a result of further steps by the respondent, or of what expense would have been

que l'existence de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la croyance, est démontrée et que la règle incriminée est raisonnablement liée à l'exercice des fonctions, comme en l'espèce, l'employeur est tenu non pas de la justifier, mais plutôt de démontrer qu'il a pris, en vue de s'entendre avec l'employé les mesures raisonnables qu'il lui était possible de prendre sans subir une contrainte excessive. Il me semble évident que, dans ce type d'affaire, le fardeau de la preuve doit encore incomber à l'employeur puisque c'est lui qui dispose de l'information nécessaire pour démontrer l'existence d'une contrainte excessive et que l'employé est rarement, sinon jamais, en mesure d'en démontrer l'absence. Ce fardeau ne sera pas toujours nécessairement lourd. Dans certains cas, cette démonstration n'appellera aucune preuve; par exemple, l'obligation pour tous les employés de travailler le samedi dans une entreprise qui n'ouvre que le samedi; mais lorsqu'il y a preuve suffisante jusqu'à preuve contraire qu'il y a effet discriminatoire, il incombe encore à l'employeur de démontrer qu'il subira une contrainte excessive si on lui demande de prendre plus de mesures d'accommodement qu'il ne l'a fait. À mon avis, la commission d'enquête a commis une erreur en attribuant à la Commission le fardeau de la preuve.

En l'espèce, l'employeur intimé n'a produit aucune preuve. Même si la preuve produite au nom de la plaignante révèle que l'intimée a pris certaines mesures en vue de s'entendre avec elle, il n'y a aucune preuve dans le dossier concernant la question de la contrainte excessive subie par l'employeur. La première réaction qu'a eu l'employeur, lorsque la plaignante lui a annoncé qu'elle ne pourrait plus travailler le samedi, a été de répondre qu'elle devrait démissionner. À peine quelques jours plus tard, avant qu'elle n'ait quitté son emploi, l'employeur lui a offert, de sa propre initiative, un emploi à temps partiel qu'elle a accepté. En outre, l'employeur a accepté d'examiner la candidature de M<sup>me</sup> O'Malley pour tout autre poste qui deviendrait vacant. Tous les postes vacants dont M<sup>me</sup> O'Malley a eu connaissance exigeaient de travailler le samedi sauf un, pour lequel elle n'était pas qualifiée. Aucune preuve n'a été produite au sujet des problèmes qui auraient pu



incurred in rearranging working periods for her benefit, or of what other problems could have arisen if further steps were taken towards her accommodation. There was therefore no evidence upon which the Board Chairman could have found that such further steps would have caused undue hardship for the respondent and thus have been unreasonable. In the absence of such evidence, I can only conclude that the appeal must succeed. I would therefore allow the appeal with costs and direct that the respondent pay to the complainant as compensation the difference between the sum of her earnings while engaged as a part-time employee of the respondent from October 23, 1978 to July 6, 1979 and the amount she would have earned as a full-time employee during that period.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Stikeman, Elliott, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Hicks, Morley, Hamilton, Stewart, Storie, Toronto.*

*Solicitor for the intervener Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.*

*Solicitor for the interveners Saskatchewan Human Rights Commission and Manitoba Human Rights Commission: Milton C. Woodward, Regina.*

*Solicitor for the intervener Alberta Human Rights Commission: Robert A. Philp, Edmonton.*

*Solicitor for the interveners Canadian Association for the Mentally Retarded and Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Canadian Jewish Congress: Davies, Ward & Beck, Toronto.*

se poser si l'intimée avait pris d'autres mesures, des dépenses qu'il aurait fallu engager pour modifier le calendrier de travail à son avantage, ou des autres problèmes qui auraient pu surgir si d'autres mesures d'accommodement avaient été prises. Il n'y avait donc aucune preuve qui pouvait permettre au président de la commission de conclure que ces autres mesures auraient imposé une contrainte excessive à l'intimée et auraient donc été déraisonnables. En l'absence d'une telle preuve, je ne puis que conclure que le pourvoi doit être accueilli. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et d'ordonner à l'intimée de payer à la plaignante, à titre d'indemnité, la différence entre le salaire total qu'elle a touché comme employée à temps partiel de l'intimée, du 23 octobre 1978 au 6 juillet 1979, et le montant qu'elle aurait gagné comme employée à plein temps au cours de cette même période.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs des appelantes: Stikeman, Elliott, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée: Hicks, Morley, Hamilton, Stewart, Storie, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne: Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.*

*Procureur des intervenantes la Commission des droits de la personne de la Saskatchewan et la Commission des droits de la personne du Manitoba: Milton C. Woodward, Regina.*

*Procureur de l'intervenante la Commission des droits de la personne de l'Alberta: Robert A. Philp, Edmonton.*

*Procureur des intervenantes l'Association canadienne pour les déficients mentaux et la Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès juif canadien: Davies, Ward & Beck, Toronto.*